

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação

Mariana Damiani Santana

A PORTABILIDADE DE DADOS APLICADA AO *OPEN BANKING* NO BRASIL

Belo Horizonte

2022

Mariana Damiani Santana

A PORTABILIDADE DE DADOS APLICADA AO *OPEN BANKING* NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Netto Parentoni

Coorientador: Professor Ricardo Machado Ruiz

Belo Horizonte

2022

S232p Santana, Mariana Damiani

A portabilidade dos dados aplicada ao open banking no
Brasil [manuscrito] / Mariana Damiani Santana.-- 2022.
163 f.

Bibliografia: f. 152-163.

1. Direito econômico - Brasil - Teses. 2. Big Data - Teses.
3. Direito antitruste - Brasil. 4. Sistema financeiro - Brasil.
5. Proteção de dados \$x Teses. I. Parentoni, Leonardo Netto.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito.
III. Título.

CDU: 34:33



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

A PORTABILIDADE DE DADOS APLICADA AO OPEN BANKING NO BRASIL

MARIANA DAMIANI SANTANA

Dissertação submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO, como requisito para obtenção do grau de Mestre em DIREITO, área de concentração DIREITO E JUSTIÇA, linha de pesquisa Poder, Cidadania e Desenvolv. no Estado Democ. de Direito.

Aprovada em 27 de abril de 2022, pela banca constituída pelos membros:

Prof(a). Leonardo Netto Parentoni - Orientador (UFMG)

Prof(a). Ricardo Machado Ruiz (UFMG)

Prof(a). Amanda Flavio de Oliveira (UFMG)

Prof(a). Leandro Novais e Silva (UFMG)

Belo Horizonte, 31 de maio de 2022.

COORDENADOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



Documento assinado eletronicamente por **Emilio Peluso Neder Meyer, Coordenador(a)**, em 31/05/2022, às 13:20, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador 1495091 e o código CRC D4716E7B.

“Não tenhamos pressa, mas não percamos tempo”

José Saramago

Para minha irmã Marina e para Felipe.

AGRADECIMENTOS

A escrita da dissertação é, naturalmente, um processo árduo e, na maior parte do tempo, solitário. Até quem está por perto tem uma noção limitada da explosão de sentimentos e ideias que emanam do córtex frontal do pesquisador. Como bem diz Saramago “*dentro de nós há uma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos*”. O bonito disso é constatar que a nossa escrita é poderosa, pois é capaz de refletir um pouquinho dessa coisa que não tem nome.

Quando iniciei o mestrado imaginei que o desafio seria grande, por isso calculei milimetricamente cada um dos meus passos nessa jornada. Todavia, não fui capaz de prever o imprevisível: a pandemia do Covid-19. O novo cenário sanitário alterou as regras do jogo profundamente. No âmbito pessoal, sentimentos como medo, angústia, fobia, ansiedade, se tornaram constantes e não excepcionais.

Sem a presença constante de muitos, tenho convicção que não chegaria até aqui. E por isso meu agradecimento vem carregado de carinho especial, uma gratidão que é tão hermética, que dificilmente conseguiria descrevê-la em palavras. De toda forma, vou tentar, com a certeza de que serei injusta em razão do espaço limitado desta folha, o qual é inversamente proporcional ao número de pessoas que me apoiaram até aqui.

Agradeço ao Felipe, meu amor. Você é minha família, refúgio, fortaleza e abrigo. É sempre um privilégio ouvir você dizer “*I'm letting life hit me until it gets tired*”. Obrigada por dividir essa estrada e todos os sonhos colados nela.

Ao meu pai, Rogério, por sempre ter investido na minha educação e me apoiado em todos os momentos.

A Marina, minha irmã, pela parceria incondicional tanto nos momentos de alegria quanto nos momentos mais difíceis.

Ao Kobe por ter sido um fiel amigo e companheirinho de escrita. Aos meus demais familiares e às famílias Carvalho, Fonseca, Macedo, Gallo e Franca.

Agradeço à Professora Amanda Flávio de Oliveira por ter me colocado no caminho da pesquisa.

Agradeço aos meus orientadores, Professores Leonardo Parentoni e Ricardo Ruiz, pelos olhares atentos e contribuições ao trabalho.

No âmbito profissional, agradeço à Dra. Letícia Marquete e aos colegas do 23º Ofício da PRMG, Sirlei, Cláudia e Vitor, pela paciência e apoio durante esse período desafiador.

Não poderia me esquecer dos amigos, maiores responsáveis pelos momentos de refrescos e colo. Registro minha gratidão à Lorraine, Ana Helena e Renata, pelas incontáveis horas de

compartilhamento de medos e sonhos. A Clarice, Maria Elisa e Maria Fernanda, pelos 20 anos de amizade e por serem pontos de luz nos momentos sombrios.

Por fim, agradeço a Deus pelo dom da vida

RESUMO

O presente trabalho estuda a portabilidade de dados aplicada à medida regulatória *Open Banking*, a fim de diferenciar sua adoção das demais experiências de portabilidade e traçar os desafios da sua implementação sob a ótica de acesso à dados e construção de um ativo informacional. A pergunta da pesquisa gravita em torno do potencial da portabilidade de reduzir barreiras à mobilidade de capital por meio do acesso à ativo econômico informacional. Isto é: a ampliação de acesso à ativo informacional é capaz de contestar o oligopólio informacional e promover o acirramento da concorrência? Para tanto, optou-se pela construção de uma base teórica da construção de dados como ativo econômico e o que leva os agentes a impedirem o acesso, perpassando pela caracterização do sistema financeiro, especialmente o mercado de crédito, com o objetivo de delinear falhas de mercado relacionadas à informação. Após, são apresentadas as experiências regulatórias pretéritas de portabilidade em setores regulados no Brasil e a portabilidade de dados pessoais na LGPD, imprescindível para a consecução do *Open Banking*. Por fim, serão estudados os principais aspectos do *Open Banking*, a fim de avaliar o seu potencial de afetar o oligopólio informacional.

Palavras-chave: Portabilidade; ativo informacional; concorrência; e Open Banking

ABSTRACT

The present study analyzes the data portability applied to Open Banking, in order to differentiate its application from other portability experiences in the Brazilian context and outline the challenges of its implementation from the perspective of data as an economic and competitive asset. The question of the present research revolves around the potential of portability to reduce barriers to intra- and inter-sectoral capital mobility by expanding access to informational economic assets. In other words: is the expansion of access through user control to informational assets capable of contesting the informational oligopoly and promoting competition? Therefore, we chose to build a theoretical basis for the construction of data as an economic asset and the agents' motivations restrict access. After, the credit market is characterized for the case study of Open Banking, with the objective of delineating market failures related to information. Next, we analyze the past regulatory experiences of portability in regulated sectors in Brazil and the portability of personal data in the LGPD, which was essential for the construction of Open Banking. Finally, the main aspects of Open Banking are studied.

Keywords: Portability; Informational assets; Competition; Open Banking.

LISTA DE SIGLAS

ANATEL Agência Nacional de Telecomunicações
ANS Agência Nacional de Saúde Suplementar
API Application Programming Interface
BACEN Banco Central do Brasil
BCB Banco Central do Brasil
CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC Código de Defesa do Consumidor
CF Constituição Federal
CMA Competition and Markets Authority
CMN Conselho Monetário Nacional
EU European Union
FTC Federal Trade Commission
IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LGPD Lei Geral de Proteção de Dados
LGT Lei Geral de Telecomunicações
OCDE Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA Organização dos Estados Americanos
OECD Organization for Economic Cooperation and Development
OPS Operadora de Plano de Saúde Suplementar
PL Projeto de Lei
PSD2 *Second Payments Services Directive*
RGPD Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu
SBDC Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
STF Supremo Tribunal Federal
STJ Superior Tribunal de Justiça
TICs Tecnologias da Informação e Comunicação
UE União Europeia
WWW *World Wide Web*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. DADOS COMO ATIVO ECONÔMICO	15
1.1. Do algodão à informação: a internet e a data-driven economy	15
1.2. A informação, dados e o big data	22
1.2.1. A cadeia de valor.....	27
1.2.2. Algumas características dos mercados digitais.....	34
1.2.3. Barreiras à entrada.....	38
1.3. Informação e dados no setor financeiro: O caso do mercado de crédito	45
1.3.1. Panorama do mercado de crédito brasileiro.....	45
1.3.2. As falhas do mercado de crédito.....	50
2. A PORTABILIDADE COMO SOLUÇÃO: REGULAÇÃO, CONCORRÊNCIA E POLÍTICAS PÚBLICAS	70
2.1. A regulação da portabilidade de serviços e ativos no Brasil	73
2.2. As experiências pretéritas da portabilidade em setores regulados no Brasil	74
2.2.1. Setor da saúde suplementar: a portabilidade de cadastro.....	74
2.2.1.2. A portabilidade de carências na saúde suplementar.....	77
2.2.2. Setor Financeiro: a portabilidade de cadastro, a portabilidade de salário e a portabilidade de crédito.....	82
3. A PORTABILIDADE DE DADOS PESSOAIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	95
3.1. A autodeterminação informacional e a portabilidade como micro direito: a titularidade dos dados pessoais	98
3.2. A portabilidade de dados pessoais no contexto da União Europeia: O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)	102
3.2.1. Dados pessoais.....	104
3.2.2. Fornecidos pelo titular ao controlado para o tratamento.....	105
3.2.3. Processado de acordo com o consentimento ou contrato.....	107
3.2.4. Processado por meios automatizados, em formato estruturado, de uso corrente e leitura automática.....	108
3.3. A portabilidade de dados pessoais no contexto brasileiro: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	111
3.3.1. Dados referentes a si e tratados pelo controlador.....	113
3.3.2. Os dados anonimizados.....	116
3.3.3. Segredo Industrial e Comercial: a inteligência dos dados.....	117
3.3.4. Dados de terceiros.....	121
3.3.5. A qualquer momento e mediante requisição.....	122
3.3.6. Interoperabilidade.....	123
3.4. Comparativo entre a legislação europeia e brasileira	125
4. O OPEN BANKING	126
4.1. Definição	126

4.2. Open Banking no Brasil.....	129
4.2.1. Os Sujeitos Envolvidos	134
4.2.2. Modelo Regulatório: Da autorregulação assistida	137
4.2.3. Governança para implantação do <i>Open Banking</i>	138
4.2.4. Fases de implementação	142
4.2.5. Escopo de dados	143
4.2.6. Base legal de tratamento no <i>Open Banking</i>: o consentimento.....	147
4.2.7. Standardização e interoperabilidade	151
4.3. Diferenças entre a portabilidade de dados pessoais e <i>Open Banking</i>	152
CONCLUSÃO.....	153
BIBLIOGRAFIA	154

INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre a importância dos dados nos mais diversos âmbitos na atualidade. Há divergências quanto a como e em que grau¹, mas não há qualquer dúvida quanto a relevância dos dados, especialmente sob a perspectiva econômica.

Historicamente, a experiência humana sempre foi transformada em informação para endereçar a tomada de decisão econômica, com o objetivo de aumentar a eficiência e a precisão das decisões, bem como a fim de impulsionar a criação de novos produtos e serviços. Com efeito, mudanças tecnológicas advindas da Revolução Informacional – e que foram acentuadas pelo advento da *Internet* - intensificaram e sofisticaram esse processo.

A despeito dos inúmeros benefícios criados pela exploração de grandes fluxos de dados, esse cenário tem gerado preocupações nas mais diversas searas.

A questão é como regular esses fluxos de dados². Por essa razão, notam-se movimentos governamentais, legislativos e regulatórios, nas searas de proteção da privacidade e de dados pessoais, concorrência, regulação setorial, entre outros. Como se vê, regula-se o mesmo objeto: dados.

É nesse contexto que a portabilidade tem ganhado destaque: é um instituto que figura no ponto de intersecção dessas abordagens diversas. A portabilidade alcança diversos formatos: iniciativas legislativas, impulsionadas pelo mercado, pelo Estado ou incentivos para a promoção da concorrência.

Por certo, iniciativas de portabilidade se baseiam na ideia de conferir poder ao usuário, ampliando o seu controle sobre seus dados, ativos ou serviços. A despeito dessa semelhança, as diferenciações entre a *rationale* e o escopo das experiências são significantes, tendo em vista que essas podem alcançar efeitos tanto convergentes quanto divergentes.

No *Open Banking*, como nas demais experiências de portabilidade, parte-se do pressuposto de que o titular é proprietário dos seus dados e deve ter o controle sobre os seus dados, a fim de que possa compartilhá-los, ampliando, do lado da oferta, o acesso à ativo informacional.

O presente trabalho estuda a portabilidade de dados aplicada à medida regulatória *Open Banking*, a fim de diferenciar sua adoção das demais experiências de portabilidade e traçar os

¹ PONCE, Paula Pedigoni. **Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência**. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/ugEYV>. Acesso em: 27 jan. 2021.

² PICKER, Randal C. **Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud**. U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, nº. 414, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1151985>. Acesso em: 14 de jan 2021. p.3.

desafios da sua implementação sob à ótica de acesso à dados e construção de um ativo informacional.

A pergunta da pesquisa gravita em torno do potencial da portabilidade de reduzir barreiras à mobilidade de capital por meio do acesso à ativo econômico informacional. Isto é: a ampliação de acesso à ativo informacional é capaz de contestar o oligopólio informacional e promover o acirramento da concorrência?

No primeiro capítulo, optou-se pela construção de uma base teórica da construção de dados como ativo econômico e o que leva os agentes a impedirem o acesso, perpassando pela caracterização do sistema financeiro, especialmente o mercado de crédito, com o objetivo de delinear falhas de mercado relacionadas à informação. Para tanto, será abordado o percurso no qual dados brutos tornam-se ativos informacionais, dotados de expressivo valor econômico. Na primeira parte são apresentadas a cadeia de valor dos dados, características dos mercados digitais e barreiras à entrada relacionadas à informação que podem ser mitigadas a partir do emprego da portabilidade. O objetivo desse estudo é avaliar: (i) as razões pelas quais um controlador restringe acesso aos seus dados, (ii) qual a relevância competitiva dos dados e (iii) se o acesso à bases de dados criam barreiras à entrada. Após, é estudado, especificamente o mercado de crédito brasileiro. Sem esgotar o tema, são traçadas as relações financeiras, conflitos e disputas, para avaliar como políticas de compartilhamento de dados podem modificar a estrutura desse mercado.

Após, no segundo capítulo são apresentadas as experiências regulatórias pretéritas de portabilidade em setores regulados no Brasil. Discute-se, então, o histórico da portabilidade de serviços e ativos no Brasil no setor de saúde e financeiro, a fim de diferenciar as experiências pretéritas e os instrumentos regulatórios que estão sendo empregados na atualidade.

No terceiro capítulo será estudado o direito à portabilidade de dados previsto na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira e, de forma complementar, no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (RGPD) europeu. Serão apresentados os seus principais contornos, destacando-se seus fundamentos, natureza jurídica, finalidade, limitações, forma de exercício e o objeto tutelado, com o objetivo de diferenciar a experiência da aplicação da portabilidade no *Open Banking*.

Por fim, no quarto capítulo, o Open Banking é analisado a partir dos seus mais aspectos mais relevantes. É traçada uma comparação com experiências internacionais, com o objetivo de se levantar questões acerca do instrumento regulatório e avaliar o seu potencial de afetar o oligopólio informacional.

1. DADOS COMO ATIVO ECONÔMICO

Dados brutos tem pouco ou nenhum valor econômico, é a combinação dos processos de coleta, armazenamento, agregação, análise, uso e monetização que os tornam um ativo informacional dotado de valor econômico. A fim de se compreender como dados podem se tornar um ativo informacional, neste capítulo será analisada a cadeia de valor dos dados, a forma como são empregados na tomada de decisão econômica e seus efeitos. Após, com o objetivo de iniciar as discussões acerca do *Open Banking*, serão analisadas, especificamente, falhas de mercado relacionadas ao acesso à informação no mercado de crédito.

1.1. Do algodão à informação: a *internet* e a *data-driven economy*

A Revolução Informacional³ trouxe mudanças tão impactantes quanto as vistas durante a Revolução Industrial. Ao contrário dos paradigmas tecno-econômicos⁴ anteriores⁵, que se basearam em setores primários da economia, as tecnologias de informação foram o fator-chave dessa revolução.

O paradigma⁶ baseou-se em um conjunto interligado de inovações nas áreas de computação, eletrônica, engenharia de *software*, sistemas de controle, circuitos integrados e instrumentos de controle de telecomunicações, as quais reduziram drasticamente os custos de armazenagem, processamento, comunicação e disseminação de informação⁷. A referida revolução foi uma resposta encontrada pelo sistema capitalista para o problema de esgotamento do padrão de acumulação baseado em produção em larga escala com produtos homogêneos,

³ Joseph A. Shumpeter desenvolveu a teoria da “*destruição criativa*” na qual apresenta a relação entre inovação e desenvolvimento. O autor apresenta os “ciclos de Kondratiev” como ondas do desenvolvimento capitalista. Uma inovação radical está na base de cada nova onda. SHUMPETER, Joseph. **A. Business cycles: a theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process**. Philadelphia: Porcupine, 1989; SHUMPETER, Joseph. *A Teoria do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

⁴ O paradigma tecno-econômico - PTE é o conjunto das práticas mais bem-sucedidas e lucrativas no que se refere à escolha de insumos, métodos e tecnologias e à modelos de negócios e estratégias, os quais são hábeis a criar transformações profundas em toda a economia e que modificam e influenciam o comportamento dos agentes e do ambiente. PEREZ, Carlota, **Technological revolutions and techno-economic paradigms**, *Governance An International Journal Of Policy And Administration*, n. 20, p. 185–202, 2010. P. 203.

⁵ Carlota Perez descreve a existência de 5 revoluções sucessivas desde a Primeira Revolução Industrial: (1) A revolução industrial, (2) Era do vapor e das ferrovias, (3) Era do Aço, da Eletricidade e Engenharia Pesada (4) Era do Petróleo, Automóvel e produção em massa e, por fim, (5) a Era da Informação e Telecomunicações: PEREZ, Carlota, **Technological revolutions and techno-economic paradigms**, *Governance An International Journal Of Policy And Administration*, n. 20, p. 185–202, 2010. p. 190.

⁶ LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos Ferraz, **Economia da informação, do conhecimento e do aprendizado**. In: *Globalização e Informação na Era do Conhecimento*. Disponível em: <https://bitly.com/nOOBq>.

⁷ *Ibid.* p. 36.

forte divisão de trabalho intra-firma, a utilização intensiva de matéria e energia e a capacidade finita de gerar variedade, uma organização produtiva que foi denominada de “*Fordismo*”⁸⁹. Assim implicou a “*diminuição de tempos mortos, o controle e gerenciamento de informações e o aumento da variedade de insumos e produtos*”¹⁰.

As tecnologias da informação afetaram¹¹ todas as atividades econômicas: setores maduros foram rejuvenescidos e novos setores surgiram¹². O paradigma impôs de forma latente o desenvolvimento de novos formatos e estratégias empresariais e institucionais, os quais dependiam diretamente de grandes cargas de informação e de conhecimento para o desempenho pleno de suas funções¹³.

Assim, informação e conhecimento passaram a ser fundamentais em todos os meios, fossem públicos, privados ou individuais¹⁴, passando a “*ser vistos no novo cenário como seus recursos fundamentais*”¹⁵.

⁸ *Ibid.* p. 36.

⁹ A partir dos anos 1970 evidenciou-se que esse padrão de acumulação estava atingindo limites de sustentabilidade, tornando-se rígido e esgotado. Os eventos chave para essa verificação foram a alta dos preços do petróleo e de outras matérias primas, bem como as crises econômicas subsequentes, as quais expuseram a vulnerabilidade do paradigma tecno-econômico anterior. *Ibid.* p. 36. Para ver mais sobre a transição entre os paradigmas tecno-econômicos: *Ibid.* FREEMAN; LOUCA, *As Time Goes By*. PEREZ, *Technological revolutions and technoeconomic paradigms*.

¹⁰ *Ibid.* p. 36.

¹¹ “• *A crescente complexidade dos novos conhecimentos e tecnologias utilizados pela sociedade. A aceleração do processo de geração de novos conhecimentos e de fusão de conhecimentos, assim como a intensificação do processo de adoção e difusão de inovações, implicando ainda mais veloz redução dos ciclos de vida de produtos e processos (como discutido a seguir, tal característica tem levado alguns autores a qualificar a nova fase como “economia da inovação perpétua”).* • *A crescente capacidade de codificação de conhecimentos e a maior velocidade, confiabilidade e baixo custo de transmissão, armazenamento e processamento de enormes quantidades dos mesmos e de outros tipos de informação.* • *O aprofundamento do nível de conhecimentos tácitos (não codificáveis e específicos de cada unidade produtiva e seu ambiente), implicando a necessidade do investimento em treinamento e qualificação, organização e coordenação de processos, tornando-se a atividade inovativa ainda mais “localizada” e específica, nem sempre comercializável ou passível de transferência.* • *A crescente flexibilidade e capacidade de controle nos processos de produção com a introdução de sistemas tipo: CAM (Computer- Aided Manufacturing), FMS (Flexible Manufacturing Systems), e CIM (Computer Integrated Manufacturing), que permitem a redução de tempos mortos, erros, falhas e testes destrutivos, assim como o aumento da variedade de insumos e produtos.* • *As mudanças fundamentais nas formas de gestão e de organização empresarial, gerando maior flexibilidade e maior integração das diferentes funções da empresa (pesquisa, produção, administração, marketing etc.), assim como maior interligação de empresas (destacando-se os casos de integração entre usuários, produtores, fornecedores e prestadores de serviços) e destas com outras instituições, estabelecendo-se novos padrões de relacionamento entre os mesmos.* • *As mudanças no perfil dos diferentes agentes econômicos, assim como dos recursos humanos, passando-se a exigir um nível de qualificação muito mais amplo dos trabalhadores.* • *As exigências de novas estratégias e políticas, novas formas de regulação e novos formatos de intervenção governamental.”* LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos Ferraz, **Economia da informação, do conhecimento e do aprendizado**. In: *Globalização e Informação na Era do Conhecimento*. Disponível em: <https://bityli.com/nOOBq>.

¹² *Ibid.* p. 33.

¹³ *Ibid.* p. 33.

¹⁴ *Ibid.* p. 33.

¹⁵ *Ibid.* p. 33.

O *big bang* dessa revolução tecnológica foi o microprocessador, razão pela qual se faz necessário retomar brevemente à história da computação moderna, desde a criação do microprocessador até a sua evolução para os dias atuais, a fim de compreender quais os efeitos dessa reconfiguração para a extração, uso e análise da informação.

Na Segunda Guerra Mundial foram desenvolvidas máquinas de cálculo rápido para fins militares¹⁶, contudo essas detinham uma capacidade pequena de armazenamento e processamento. Nessa época, o benefício da utilização das máquinas era aritmético¹⁷.

No início da década de 50 as memórias de núcleo magnético contribuíram para a evolução dos sistemas, permitindo o armazenamento de informações digitais mais eficiente¹⁸. Nesse período, as tecnologias de armazenamento, *software* e *hardware* foram se aprimorando, ocasionando no aperfeiçoamento do processamento e da reprodução de informação¹⁹.

O microprocessador foi desenvolvido inicialmente pela *Intel* em 1971²⁰, o qual possui três características principais: “*ampla aplicabilidade, crescente demanda e custo decrescente paralelamente à crescente capacidade técnica*”²¹.

Esse cenário trouxe impactos econômicos relevantes sobre a transmissão e representação digital em *bits*: a redução do custo marginal da reprodução das informações²². A redução de custos esteve diretamente ligada à criação de uma infraestrutura capaz de facilitar o manejo das informações, todavia, naquele período, os efeitos econômicos ainda eram limitados, já que a comunicação entre computadores era restrita²³.

Apenas com o advento da *internet* – “*e com ela a comunicação computador-a-computador, comercial e de baixo custo*”²⁴ - que as informações transformadas em *bits* começaram a ter efeitos de mercado mais impactantes e mensuráveis. A *internet* foi

¹⁶ CERUZZI, Paul E. **A History of Modern Computing**. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2003.

¹⁷ GOLDFARB, Avi; TUCKER, Catherine. **Digital Economics**, Journal of Economic Literature 2019, 57(1), 3–43. Disponível em: <https://bityli.com/VqlBn>. Acesso em: p. 5.

¹⁸ *Ibid.* p. 5.

¹⁹ CERUZZI, Paul E. **A History of Modern Computing**. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2003.

²⁰ PEREZ, Carlota, Technological revolutions and techno-economic paradigms, *Governance An International Journal Of Policy And Administration*, n. 20, p. 1–26, 2010. P. 8

²¹ LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos Ferraz, **Economia da informação, do conhecimento e do aprendizado**. In: Globalização e Informação na Era do Conhecimento. Disponível em: <https://bityli.com/nOObq>.

²² GOLDFARB, Avi; TUCKER, Catherine. **Digital Economics**, Journal of Economic Literature 2019, 57(1), 3–43. Disponível em: <https://bityli.com/VqlBn>. Acesso em: p. 5.

²³ KITCHIN, Rob. **The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences**. Londres: SAGE Publications, 2014. p. 73.

²⁴ Tradução nossa de: “*It was with the rise of the Internet—and with it, low-cost, commercial, computer-to-computer communication—that the representation of information in bits began to have a measurable effect on multiple markets*”. GOLDFARB, Avi; TUCKER, Catherine. **Digital Economics**, Journal of Economic Literature 2019, 57(1), 3–43. Disponível em: <https://bityli.com/VqlBn>. Acesso em: p. 5.

inicialmente pensada para uso em redes privadas e militares em meados da década de 70. Todavia, com o passar do tempo, mais pontos de conexão foram criados e a *internet* passou por um processo de privatização entre 1990 e 1995 tornando-se o início do que se conhece hoje²⁵.

Em 1992 foi criada a *World Wide Web*²⁶ que permitiu a popularização e disseminação do uso da *internet*. As ferramentas como *browsers*, busca *online*, *online shopping*, redes sociais, entre outras, avolumaram a capacidade de coleta e uso de dados, expandindo o fluxo de informações.

A maior disponibilidade de dados combinada com o desenvolvimento na capacidade de processamento e análise mudou o comportamento dos agentes econômicos, causando impactos significativos. O processamento e análise de dados auxilia na coordenação das operações de negócios, aumenta a eficiência e precisão na tomada de decisão e impulsionam a criação e introdução de novos produtos e serviços²⁷, além de criar oportunidades para a criação de modelos baseados essencialmente em dados.

Novas tecnologias foram desenvolvidas tais como *Wi-Fi*²⁸ e o *3G*²⁹ que permitiram a disseminação ainda maior da *internet* e seus atributos³⁰. É nesse contexto que se destacam os mercados digitais e as plataformas^{31,32}. Mais recentemente, tecnologias como *Internet of Things*

²⁵ GOLDFARB, Avi; TUCKER, Catherine. **Digital Economics**, Journal of Economic Literature 2019, 57(1), 3–43. Disponível em: <https://bityli.com/VqIBn>. Acesso em: p. 5.

²⁶ KITCHIN, Rob. **The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences**. Londres: SAGE Publications, 2014. p. 73.

²⁷ NGUYEN, David; PACZOS, Marta. **Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows: A Business Perspective**. OECD Digital Economy Papers, v. 297, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/VVNQP>. Acesso em: 27 dez. 2021.

²⁸ “*Wi-Fi é uma rede sem fios que utiliza ondas de rádio de baixa frequência para transmitir dados em alta velocidade em áreas limitadas, cobrindo no máximo um raio de 100 metros ou pouco mais. Faz parte de uma espécie de trilogia tecnológica iniciada há dois anos com o Bluetooth e que se espera concluir no prazo de dois anos com a UWB, de Ultra Wideband - ou banda ultra-rápida.*”. ZEINDIN, Denise Carla A. et al. **A Tecnologia do Futuro Wi-Fi (Wireless Fidelity)**. Disponível em: <https://bityli.com/FyLyv>. Acesso em: 27 dez. 2021.

²⁹ “*Essa nova tecnologia permite que as operadoras ofereçam à seus clientes vários tipos de serviços por possuírem uma capacidade de rede maior devido ao aumento na eficiência de transmissão de dados. Entre esses serviços, está a transmissão de dados e voz com taxas de 5 a 10 Megabits por segundo.*”. SGANZERLA, Andrei Ricardo; RUCKER, Lauro Henrique de Aquino. **Estudo Comparativo entre as redes 3G e 4G**. 2010. Disponível em: <https://bityli.com/Mkvgi>. Acesso em:

³⁰ SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal. R. **A Economia da Informação: como os princípios econômicos se aplicam à era da Internet**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1999. p. 13.

³¹ Não existe uma definição unívoca do que seriam plataformas digitais, contudo, para os fins deste trabalho será adotada a da OCDE: “*digital services that facilitate interactions between two or more distinct but interdependent sets of users (whether firms or individuals) who interact through the service via the internet*”. OCDE. 2018a. Online Platforms: A Practical Approach to Their Economic and Social Impacts. Paris.

³² Wendy C. Y. Li, Makoto Nirei e Kazufumi Yamana procedem um estudo sobre a tipologia das plataformas digitais. YAMANA, Rieti; NIREI, Makoto; YAMANA, Kazufumi. Value of Data: There’s No Such Thing as a Free Lunch in the Digital Economy. RIETI Discussion Paper Series, [s. l.], p. 19–022, 2019. Disponível em: <https://bityli.com/avulj>.

ou Internet das Coisas e o *Cloud Computing*³³ ou computação em nuvem, alargaram ainda mais as fontes de extração, armazenamento e análise de dados.

Nessa toada, os indivíduos passaram a ceder os seus dados por meio dos mais diversos meios, como celulares móveis, *tablets*, relógios entre outros, seja intencionalmente ou não³⁴. A sociedade se tornou *online*: o indivíduo usa o *Google* para fazer pesquisas, compra e vende pelo *Ebay*, se conecta com amigos e familiares pelo *Facebook* ou pelo *Instagram*, faz compras pela *Amazon*, monitora os batimentos cardíacos e a saúde pelo *Apple Watch*, assiste vídeos no *Youtube*, paga as contas por meio do *internet banking* ou pelo *mobile banking*, aciona as *playlists* pela *Alexa*, se registra em *newsletters* do *The New York Times* para receber notícias, realiza reuniões de trabalho pelo *Zoom*, entre outros.

Com os avanços tecnológicos, as técnicas em ciência de dados têm avançado rapidamente, tais como reconhecimento de padrões, processamento de linguagem natural e *machine learning*. Novas técnicas são utilizadas em conjunto com ferramentas utilizadas tradicionalmente, como o emprego da estatística³⁵.

Atualmente, as principais empresas de tecnologia, quais sejam a *Meta*, *Alphabet*, *Amazon*, *Apple* e *Microsoft* formam o “*big five*” e apresentam números expressivos³⁶: a *Meta*, que controla o *Instagram* e o *WhatsApp*, tem 3,5 bilhões de usuários em suas redes. Nas buscas, o *Google*, controlado pela *Alphabet*, tem mais de 60% de participação nos Estados Unidos e mais de 90% na Europa, Brasil e Índia. Em comparativo com a *Starbucks*, a *Apple* ganha mais em lucro anual do que a primeira ganha em receita. A *Microsoft* é um dos três principais fornecedores para 84% das empresas. E a *Amazon* recebe mais de 40% dos gastos online nos Estados Unidos e administra quase um terço da *internet* por meio da *Amazon Web Services*. Para se ter uma ideia mais de 50% dos gastos globais com anúncios online perpassam, necessariamente pela *Meta* ou pela *Alphabet*. Em conjunto as *big five* tiveram um faturamento

³³ Não se pretende esgotar as definições do termo, mas pelo que aponta a doutrina especializada a definição mais simples para “cloud computing” ou computação em nuvem é ser capaz de acessar arquivos, dados, programas e serviços de um navegador Web por meio da internet que são hospedados por um provedor terceiro. O seu recurso central é que os aplicativos de computação, tanto novos, quanto antigos, são executados online, “em nuvem”, e não mais nos computadores dos usuários, seus hardwares. PICKER, R. C. **Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud.**, U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, n.º. 414, Junho, 2008. Disponível em: <https://bityli.com/Jfuzzy> Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁴ KITCHIN, Rob. **The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences.** Londres: SAGE Publications, 2014. p. 73.

³⁵ *Ibid.* p. 342.

³⁶ BEARD, Alison. Can Big Tech Be Disrupted? **A conversation with Columbia Business School professor Jonathan Knee.** Harvard Business Review. 2022. Disponível em: <https://bityli.com/EJqON>. Acesso em: 11 fev. 2022.

de 197 bilhões de dólares e receita de mais 1 trilhão de dólares em 2020, em meio a pandemia da Covid-19. Ao final do mencionado ano, o seu valor de mercado subiu para 7,5 trilhões.

Esse cenário cria um círculo virtuoso de incentivo para uma maior extração, síntese e análise de dados³⁷, onde se situa o fenômeno do *big data*.

Não se olvida que a experiência humana sempre foi transformada em informação para instruir a tomada de decisão econômica, empregando-se para tanto, processos *data-driven*³⁸. Como por exemplo uma instituição financeira que usava o histórico de crédito do mutuário para avaliar o risco, a fim de precificar os custos e delinear os termos da operação de crédito. Dan Ciuriak³⁹ aponta outros exemplos como as contas nacionais para endereçar as políticas regulatórias, evitando-se recessões econômicas, e o “*Money Ball*” que é uma estratégia desenvolvida nos Estados Unidos para o gerenciamento dos times de *beisebol* a partir de análises estatísticas - a análise endereça as decisões da equipe para otimização dos resultados dentro de um orçamento máximo.

Ocorre que o advento de novas tecnologias de processamento permitiu o aprimoramento da coleta, armazenamento, mineração, síntese, análise e aplicação de dados, criando níveis de escala e escopo nunca vistos⁴⁰. O *Big data* é um “*divisor de águas*”⁴¹ pois permite um nível altíssimo de precisão na tomada de decisões econômicas reduzindo riscos e aprimorando a eficiência, analisando-se dados que fogem à compreensão humana.

Dan Ciuriak⁴² descreve as diferenças entre o emprego de dados na tomada de decisão econômica do passado e no contexto dos mercados digitais e da *big data*:

“No entanto, enquanto a economia sempre capitalizou dados para gestão de empresas, otimização de processos e governança em geral, houve uma transição quase palpável na era do *big data*. A distinção entre a economia moderna baseada em dados e esses exemplos de mudança comportamental baseada em dados reside principalmente na transição da coleta do fruto mais fácil da análise de dados com base em padrões acessíveis à mente humana para a extração de padrões de 'grandes dados'. A informação em '*big data*' é, quase por definição, não algo que a mente humana possa acessar (para nós, é ruído; a máquina provoca o padrão).”

³⁷ *Ibid.* p. 342.

³⁸ CIURIAK, Dan. Unpacking the Valuation of Data in the Data-Driven Economy. *SSRN Electronic Journal*, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3379133>. Acesso em: 10 ago. 2021.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford University Press. Oxford, 2016.

⁴¹ *Ibid.* p. 342.

⁴² CIURIAK, Dan. Unpacking the Valuation of Data in the Data-Driven Economy. *SSRN Electronic Journal*, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3379133>. Acesso em: 10 ago. 2021.

Importante destacar e distinguir, neste ponto, os conceitos de *data-enabled* e *data-enhanced business* trabalhados por David Nguyen e Marta Paczos⁴³. Esses conceitos estão relacionados à função central dos dados nos modelos de negócios em que são empregados, mas não são rígidos.

Nos negócios *data-enabled* as receitas da empresa dependem totalmente de dados, de modo que a inexistência de acesso e a análise de grandes bases de dados inviabilizaria a sua atividade e funcionamento. Assim, as receitas decorrerão da (i) venda ou licenciamento de dados e/ou (ii) venda de produtos novos relacionados a dados, como por exemplo a *Amazon*, que iniciou sua operação como uma livraria *online* em 1994 e passou a vender os mais variados produtos, incluindo produtos eletrônicos, a operar uma rede de supermercados, fornecer serviços em *cloud computing*, serviços de *streaming*, entre outros.

Os autores⁴⁴ consideram a *Amazon* um *data-enabled business* tendo em vista que seu modelo de negócios principal é baseado na ideia de uma “*prateleira infinita*”, na qual são fornecidas uma grande quantidade de produtos, preços baixos e logística eficiente, o que só é alcançado por meio de *data analytics* e algoritmos.

Já nos negócios *data-enhanced* o agente econômico extrai dados e aplica o *data analytics* para coordenar as suas operações pré-existentes, facilitando (i) a tomada de decisão econômica e (ii) o desenvolvimento de novos produtos e serviços, bem como inovação. É como se a utilização das informações fosse incremental ao negócio central, ou um “insumo informacional”. Negócios que podem ser *data-enhanced* incluem uma variedade infinita de setores como de energia, mineração, manufatura, óleo e gás, saúde, aeroespacial, entre outros. A Vale S.A. pode agregar dados de suas operações no Estado de Minas Gerais (dados de laboratórios, sistemas de controle, medidores, câmeras de vigilância, registros de manutenção) para aumentar a eficiência de lavras e reduzir custos de pessoal por exemplo.

Tanto para os *data-enabled* e *data-enhanced business* o valor dos dados depende do produto da qualidade dos dados e do *data-analytics*, isto é, a monetização desses dados depende do tipo de dados e do modelo de negócios em que estão situadas⁴⁵. Por essa razão, para avaliar-se o valor dos dados e a sua configuração como ativo é necessário avaliar os conceitos de informação, dados e *big data*, para na sequência analisar-se sua cadeia de valor.

⁴³ NGUYEN, David; PACZOS, Marta. Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows: A Business Perspective. OECD Digital Economy Papers, v. 297, 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/termsandconditions>. Acesso em: 27 dez. 2021. p. 23.

⁴⁴ *Ibid.* p. 23.

⁴⁵ *Ibid.* p.23.

1.2. A informação, dados e o *big data*

Informação constitui-se de um conjunto de dados⁴⁶. Os indivíduos têm incentivos para pagar por esse bem⁴⁷.

A informação pode ser analógica ou digital, a depender do modo de processamento. Carl Shapiro e Hal R. Varian apontam que informação digital é “*em essência qualquer coisa que puder ser digitalizada – codificada como um fluxo de bits – é informação*”⁴⁸. Isto é, resultados de jogos, bases de dados, revistas, músicas, filmes, páginas da *web*, entre outros, são o que se denomina “*bens da informação*”⁴⁹. Os indivíduos têm incentivos para pagar por esse bem⁵⁰.

Não existe uma definição única ou pacificada entre as ciências do que seriam dados⁵¹. Em pesquisa no *Google* é possível verificar uma série de definições que vão desde “*o conhecimento que se tem sobre algo*” até “*o que se consegue processar ou decodificar através de um computador*”. No latim a origem da palavra vem de *dátus* e significa algo que foi apresentado ou entregue⁵².

Comumente o termo é utilizado para definir qualquer tipo de representação de informação, tratando-se, portanto, de uma “entidade monolítica”⁵³. Rob Kitchin⁵⁴ aponta que abstratamente “*dados são aquilo que existe antes do argumento ou interpretação que os converte em fatos, provas e informações*”.

Na ciência da computação pode-se conceituar dados como “*uma sequência de símbolos quantificados ou quantificáveis*”⁵⁵. O dado é quantificável pois pode “*ser quantificado e depois reproduzido sem que se perceba a diferença para com o original*”. Nesse sentido, um dado pode ser um texto, letras, fotos, sons, imagens e animações.

⁴⁶ SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal. R. **A Economia da Informação: como os princípios econômicos se aplicam à era da Internet**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1999. p. 15.

⁴⁷ *Ibid.* p.15.

⁴⁸ *Ibid.* p.15.

⁴⁹ *Ibid.* p.15.

⁵⁰ *Ibid.* p.15.

⁵¹ Não se olvida que o conceito de dados se alterou ao longo do tempo em razão de mudanças tecnológicas, contudo não se pretende estabelecer todo o panorama etimológico da palavra. KITCHIN, Rob. *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*. Londres: SAGE Publications, 2014. p. 29.

⁵² DICIONÁRIO. **Significado de dados**. disponível em: <<https://www.dicio.com.br/dados/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁵³ OECD. **Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being**. OECD Publishing, Paris. 2015. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵⁴ KITCHIN, Rob. *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*. Londres: SAGE Publications, 2014. p.

⁵⁵ SETZER, Valdemar W. *Dado, Informação, Conhecimento e Competência*. [S. l.: s. n.], 2001. Disponível em: <https://bityli.com/sTNNC> Acesso em: 24 ago. 2021.

Valdemar W. Setzer⁵⁶ define que dados são “*entidades matemáticas*”, e, portanto, são puramente sintáticos:

“Isto significa que os dados podem ser totalmente descritos através de representações formais, estruturais. Sendo ainda quantificados ou quantificáveis, eles podem obviamente ser armazenados em um computador e processados por ele. Dentro de um computador, trechos de um texto podem ser ligados virtualmente a outros trechos, por meio de contigüidade física ou por "ponteiros", isto é, endereços da unidade de armazenamento sendo utilizada, formando assim estruturas de dados. Ponteiros podem fazer a ligação de um ponto de um texto a uma representação quantificada de uma figura, de um som etc.”

Assim como a informação, dados podem ser analógicos e digitais. Dados analógicos são aqueles representados de maneira física, como por exemplo a fita magnética de um cassete. Enquanto dados digitais são aqueles armazenados e processados por meio de um computador⁵⁷. A evolução do tratamento de dados digitais desencadeou o fenômeno do “*big data*”, em que a disponibilidade somada às infraestruturas de processamento e análise, permitiram o processamento de volume e complexidade nunca antes vistas.

Assim como no caso dos dados não há uma definição única⁵⁸, verificando-se a existência de três tipos de definições comumente atribuídas pela doutrina: a atributiva, a comparativa e a arquitetural⁵⁹. A atributiva leva em consideração as principais características ou atributos, a comparativa está relacionada à termos métricos e, por fim, a arquitetural, em que se define o *big data* a partir da sua estrutura tecnológica⁶⁰.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ SETZER, Valdemar W. Dado, Informação, Conhecimento e Competência. [S. l.: s. n.], 2001. Disponível em: <https://bityli.com/sTNNC> Acesso em: 24 ago. 2021.

⁵⁸ Ver em: Big Data Definitions: What's Yours?, Forbes, <http://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats-yours>; The Big Data Conundrum: How to Define It?, MIT Technology Review, <http://www.technologyreview.com/view/519851/the-big-data-conundrum-how-to-define-it/>.

⁵⁹ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. Economic Analysis of Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 153.

⁶⁰ Ver em: Big Data Definitions: What's Yours?, Forbes, <http://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats-yours>; The Big Data Conundrum: How to Define It?, MIT Technology Review, <http://www.technologyreview.com/view/519851/the-big-data-conundrum-how-to-define-it/>.

A definição atributiva é a mais comumente utilizada na literatura⁶¹⁶²⁶³, a qual apresenta as dimensões do *big data* em seus 3 V's – volume, velocidade e variedade. Posteriormente, adicionaram-se outros como veracidade e valor⁶⁴:

“o termo se refere a um grande volume de dados digitais variados, que são coletados, armazenados e processados analiticamente em alta velocidade, particularmente com o objetivo de identificar padrões e comportamentos e fazer correlações, extraindo-se, dessa forma, informações relevantes que lhes conferem valor e podem ser utilizadas em processos de decisão informada nas mais variadas áreas. Desse modo, mais do que um conjunto volumoso de dados variados, *big data* consiste na capacidade de processar analiticamente esses dados em alta velocidade (ou, muitas vezes, quase em tempo real), de modo que a tecnologia analítica importa tanto quanto o volume de dados variados para a extração de informação valiosa”⁶⁵

O termo *big data* já sugere que o volume é uma de suas características principais. Em suma o volume se refere às “*quantidades de dados que não podem ser analisados por métodos tradicionais; em vez disso, requer o estabelecimento de uma plataforma única que pode gerenciar volumes substanciais de informações em um período de tempo razoável*”⁶⁶. Essa característica é considerada “móvel”, tendo em vista que pode mudar ao longo do tempo – tanto pelo aumento da capacidade de coleta, quanto pelo aumento na capacidade de extração e de análise⁶⁷. Por certo, o volume dos dados coletados aumentou demasiadamente nas últimas décadas e a tendência é que isso se mantenha ao longo do tempo⁶⁸.

Como se vê, o *big data* está mais relacionado ao fator quantidade do que ao conteúdo. Segundo Daniel L. Rubinfeld and Michal S. Gal⁶⁹ esse fato trás algumas observações importantes. A primeira delas é a de que o *big data* pode estar relacionado com os mais diversos

⁶¹ BOURREAU, Marc; DE STREEL, Alexandre; GRAEF, Inge, Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising, *SSRN Electronic Journal*, v. 32, n. February, 2018.

⁶² STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford University Press. Oxford, 2016.

⁶³ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 153.

⁶⁴ HU, Han *et al.* **Toward Scalable Systems for Big Data Analytics: A Technology Tutorial**. *IEEE Access*, Vol. 2 (2014).

⁶⁵ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 153.

⁶⁶ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 7.

⁶⁷ *Ibid.* p. 7

⁶⁸ A empresa Cisco lança todos os anos o “Cisco Annual Internet Report” que é uma análise preditiva que avalia a transformação digital em vários segmentos de negócios, incluindo empresas, setor público e provedores de serviços⁶⁸. No seu último relatório estimou-se que até 2023 o número de devices conectados à redes de IP será três vezes maior que a população global.

⁶⁹ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 349.

tipos de dados, como por exemplo dados de localização, quantidade de calorias gastas, preferências de consumidor, entre outras, via de consequência, esses dados convertidos em informação útil podem ser utilizados como entrada setores completamente distintos. O segundo é o fato de que cada mercado exige informações específicas, às vezes combinadas para garantir a entrada, como por exemplo, um fabricante de sabonetes corporais e um de carros de luxo. Ambos precisam de informações sobre as preferências dos compradores em potencial, especialmente sua renda e hábitos de consumo. Contudo, a vendedora de sabonetes corporais não é tão interessada nos dados de receita, tendo em vista que os valores de seus produtos não são tão altos quanto no caso dos carros de luxo. Desses exemplos pode-se verificar que os usuários de uma mesma fonte de *big data* podem não ser concorrentes entre si, a depender, especialmente, do produto e do mercado geográfico em que se situam. Via de consequência uma terceira observação pode ser feita: “*o mesmo conjunto de dados pode ser útil para uma variedade de usuários e, conseqüentemente, pode ter valores diferentes para usuários diferentes*”⁷⁰.

A quarta é a de que os coletadores, agregadores e analisadores de *big data* não necessariamente competem entre si, tendo em vista que podem estar agregando tipos diferentes de dados⁷¹, como por exemplo aqueles que coletam dados sobre fenômenos meteorológicos e outros que coletam sobre o uso de álcool por jovens. A quinta é a de que os dados não necessariamente são coletados das mesmas fontes ou da mesma maneira, podendo advir por exemplo de coleta de navegação *web*, *smart devices* ou até mesmo entrevistas com as pessoas, entre outros. A sexta é a de que os dados podem ser produtos de outras atividades produtivas, o que pode afetar a capacidade de vários *players* as coletarem nos mercados.

Daniel L. Rubinfeld and Michal S. Gal⁷² apontam que da análise dessas características pode-se concluir que para determinar se um explorador de *big data* tem poder de mercado é necessário avaliar em qual mercado ele opera e quais são os dados que ele utiliza⁷³ como na análise mais tradicional. Esses pontos serão retomados quando da avaliação das barreiras à entrada associadas ao acesso à dados e ao monopólio informacional no setor financeiro.

A velocidade refere-se “*à elevada rapidez com que os dados são gerados, acessados, captados, inseridos nos sistemas de análise, processados e atualizados*”⁷⁴, como se verá mais

⁷⁰ Tradução livre: “*the same dataset can be useful to a variety of users and consequently is likely to have different value for different users*”. *Ibid.* p. 350.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of*

adiante a combinação desses fatores define um ativo econômico informacional. Uma exemplificação da velocidade de coleta de dados pode ser o “*nowcasting*”⁷⁵. Os modelos de *nowcasting* tem origem no estudo de ciclos econômicos de Arthur Burns e Wesley Mitchell, em que o objetivo era estimar o estado corrente da economia, considerando-se que os dados oficiais se encontravam defasados⁷⁶. No contexto das novas tecnologias esse é o instrumento capaz de fornecer uma previsão contemporânea aos acontecimentos quando ocorrem⁷⁷. As empresas extraem dados em tempo real para proceder previsões imediatas que vão de objetos como venda de automóveis até tendências de desemprego, melhoria de qualidade de vida e decisões relacionadas à negócios⁷⁸.

*A variedade está relacionada às diversas fonte pelas quais os dados podem ser coletados, como por exemplo ações humanas ou de máquinas*⁷⁹. A variedade associada ao volume implica na observação de que vários dados são reunidos para extração de informação relevante. E essa integração pode aumentar, significativamente, o valor do conjunto de dados que está sendo processado⁸⁰, o que alguns autores denominam *data fusion*⁸¹. Como por exemplo, como uma seguradora de vida que obtém dados sobre os *hobbies* de um segurado que pratica esportes radicais. Ou um *smartwatch* que capta dados de saúde de seu usuário.

*A veracidade se relaciona à exatidão dos dados*⁸². Essa característica pode estar conectada tanto à precisão dos dados em si quanto ao banco de dados como um todo. Isto é, ainda que se perca a exatidão em uma visão micro – de um dado apenas - o ganho de *insights* no nível macro pode ser maior⁸³.

Importante destacar que a importância de cada uma dessas características pode diferir entre a infinidade de mercados nos quais o processamento de *big data* serve como entrada. Por

Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 154.

⁷⁵ n.com, “Auction.com Launches Real Estate’s First Nowcast— Leverages Industry, Transactional and Google Search Data to Provide Accurate Real- Time Market Intelligence”. Disponível em: <http://www.auction.com/lp/company-information/press-releases/auction-com-launches-real-estates-first-nowcast-leverages-industry-transactional-and-google-search-data-to-provide-accurate-real-time-market-intelligence/>.

⁷⁶ TARSIDIN, .; IDHAM, .; RAKHMAN, Robbi Nur, Nowcasting Household Consumption and Investment in Indonesia, *Buletin Ekonomi Moneter dan Perbankan*, v. 20, n. 3, p. 375–403, 2018.

⁷⁷ STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford University Press. Oxford, 2016. p. 20.

⁷⁸ *Ibid.* p. 20.

⁷⁹ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 8.

⁸⁰ *Ibid.* p. 8

⁸¹ STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford University Press. Oxford, 2016. p. 23

⁸² RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p.8.

⁸³ *Ibid.* p. 9.

exemplo, há casos em que a velocidade não é tão importante, isto é, não há necessidade de coletar os dados em tempo real, assim dados antigos podem ser suficientes para que as empresas extraíam informações de valor⁸⁴. Como por exemplo na análise do histórico de crédito de um tomador interessado no financiamento de um apartamento.

*De todo modo, a combinação dessas quatro características é a base para o entendimento do valor do big data*⁸⁵. Isso porque, essas características por si só não dão à *big data* sua vantagem real: o *valor* do *big data* se extrai da capacidade de processamento e sintetização para tomada de decisões⁸⁶.

1.2.1. A cadeia de valor

É comum escutar que dados são o novo petróleo ou a nova moeda da economia global⁸⁷. Todavia, essa assunção é equivocada por uma série de razões, mormente porque dados não são bem rivais e nem recursos primários, não se esgotando com a extração. Além disso, enquanto é possível acessar a cotação da *commodity* para avaliar o preço pelo qual está sendo negociada, a precificação de dados não é tão simples⁸⁸.

Por outro lado, pode-se afirmar de que se trata de um bem com grande valor econômico pelos sinais do mundo real: as diversas aquisições de fontes de dados e o seu preço de mercado, os investimentos promovidos pelas empresas nas suas cadeias de valor de dados, o comportamento das empresas voltado à limitação do compartilhamento de dados em certas circunstâncias, os conflitos judiciais de acesso à dados, entre outras. Definir onde, como e quando é o desafio.

Bases de dados podem configurar um ativo econômico estratégico e valioso⁸⁹: àqueles que possuem mais fontes de extração de dados, ou acesso à bancos substanciais ou que possuem ferramentas exclusivas de análise podem configurar vantagem competitiva.

Com efeito, atribuir valor aos dados depende de uma série de variáveis⁹⁰ tais como: o mercado em que estão inseridos, a fonte de extração, quem é o controlador, o tratamento, a

⁸⁴ *Ibid.* p. 9.

⁸⁵ *Ibid.* p. 9.

⁸⁶ STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford University Press. Oxford, 2016. p. 24

⁸⁷ OECD. *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 178.

⁸⁸ Para exemplificar, em alguns casos bancos de dados sequer figuram no balanço patrimonial de algumas empresas. CIURIAK, Dan. *Unpacking the Valuation of Data in the Data-Driven Economy*. **SSRN Electronic Journal**, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3379133>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁸⁹ *Ibid.* p. 342.

⁹⁰ PWC. **Putting a value on data**. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://bitly.com/EyaBG>. Acesso em: 6 jan. 2022.

estrutura de tratamento, sua estruturação, interoperabilidade, atemporalidade, acurácia, completude, exclusividade, responsabilidade pelo tratamento, restrições de uso, capacidade combinatória, consistência, interesse de mercado, entre outros.

David Nguyen e Marta Paczoas⁹¹ apontam que é mais provável que dados forneçam uma base para monetização e criação de valor se forem: (i) *linkable*, podem ser combinados com outros conjuntos de dados; (ii) acessíveis, facilmente extraídos por meio do processo de negócios da própria empresa; (iii) desagregados na medida de utilização; (iv) atemporais, atualizados na medida da necessidade do negócio; (v) confiáveis, tem credibilidade e são imparciais; (vi) representativos, completos do ponto de vista de representação e (vii) exclusivos ou escassos, em um cenário em que a empresa detém exclusivamente aquele conjunto de dados.

Para atribuir valor aos dados o controlador deve possuir uma estrutura tecnológica hábil a endereçar todos os elos da *cadeia de valor de dados* que serão analisados a seguir.

A *cadeia de valor* está associada ao conceito de Michael Porter⁹² que se refere às atividades e processos de negócios envolvidos na criação de um produto ou a execução de um serviço. Sendo assim, a cadeia de valor está associada aos estágios do ciclo de vida de um produto ou serviço - da pesquisa e desenvolvimento até a venda⁹³. Esse processo envolve a avaliação de custos e do lucro.

A cadeia de valor de dados é a representação do processo de transformação de dados brutos em informação apta a endereçar a tomada de decisão econômica⁹⁴. O resultado desse processo são *insights* que poderão ser utilizados em processos de decisão informada dos *players* do mercado⁹⁵.

Como visto dados crus ou brutos tendem a ser gratuitos ou de baixo valor⁹⁶: é o processo representado na cadeia de valor que lhes conferirá valor econômico, transformando dados crus não estruturados em informações e informações derivadas, tanto descritivas quanto preditivas⁹⁷.

⁹¹ NGUYEN, David; PACZOS, Marta. **Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows: A Business Perspective**. OECD Digital Economy Papers, v. 297, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/HWggY>. Acesso em: 26 dez. 2021.

⁹² PORTER, Michael E. **Competitive advantage: Creating and sustaining superior performance**. [S. l.]: 1985.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. Economic Analysis of Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 154.

⁹⁵ *Ibid.*

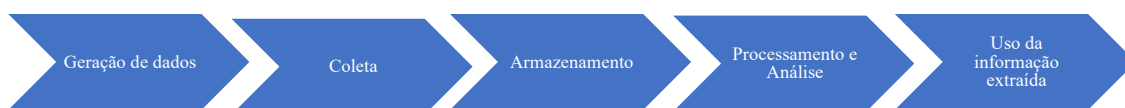
⁹⁶ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021.

⁹⁷ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. Economic Analysis of Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 155.

O conjunto de técnicas de processamento de dados para transformá-los em informação é denominado de *data analytics*. Cabe destacar, novamente, que o conjunto de técnicas hábeis a extrair valor de dados estão sendo desenvolvidos desde o início da computação – baseados em testes estatísticos, modelos e métodos de visualização, entre outros⁹⁸. Ocorre que novas técnicas vêm sendo desenvolvidas a fim de endereçar as mudanças do *big data*, tais como *machine learning* e Inteligência Artificial.

David Ngguyen e Marta Paczoas apontam quatro estágios do processo de extração de valor de dados: (i) coleta de dados, (ii) armazenamento e agregação de dados, (iii) análise de dados e (iv) uso e monetização de dados. Esse é o caminho percorrido dos dados brutos até que se possa extrair valor deles:

Figura 1 - Cadeia de valor do *big data*⁹⁹



Fonte: Compilação da autora¹⁰⁰.

Como visto, a fase de geração de dados teve seu crescimento acelerado muito em função da migração das mais diversas atividades econômicas para o *online*. Hoje é possível obter dados relevantes para análise do perfil de clientes sem que necessariamente se analise a sua conta bancária ou faturas de cartão de crédito, como por exemplo no uso de aplicativos como o *Instagram*, em que é possível observar que o usuário é impulsivo na compra de produtos de beleza.

Os dados brutos podem ser gerados por ação humana ou de computadores, como por exemplo quando um indivíduo posta um *tweet* no *Twitter*, é uma ação humana.

A fase de coleta está relacionada à aquisição dos dados pelos entes, que pode se dar tanto de maneira direta (*online e offline*), quanto indireta, como por exemplo por meio de *data*

⁹⁸ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 155.

⁹⁹ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 155.

¹⁰⁰ Baseado no artigo “Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?”. MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 155.

brokers, que são “empresas especializadas na coleta de dados e no desenvolvimento de perfis de consumidores”¹⁰¹.

Quando capturados de forma direta, os dados podem ser coletados por meio de sensores, entidades públicas e privadas, de forma direta dos indivíduos, entre outras. No meio *online*, um *post* de um consumidor em uma rede social; a realização de compra *online* ou o registro em *websites* e *newsletters* são algumas das possibilidades de coleta. No meio *off-line*, a compra em lojas físicas, a assinatura de um contrato de aluguel ou a aquisição de um apartamento.

Na coleta indireta, o agente contrata o serviço de *data brokers*¹⁰², que são empresas que provêm informações extraídas de dados compilados aos seus clientes e que, por já terem passado por alguma forma de processamento, já tem algum ganho de valor¹⁰³.

A fase de armazenamento refere-se a armazenar dados em servidores internos ou externos por meio de serviços de *cloud computing*¹⁰⁴ ou *computação em nuvem*¹⁰⁵. Essa fase está diretamente relacionada à infraestrutura e investimento de recursos em computação, armazenamento e rede das empresas, considerando-se que a capacidade de armazenamento depende do tamanho dos *data centers*¹⁰⁶¹⁰⁷. Isso aponta para um custo considerável no que toca à capacidade de armazenamento das empresas. Todavia, têm se verificado nos últimos anos

¹⁰¹ *Ibid.* p. 155

¹⁰² *Forum* definidos pelo Federal Trade Commission (FTC) como “*companies whose primary business is collecting personal information about consumers from a variety of sources and aggregating, analyzing, and sharing that information, or information derived from it, for purposes such as marketing products, verifying an individual’s identity, or detecting fraud.*”

¹⁰³ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 155.

¹⁰⁴ Define-se computação em nuvem nos seguintes termos: “*A computação em nuvem fornece acesso flexível e independente de localização a recursos de computação que são alocados ou liberados de forma rápida e transparente em resposta à demanda. Os serviços (especialmente a infraestrutura) são abstraídos e normalmente virtualizados, geralmente sendo alocados a partir de um pool compartilhado como um recurso fungível com outros clientes. A cobrança, quando presente, é normalmente baseada no acesso, muitas vezes em proporção aos recursos usados.*”. Tradução livre de: “*Cloud computing provides flexible, location-independent access to computing resources that are quickly and seamlessly allocated or released in response to demand. Services (especially infrastructure) are abstracted and typically virtualised, generally being allocated from a pool shared as a fungible resource with other customers. Charging, where present, is commonly on an access basis, often in proportion to the resources used.*” KUAN HON, W.; MILLARD, Christopher; WALDEN, Ian, **The problem of “personal data” in cloud computing: What information is regulated?-the cloud of unknowing**, *International Data Privacy Law*, v. 1, n. 4, p. 211–228, 2011. p. 6

¹⁰⁵ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 156.

¹⁰⁶ SLUIJS, Jasper P.; LAROUCHE, Pierre; SAUTER, Wolf, *Cloud Computing in the EU Policy Sphere*, *SSRN Electronic Journal*, 2012.

¹⁰⁷ KIM, Won, *Cloud computing: Today and Tomorrow*, *Journal of Object Technology*, v. 8, n. 1, p. 65–72, 2009.

tanto o declínio em custos de armazenamento quanto o desenvolvimento de novas tecnologias que tem o condão de auxiliar as empresas nessa tarefa¹⁰⁸.

Existem, por exemplo, empresas que utilizam de serviços de terceiros que fornecem tanto *softwares* de processamento de dados quanto serviços de computação em nuvem e armazenamento¹⁰⁹ – veja-se que é possível terceirizar grande parte da cadeia de valor do *big data*.

A fase de processamento e análise de dados trata-se do processo de exploração, transformação e modelagem dos dados extraídos com o objetivo de destacar àqueles relevantes para, assim, extrair informações úteis que tenham potencial econômico relevante para negócios¹¹⁰. Essa fase do processo é feita do por meio de *data analytics*¹¹¹.

Big data e big analytics tem uma relação de reforço mútuo, tendo em vista que o processamento e análise dos dados tem que ser rápido e eficiente a fim de que as empresas possam agir de forma endereçada¹¹². Nesse cenário, aponta-se que o dado não é o único insumo necessário para que o agente alcance a capacidade tecnológica de *big data*¹¹³, já que as tecnologias de infraestrutura e análise são insumo tão importante quanto.

O desenvolvimento na própria empresa dessa capacidade de processamento depende de alguns fatores como (i) mão de obra qualificada, (ii) investimento tecnológico e (iii) capacidade de máquinas como por exemplo a partir do *self-learning*¹¹⁴. Há, portanto, um custo associado à possibilidade de a empresa realizar, com sua própria infraestrutura, o processamento dos dados coletados. Por outro lado, além do desenvolvimento crescente de plataformas de processamento

¹⁰⁸ OCDE: ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data". OECD Digital Economy Papers, n. 222, 2013.

¹⁰⁹ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. Economic Analysis of Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 156.

¹¹⁰ *Ibid.* p. 156.

¹¹¹ “Data Analytics pode ser definido como os meios técnicos para extrair percepções e as ferramentas de capacitação para melhor compreender, influenciar ou controlar os objetos de dados dessas percepções (por exemplo, fenômenos naturais, sistemas sociais, indivíduos)”. Tradução nossa de: “Data analytics, under one definition, ‘are the technical means to extract insights and the empowering tools to better understand, influence or control the data objects of these insights (e.g. natural phenomena, social systems, individuals)’”. STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford University Press. Oxford, 2016. p. 23.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. Economic Analysis of Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 156.

¹¹⁴ *Ibid.*

de dados mais sofisticadas e com menor custo¹¹⁵, os agentes podem optar por realizar esse processo indiretamente, por meio de terceiros, tornando, via de consequência custos que seriam fixos, em custos variáveis¹¹⁶.

A última fase de processamento é a de utilização das informações extraídas do processo de análise. Essas informações encontradas nos dados podem ter as mais diversas aplicações¹¹⁷: melhoria de produtos e serviços, ao se compreender melhor as necessidades dos consumidores; personalização de produtos e de estratégias de *marketing*; melhorias de processos industriais, de *marketing* e organização da empresa, gerando eficiência produtivas e dinâmicas, entre outras.

Um exemplo é o da publicidade direcionada, em que empresas colocam anúncios destinados a um público específico, com base nas suas características e interesses pessoais, os quais estão refletidos nas informações geradas a partir da cadeia de valor de dados¹¹⁸. Isto é, as características e interesses desses consumidores são avaliados a partir de informações dos seus comportamentos *online*, como por exemplo *sites* que visita, redes que participa, entre outros. O valor gerado pelo anunciante em detrimento dos anúncios não direcionados (tradicionais ou regulares) é que: (i) os anúncios podem ser exibidos exclusivamente aos consumidores que tem o potencial de se interessar pelo produto ou serviço – aumentando as eficiências, já que há uma redução considerável no desperdício de gastos com *marketing* inútil e (ii) a personalização do conteúdo do anúncio, o que pode aumentar, ainda mais, as chances daquele consumidor em potencial se tornar um consumidor efetivo¹¹⁹.

Com efeito, a utilização de informações extraídas de dados tem crescido exponencialmente nas últimas décadas¹²⁰ e o investimento nas fases dessa cadeia (seja de forma direta ou indireta) é um indicativo da relevância dos dados para os negócios e a sua consequente relevância competitiva¹²¹.

¹¹⁵ DIGITAL, Oecd; PAPERS, Economy, Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by “big data”, *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, n. 222, p. 319–356, 2013.

¹¹⁶ CENTER ON REGULATION IN EUROPE (CRE). Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalized Pricing and Advertising. SSRN's eLibrary, 21 fev. 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2920301>. p. 14

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ BOURREAU; DE STREEL; GRAEF, Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising. p. 51.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 51.

¹²⁰ DIGITAL; PAPERS, Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by “big data”. P. 12

¹²¹ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 157.

Cabe destacar que há diferenças na intensidade dessa utilização a depender do setor em que está situada¹²²: *de acordo com o MGI¹²³ a intensidade na utilização de dados e aplicação das informações é alta em serviços financeiros, incluindo-se títulos, serviços de investimento e bancários*. Isso também ocorre em setores de comunicação, mídia, serviços públicos e manufatura. Na próxima sessão deste capítulo será analisada a aplicação do histórico de crédito no setor financeiro.

Isso porque em mercados com produtos diferenciados a informação é de grande valor, sendo certo que quanto mais heterogêneo o consumidor, maior a importância da informação, já que se aumenta a possibilidade de *matching* entre oferta e demanda. Todavia, há controvérsias “*se a exploração dessa capacidade pode efetivamente conferir a um agente econômico uma vantagem competitiva duradoura e sustentável*”¹²⁴. Nesse cenário, indaga-se: dados constituem uma vantagem competitiva hábil a criar barreiras à entrada nos mercados?

Por um lado, autores argumentam que dados são ubíquos, amplamente disponíveis, de baixo custo, não-rivais, não-excludentes e de valor passageiro¹²⁵, o que tornaria os dados diferentes das estruturas normalmente vistas nas indústrias propícias à problemas de concorrência¹²⁶. Nos parece uma consideração precária, tendo em vista que dados, mesmo em sua forma bruta, exigem investimentos para extração e armazenamento por exemplo. De qualquer forma, necessário tecer considerações sobre essas características para rebatê-las na sequência.

Para análise dessas características é necessário avaliar a estrutura de mercados em que o papel dos dados é central. *Carl Shapiro* e *Hal Varian* apontam que as tecnologias e a informação se modificam durante o tempo, contudo as leis econômicas permanecem as mesmas¹²⁷.

Em verdade, os setores de alta tecnologia situados na economia da informação estão sujeitos às mesmas forças de mercado que afetavam outros mercados, contudo existem forças

¹²² BOURREAU; DE STREEL; GRAEF, Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising. p. 12.

¹²³ MGI: McKinsey Global Institute (2011), “Big data: The next frontier for innovation, competition and productivity”, McKinsey & Company, June.

¹²⁴ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. Economic Analysis of Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 157.

¹²⁵ Isso significa que a coleta de um determinado dado não impede que outra empresa faça o mesmo, seja por meios semelhantes, seja por outros meios **DARREN, S. TUCKER; WELLFORD, HILL. B., Big Mistakes Regarding Big Data**, *Journal of Korean Competition Law*, v. 35, n. December, p. 305–324, 2017. p. 2.

¹²⁶ *Ibid.* p. 2.

¹²⁷ SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal. R. **A Economia da Informação: como os princípios econômicos se aplicam à era da Internet**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1999. P. 15.

– anteriormente menos importantes – particularmente relevantes em mercados digitais¹²⁸. Enquanto algumas forças eram menores na economia industrial, elas se tornaram críticas na economia da informação: efeitos de segunda ordem para bens industriais são frequentemente efeitos de primeira ordem para bens de informação¹²⁹.

Carlos Ragazzo e Gabriela Monteiro¹³⁰ apontam que não há uma resposta única, argumentando que em mercados digitais, nos quais há uso intensivo de dados, a exploração da *big data* pode representar uma variável competitiva na presença de determinados fatores, sendo necessário avaliar: (i) os efeitos de rede, (ii) a existência de economias de escala, (iii) os dados e as suas condições e (iv) a temporalidade dos dados. Ressalta-se que essa análise tem que levar em consideração a cadeia de valor do *big data*. Segundo os autores apenas na análise desses fatores a autoridade concorrencial poderá avaliar se a *big data* constitui uma vantagem competitiva “capaz de erguer barreiras à entrada, impedir o ingresso de novos competidores, marginalizar rivais menores e até mesmo convergir para a monopolização do mercado”¹³¹.

1.2.2. Algumas características dos mercados digitais

1.2.2.1. Efeitos de rede e *feedback loops*

Os efeitos de rede orientados por dados têm o potencial de criar barreiras no lado da demanda e também da oferta¹³².

Um dos exemplos clássicos de efeitos de rede são os telefones¹³³¹³⁴: uma pessoa que adquire um telefone está agregando valor naquela rede, tendo em vista que mais pessoas estarão conectadas. Assim, quanto mais pessoas, mais o valor daquela rede é incrementado. Nesse caso vislumbra-se um efeito de rede direto, no mesmo lado.

¹²⁸ VARIAN, Hal; JOSEPH, Farrell; SHAPIRO, Carl, *The Economics of Information Technology: An introduction*, [s.l.]: Cambridge University Press, 2005. P. 3

¹²⁹ *Ibid.* p. 3

¹³⁰ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 172.

¹³¹ *Ibid.* p. 172.

¹³² *Ibid.* p. 172.

¹³³ O jornal impresso é, também, uma plataforma de dois lados que conecta anunciantes e leitores. Os efeitos de rede diretos são aqueles que se dão no mesmo lado da plataforma, enquanto que os indiretos é em relação a uma com a outra. Como por exemplo, para que o anunciante se interesse por anunciar naquele jornal em específico, o jornal deve ter muitos leitores.

¹³⁴ STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford University Press. Oxford, 2016. p.162.

Por outro lado, quando tratamos de um efeito de rede indireto, estamos abordando aquele que se dá no lado oposto do mercado como por exemplo no caso dos jornais impressos. Em que o jornal só consegue atrair anunciantes caso conquiste uma quantidade grande de leitores. Já no mundo digital ou *online*, os efeitos de rede podem ser visualizados por exemplo nas redes sociais e no uso de *softwares* de computador – por exemplo uma pessoa só terá interesse de participar de uma rede social caso tenha indivíduos com os quais queira se conectar participando naquele mesmo ambiente.

Esses mercados, em geral, são plataformas de dois ou múltiplos lados¹³⁵. Os efeitos de rede têm um papel central nos debates acerca da exploração de dados e *big data* por plataformas digitais¹³⁶, pois argumenta-se que a exploração dessa capacidade potencializa os efeitos de rede identificados nas plataformas de dois ou múltiplos lados¹³⁷.

Os efeitos de rede derivados de dados (*data-driven network effects*) são resultantes de dois ciclos de *feedback loops*: (i) *user feedback loop* e (ii) *monetisation feedback loop*.

O *user feedback loop* está relacionado à ideia de que uma plataforma que tem mais usuários consegue coletar mais dados, melhorar a qualidade de seus serviços e, portanto, aumentar ainda mais o seu número de usuários. *Como será comentado, é um user feedback loop que cria um ativo informacional que é parte constitutiva das vantagens concorrenciais do oligopólio bancário.*

Os benefícios que os indivíduos recebem estão positivamente relacionados ao número de outros indivíduos que utilizam/consomem aquele produto, despesas substanciais e irrecuperáveis deverão ser demandas por empresas concorrentes ou entrantes para superar esses efeitos¹³⁸.

Nesses casos, “a qualidade do produto depende da qualidade dos dados, que, por sua vez, é afetada pelo número de entradas de dados, sua variedade e atualidade”¹³⁹, ou seja, pelo número de pessoas conectadas e a capacidade de coleta envolvida. Nesse sentido Stucke e Grunes¹⁴⁰ apontam o seguinte:

¹³⁵ Ver em: ROCHET, Jean Charles; TIROLE, Jean, Platform competition in two-sided markets, *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, p. 990–1029, 2003.

¹³⁶ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021

¹³⁷ *Ibid.* P. 158

¹³⁸ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 349.

¹³⁹ Tradução nossa de “the quality of the product depends on the quality of the data, which, in turn, is affected by the number of data entries, their variety and freshness.” *Ibid.* p. 17

¹⁴⁰ STUCKE; GRUNES, *BIG DATA AND COMPETITION POLICY*. p. 170

quanto mais pessoas contribuírem ativamente ou passivamente com dados, mais a empresa pode melhorar a qualidade de seu produto, mais atraente o produto é para outros usuários, mais dados a empresa tem para melhorar ainda mais seu produto, o que se torna mais atraente para os clientes em potencial comercial¹⁴¹.

Cabe lembrar que ao contrário dos efeitos de rede tradicionais, como no exemplo do telefone, a utilidade não aumenta necessariamente a medida em que outros usam o produto. Por exemplo, as pessoas não se importam se outras utilizam ou não o Google como ferramenta de pesquisa. Todavia, quando todos usam o mesmo mecanismo de pesquisa, a qualidade dos resultados pode aumentar:

“quanto mais pessoas usam o mecanismo, mais experimentos de tentativa e erro, via de consequência os algoritmos de aprendizado poderão aprender mais e melhor sobre as preferências do consumidor. Assim, mais relevantes serão os resultados da pesquisa, o que atrairá cada vez mais pessoas para utilizá-la”¹⁴².

As redes sociais ilustram essa configuração¹⁴³: os usuários do *Instagram* se beneficiam de ter um grande grupo de pessoas conectadas na mesma rede.

Nesse cenário, sendo a economia impulsionada pelo lado da demanda a participação e não o tamanho do mercado pode ser crucial¹⁴⁴: por exemplo quanto mais dados acerca da qualidade dos hotéis extraída das avaliações dos usuários que puderem ser encontrados no Tripadvisor, a informação será mais valiosa, o que pode, via de consequência dificultar a entrada de um novo concorrente nesse mesmo nicho¹⁴⁵.

Do outro lado, as plataformas que exploram dados podem melhorar o direcionamento monetização dos serviços, e via de consequência obtém mais recursos.

1.2.2.2. Economias de escala e escopo

¹⁴¹ *Ibid.* p. 170

¹⁴² Tradução livre de “the more people who actively or passively contribute data, the more the company can improve the quality of its product, the more attractive the product is to other users, the more data the company has to further improve its product, which becomes more attractive to prospective users. Unlike the traditional network effects (such as a texting app or telephone), one may not think at first that one’s utility increases as others use the product. After all, one may not care if, and how many, other people use Google to search the web. But, as we shall see, one can benefit (and one’s utility can increase) when others use the same search engine, since the quality of the search results can increase. As more people use the search engine, the more trial- and- error experiments, the more likely the search engine’s algorithms can learn of consumer preferences, the more relevant the search results will likely be, which in turn will likely attract others to use the search engine, and the positive feedback continues”. *Ibid.* p. 170

¹⁴³ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 349.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 18

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 18

Economias de escala é “*a propriedade segundo a qual o custo total médio de longo prazo cai com o aumento da quantidade produzida*”¹⁴⁶. Isso significa que “*o custo incremental de criar uma unidade adicional declina conforme a escala da produção aumenta*”¹⁴⁷ e se aproxima progressivamente dos custos variáveis específicos a cada unidade fabricada.

A redução do custo total pode se dar tanto pela “*possibilidade de utilização de métodos produtivos mais automatizados ou mais avançados, mas também pode estar relacionada a ganhos em propaganda, marketing, P&D, financiamento, enfim, qualquer etapa da produção e da comercialização*”¹⁴⁸

Enquanto economias de escopo ocorrem “*quando a produção conjunta de uma única firma é maior do que a produção que poderia ser obtida por duas firmas diferentes cada uma produzindo um único produto*”¹⁴⁹.

A presença das economias de escala e escopo nos mercados digitais é um fator relevante, tendo em vista que as vantagens competitivas associadas à exploração de dados dependem da avaliação se uma única incumbente tem sido vitoriosa¹⁵⁰.

Como se viu, a exploração de dados e a geração de valor a partir dela depende de dois insumos principais: dados e infraestrutura de processamento. Agregado aos custos de coleta de dados, está uma infraestrutura de tratamento e uso envolvendo “*elevados custos afundados iniciais e custos marginais próximos a zero*”¹⁵¹. Essa infraestrutura envolve a existência de *data centers*, de *softwares* analíticos de dados, investimento em mão-de-obra qualificada, entre outros.

Quando o investimento inicial nessa infraestrutura já foi realizado e esta já se encontra operacional, os dados incrementais podem “*treinar e aperfeiçoar os algoritmos a custos baixos e, por consequência, incrementar a qualidade dos próprios produtos ou serviços oferecidos*”¹⁵².

¹⁴⁶ MANKIW, GREGORY. Introdução à Economia. 8 edição. P. 210

¹⁴⁷ RAGAZZO; MONTEIRO, Big Data e Concorrência: Quando Big Data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial? P. 159

¹⁴⁸ POSSAS, Maria Silvia. Concorrência e Competitividade: Notas Sobre Estratégia e Dinâmica Seletiva na Economia Capitalista. Tese de doutorado. UNICAMP, 1993. Pp. 70-71

¹⁴⁹ PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. Microeconomics. 2a ed. EUA, Macmillan, 1992. P. 222

¹⁵⁰ RAGAZZO; MONTEIRO, Big Data e Concorrência: Quando Big Data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial?

¹⁵¹ *Ibid.* p. 159

¹⁵² *Ibid.*

De toda forma, economias de escala e escopo pode surgir de diversos fatores relacionados às fases da cadeia de valor de dados que podem ser: custos de dispositivos de coleta, monitoramento e extração¹⁵³.

As economias de escala podem se dar pela sinergia de produtos diversos como no exemplo da aquisição da *Nest Labs* pelo *Google*¹⁵⁴, os dados que são enviados pelo termostato em associação com outros dispositivos domésticos auxiliam o *Google* a extrair valor dos dados criando-se uma imagem mais completa dos algoritmos e ampliando o poder de seus algoritmos.

1.2.3. Barreiras à entrada

Barreiras à entrada são definidas como dificuldades de entrada ou de expansão de um agente em mercados relevantes¹⁵⁵:

“Barriers to entry are factors which prevent or deter the entry of new firms into an industry even when incumbent firms are earning excess profits. There are two broad classes of barriers: structural (or innocent) and strategic. These two classes are also often referred to as economic and behavioural barriers to entry”.¹⁵⁶

Por certo, as características específicas dos dados “*para cada mercado em que atuam como insumo afetam o nível e o tipo de barreiras à entrada*”¹⁵⁷. Essa é uma constatação extremamente relevante: as análises sobre o tratamento de dados devem estar situadas nas especificidades dos mercados.

Algumas barreiras podem ser hábeis a enfraquecer ou a retirar a natureza não rival dos dados, tornando-os, via de consequência, bens exclusivos¹⁵⁸, quais sejam, (i) barreiras técnicas e tecnológicas¹⁵⁹, (ii) barreiras legais, regulatórias e autorregulatórias, (iii) barreiras contratuais¹⁶⁰ e informacionais e (iv) barreiras financeiras¹⁶¹. Não se olvida que a grande

¹⁵³ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 349.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 14

¹⁵⁵ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 349.

¹⁵⁶ OCDE. **Glossary of industrial organization economics and competition law**. Disponível em: <https://bitly.com/VbASM> Acesso em: 06 dez. 2021. p. 11.

¹⁵⁷ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 349.

¹⁵⁸ BOURREAU; DE STREEL; GRAEF, Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising.

¹⁵⁹ OCDE. **Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being**. OCDE Publishing. Paris, 2015. Disponível em: <https://bitly.com/PEJWN>. Acesso 05 dez. 2021. p. 191.

¹⁶⁰ BOURREAU; DE STREEL; GRAEF, Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising.

¹⁶¹ OCDE. **Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being**. OCDE Publishing. Paris, 2015. Disponível em: <https://bitly.com/PEJWN>. Acesso 05 dez. 2021. p. 191-192.

maioria dessas barreiras se aplica com especificidades a depender de qual fase da cadeia de valor está inserida e em qual mercado¹⁶². Vale registrar que as barreiras à entrada são, em certo grau, barreiras internas à cada indústria: são barreiras à mobilidade intra-industrial, ou seja, condicionam a concorrência entre agentes (produtores, consumidores, usuários, etc) que já estão dentro da indústria. A seguir essas barreiras serão analisadas de forma mais detalhada.

1.2.3.1. Barreiras técnicas e tecnológicas

As barreiras técnicas e tecnológicas podem tornar a coleta de dados impossível ou muito mais difícil, como por exemplo com a implementação de tecnologias de criptografia.

Conforme apresentado acima, há o entendimento de que os dados são abundantes e que podem ser coletados facilmente por diversos agentes em paralelo¹⁶³. Essa afirmação é correta no que toca à dados disponíveis ou públicos, os quais estão disponíveis gratuitamente para qualquer pessoa. Como por exemplo a remuneração de um servidor público federal ou a localização de uma pessoa que pode ser verificada a partir do seu GPS por diversos aplicativos associados.

Outra questão é a da substitubilidade: como os dados podem ser relevantes apenas de forma agregada, há formas de coleta de fontes completamente diferentes. Nesses casos em que os dados são públicos e não há qualquer proibição da coleta de dados não há barreiras à entrada¹⁶⁴. Na análise da *Federal Trade Commission- FTC* relativa à fusão do Google/DoubleClick¹⁶⁵ o órgão norte-americano concluiu que os dados dos usuários das empresas não poderiam ser considerados barreira à entrada no mercado de publicidade *online* tendo em vista que os dados disponíveis para ambos não constituíam uma entrada essencial para o mercado¹⁶⁶.

Por outro lado, quando estamos abordando coletas de acesso exclusivo à dados isso não se aplica, como por exemplo na análise do *Twitter* sobre como os acontecimentos mundiais afetam a conduta dos usuários da plataforma. Ou os dados coletados durante uma relação

¹⁶² *Ibid.*, p. 192.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 192.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁵ Statement of Federal Trade Commission 12, Google/DoubleClick, FTC File No. 071- 0170 (Dec. 20, 2007). See also EU Commission decision Google/Doubleclick, Case COMP/M. 4731 [2008] OJ C 184/6.

¹⁶⁶ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 350.

duradoura entre um banco e um cliente que formam o seu histórico de crédito. Essa análise pode ser impossível, difícil ou muito custosa¹⁶⁷.

Nesse ponto destaca-se outra barreira relacionada ao fato de que dados têm sido coletados como subproduto quando o usuário utiliza um certo serviço¹⁶⁸. A consequência disso é que o rival ou entrante deverá empregar esforços para entrada em dois níveis diferentes (*two level entry*).

Outra barreira relacionada à tecnologia pode ser temporal¹⁶⁹. Alguns dados são relevantes apenas em um certo momento específico, como por exemplo a avaliação de dados climáticos enquanto um desastre ambiental está em curso.

Há também barreiras relacionadas à *gateways* específicos, como no exemplo apontado por Daniel L. Rubinfeld and Michal S. Gal de países de terceiro mundo em que as pessoas não têm acesso à computadores e banda larga. Nesses casos, as operadoras de telefonia terão, via de consequência, vantagem na coleta de dados, em razão dos usuários estarem situados em um único *gateway* específico. Outro exemplo utilizado pelos autores é o de aplicativos pré-instalados que coletam dados e que dificilmente serão substituídos pelos usuários, como por exemplo os aplicativos pré-instalados do *Android*. No caso do sistema IOS da Apple, alguns desses aplicativos sequer podem ser excluídos pelo usuário do *smartphone*. No sistema financeiro, como se verá mais adiante, os bancos podem funcionar como *one-stop shops*, oferecendo uma gama diversa de produtos e serviços. Nessas circunstâncias os clientes se veem aprisionados e acabam por manter-se em uma única plataforma de produtos e serviços.

É comum que dados sejam coletados como efeitos colaterais de outras atividades produtivas¹⁷⁰, como por exemplo dados de condições geológicas que são um subproduto de perfurações profundas em busca de recursos subterrâneos ou os dados coletados por pesquisadores. Replicar essa tarefa secundária é uma tarefa difícil e onerosa. Surge, portanto, uma barreira à entrada de dois níveis ou *two-level entry*, casos esses dados sejam únicos e dificilmente replicáveis, ou se a portabilidade de dados for limitada em razão da existência de barreiras tecnológicas, legais ou comportamentais¹⁷¹.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 13.

¹⁶⁸ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 157.

¹⁶⁹ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 351.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 359.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 359.

1.2.3.2. Barreiras legais, regulatórias ou autorregulatórias

Barreiras legais, regulatórias ou autorregulatórias podem estar relacionadas à leis que tutelam a proteção de dados e a propriedade dos dados.

Essas barreiras podem limitar a exploração de dados, a depender se há (i) proibição ou limitação da coleta, transferência e compartilhamento ou (ii) na hipótese de se conferirem direito de propriedade sobre os dados que foram coletados.

As barreiras legais são justificadas pela necessidade de tutela de bens jurídicos como privacidade e bem-estar do consumidor, contudo podem acarretar formas de limitação de acesso à dados, o que pode se dar de forma direta ou indireta¹⁷². No primeiro caso a limitação se dá na auto coleta, enquanto no segundo a barreira se relaciona à transferência de dados de um coletor para o outro.

As barreiras legais estão relacionadas de forma direta pelo escopo da legislação e como é a abordagem nessas, em termos de propriedade e responsabilidade¹⁷³.

Normas relacionadas à privacidade e proteção de dados podem criar limitações à coleta e extração de dados. Quando esses normativos limitam um método específico de extração, cria-se a necessidade de os agentes buscarem soluções tecnológicas alternativas, o que pode criar barreiras à entrada.

O exemplo utilizado por Daniel L. Rubinfeld and Michal S. Gal é a coleta dos denominados “cookies”¹⁷⁴. Cookies de rastreamento “*são dispositivos tecnológicos que permitem aos proprietários de sites expandir sua coleta de dados às atividades dos usuários em outros sites, inserindo links para bancos de dados.*”¹⁷⁵. Para exemplificar: qualquer usuário que navega na *web* já se deparou com a mensagem “*O nosso site utiliza cookies para melhorar a navegação*” ou similar, nesses casos, o usuário deve aceitar ou não a coleta desses dados.

Daniel L. Rubinfeld and Michal S. Gal¹⁷⁶ apontam que esse exemplo é importante por alguns motivos: *o primeiro* deles é que a lógica dessas normas leva em consideração o *status quo* dos usuários e a sua assimetria informacional em relação às implicações da coleta de dados e seu bem-estar ao utilizar a plataforma. *O segundo* é que suas justificativas também estão relacionadas aos altos custos de troca que esses consumidores enfrentam para migrar de um

¹⁷² *Ibid.* p. 361.

¹⁷³ *Ibid.* p. 361.

¹⁷⁴ Ver o que são cookies em: <https://tecnoblog.net/303097/o-que-sao-cookies-como-limpar-ativar-e-bloquear/>

¹⁷⁵ Tradução nossa de “Despite their cute name, tracking cookies are technological devices that allow website owners to expand their data collection to activities of the users on other websites, by inserting links to databases” RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 362.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 362.

serviço que pode estar violando sua privacidade para um que não o faça, como se verá mais adiante. *O terceiro* é a criação de implicações competitivas indiretas, como por exemplo no caso *Google*. O uso limitado de *cookies* gera uma vantagem competitiva para a *Google* sobre os demais competidores porque a empresa não utiliza essa “*rota tecnológica*” para a coleta de dados. Apenas com as buscas, a *Google* é capaz de coletar grandes quantidades de dados sem esbarrar em limitações relacionadas à *cookies*.

Daniel L. Rubinfeld and Michal S. Gal¹⁷⁷ apontam, ainda, que isso não significa que as limitações baseadas em privacidade e proteção de dados não atendam ao interesse público, tendo em vista que os efeitos anticompetitivos podem ser contrabalanceados. De qualquer forma, imprescindível reconhecer quais barreiras à entrada podem ser criadas em decorrência de normas legais e regulação, a fim de endereçar eventuais problemas que decorram disso.

*A despeito da natureza não-rival dos dados barreiras legais podem surgir barreiras relacionadas à propriedade dos dados*¹⁷⁸.

Um exemplo é no setor de saúde suplementar: dados sobre o histórico médico de um indivíduo podem ser valiosíssimos para avaliações futuras sobre a sua saúde. Embora inexista um diploma legal que aponte a propriedade do *Big data*, algumas formas de coleta são protegidas.

No primeiro caso isso pode se dar, por exemplo com a aplicação da lei geral de proteção de dados pessoais que exige que a coleta e tratamento de dados se dê com fundamento em uma base legal específica, limitando-se, portanto, a possibilidade de coleta, extração de valor e uso de um agrupamento de dados. Já na segunda hipótese, os exemplos podem estar situados em direitos autorais e de propriedade intelectual.

1.2.3.3. Barreiras comportamentais e contratuais

Contratos de exclusividade de uma fonte única de dados podem configurar barreira à entrada. O exemplo dado pelos autores¹⁷⁹ é o do caso da Nielsen, em que a empresa competia no mercado de serviços de rastreamento eletrônico que era baseado em scanner data. Em razão disso a *Nielsen* celebrou contratos de exclusividade com os principais supermercados do Canadá atinente aos dados de scanner, excluindo os seus concorrentes dessa fonte de extração.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 363.

¹⁷⁸ *Ibid.* p. 363.

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 363.

No entanto, impera destacar que os dados podem ser obtidos de outras maneiras, o que poderia, em tese, não criar uma barreira significativa.

*Preços de acesso e condições estabelecidas pelo proprietário dos dados para concessão de acesso*¹⁸⁰.

A não coleta e disponibilização de dados que possam dar à rivais uma vantagem comparativa pode ser uma barreira à entrada comportamental¹⁸¹. Um exemplo dado pelos autores é do Governo Sul-Africano que retirou dados censitários sobre as crenças religiosas da população do censo.

A desativação da coleta de dados de um software específico também pode ser uma barreira à entrada comportamental¹⁸². Exemplifica-se¹⁸³: a Microsoft em meio à uma atualização apaga o mecanismo de pesquisa que vem sendo utilizado pelo consumidor e define o seu navegador como o padrão

Especificamente quanto ao armazenamento, há barreiras relacionadas ao *lock-in* (aprisionamento) e *switching costs* (custos de troca) do lado dos consumidores. São altos os custos de troca relacionados ao armazenamento de dados, tendo em vista que a transmissão desses de um lugar para o outro pode ser muito difícil ou muito custosa. Isso porque a ordem de armazenamento dos dados pode não ser conhecida pelo receptor, acarretando a perda de valor dos dados, bem como que o receptor pode apresentar incompatibilidade técnica. Por exemplo, uma empresa que usa um sistema de gerenciamento de dados HP para as informações vitais de sua atividade comercial, a transferência desse banco para outro sistema acarretaria custos substanciais de troca.

*Limitações contratuais autoimpostas para o tratamento de dados podem criar barreiras ao próprio uso da empresa ou à portabilidade de dados*¹⁸⁴.

*Barreiras contratuais podem ocorrer no caso em que a empresa impõe restrições contratuais ao compartilhamento de dados, como cláusulas de exclusividade*¹⁸⁵ *ou proibição que limita a coleta, o uso e o compartilhamento dos dados*¹⁸⁶.

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 363.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 363.

¹⁸² *Ibid.* p. 363.

¹⁸³ *Ibid.* p. 363.

¹⁸⁴ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 367.

¹⁸⁵ GRAEF, Inge. **Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms**. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 4, p. 473-506, 2015. Disponível em: <https://bitly.com/OVTyf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁸⁶ MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of*

Essas limitações envolvem, geralmente, dados com algum tipo de tutela protetiva, como por exemplo dados pessoais. Um exemplo é o caso Apple em que a empresa recusou o compartilhamento com o governo norte-americano de dados de terroristas¹⁸⁷, tendo por justificativas preocupações com a privacidade de seus usuários.

*Outro tipo de restrição contratual está relacionado a limitações da portabilidade*¹⁸⁸: a empresa impõe limitações à portabilidade dos dados dos usuários. Isso resulta em dificuldades do usuário de exportar os dados de uma plataforma para a outras.

Um exemplo pode ser o bloqueio promovido pelo Facebook da extensão do Google¹⁸⁹, o qual tinha por objetivo a exportação dos dados da primeira plataforma para o Google+. O objetivo da Google era facilitar a entrada dos usuários em sua plataforma.

Cabe destacar que esse exemplo ocorreu anteriormente à inclusão do direito à portabilidade de dados pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu.

Por certo, essas barreiras comportamentais, dependem dos incentivos dos agentes para criá-las¹⁹⁰. Os citados autores apontam¹⁹¹ que nos casos em que os dados são um efeito colateral de uma atividade principal, em que o uso dos dados coletados é limitado, pode ser que os agentes tenham incentivos para compartilhá-los. Por outro lado, quando a vantagem comparativa do agente econômico depende do uso de um conjunto de dados único e exclusivo e a empresa tem plena capacidade de proceder com um uso eficiente dos dados, seus incentivos para limitar a transferência de dados será muito maior.

1.2.3.4. Barreiras financeiras

Como visto, as barreiras financeiras estão relacionadas à investimentos significantes na geração, coleta, processamento, análise e aplicação dos dados coletados, que podem envolver altos custos fixos:

“Com relação ao aspecto financeiro, é importante considerar que, como visto, a coleta direta de dados pode requerer investimentos significantes e envolver diversos tipos de custos fixos para colocar em funcionamento um *data center* capaz de capturar e

Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjQ>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 162.

¹⁸⁷ DATE, Jack; LEVINE, Mike; NEWCOMB, ALYSSA. **Justice Department Withdraws Request in Apple iPhone Encryption Case After FBI Accesses San Bernardino Shooter's Phone**. ABCNEWS. 28 MAR. 2016. Disponível em: <https://bitly.com/UOspm>. Acesso em: 2 mai. 2020.

¹⁸⁸ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 367.

¹⁸⁹ PROTALINSKI, Emil. Facebook blocks Google Chrome extension for exporting friends. ZDNET. 4 jul. 2011. Disponível em: <https://bitly.com/VtkDP>. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹⁹⁰ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Arizona Law Review, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 363.

¹⁹¹ *Ibid.* p. 363.

explorar um grande volume variado de dados. Custos proibitivos envolvidos na aquisição de determinados dados também podem consistir em uma barreira à sua coleta por plataformas menores ou potenciais entrantes (ALEMANHA; FRANÇA, 2016, p. 37/38), de modo que, também nesses casos, a natureza não-rival será elidida e o acesso exclusivo a um volume e uma variedade de dados superiores pela plataforma incumbente pode significar uma vantagem competitiva.”¹⁹²

Por certo, não basta que haja livre acesso à dados, é necessário que o agente detenha estrutura mínima – técnica, tecnológica, de pessoal, entre outros - capaz de sustentar a cadeia de processamento dos dados, a fim de que possam ser aplicados na tomada de decisão econômica.

1.3. Informação e dados no setor financeiro: O caso do mercado de crédito

Para se compreender como o *Open Banking* pode modificar as relações no sistema financeiro e bancário é necessário compreender o papel da informação e dados nesse cenário. Assim, serão examinadas as relações no mercado de crédito: as falhas de mercado relacionadas à informação, tais como seleção adversa e risco moral, os custos de troca e aprisionamento enfrentados pelos usuários. E por fim, as trocas de informação no mercado de crédito, a fim de analisar por quais motivos há uma concentração de controle informacional e o potencial do *Open Banking* de contestá-lo.

1.3.1. Panorama do mercado de crédito brasileiro

Em todo o mundo o setor financeiro sempre esteve, historicamente, na vanguarda da utilização e desenvolvimento das denominadas tecnologias de informação e de comunicação (TICs)¹⁹³ nos seus processos internos e de interface com o cliente. A linha do tempo de utilização massiva de novas tecnologias e digitalização do setor bancário e financeiro brasileiro pode ser traçada desde a implementação de terminais de autoatendimentos em 1983, os pagamentos interbancários em 1993, o início do uso do *internet banking* em 1995, a compensação eletrônica de cheques em 1996, a utilização de cartões em 1999, a criação do correspondente bancário e da Câmara Interbancária de Pagamentos em 2000 e 2001, até a

¹⁹² MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big Data e Concorrência: Quando Big Data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. Economic Analysis of Law Review. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/vkCjg>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 163.

¹⁹³ GOMBER, Peter; KOCH, Jascha-Alexander; SIERING, Michael. Digital Finance and FinTech: current research and future research directions. Journal of Business Economics, v. 87, n. 5, p. 537–580, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZvnEG>.

utilização do *mobile banking*, *tokens*, bancos digitais, novas plataformas de cobrança, GIC e *cybersecurity*, entre outras.

Esse processo se denomina “*digital finance*” ou digitalização que se define como “*a digitalização do setor financeiro em geral*”¹⁹⁴. A introdução de inovações e a *datafication* impulsionada pelo surgimento da *internet* e novas capacidades de processamento combinado com instrumentos como as assinaturas digitais, o uso de aplicativos por meio de *smart devices*, *smartphones* e *tablets* alterou as regras do jogo.

Do lado da demanda verificou-se a ampliação da inclusão digital e da interconectividade dos usuários¹⁹⁵. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou no início de 2021 os resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD Contínua)¹⁹⁶ cuja amostragem foi do ano de 2019. Verificou-se um aumento de todos os indicadores referentes à utilização da *internet* e celulares. Com efeito, a *internet* chega a oito em cada dez domicílios do país, o que configura 82,7% dos domicílios brasileiros. Dados do IBGE mostram que em 2020 o número de acessos móveis¹⁹⁷ à *internet* foi de 234 milhões em um universo de aproximadamente 200 milhões de habitantes. Cabe destacar que esse acesso é assimétrico: a depender do contexto social e econômico que o usuário se situa podem existir dificuldades na compreensão e uso do conjunto de serviços e informações que estão disponíveis na *internet*. Esta reflexão será mais bem trabalhada ao longo do presente trabalho.

Do lado da oferta novas oportunidades de mercado surgiram, constituindo-se novas plataformas de produtos e serviços inovadores, como as *Fintechs*.

As relações entre instituições financeiras e clientes sempre foi direcionada por dados e informação (*data-driven*): os serviços e produtos bancários só são fornecidos mediante a apresentação de informações.

Historicamente, essas relações se dão à longo prazo, estabelecendo-se por meio da criação de reputação¹⁹⁸. Assim, instituições financeiras tentam criar relações perenes de

¹⁹⁴ Tradução nossa de: “*Digital Finance describes the digitalization of the financial industry in general.*”. GOMBER, Peter; KOCH, Jascha-Alexander; SIERING, Michael. Digital Finance and FinTech: current research and future research directions. *Journal of Business Economics*, v. 87, n. 5, p. 537–580, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZvnEG>. p. 3.

¹⁹⁵ Acesso móvel refere-se, por exemplo, aos chips que podem ser utilizados em dispositivos móveis tais como celulares e tablets para acesso à *internet*. ANATEL. **Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações**. 2020. Disponível em: <https://bitly.com/VbGDL>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹⁶ ANATEL. **Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações**. 2020. Disponível em: <https://bitly.com/VbGDL>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 21.

fornecimento de produtos e serviços, configurando-se o que se denomina *one-stop shop*, ou seja, ampliam ao máximo o escopo de serviços utilizando informações específicas dos clientes ou usuários. Desse modo, tentam fidelizar os clientes e evitar a difusão de informações entre concorrentes especializados ou não.

O escopo de serviços bancários reduz os incentivos para que os clientes migrem de uma prestadora de serviços financeiros pois, até recentemente, não conseguiam ter controle, propriedade e nem mesmo mecanismos validados de “*transporte de informações*”, o que mantinha elevado os custos de troca e reforçava a inércia comportamental. Nesse contexto, os bancos extraem renda de clientes aprisionados – submetidos aos efeitos de *lock-in* - em que se nota o comportamento de “*capture then extract rents*”¹⁹⁹, no qual os bancos, inicialmente, competem agressivamente por seus clientes e, em seguida, podem aumentar os valores cobrados acima dos custos marginais com o objetivo de compensar perdas iniciais acarretadas pela conquista de novos clientes²⁰⁰.

Nesse contexto de controle informacional, os bancos detêm vantagem em relação aos concorrentes pois detêm a propriedade e a exclusividade de dados financeiros dos clientes²⁰¹. Assim, os bancos com vinculações de longo prazo com clientes e com amplo escopo de serviços têm: (i) maior facilidade no desenvolvimento, direcionamento e venda de produtos, (ii) maior eficiência na avaliação de pedidos de crédito, tendo em vista o conhecimento das condições de pagamento dos clientes, tomando-se decisões ótimas e com melhor precificação de empréstimos e descobertos, (iii) mais eficiência e otimização do processamento dos pedidos de crédito e, por fim, (iv) a utilização de dados históricos e agrupados sobre os clientes para a criação de produtos preditivos, com melhor – mais eficiente - avaliação de risco e necessidades dos clientes²⁰².

¹⁹⁹ ORNELAS, José Renato Haas; SILVA, Marcos Soares; DOORNIK, Bernardus Ferdinandus Nazar Van. **Informational Switching Costs, Bank Competition and the Cost of Finance**. *Journal of Banking & Finance*, 2022, ISSN 0378-4266, Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jbankfin.2022.106408>. Acesso: 11 jan. 2022. p. 5.

²⁰⁰ *Ibid.* p. 5.

²⁰¹ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 21.

²⁰² Tradução livre de: “a) *First, incumbent banks may be able to better develop, target and sell products to their customers. This in turn leads to higher acquisition costs for new entrants which have to dedicate more resources to attract customers away from incumbent banks.*

b) *Second, it allows incumbent banks to better assess credit applications, leading to more optimal decision making and better pricing of loans and overdrafts. Where new entrants have less information on the credit quality of borrowers, they are more likely to misprice loans and overdrafts and potentially reject profitable opportunities*

c) *Third, it allows incumbent banks to process credit applications more efficiently and with reduced paperwork. One of the main reasons provided by SMEs for going to their main bank is reduced ‘hassle’ and the opportunity to obtain funds more quickly.*

Não se olvida que, acompanhando as mudanças e inovações o Sistema Financeiro integrou novas tecnologias²⁰³. A inteligência artificial aliada ao aumento do volume de dados criou um novo contexto de análise das informações, podendo facilitar a análise reputacional e agregar novos elementos.

Como visto, esse cenário inovador de *datafication* permitiu a entrada das *Fintechs*, as quais são empresas que oferecem produtos e serviços financeiros por meios digitais, com processamento automatizado de informações, comumente utilizando de novas tecnologias e da exploração da cadeia de valor de *big data* para prover soluções mais personalizadas²⁰⁴. Em geral, as *Fintechs* oferecem plataformas que podem ser acessadas por meio de computadores, *smartphones* ou *tablets* que permitem que o usuário faça a utilização exclusivamente por meio digital²⁰⁵.

Na onda da entrada das *Fintechs*, surgiu a oferta de serviços financeiros pelas gigantes da tecnologia, tais como *Facebook*, *Google*, *Ant* e *Tencent*, as quais, como visto, certamente possuem acesso à informações que podem não estar no radar das instituições financeiras, como por exemplo padrões de consumo ou de saúde. Por outro lado, essas empresas podem ter dificuldade na definição do seu risco de crédito, já que dados relevantes para tal aceção são àqueles relativos à renda e patrimônio por exemplo.

A combinação da digitalização e processamento mais rápido de informações, mudanças legislativas, regulatórias e comportamentais, gerou um cenário propício para as autoridades reguladoras reestruturarem sua agenda a fim de criar um ambiente que favorecesse a

(d) *Fourth, incumbent banks are able to use historical and pooled data on their customers to better assess the risk of lending to customers and to better predict the needs of customers through the use of 'propensity' models". Ibid.*

²⁰³ Para esclarecer o que se modificou no mercado de crédito, Carlos Eduardo Goettenauer usa o exemplo de dois sujeitos em épocas diferentes que decidem comprar um veículo e financiá-lo por meio de uma instituição financeira: um que decide comprar um carro em 1988 (A) e outro que decide comprar em 2018 (B).

O sujeito A vai ao banco fisicamente, pega um formulário de proposta de abertura de crédito com o gerente do banco, preenche as informações sobre suas condições financeiras (estilo de vida, patrimônio e renda) e entrega documentos para comprovar o que foi declarado. O funcionário, o qual observou toda a ação de A, após a saída do cliente do banco, vai conferir toda a documentação entregue. Após algum tempo de espera enquanto são finalizadas as análises o funcionário poderá ou não deferir a margem de crédito à A. O cliente A fica na espera do telefonema do funcionário do banco para receber a resposta do pedido de crédito.

Já o cliente B, senta no sofá de sua casa e abre várias janelas no navegador de internet para verificar qual é o carro mais adequado à suas necessidades. Lê diversos reviews de revistas eletrônicas especializadas e assiste à alguns vídeos no youtube sobre a potência do veículo escolhido. Após saca o seu telefone celular, abre o aplicativo do banco que possui uma relação longínqua e consegue verificar na própria plataforma a margem financiável, a taxa de juros e o valor máximo do veículo. Se já possuir os documentos do carro, pode anexá-los no aplicativo e em algumas horas o financiamento pode ser liberado pelo banco. Enquanto no primeiro exemplo a avaliação do perfil do cliente demorou alguns dias e foi feita por meio analógicos, no segundo exemplo a tecnologia consegue fazê-lo em algumas horas, com mais rapidez.

²⁰⁴ GOMBER, Peter; KOCH, Jascha-Alexander; SIERING, Michael. Digital Finance and FinTech: current research and future research directions. *Journal of Business Economics*, v. 87, n. 5, p. 537–580, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZvnEG>. Acesso em: p. 3.

²⁰⁵ *Ibid.*

competitividade no mercado financeiro²⁰⁶. Por ser um ambiente multideterminado e sistêmico, diversos fatores culminaram nessas mudanças.

Dentre elas destaca-se o *Open Banking*. Há evidências de que políticas de promoção do compartilhamento de dados podem configurar uma redução das barreiras à mobilidade inter e intrasetoriais no setor financeiro, mais especificamente, barreiras criadas por restrições ao acesso às informações de usuários²⁰⁷. No sistema financeiro e bancário, medidas regulatórias voltadas à promoção da ampliação de acesso à dados já foram tentadas: a portabilidade de cadastro, a portabilidade de crédito, os sistemas de troca de informação de crédito, o Cadastro Positivo entre outras, contudo, os resultados ainda não atingiram o potencial esperado.

Promete-se com o *Open Banking* a promoção da competição, inovação e maior autonomia e controle de dados pelo usuário no sistema financeiro²⁰⁸:

“O que se espera com a chegada do Open Banking?

O Open Banking incentivará a inovação e o surgimento de novos modelos de negócio que oferecem aos clientes uma experiência fácil, ágil, segura e conveniente. Isso favorece a inclusão e educação financeiras da população.

Espera-se que o fluxo mais transparente de informações entre as instituições favoreça a definição de melhores políticas de crédito e a oferta de serviços mais adequados aos diferentes perfis de clientes e de segmentos da sociedade. Também é esperado que as inovações que vão surgir facilitem a comparação de produtos e serviços ofertados pelas diferentes instituições participantes e a programação financeira das pessoas.”

Nesse contexto, indaga-se: o que diferencia o *Open Banking* das demais medidas tentadas no setor financeiro?

Não se olvida que problemas informacionais atingem o sistema financeiro e bancário como um todo, todavia, optou-se nesta dissertação pelo estudo do mercado de crédito²⁰⁹ para avaliação do *Open Banking*, tendo em vista os problemas informacionais inerentes às operações de crédito e a constatação da concentração nesse âmbito: 5 bancos, quais sejam Itaú, Bradesco,

²⁰⁶ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. ***Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário***. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 21.

²⁰⁷ *Ibid.* p. 5.

²⁰⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Open Banking*. Disponível em: <https://bitly.com/DIggj>. Acesso em: 20 dez. 2021.

²⁰⁹ O mesmo recorte foi utilizado por Maria Eduarda Vianna e Silva para análise do impacto do *Open Banking* na concessão de crédito para MPes. VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. ***Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário***. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022.

Banco do Brasil, Caixa Econômica e Santander responderam por 81,8% do mercado de crédito em 2020, conforme o Relatório de Economia Bancária do BACEN²¹⁰.

1.3.2. As falhas do mercado de crédito

Nas operações de crédito, o credor, que pode ser um banco ou outra instituição financeira, oferece ao tomador ou devedor, recursos financeiros, os quais deverão ser pagos em uma data futura²¹¹. Em outras palavras, é estabelecida uma obrigação, em que o devedor se compromete a adimplir futuramente, por meio de um contrato²¹² que define as suas condições. Há, portanto, o estabelecimento de uma relação contratual entre as partes.

Em verdade, o credor funciona como um intermediador entre quem possui dinheiro disponível, o depositante, o poupador ou investidor, e o que necessita de dinheiro, o tomador ou devedor²¹³: O depositante utiliza a conta corrente como instrumento financeiro e o investidor aplica recursos financeiros na instituição financeira que emprestará ao tomador, o qual, por sua vez, pagará o valor emprestado mais juros e custos à instituição financeira ou diretamente ao investidor, a depender das características dos ativos financeiros ofertados pela instituição financeira²¹⁴²¹⁵.

Os juros são “o valor do dinheiro no tempo”²¹⁶. Na prática é como se o tomador pagasse um aluguel pelos recursos financeiros que lhe foram emprestados²¹⁷.

Além da taxa de juros outros custos estão envolvidos na operação, tais como tarifas, tributos, seguros, entre outras despesas decorrentes da intermediação financeira que podem ser

²¹⁰ Segundo informações do BCB houve queda de concentração bancária se comparado ao ano de 2019 em que verificou-se que essas 5 instituições financeiras detinham 83,7% das operações de crédito, enquanto respondiam por 83,4% dos depósitos bancários.

²¹¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Perguntas e Respostas: Empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil (leasing)**. Disponível em: <https://bitly.com/TmKVh>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²¹² “Um contrato é um documento entre dois ou mais agentes no qual os mesmos se obrigam a cumprir determinados pontos pré-estabelecidos. No âmbito da economia da informação, um contrato é um acordo no quais dois agentes assumem compromissos recíprocos em relação ao seu próprio comportamento. Entre as dificuldades de negociar um contrato estão problemas gerados pela racionalidade limitada dos agentes, a complexidade e a incerteza diante das cláusulas, bem como a possibilidade de haver eventual comportamento oportunista pós-contratual. Uma vez formalizado, este acordo deverá gerar um arranjo bilateral de coordenação, com o intuito de reduzir os efeitos danosos causados pela assimetria de informação.” NETO, Giacomo Balbinotto; WIEST, Ramon. **Assimetria de informação e garantias no mercado de crédito: o caso das operações de penhor**. RJB, Ano 1 (2015), nº 2, p. 1853-1889, 2015. Disponível em: <https://bitly.com/KoZhU>. Acesso em: 13 abr. 2021. P. 1863.

²¹³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Entenda o juro**. Disponível em: <https://bitly.com/dZVyp>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Perguntas e Respostas: Empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil (leasing)**. Disponível em: <https://bitly.com/TmKVh>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

expressos no denominado Custo Efetivo Total (CET)²¹⁸²¹⁹. É pelo CET que o tomador será capaz de comparar e avaliar as condições da operação de crédito oferecida por determinada instituição financeira.

O *spread* bancário, em termos gerais, é a diferença entre a taxa de juros pactuada nas operações de crédito e a taxa de captação²²⁰. Como por exemplo se um banco captou recursos por meio de um CDB com custo de 13% a.a., e concedeu um empréstimo com taxa de 23% a.a., o *spread* bancário é de 10 p.p. Destaca-se que o *spread* bancário não corresponde ao lucro da instituição financeira que intermediou a relação, tendo em vista que os custos de intermediação (despesas administrativas, impostos, provisão no caso de inadimplência) são cobertos nesse cálculo.

Por certo, como visto, as operações de crédito são realizadas por meio de uma relação contratual entre credor e tomador²²¹.

O contrato, sob o ponto de vista econômico é:

“Um contrato é uma promessa confiável de ambas as partes, na qual as obrigações de cada uma, para todas as contingências possíveis, são especificadas. Em particular, inclui o mecanismo de pagamento pelo qual o agente será compensado por seu esforço. É um ponto muito importante que um contrato só pode ser baseado em variáveis verificáveis. Ou seja, os termos do contrato só podem depender de variáveis que podem ser verificadas por um árbitro independente, pois este garante o cumprimento do contrato.”²²².

Com efeito, há incerteza na execução das condições contratadas, já que as partes possuem informações diferentes em relação a outra e, também, comportamentos e inserções econômicas distintas.²²³. Isto é, a instituição financeira não possui as informações disponíveis necessárias para conhecer todos àqueles que realizam um pedido de crédito.

²¹⁸ “O CET deve ser expresso na forma de taxa percentual anual e incorpora todos os encargos e despesas incidentes nas operações de crédito (taxa de juro, mas também tarifas, tributos, seguros e outras despesas cobradas). Essa taxa facilita a comparação das opções de empréstimo e financiamento para o consumidor.” BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Entenda o juro**. Disponível em: <https://bityli.com/dZVyp>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²¹⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Entenda o juro**. Disponível em: <https://bityli.com/dZVyp>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²²⁰ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Juros e Spread Bancário**. Série Perguntas frequentes. Disponível em: <https://bityli.com/hWdoI>. Acesso: 26 dez. 2021.

²²¹ REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito**. Orientador: Lucas Ferraz. 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bityli.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 10

²²² Tradução nossa de: “A contract is a reliable promise by both parties, in which the obligations of each, for all possible contingencies, are specified. In particular, it includes the payment mechanism under which the agent will be compensated for his effort. It is a very important point that a contract can only be based on verifiable variables. In other words, the terms of the contract can only depend on variables that can be checked by and independent arbitrator, since this guarantees the fulfilment of the contract.” MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, J. David, An Introduction to the Economics of Information: Incentives and Contracts, 2001. p. 5.

²²³ *Ibid.* p. 10

Por exemplo, um tomador pode possuir informações privadas atinentes à sua condição financeira, as quais os credores não têm acesso. Assim as instituições financeiras podem ter dificuldades de diferenciar os bons e maus pagadores, vislumbrando-se a presença de problemas de assimetria informacional²²⁴.

1.3.2.1. Assimetria informacional: vantagem e controle informacional

Os problemas relacionados à assimetria informacional foram estudados por meio de discussões desenvolvidas por George Akerlof²²⁵, Michael Spence²²⁶, Joseph Stiglitz e Andrew Weiss²²⁷.

As situações de informação perfeita ocorrem quando todos os agentes envolvidos compreendem plenamente as informações sobre a suas ações e as suas ramificações. Isto significa que todas as partes atuantes compreendem os atributos que estão associados ao objeto que está sendo comprado ou trocado, o que resulta na precificação equilibrada²²⁸. Caso algo interfira no processo estará presente uma falha de mercado²²⁹.

A falha de mercado atinente à assimetria informacional ocorre nas situações em que uma parte possui mais ou melhor informação que a outra durante uma transação, o que pode criar desequilíbrio²³⁰.

Os problemas originados de assimetria informacional são explicados na literatura econômica a partir de um modelo chamado de Agente-Principal²³¹. O principal é o que propõe o contrato²³², enquanto o agente é aquele que vai decidir se aceita ou não as condições do

²²⁴ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022.

²²⁵ AKERLOF, George A. **The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, Aug. 1970, vol. 84, No. 3, (Aug., 1970), pp. 488-500. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1879431?seq=1>>. Acesso em 18. jun. 2021.

²²⁶ SPENCE, Michael. **Job Market Signaling**. Quarterly Journal of Economics, v. 87, n. 3, p. 355-374, 1973. Disponível em: <https://bitly.com/yiilO>. Acesso em 18. Jun. 2021.

²²⁷ STIGLITZ, J. E.; WEISS, A. **Credit Rationing in Markets with Imperfect Information**. American Economic Review. v. 71, n. 3, p. 393-411, 1981. Disponível em: <https://bitly.com/gkZQo>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²²⁸ MERRILL, Howard. **Consequences of Information Asymmetry on Corporate Risk Management**. Applied Economics Theses, v. 21, n. 5, p. 1-75, 2017. P. 6

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito**. Orientador: Lucas Ferraz. 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bitly.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 10

²³²

contrato proposto e que condicionará suas ações levando em consideração os termos estabelecidos²³³.

Na relação Agente-Principal observa-se as seguintes características²³⁴:

- “(1)O principal elabora o contrato ou grupamento de contratos que será oferecido ao agente;
- (2)O Agente aceita o contrato se assim desejar caso verifique que o contrato ofertado garante a ele a melhor utilidade em relação as demais oportunidades oferecidas por outras partes principais;e
- (3)o agente realiza uma ação ou esforço em nome do principal.”

Na análise desses elementos Stadler e Castrillo²³⁵ apontam que há um potencial conflito de interesses entre os objetivos do Principal e do Agente. Em uma relação de crédito, o custo para um é receita para o outro, como por exemplo em uma relação de emprego: o salário pago é receita para o agente (empregado) e, ao mesmo tempo, é custo para o principal (empregador), enquanto o esforço do agente favorece o principal, mas é caro para o agente.

A informação, nesse contexto, baliza os contratos.

Problemas advindos dessa relação são a seleção adversa e o risco moral ou *moral hazard*²³⁶. George Akerlof descreveu os problemas de assimetria informacional em seu artigo “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”²³⁷²³⁸, em que são situados mercados em que inexistem informações suficientes acerca da qualidade dos produtos vendidos.

²³³ REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito. Orientador: Lucas Ferraz.** 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bityli.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 13.

²³⁴ MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, J. David, An Introduction to the Economics of Information: Incentives and Contracts, 2001. p. 5.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ MERRILL, Consequences of Information Asymmetry on Corporate Risk Management. P. 6

²³⁷ A tradução de market of lemons para a língua portuguesa mais adequada é “mercado de abacaxis”.

²³⁸ No exemplo de George Akerlof são apresentados carros usados de qualidade boa e qualidade ruim. O vendedor do carro usado tem mais informações sobre os defeitos do veículo e os compradores, por outro lado, os desconhecem. Exemplifica-se: imagine-se a situação hipotética de um mercado de carros usados que tem 200 proprietários que desejam vender e 200 possíveis compradores. Ambas as partes possuem a informação de que 100 carros são bons e os demais são abacaxis, todavia, apenas os proprietários têm informações de quais são bons e quais são ruins. O proprietário de um carro bom pretende vender o carro por R\$4.000,00 (quatro mil reais), enquanto o proprietário do abacaxi, pretende vendê-lo por R\$2.000,00 (dois mil reais). Os potenciais compradores pretendem investir, no máximo, R\$4.400,00 (quatro mil e quinhentos reais) pelo carro bom e R\$2.200,00 por um abacaxi. Dessa maneira os compradores irão calcular o valor médio de R\$3.300,00 (três mil e trezentos reais). Nesse cenário, os proprietários de carros ruins têm mais incentivos para querer vendê-los do que os de carros bons, tendo em vista que os carros bons dificilmente serão diferenciados dos ruins em termos de preço. Por conseguinte, os proprietários de carros bons não terão incentivos para vender os seus carros já que não receberão o valor adequado para tanto. O resultado é que serão comercializados mais carros ruins. Isto é: a precificação de carros ruins afasta os carros bons, como na citação da Lei de Gresham de que “a moeda ruim expulsa a boa”. Tradução livre de “bad money drives out good”. AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Aug. 1970, vol. 84, No. 3, (Aug., 1970), pp. 488-500. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1879431?seq=1>>. Acesso em 18. jun. 2021.

No mercado de crédito existem assimetrias de informações e comportamentos potencialmente conflitantes. Os credores ofertam o crédito a uma taxa média de juros que corresponde à taxa média de risco observada no mercado em um cenário de assimetria informacional²³⁹. Assim, o bom tomador que apresenta um grau de risco menor do que aquele da taxa média se retira, por outro lado, o mau pagador, ou seja, aquele de maior risco, se mantém, configurando-se a *seleção adversa*.

Segundo Stadler e *Castrillo* a seleção adversa ocorre quando apenas um dos agentes possui informações privadas antes do início do relacionamento²⁴⁰. Tem-se, portanto, o problema de informação oculta. Assim, o tomador tem vantagem informacional com relação ao credor. O resultado pode ser a existência de piores pagadores do que bons pagadores, elevando os riscos do mercado, e, via de consequência o custo de crédito. Nesses casos pode ser empregada uma sinalização²⁴¹: o tomador pode oferecer uma garantia.

Após a contratação do crédito, os credores estão sujeitos ao risco moral. Essa situação acontece quando a ação do agente não é verificável ou quando uma das partes recebe informação privada após a relação contratual já ter se iniciado²⁴².

Nesses casos as partes podem ter as mesmas informações quando a relação contratual é estabelecida e a assimetria informacional surge do fato de que o principal não consegue observar a ação do agente ou não consegue efetivamente controlá-la posteriormente à celebração do contrato²⁴³. Tem-se a ação oculta ou *hidden action*. O devedor de um empréstimo contraído com um banco pode passar a não pagar as prestações tendo em vista que pretendia pagá-las por meio de outros empréstimos que não foram bem-sucedidos.

Os agentes do mercado de crédito podem criar respostas para a assimetria informacional, como a seleção e a sinalização.

O monitoramento das ações de crédito é uma das alternativas para melhoria da eficiência das operações das instituições financeiras²⁴⁴. Xavier Freixas e Jean-Charles Rochet²⁴⁵ apontam

²³⁹ NETO, Giacomo Balbinotto; WIEST, Ramon. **Assimetria de informação e garantias no mercado de crédito: o caso das operações de penhor**. RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, p. 1853-1889, 2015. Disponível em: <https://bityli.com/KoZhU>. Acesso em: 13 abr. 2021. P. 1863.

²⁴⁰ MACHO-STADLER; PÉREZ-CASTRILLO, An Introduction to the Economics of Information: Incentives and Contracts. p.11.

²⁴¹ A sinalização “uma ação praticada por uma parte informada para revelar informações particulares à parte desinformada”. MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Tradução da 8ª edição norte-americana.

²⁴² *Ibid.* p. 9

²⁴³ *Ibid.* p. 9

²⁴⁴ *Ibid.* p. 14

²⁴⁵ FREIXAS, Xavier; ROCHET, Jean-Charles. **The Microeconomics of Banking**. [s.l.: s.n.], 2006. Disponível em: <https://bityli.com/QXeyk>. Acesso em 20 jul. 2021. p. 30.

que o monitoramento tem um conceito amplo e possui os seguintes elementos²⁴⁶: (i) triagem, para minimizar a seleção adversa, (ii) prevenção do comportamento oportunista do tomador e (iii) punição ou auditoria do tomador que deixa de cumprir as suas obrigações contratuais.

É possível requerer garantias para minimizar problemas informacionais que podem esconder um mau tomador para gerenciar riscos e cobrir potenciais perdas. As instituições financeiras podem estabelecer colaterais, ou seja, exigir garantias reais²⁴⁷, as quais vinculam coisa ou ativo à obrigação - hipoteca, alienação fiduciária e penhor - e pessoais (fidejussórias), em que um terceiro se responsabiliza pela obrigação - aval e fiança. Mishkin²⁴⁸ aponta que a garantia é uma oferta de parte do patrimônio do devedor para o credor nos casos em que houver inadimplência, o que reduz os prejuízos do credor.

Com efeito, nessa hipótese, àqueles clientes que são bons pagadores que pretendem obter crédito, mas que não possuem ativos de grande valor para serem dados em garantia, podem ser excluídos, já que a instituição provavelmente elevará a taxa de juros para mitigar os riscos²⁴⁹. Por fim, caso não haja o cumprimento da obrigação por parte do tomador, aplicam-se direitos de cobrança da dívida, sob à ótica do Código Civil.

Essas três vias de soluções para falhas não precisam ser excludentes: a existência de informações disponíveis pode mitigar a seleção adversa inicial, o monitoramento pode evitar o risco moral durante a vigência do empréstimo e, por fim, a aplicação de instrumentos legais permite que o credor seja resguardado no caso de inadimplência²⁵⁰. Entretanto, é necessário registrar que as ações mitigadoras trazem custos para o credor ou para o tomador: monitoramento não é atividade trivial e é dispendiosa. As garantias correspondem a custos ou comprometimentos para o tomador.

Nesse cenário os maus pagadores podem afastar os bons pagadores: os credores terão que empregar medidas para mitigar os efeitos da assimetria informacional, tais como aumento da taxa de juros, cobrança de colaterais, entre outros, o que pode elevar os custos de transação da operação de crédito²⁵¹.

²⁴⁶ *Ibid.* p. 30

²⁴⁷ Ver em Código Civil Art. 1.419 e seguintes. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

²⁴⁸ MISHKIN, F. S. Moedas, bancos e mercados financeiros. Editora LTC, 5ªed., 2000

²⁴⁹ FREIXAS, Xavier; ROCHET, Jean-Charles. **The Microeconomics of Banking**. [s.l.: s.n.], 2006. Disponível em: <https://bityli.com/QXeyk>. Acesso em 20 jul. 2021. p. 30.

²⁵⁰ REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito. Orientador: Lucas Ferraz**. 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bityli.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 14.

²⁵¹ REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito. Orientador: Lucas Ferraz**. 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bityli.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 14.

Na presença de problemas como de seleção adversa e risco moral também se vislumbra a existência de *externalidades negativas*²⁵².

As externalidades são falhas que ocorrem nas situações em que um agente se envolve em uma atividade que provoca efeitos na situação de um terceiro, o qual não participa da ação²⁵³. O agente que causou os efeitos não paga e nem recebe compensação pelo impacto que provocou. Se o impacto for benéfico denomina-se externalidade positiva, ao contrário, se os efeitos forem adversos, gerando custos, denomina-se externalidade negativa. As externalidades geram ineficiência alocativa no mercado de crédito.

Assim, os impactos da seleção adversa e do risco moral podem gerar maior inadimplência dos tomadores²⁵⁴. Os custos de transação são despesas que os agentes incorrem no processo de efetivação de uma negociação com objetivo de evitar tais situações²⁵⁵. As instituições, ao se depararem com altos níveis de inadimplência, certamente repassarão aos demais tomadores esses custos, o que pode gerar aumento da taxa de juros, e, via de consequência do CET²⁵⁶. Por outro lado, se for possível a personalização da operação de crédito para cada tomador, é possível reduzir o risco de inadimplência e, via de consequência, mitigar o repasse de custos de transação decorrentes dessa²⁵⁷.

Como pode-se observar, as relações de crédito podem ocorrer em ambientes em que existem (a) potencial relação conflituosa entre o agente (tomador de crédito) e o principal (emprestador), (b) as assimetrias de informação, (c) risco moral, (d) seleção adversa e incerteza radical (eventos não controlados pelas partes envolvidas na transação). Em tal ambiente, é necessário maximizar e compartilhar as informações, algo que o Open Banking se propõe a fazer. Um volume crescente e verificado de informações permite melhorar, ampliar e viabilizar um maior volume de trocas financeiras.

²⁵² VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 132

²⁵³ Mankiw

²⁵⁴ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 32

²⁵⁵ Mankiw 167

²⁵⁶ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 32

²⁵⁷ *Ibid.*

1.3.2.2. Vantagem informacional

As instituições financeiras, como bancos comerciais, são ambientes que podem configurar uma *one-stop shop*. Um *one-stop shop* é uma instituição financeira em que são oferecidos diversos produtos e serviços hábeis a satisfazer todas as suas necessidades²⁵⁸. Um exemplo de *one-stop shop* no mercado varejista é a *Amazon*. No caso do sistema financeiro, muitas instituições financeiras têm ecossistemas próprios²⁵⁹, isso porque uma ampla gama de produtos e serviços são ofertados em único lugar, como por exemplo, pagamentos, financiamento imobiliário ou de bens de consumo duráveis, crédito, mercado de câmbio, aplicações financeiras, entre outros.

Essa circunstância permite compreender alguns aspectos relevantes sobre as relações entre instituições financeiras e usuários: (i) os bancos coletam uma ampla gama de informações ao longo do tempo da relação financeira com os clientes, tendo acesso ao seu histórico e mapeamento de comportamento e (ii) os clientes podem se manter inertes.

Sobre o primeiro aspecto aponta-se que os bancos comerciais têm uma vantagem informacional em relação aos demais participantes do mercado, em particular os agentes mais especializados ou com menor porte e escopo de serviços. Criam, portanto, uma vantagem concorrencial ou uma barreira à entrada em relação aos entrantes.

Os bancos extraem informações específicas dos tomadores por meio da sua relação de longo prazo com os clientes. Essas informações transcendem àquelas que estão disponíveis ao público mediante o fornecimento de múltiplos produtos e serviços financeiros específicos a aquele tipo de cliente. Por esse motivo, as relações bancárias de longo prazo geram vantagem informacional ao banco que detém a base de dados histórica²⁶⁰. O tempo de interação da instituição financeira com o cliente é relevante para a concorrência, pois permite que o risco seja avaliado com mais precisão.

Aponta-se que esse relacionamento de longo prazo confere melhores informações à instituição que se encontra naquela relação. Como os grandes bancos comerciais capazes de ser uma *one-stop-shop* são poucos, temos uma situação oligopolista. Os concorrentes enfrentam a *winner's curse*, em que os consumidores ficam aprisionados em razão de custos de mudança.

²⁵⁸ MARKET BUSINESS. **One-stop shop**. Disponível em: <https://bitly.com/tTtxa>. Acesso em: 3 jan. 2022.

²⁵⁹ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 36

²⁶⁰ FREIXAS, Xavier; ROCHET, Jean-Charles. *Microeconomics of banking*. 2ª Edição. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology. 2008. p. 99.

Vale notar que esse “*aprisionamento*” não decorre de ações anticoncorrenciais ou de barreiras artificiais à entrada, pois é, de fato, uma vantagem concorrencial: o banco com maior informação faz uma melhor avaliação do cliente. A questão central é se o prêmio exigido do cliente em uma relação comercial não ser menor caso outros agentes tivessem acesso a estas informações. Esta é, supostamente, a intenção do *Open Banking*.

No relatório final da “*Retail banking market investigation*”²⁶¹ a autoridade concorrencial britânica, a Competition and Markets Authority – CMA, aponta que existem quatro maneiras principais pelas quais acesso à base de dados históricas podem configurar vantagens concorrenciais e barreiras à entrada²⁶²:

“a) Em primeiro lugar, **os bancos históricos podem ser capazes de desenvolver, direcionar e vender melhor os produtos aos seus clientes.** Isso, por sua vez, leva a custos de aquisição mais elevados para novos participantes, que devem dedicar mais recursos para atrair clientes de bancos incumbentes.

b) Em segundo lugar, permite que **os bancos incumbentes avaliem melhor os pedidos de crédito, levando a uma tomada de decisão mais otimizada e a uma melhor precificação dos empréstimos e descobertos.** Onde os novos entrantes têm menos informações sobre a qualidade do crédito dos tomadores de empréstimo, eles são mais propensos a incorrer no preço dos empréstimos e descobertos e potencialmente rejeitar oportunidades lucrativas.

c) Terceiro, **permite que os bancos incumbentes processem os pedidos de crédito de forma mais eficiente e com menos papelada.** Uma das principais razões apresentadas pelas PMEs para irem ao seu banco principal é a redução do ‘incômodo’ e a oportunidade de obter fundos mais rapidamente.

d) Quarto, **os bancos históricos são capazes de usar dados históricos e agrupados sobre seus clientes para avaliar melhor o risco de empréstimos aos clientes e prever melhor as necessidades dos clientes por meio do uso de modelos de “propensão”.**”

²⁶¹ “O banco de varejo geralmente se refere ao fornecimento de produtos e serviços fornecidos pelos bancos a clientes pessoais e empresas, incluindo PMEs, por meio de uma variedade de canais, incluindo agências, telefonia, internet e tecnologia móvel. O banco de varejo é geralmente usado para distinguir esses serviços bancários de banco de investimento ou banco de atacado. As principais funções dos bancos de varejo são aceitar depósitos, fazer empréstimos e fornecer serviços de pagamento.” Tradução de: “*Retail banking generally refers to the provision of products and services provided by banks to personal customers and businesses, including SMEs, through a variety of channels including branches, telephony, internet and mobile technology. Retail banking is generally used to distinguish these banking services from investment banking or wholesale banking. The main functions of retail banks are accepting deposits, making loans and providing payment services.*” COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. **Retail banking market investigation.** *Retail banking market investigation*, n. 9 Augus, 2016, p. 1–708, 2016. Disponível em: <https://bitly.com/tEcGy>. Acesso em: 21 jan. 2021.

²⁶² Tradução livre de: a) First, incumbent banks may be able to better develop, target and sell products to their customers. This in turn leads to higher acquisition costs for new entrants which have to dedicate more resources to attract customers away from incumbent banks.

b) Second, it allows incumbent banks to better assess credit applications, leading to more optimal decision making and better pricing of loans and overdrafts. Where new entrants have less information on the credit quality of borrowers, they are more likely to misprice loans and overdrafts and potentially reject profitable opportunities

c) Third, it allows incumbent banks to process credit applications more efficiently and with reduced paperwork. One of the main reasons provided by SMEs for going to their main bank is reduced ‘hassle’ and the opportunity to obtain funds more quickly.

(d) Fourth, incumbent banks are able to use historical and pooled data on their customers to better assess the risk of lending to customers and to better predict the needs of customers through the use of ‘propensity’ models. *Ibid.*

Note-se que essas características constituem vantagens concorrenciais e barreiras à entrada simultaneamente.

O oligopólio bancário é o que tem a melhor e maior capacidade de redução dessas assimetrias informacionais, tendo em vista que detém a melhor capacidade de coleta, armazenamento, extração e aplicação das informações dos clientes.

Assim, os incumbentes detêm a capacidade de diferenciar seus clientes e, a partir disso, oferecer produtos que guardem perfeita coerência com os seus anseios, aumentando-se a possibilidade de *matching* entre demanda e oferta. O Open Banking pretende, nesse cenário, aumentar a capacidade de redução dessas assimetrias para entrantes e participantes de menor porte.

1.3.2.3. Custos de troca, efeito de *lock-in* e inércia do consumidor

Nos mercados em que há relações não-padronizadas, diversificadas, articuladas e de longo prazo, as interações repetidas entre cliente e fornecedor há incidência de altos custos de troca, como no caso dos serviços bancários²⁶³. No mercado de crédito verifica-se que os clientes enfrentam *switching costs* ou custos de troca o que pode resultar em efeitos de aprisionamento ou *lock-in*.

Os *switching costs* ou custos de troca foram definidos por Paul Klemperer²⁶⁴ como um fator de diferenciação entre produtos homogêneos após sua compra²⁶⁵²⁶⁶. Tal investimento pode ser um investimento físico em equipamento ou estabelecimento de um relacionamento; um investimento informativo para a descoberta de como utilizar um certo produto e suas características ou um investimento artificialmente criado na compra de uma primeira unidade de alto preço, a qual permite que se adquira unidades subsequentes de forma mais barata²⁶⁷. Na prática, são o resultado da vontade do consumidor de compatibilizar a sua compra atual e o seu investimento anterior²⁶⁸. A presença de custos de troca tem o potencial de criar barreiras que

²⁶³ SHARPE, S. A. The Effect of Consumer Switching Costs on Prices : A Theory and its Application to the Bank Deposit Market. Review Literature And Arts Of The Americas, n. 1991, p. 79-94, 1997

²⁶⁴ KLEMPERER, Paul. **Markets with Consumer Switching Costs**. Quarterly Journal of Economics 102(2):375-94, 1987. Disponível em: <https://bitly.com/vkJPV>. Acesso em: 20 mar. 2021. p. 375.

²⁶⁵ *Ibid.* p. 375.

²⁶⁶ Nessas circunstâncias, produtos homogêneos ex-ante tornam-se heterogêneos ex-post KIM, Moshe; KLIGER, Doron; VALE, Bent, Estimating Switching Costs and Oligopolistic Behavior, 1999. P. 2

²⁶⁷ KLEMPERER, Paul. **Competition when consumers have switching costs: An overview with applications to industrial organization, macroeconomics, and international trade**. The Review of Economic Studies, Volume 62, Issue 4, October 1995, Pages 515–539. Disponível em: <https://bitly.com/fHHwQ>. Acesso em: 13 mar. 2020. p. 517.

²⁶⁸ *Ibid.* p. 517.

tornam o consumidor preso (efeito de *lock in*) ou menos disposto a trocar de um fornecedor para o outro²⁶⁹.

Estes custos são derivados das mais diversas razões, podendo ser tanto econômicas, comerciais ou psicológicas²⁷⁰²⁷¹.

Em indústrias de alta tecnologia os custos de troca são muito altos e endêmicos. Em diversos casos é virtualmente impensável que um consumidor decida trocar de fornecedor, criando-se o que se denomina de *lock-in* ou “efeito de aprisionamento”²⁷².

As definições sobre os tipos de custos variam na literatura econômica²⁷³. Paul Klemperer²⁷⁴ aponta quatro tipos: custos de aprendizagem, custos de seleção, custos artificiais e custos contratuais.

Os dois primeiros são considerados custos sociais enquanto os dois últimos são custos que podem ser controlados/criados diretamente por uma empresa por razões comerciais²⁷⁵. Isso ocorre por exemplo quando um agente econômico encoraja que o cliente faça compras repetidas ao oferecer cupons de desconto ou pontos de fidelidade²⁷⁶, como no oferecimento de pontos à passageiros frequentes de uma certa companhia aérea. Nos custos contratuais, a empresa pode oferecer a assinatura de um contrato que obrigará o cliente a fazer compras específicas ou pagar multas caso aquele contrato não seja cumprido. Como por exemplo na contratação de TV por assinatura em que as empresas têm a prática de cobrar multas caríssimas caso o consumidor deseje cancelar o serviço.

Nessa senda, a competição para atrair novos clientes é intensa quando os custos de troca são significativamente altos, tendo em vista que após o efeito de aprisionamento ou vinculação, eles serão uma fonte constante e substancial de lucro²⁷⁷, já que dificilmente optarão por trocar de fornecedor. Paul Shapiro²⁷⁸ aponta o exemplo da compra de uma impressora boa e barata,

²⁶⁹ VERHOEF, Understanding the Effect of Customer Relationship Management Efforts on Customer Retention and Customer Share Development. P. 43

²⁷⁰ Os custos de troca psicológicos podem decorrer de vícios, problemas de dissonância cognitiva, vieses comportamentais, entre outros.

²⁷¹ KIM; KLIGER; VALE, Estimating Switching Costs and Oligopolistic Behavior.p. 2

²⁷² SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal. R. **A Economia da Informação: como os princípios econômicos se aplicam à era da Internet**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1999. p. 21.

²⁷³ DZHAIN, Nikita *et al.* **Impact of switching costs and network effects on selection of mobile platforms**. Proceedings of the Annual Hawaii International Conference on System Sciences, v. 2015-March, p. 1187–1196, 2015. Disponível em: <https://bitly.com/goVdl>. Acesso em: 13 mar.2020. p. 5.

²⁷⁴ KLEMPERER, Paul. **Markets with Consumer Switching Costs**. Quarterly Journal of Economics 102(2):375-94, 1987. Disponível em: <https://bitly.com/vkJPV>. Acesso em: 20 mar. 2021. p. 375

²⁷⁵ *Ibid.* p. 376.

²⁷⁶ DZHAIN *et al.*, Impact of switching costs and network effects on selection of mobile platforms.

²⁷⁷ SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal. R. **A Economia da Informação: como os princípios econômicos se aplicam à era da Internet**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1999. p. 22.

²⁷⁸ *Ibid.* p. 22

para, posteriormente, descobrir-se que o preço dos cartuchos de reposição é quase que a metade do preço do custo da impressora. Nesse caso, o fato notável é de que a impressora é barata e não que os cartuchos são caros, tendo em vista que o fabricante da impressora está seguindo a estratégia de “*dar a navalha para vender lâminas*”²⁷⁹. Ou seja, primeiro, atrai-se o cliente para, na sequência, aprisioná-lo, mantendo, assim, uma fonte constante e substancial de altos lucros.

Por outro lado, não é óbvia a ideia de que os custos de troca reduzam o bem-estar do consumidor. Isso porque, as estratégias de atratividade aplicadas aos “*novos clientes*” podem beneficiá-los assim como no exemplo aplicado por Paul Shapiro²⁸⁰, os consumidores que utilizam a impressora com menos frequência ou número de vezes menor do que a média, se beneficiam dos valores baixos da impressora, ainda que o preço dos cartuchos seja elevado²⁸¹ - já que os adquirem esporadicamente.

Carl Shapiro²⁸² aponta que algumas empresas podem sofrer com o “*fardo dos clientes aprisionados*”²⁸³, pois ao passo que querem vender a um preço alto para os clientes já aprisionados, também querem competir agressivamente por novos clientes, com objetivo de que permaneçam e contribuam para lucros futuros. Essa circunstância pode levar a aplicação de estratégias de preços discriminatórios em favor de novos clientes. Ainda que assuma que em certas situações os custos de trocas venham a beneficiar um grupo de consumidores, Paul Klemperer²⁸⁴ conclui que, em regra, os custos de troca reduzem o bem-estar dos consumidores: (i) aumentam os preços do produto ao longo da sua vida útil, (ii) criam peso morto e (iii) impedem a entrada nos mercados. Isso significa que a competição *ex ante* não é suficiente para contrabalancear os prejuízos²⁸⁵. Lawrence M. Ausubel aponta que os custos de troca no mercado de cartões de crédito e empréstimos bancários são substanciais. No setor financeiro um dos custos mais importantes está associado ao investimento na relação de longo prazo entre cliente-banco, tendo em vista que como visto anteriormente, o incumbente investe no início da relação para manter o cliente aprisionado²⁸⁶, mantendo o fornecimento exclusivo de um certo produto ou serviço.

²⁷⁹ Tradução Livre. *Ibid.* p. 22

²⁸⁰ *Ibid.* p. 22

²⁸¹ *Ibid.* p. 23

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Shapiro usa como exemplo a SAP, Microsoft e Oracle. *Ibid.* p. 22

²⁸⁴ KLEMPERER, Paul. **Markets with Consumer Switching Costs**. Quarterly Journal of Economics 102(2):375-94, 1987. Disponível em: <https://bitly.com/vkJPV>. Acesso em: 20 mar. 2021. p. 375.

²⁸⁵ CRAVO, Daniela Copetti. **Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post**. Orientador: Augusto Jaeger Junior. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. p. 76.

²⁸⁶ OLIVEIRA E SILVA, Mariana. **Custos de mudança: estimativas para o setor bancário brasileiro**. Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ribeiro de Lucinda. 2013. 79 p. Dissertação (Mestrado)Faculdade de Economia,

Klemperer identifica algumas causas para custos de transferência²⁸⁷, quais sejam, (i) a importância da relação banco-cliente; (ii) a necessidade de compatibilidade com equipamentos existentes; (iii) os custos de transação na mudança de fornecedor; (iv) os custos de aprendizagem de uso de novas marcas; (v) incerteza sobre a qualidade das marcas não testadas; (vi) cupons de desconto para novas compras ou instrumentos semelhantes; (vii) custos de mudança psicológicos.

Considerando-se a configuração de um cenário *one-stop shop* financeiro, que geram relações repetidas, e a criação de relações à longo prazo, a consequência é um custo não observável²⁸⁸ de investimento da criação de um vínculo estreito entre a instituição financeira e o cliente. Dessa relação vislumbra-se a comodidade e conveniência de o cliente manter-se vinculado a determinada instituição financeira. É uma relação dentro do ecossistema do banco: o número da conta bancária, a agência, o gerente, o *internet banking* e o *mobile banking*.

Os custos de transação ao trocar de um banco comercial para o outro por exemplo envolvem custos como tarifas para o fechamento da conta e abertura da nova, recadastro de débito automático, alteração da conta/cartão em sítios eletrônicos de compras, mudança de transferência da conta-salário, procedimentos burocráticos para fechamento da conta, cancelamento de cartões, memorização de novos procedimentos e novas senhas, políticas de precificação por subsídio cruzado²⁸⁹, o histórico de relações, entre outros.

Quanto aos custos de aprendizagem de uso de novas marcas, destacam-se àqueles relacionados às práticas e regras específicas de cada instituição financeira para as transações financeiras²⁹⁰. Outros podem ser a adaptação à uma interface nova de serviços de caixas eletrônicos, *internet banking*, *mobile banking*, aplicativos, programa de recompensas entre outros.

Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 4. Disponível em: <https://bitly.com/EfGfF>. Acesso em: 4 jun. 2021. p. 16.

²⁸⁷ Essas causas serão analisadas no contexto do sistema financeiro no decorrer desta dissertação.

²⁸⁸ OLIVEIRA E SILVA, Mariana. **Custos de mudança: estimativas para o setor bancário brasileiro**. Orientador: Prof. Dr. Claudio Ribeiro de Lucinda. 2013. 79 p. Dissertação (Mestrado)Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 4. Disponível em: <https://bitly.com/EfGfF>. Acesso em: 4 jun. 2021. p. 16.

²⁸⁹ GUIMARÃES, Olavo. **Concorrência bancária e o Open Banking no Brasil**. *Revista de Defesa da Concorrência* v. 9, n. 1, 2021, p. 125–147. Disponível em: <https://bitly.com/ljJhW>. Acesso em: 10 ago. 2021.

²⁹⁰ OLIVEIRA E SILVA, Mariana. **Custos de mudança: estimativas para o setor bancário brasileiro**. Orientador: Prof. Dr. Claudio Ribeiro de Lucinda. 2013. 79 p. Dissertação (Mestrado)Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 4. Disponível em: <https://bitly.com/EfGfF>. Acesso em: 4 jun. 2021. p. 16.

Quanto à incerteza sobre a qualidade das marcas não testadas, pode-se destacar diferenças na política de relacionamento com clientes, a qualidade dos serviços prestados, diferenças na rapidez de atendimento, provimento de serviços via web.

Assim como no problema de identificação dos carro usados de George Arkelof²⁹¹, os consumidores têm problemas para compreender se o produto ou serviço financeiro que utilizam é bom *ex ante*, por aversão ao risco, não fazem a troca.

No setor financeiro o consumidor não adquire esse aprendizado com a suas experiências com as instituições financeiras. Assim, muito provavelmente, vai repetir diversas vezes o mesmo erro²⁹², mantendo-se em uma instituição financeira que não lhe oferece os melhores produtos e serviços. Chris Pike²⁹³ entende que essas circunstâncias caracterizam os serviços e produtos bancários como *credence goods* ou “bens de confiança”²⁹⁴²⁹⁵. Diante de *credence goods*, mesmo após a experiência de utilizá-los, o consumidor não é capaz de avaliar a sua qualidade e a vantajosidade do seu preço. Assim, as empresas concorrentes ou entrantes têm poucos incentivos para a o oferecimento de produtos de melhor valor, tendo em vista que os consumidores sequer os reconhecerão e o agente, muito provavelmente, não fará vendas adicionais por essa oferta²⁹⁶. Por outro lado, a empresa incumbente terá incentivos para deteriorar o valor dos seus produtos e serviços e acabará explorando os seus consumidores aprisionados²⁹⁷.

Quanto aos cupons de desconto para novas compras e instrumentos análogos, pode-se vislumbrar como exemplo programas de fidelização, como por exemplo os de milhagens. Um cliente que utiliza frequentemente os cartões de crédito e possui alta pontuação, poderá deixar de migrar de um serviço para o outro em razão da ausência de portabilidade dos pontos.

²⁹¹ AKERLOF, George A. **The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, Aug. 1970, vol. 84, No. 3, 1970, pp. 488-500. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1879431>. Acesso em 18 ago. 2021.

²⁹² PIKE, Chris. **Competition and Open API Standards in Banking**. OECD Digitalisation And Finance, Forthcoming, p. 1-10, mar. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/YRahK>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 5.

²⁹³ *Ibid.* p. 5

²⁹⁴ GUIMARÃES, Olavo. **Concorrência bancária e o Open Banking no Brasil**. Revista de Defesa da Concorrência v. 9, n. 1, 2021, p. 125–147. Disponível em: <https://bitly.com/ljJhW>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 138.

²⁹⁵ Saúde é um exemplo clássico de credence good: um paciente que vai realizar uma cirurgia de joelho não tem informações suficientes sobre os problemas do seu corpo ou da complexidade do procedimento cirúrgico que será realizado nele. Assim, alguns governos fixam os preços de serviços de saúde. No exemplo da cirurgia de joelho destacada acima, a solução pode estar associada à descrição de qual o aumento médio da melhora de mobilidade do joelho de pacientes com um determinado diagnóstico. PIKE, Chris. **Competition and Open API Standards in Banking**. OECD Digitalisation And Finance, Forthcoming, p. 1-10, mar. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/YRahK>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 5.

²⁹⁶ PIKE, Chris. **Competition and Open API Standards in Banking**. OECD Digitalisation And Finance, Forthcoming, p. 1-10, mar. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/YRahK>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 5.

²⁹⁷ *Ibid.* p. 5.

Quanto aos custos de mudança psicológicos ou lealdade à marca por motivos não econômicos destacam-se os hábitos familiares, o costume e a conveniência de se manter em um banco. Por exemplo, um cliente que não é capaz de notar a diferença entre bancos pode simplesmente manter-se inerte por achar vantajoso manter-se no banco que seus familiares utilizam. Já que assim, pode encontrar facilidade em serviços de transferência.

Além disso, a “*dispersão das taxas entre instituições e a falta de transparência nas regras de precificação do crédito de acordo com as características individuais do tomador de empréstimos*”²⁹⁸ também pode ensejar em custos de troca no setor financeiro.

Essas circunstâncias também têm o potencial de criar incentivos para que os bancos mantenham ou aumentem custos de troca. Xavier Freitas e Jean-Charles Rochet²⁹⁹ apontam que bancos teriam incentivos para aumentar custos de troca por meio da cobrança de taxas adicionais pelo fechamento de contas bancárias ou investindo na coleta de informações. Mesmo em situações em que os bancos sejam obrigados a compartilhar informações, esses poderiam empregar práticas nocivas, como por exemplo a de conceder acesso à uma classificação de risco comum a todos os seus clientes para confundir os concorrentes e/ou entrantes³⁰⁰.

1.3.2.4. O compartilhamento de informações no mercado de crédito

O compartilhamento de informações de crédito e sua consequente disponibilidade entre os participantes do mercado é uma das formas de enfrentar problemas de assimetria informacional³⁰¹.

O compartilhamento de informações entre os participantes do mercado tem o potencial de (i) minimizar a seleção adversa, tendo em vista que facilita a identificação de bons pagadores, (ii) mitigar o risco moral, pois aumenta o custo de inadimplência para o tomador e (iii) interferir no oligopólio informacional dos incumbentes³⁰².

O compartilhamento de informações entre os participantes do mercado de crédito reduz os custos de triagem, tendo em vista que com a expansão das informações aprimora a avaliação dos credores em relação aos devedores. A consequência disso é uma melhor alocação de crédito, criando-se um ambiente favorável para redução do CET.

²⁹⁸ *Ibid.* p. 4

²⁹⁹ FREIXAS; ROCHET, *The Microeconomics of Banking*. p. 18.

³⁰⁰ *Ibid.* p. 18

³⁰¹ *Ibid.* p. 14

³⁰² REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito. Orientador: Lucas Ferraz**. 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bitly.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 14.

Com o fito de solucionar problemas informacionais no sistema financeiro desenvolveram-se sistemas de troca de informação de crédito que fossem hábeis a preservar a confidencialidade e veracidade das informações financeiras³⁰³. Os ambientes de informação podem se dar por iniciativa privada ou via regulação. Nesse contexto situam-se os *bureaus* de crédito que são sistemas formais de troca de histórico de clientes³⁰⁴.

Os prestadores de serviço de relatórios de crédito agregam informações pessoais e de histórico de crédito das mais variadas fontes e desenvolvem perfis de crédito dos mutuários a fim de reduzir a assimetria informacional e, via de consequência, permitir que as instituições financeiras tomem melhores decisões ao conceder empréstimos e tenham condições de competir no mercado financeiro³⁰⁵. São prestadoras que captam e fornecem dados sobre crédito com a finalidade de minimizar a assimetria informacional por meio de mecanismos capazes de sistematizar informações relevantes referentes aos mutuários e criando perfis de avaliação de risco de concessão de crédito³⁰⁶.

Disso advém o conceito de *reputational bank* em contraponto com o *relationship bank*³⁰⁷. No último, a fim de proceder com uma operação de crédito o cliente precisa estabelecer uma relação duradoura com a instituição financeira a fim de que se crie um histórico de crédito. Já no primeiro, um conjunto de informações do cliente são convertidos em um *score* de crédito se tornará o referencial para a concessão ou não do crédito³⁰⁸.

O objetivo do *score* é de indicar se o usuário é um bom ou mau pagador e, assim, mitigar os riscos da concessão de crédito por meio do acesso à informação. A metodologia utilizada para a definição do *score* de crédito é a comparação dos resultados obtidos por um consumidor específico com os resultados dos demais consumidores de um grupo semelhante para o cálculo da pontuação³⁰⁹.

³⁰³ RAMOS, Carlos Eduardo Vieira. **Das Assimetrias de Informação às Assimetrias de Concorrência: Uma Análise da Aplicação do Direito da Concorrência no Mercado de Informações ao Crédito do Brasil**. Revista do IBRAC, v. 23, n. 2, p. 192–210, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/rdxKN>. Acesso em: 23 jan. 2021.

³⁰⁴ REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito**. Orientador: Lucas Ferraz. 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bityli.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 12.

³⁰⁵ BANCO MUNDIAL. **Credit Reporting Knowledge Guide 2019**. World Bank, Washington, DC. 2019. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/31806>. Acesso em: 22 jul. 2021.

³⁰⁶ RAMOS, Carlos Eduardo Vieira. **Das Assimetrias de Informação às Assimetrias de Concorrência: Uma Análise da Aplicação do Direito da Concorrência no Mercado de Informações ao Crédito do Brasil**. Revista do IBRAC, v. 23, n. 2, p. 192–210, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/rdxKN>. Acesso em: 23 jan. 2021. p. 196

³⁰⁷ REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito**. Orientador: Lucas Ferraz. 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bityli.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 14.

³⁰⁸ *Ibid.* p. 14.

³⁰⁹ *Ibid.* p. 18.

Destaca-se que, mesmo em situações em que os bancos sejam obrigados a compartilhar informações, esses poderiam empregar práticas nocivas, como por exemplo a de conceder acesso à uma classificação de risco comum a todos os seus clientes para confundir os concorrentes e/ou entrantes³¹⁰.

As informações de crédito que são utilizadas para definir o perfil de crédito podem ser positivas ou negativas³¹¹. Por exemplo, no SERASA encontra-se o histórico de inadimplementos do potencial mutuário, enquanto no denominado Cadastro Positivo, há informações positivas.

As informações negativas³¹² referem-se às obrigações financeiras não cumpridas, tais como: inadimplências, valores em atraso, e outras informações adversas em relação ao mutuário. Cabe destacar que essas informações têm prazo de validade: até o adimplemento da obrigação, isto é, quando adimplida, o registro pode ser excluído do sistema³¹³.

Já as positivas referem-se à um conjunto muito mais abrangente de informações sobre o indivíduo: abrangem tanto as contas de crédito abertas quanto as fechadas de um indivíduo. Ou seja, incluem: índices de dívida, pagamentos dentro do prazo estabelecido, ou antecipado, limites de crédito, tipo de conta, tipos de empréstimo contraídos, instituições de crédito com as quais teve relacionamento, relatórios detalhados sobre os ativos e passivos do mutuário em potencial, garantias, estrutura de vencimento da dívida, padrão de reembolsos, entre outras³¹⁴.

No Brasil apenas o sistema de compartilhamento de informações negativas teve amplo desenvolvimento e consolidação, tendo em vista a recente implementação do Cadastro Positivo via *opt out*, o qual será comentado mais a frente.

O sistema de avaliação de crédito brasileiro surgiu na década de 60, com a criação do SPC em 1955 por iniciativa da Associação Comercial de Porto Alegre. No mesmo ano fundou-se o SPC São Paulo, por iniciativa da Associação Comercial local e passada uma década, criou-se uma estrutura de cadastro nas principais cidades brasileiras.

Em 1968 fundou-se a sociedade anônima Serasa - Centralização de Serviços de Bancos S.A.³¹⁵, com a finalidade de fornecer as informações sobre consumidores, sendo priorizado o

³¹⁰ *Ibid.*, p. 18

³¹¹ BANK, Credit Report. Knowl. Guid. 2019.

³¹² “Bancos de dados com dados somente negativos às vezes são chamados de “listas negras”. Bancos de dados somente negativos foram desenvolvidos inicialmente para ajudar os credores a triar e excluir com eficácia os tomadores de empréstimo de alto risco que acumularam exposição significativa à dívida.” (Tradução nossa). *Ibid.*, p. 6

³¹³ *Ibid.*, p. 6

³¹⁴ *Ibid.*, p. 6-7

³¹⁵ [tp://www.valor.com.br/financas/2876282/experian-anuncia-acordo-para-adquirir-mais-296-da-serasa](http://www.valor.com.br/financas/2876282/experian-anuncia-acordo-para-adquirir-mais-296-da-serasa)

mercado bancário. A Serasa *Experian* hoje é responsável pela maior base de dados da América Latina, possuindo mais de 500 mil clientes e 6 milhões de consultas diárias³¹⁶.

Nos dias atuais, dentre os que operam com o nome de Serviço de Proteção ao Crédito destaca-se o banco de dados patrocinado pela Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL), o qual é composto por diversas entidades e integrando desde 2005 à Rede Nacional de Informações Comerciais (Renic)³¹⁷.

A regulação dos bancos de dados e cadastro de consumidores se deu apenas na década de 1990, a partir do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8078/90)³¹⁸. O CDC estabeleceu pressupostos jurídicos para a licitude e regularidade dos bancos de dados.

No art. 43 do CDC, os bancos de dados e cadastro de consumidores são destacados como gêneros dos chamados arquivos de consumo:

“Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.”

O diploma legal preocupou-se com o estabelecimento do acesso do consumidor às suas informações.

A definição do banco de dados se deu em 2010, a partir do artigo 2º da Medida Provisória nº 518 de 2010, convertida na Lei n.º 12.414/11³¹⁹. Até 2011, a regulamentação dos bancos de dados se dava de forma ampla, à luz da Lei n.º 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados.

³¹⁶ SERASA. **Quem somos nós?** Disponível em: <https://bitly.com/EWRsh>. Acesso em: 18 jun. 2021.

³¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor. Banco de Dados e Cadastro de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 333-378.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ A lei 12.414/11, antes disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Em outubro de 2012 foi editado o Decreto 7.829 regulamentando a formação e consulta aos bancos de dados para formação de histórico de crédito.

Nos termos do art. 2º da 12.414/11, é considerado banco de dados todo o “conjunto de dados relativo à pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro”. O cadastro de consumidores, por outro lado, pode ser compreendido pelo conceito de cadastrado: “pessoa natural ou jurídica que tenha autorizado inclusão de suas informações no banco de dados”.

Com efeito, esses bancos de dados desenvolveram-se em torno de informações negativas, que são atinentes à situação de inadimplência do devedor, razão pela qual o consumidor não estará registrado ou inscrito, e, sim negativado. Com o passar do tempo verificou-se a insuficiência da disponibilização apenas de informações negativas. Isso porque as informações negativas permitem apenas a seleção dos maus pagadores com a finalidade de impedir que tomem crédito e não contém, portanto, as informações dos bons pagadores.

Assim, os bons pagadores que, todavia, não possuem relações longínquas com instituições financeiras ou não possuem bens passíveis de ser dados em garantias, ficam excluídos do sistema de concessão de crédito, já que os bancos não possuem informações disponíveis suficientes para aprovar seus pedidos. Em razão disso, verificou-se a necessidade de ampliação do volume e qualidade das informações disponibilizadas por meio do Cadastro Positivo criado por meio da Lei n.º 12.414/11, a qual incluiu as informações atinentes às transações financeiras regulares e que foram adimplidas pelos tomadores.

A despeito de receber a denominação de cadastro, o Cadastro Positivo consiste em um banco de dados “com informações de adimplemento de pessoas naturais e de pessoas jurídicas para formação de histórico de crédito”³²⁰. Destaca-se que na primeira versão da medida regulatória não havia uma definição clara do escopo de informações a serem acessadas por meio do cadastro, razão pela qual poderiam ser acessados tanto *scores* de crédito quanto históricos de crédito, o que foi regulamentado posteriormente.

Acreditava-se que com o aumento do volume de dados, a análise dos riscos de concessão de crédito seria otimizada e via de consequência poderiam ser estabelecidas taxas de juros menores, atraindo clientes para a entrada no cadastro. Contudo, ao contrário do que se esperava, a adesão ao cadastro foi muito baixa³²¹³²².

³²⁰ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Análise dos Efeitos do Cadastro Positivo**. Abril de 2021. Disponível em: <https://bityli.com/rIUZL>. Acesso em: 24 jul. 2021.

³²¹ *Ibid.*

³²² “Contudo, o número de pessoas que optaram por entrar no Cadastro Positivo foi baixo. Em 2013, somente dois GBDs começaram a receber, de algumas fontes, as informações dos cadastrados. Os outros dois GBDs, apenas em 2018. O primeiro GBD a comercializar pontuações de crédito com base em dados positivos o fez seis anos após a Lei 12.414/2011 entrar em vigor, ao passo que o segundo o fez oito anos depois, em meados de 2019.

Entre 2011 e dezembro de 2016, apenas 5,5 milhões de usuários foram inseridos no Cadastro Positivo, o que representava 5% do potencial de mercado³²³. Aponta-se que um dos ensejadores do insucesso da medida regulatória eram as previsões do II do Artigo 2º e do art. 4º da Lei 12.414/11:

“Art. 2º II - gestor: pessoa jurídica responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados;
 (...)
 Art. 4º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.”

Como se vê na primeira versão da medida regulatória o potencial cadastrado precisava optar expressamente para a inclusão dos seus dados no Cadastro Positivo, em um regime de *opt-in*. Assim, para aderir ao cadastro o sujeito deveria assinar um instrumento específico ou cláusula apartada para, então, ingressar no cadastro.

Dada a dificuldade de obtenção de um número expressivo de cadastrados optou-se pela alteração do regime de adesão de *opt-in* para *opt-out* por meio da Lei Complementar n.º 166, de 8 de abril de 2019, a qual alterou a Lei 12.414/11. Assim, o sistema passou da adesão por meio de consentimento prévio (*opt in*) para inserção automática ressalvado o direito do cliente de cancelar o seu cadastro no banco de dados após a devida comunicação (*opt out*).

A alteração do modelo para *opt-out* gerou um aumento de 15 (quinze) vezes o número de pessoas inseridas no Cadastro Positivo desde que foi adotado em 2019, segundo a “*Análise dos Efeitos do Cadastro Positivo*” elaborada pelo BCB e encaminhada ao Congresso Nacional³²⁴. Alguns dos principais achados da análise merecem destaque:

“8. Segundo estimativas dos GBD com dados de dezembro de 2020, a inclusão de informações do Cadastro Positivo nas pontuações de crédito resultou em migração de pessoas naturais entre faixas de risco de crédito – cerca de 41% migraram para faixas de menor risco, 33% se mantiveram na mesma faixa e 26% migraram para faixas de maior risco. 9. Para os cadastrados pessoa jurídica, 30% se beneficiaram com migração para faixas de menor risco, metade manteve a faixa de risco e 20% passaram a faixas de maior risco. 10. Instituições financeiras que atuam no segmento de consumo para pessoas naturais reportaram aumento do poder de discriminação dos modelos de risco de crédito e das taxas de aprovação de novos tomadores. 11. **Quanto ao comportamento do *spread* bancário, um estudo empírico das operações de crédito pessoal não consignado para novos tomadores demonstrou uma redução média de 10,4% dos *spreads* nas operações, comparando tomadores com pontuação no Cadastro Positivo com aqueles sem pontuação. Isto equivale a 31**

O longo intervalo de tempo entre a entrada em vigor e a comercialização refletiu não apenas o tempo necessário para que as fontes se adaptassem à Lei 12.414/2011, mas, principalmente, o tempo necessário para que houvesse um volume mínimo de cadastrados para que as fontes pudessem encaminhar as informações do histórico de crédito.” BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Análise dos Efeitos do Cadastro Positivo**. Abril de 2021. Disponível em: <https://bitly.com/rIUZL>. Acesso em: 24 jul. 2021.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*

p.p. quando considerada a taxa de juros média de 299% ao ano observada nessa amostra de operações. 12. Quando avaliado o grupo de tomadores cuja diferença entre as pontuações de crédito com e sem inclusão dos dados do Cadastro Positivo foi maior, essa redução atingiu em média 15,9%, equivalente a 40 p.p. considerando a taxa média de 257,0% deste grupo específico.” (grifo nosso)

Outra alteração relevante trazida pela Lei Complementar n.º 166, de 8 de abril de 2019 refere-se ao escopo dos dados acessados por meio do Cadastro Positivo. A alteração da lei passou a prever apenas a disponibilização do *score* do consumidor. Enquanto as informações do histórico de crédito só podem ser acessadas mediante autorização da pessoa jurídica ou física conforme inciso IV, b), do art. 4º da Lei n.º 12.414/11.

A experiência do Cadastro Positivo pode trazer algumas lições para a implementação do *Open Banking*, como por exemplo o fato de que vieses comportamentais, como a inércia do consumidor, são extremamente relevante nos casos em que a participação do usuário ativa é decisiva.

2. A PORTABILIDADE COMO SOLUÇÃO: REGULAÇÃO, CONCORRÊNCIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Em um cenário em que dados são ativos econômicos que podem ensejar em barreiras à entrada nos mercados, bem como estimular agentes econômicos a criarem empecilhos para o acesso, aventa-se o compartilhamento de dados e ampliação do acesso como possível solução³²⁵. É nesse contexto que a portabilidade ganha destaque.

Para debater o tema Randal Picker³²⁶ usa como exemplo o eBay. A empresa foi fundada em 1995 por Pierre Omidyar com a denominação de AuctionWeb para leilões de produtos usados, cujo principal objetivo era reunir compradores e vendedores em um mercado honesto e aberto. Atualmente, a eBay é uma empresa de comércio eletrônico que conecta milhões de compradores e vendedores em todo o mundo. A “comunidade” ou conjunto de usuários que fazem uso da plataforma se constitui de compradores e vendedores, que podem ser tanto pessoas físicas quanto jurídicas. Os artigos vendidos são dos mais variados podendo incluir de brinquedos à acessórios de carros.

³²⁵ Stigler Committee on Digital Platforms (n 7) pg. 117.; FURMAN, Jason *et al*, *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, [s.l.: s.n.], 2019.; EU Crémer, de Montjoye e Schweitzer (n 10) pg. 29; Alemanha/França - Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt (n 9) pg. 50; 54. Commission Competition Law 4.0 (n 25) pg. 14..

³²⁶ PICKER, Randal C. *Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud*. U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, n.º. 414, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1151985>. Acesso em: 14 de jan 2021. p. 8.

Para comprar no eBay o processo é simples: basta acessar o site, se cadastrar, cadastrar um cartão internacional – se for brasileiro-, criar uma conta no PayPal³²⁷ e começar a buscar o produto desejado. Depois de escolhido o produto há uma segunda etapa na qual o comprador escolhe o vendedor em um box denominado “*Seller Information*”³²⁸ o qual contém um resumo sobre informações deste. Ao clicar no nome do vendedor é possível verificar informações mais detalhadas, tais quais (1) o número total de vendas concluídas pelo vendedor escolhido, (2) a qualificação dessas vendas – se positivas ou negativas-, bem como (3) comentários de antigos compradores. Essas três informações combinadas formam o histórico de reputação do vendedor.

Se um usuário for um novo comprador no site da eBay ele terá mais confiança de realizar ou não a compra caso o vendedor apresente um bom histórico de reputação. Assim o eBay, ao mediar a transação entre o comprador e o vendedor, cria aderência com a reputação criada – tanto pelas avaliações quanto pelos feedbacks.

Esse sistema da eBay, já tinha o potencial de criar problemas concorrenciais na década passada. Isso porque, como a reputação acaba por acumular e divulgar os feedbacks de transações anteriores, um participante de sites concorrentes já inicia sua atividade com desvantagens.

Assim o sistema do eBay pode ser denominado persistente, ou, em outras palavras, cria “custos de troca”, na medida em que uma vendedora antiga do eBay, que já possui histórico e reputação positivas, não terá incentivos mínimos para trocar para uma nova plataforma. Caso ela decida por mudar, tornar-se-á uma nova participante novamente, sem reputação e sem histórico no novo site, o que acarreta no receio de compradores em negociar com ela.

O mesmo acontece, por exemplo, nas plataformas de aplicativo de transporte, como a Uber³²⁹. Assim como no caso do eBay, tanto motoristas quanto usuários possuem um histórico reputacional que pode definir se um usuário vai ou não aceitar aquela corrida ou se um motorista vai recusar um passageiro, considerando-se as experiências pretéritas daqueles sujeitos. O motorista mais experiente e que já se conecta por meio da Uber fica, portanto, receoso de mudar para uma nova plataforma, por medo de perder seu fluxo de usuários já consolidado.

³²⁷ O PayPal é uma empresa de pagamentos online fundada nos Estados Unidos e que opera internacionalmente, sua atividade facilita pagamentos e auxilia no envio rápido de quantias de dinheiro em todo o globo. Ver mais em: < <https://www.paypal.com/br/webapps/mpp/how-to-use-paypal> >

³²⁸ A autora desta dissertação simulou uma compra no site <https://www.ebay.com> para analisar todo o caminho que é percorrido pelo usuário, desde a inscrição até a compra efetiva do objeto e a escolha do vendedor.

³²⁹ A Uber Technologies Inc. é uma empresa com sede nos Estados Unidos cujo objeto é a prestação de serviços eletrônicos no âmbito de transporte urbano por meio de um aplicativo para smartphones que conecta motoristas e usuários. Veja mais em: < <https://www.uber.com/pt-BR/blog/o-que-e-uber/> >

Saindo da perspectiva do usuário, a questão que se impõe é se o sistema de avaliações reputacionais criaria barreiras à entrada a novos competidores. Randal Picker³³⁰ afirma que sim, apontando, inclusive, que já em 2000 a Federal Trade Commission reconheceu que o mecanismo de reputação do eBay sobre a reputação do usuário acarretou no bloqueio da concorrência em leilões online no caso *FTC vs. Reverseauction.com*.

O *Reverseauction.com* era uma empresa de comércio eletrônico que desde 1999 promovia serviços de leilão na *internet*. O *site* promovia leilões entre os usuários para compra e venda de uma série de produtos. Assim como o sugere o nome da empresa, esta oferecia um “leilão reverso”, de modo que, enquanto em um site como o eBay a disputas entre os usuários levavam ao maior preço oferecido, ascendentemente, os preços apresentavam queda ao longo do tempo, de forma decrescente.

A *Reverseauction.com*, minimamente ciente das desvantagens competitivas que tinha em relação ao eBay em decorrência de seu grande fluxo de dados reputacionais, no processo de marketing do seu site obteve ou fez com que fossem obtidos no *site* da concorrente, (i) os endereços de e-mail do usuário do eBay, (ii) nomes de identificação ("IDs de usuário") e (iii) "classificações de feedback" dos clientes do eBay, após, a empresa enviou e-mails aos usuários do eBay informando que se estes migrassem para o *ReverseAuction.com* teriam seu histórico de reputação preservado. Ou seja, entrariam na nova plataforma e manteriam seu histórico reputacional, para assim, manter o mesmo status já adquirido na plataforma inicial.

Para tanto, a empresa se registrou como usuária do eBay e concordou em cumprir bem como se submeter ao contrato de usuário do sítio eletrônico *eBay.com*. Ao final da investigação, o FTC concluiu que a conduta da *Reverseauction.com* causou danos aos consumidores e à concorrência, sendo portanto, prática desleal, por outro lado, reconheceu que os fluxos de dados reputacionais da eBay combinados com os resultados acumulados de milhares de transações bloqueou a concorrência em leilões online.

Para Picker³³¹ o ponto crítico é o de que a portabilidade é uma questão de *design*. Isso porque, naquela época, o eBay proíbia os usuários de importar ou exportar informações de reputação do site ou até mesmo utilizada para fins que não estivessem relacionados com o site.

Por certo o eBay objetivava que houvesse um “*lock in*” de seus usuários e o fazia restringindo a extensão em que os dados de reputação gerados na sua plataforma pudessem ser

³³⁰ PICKER, Randal C. *Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud*. U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, n.º. 414, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1151985>. Acesso em: 14 de jan 2021. p. 8.

³³¹ *Ibid.*

usados em outras plataformas. Isso porque as informações do histórico de reputação e os “feedback ratings” são mecanismos que permitiam que o eBay tornasse as transações pretéritas relevantes no presente.

A questão legal que Randal Picker levantou à época, era a seguinte: quem seria o proprietário dos dados pessoais e em que estaria estabelecido o direito de acesso e uso desses dados? Mas e se os usuários pudessem portar os seus dados de reputação para a nova plataforma? E pudessem, assim, demonstrar que sempre foram bons vendedores ou bons motoristas?

A portabilidade é, justamente, o instrumento capaz de conceder aos usuários poder sobre os seus dados, serviços ou ativos.

2.1. A regulação da portabilidade de serviços e ativos no Brasil

A portabilidade de serviços e ativos foi amplamente aplicada em diversos segmentos no cenário brasileiro, destacando-se os setores de telecomunicações (portabilidade numérica)³³², saúde (portabilidade de planos de saúde)³³³ e financeiro (portabilidade de cadastro, portabilidade salarial e portabilidade de crédito)³³⁴, e, mais recentemente, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, com a portabilidade de dados pessoais.

Em geral o objetivo nas experiências em setores regulados era a transferência de um recurso ou um ativo de determinado titular de uma prestadora para a outra. Isto é, a possibilidade de o consumidor trocar de fornecedor e manter aquele ativo ou serviço nos mesmos moldes em que utilizava antes.

Especificamente no setor financeiro a portabilidade foi implementada em três frentes: portabilidade cadastral, portabilidade salarial e portabilidade de crédito. Nessas experiências houve em maior, ou menor medida, a possibilidade de transferência de dados, recursos e ativos.

No *Open Banking* os dados, produtos e serviços podem ser compartilhados, reutilizados por meio de interfaces interoperáveis, não excludentes e sem que necessariamente se rompa a relação com o fornecedor original. Neste capítulo avaliar-se-á as experiências pretéritas de portabilidade implementadas no Brasil a fim de que seja possível diferenciá-los da portabilidade de dados pessoais prevista na LGPD e o *Open Banking*.

³³² ANATEL. **Painéis de dados: portabilidade.** Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/portabilidade>. Acesso em: 12 jun. 2021.

³³³ ANS. **Portabilidade: E se eu quiser trocar de plano de saúde? Vou precisar cumprir novos prazos de carência no plano novo?.** Disponível em: <https://bitly.com/oIjZU>. Acesso em: 12 jun. 2021.

³³⁴ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Portabilidade. Série I – Relacionamento com o Sistema Financeiro Nacional.** Disponível em: <https://bitly.com/ekWaW>. Acesso em: 12 jun. 2021.

2.2. As experiências pretéritas da portabilidade em setores regulados no Brasil

Nesta dissertação optou-se pela análise da portabilidade no setor de saúde considerando-se as similaridades da estrutura do setor com o setor financeiro, decorrentes de falhas de mercado relativas a assimetrias informacionais. A análise da portabilidade no setor financeiro se dá a fim de que possa ser registrado um panorama da aplicação do instituto no setor em que se implementará o *Open Banking*.

Ao final, analisar-se-á essas experiências em comparativo, traçando semelhanças e diferenças entre os instrumentos, introduzindo a portabilidade de dados pessoais tal qual prevista na LGPD e no *Open Banking*.

2.2.1. Setor da saúde suplementar: a portabilidade de cadastro

2.2.1.1. Breve panorama do setor de saúde suplementar e suas falhas

O setor de saúde suplementar é marcado por falhas de mercado que prejudicam a alocação eficiente de recursos³³⁵. Na contratação do plano de saúde o beneficiário visa a utilização de uma prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais por um prazo indeterminado, com a finalidade de garantir a assistência de saúde.³³⁶

O sistema é mutualista: diversas pessoas contribuem para que poucas pessoas utilizem os serviços na prática³³⁷. Assim, os beneficiários em geral pagam uma mensalidade fixa e os custos de utilização dos procedimentos pelos integrantes da carteira do plano são diluídos entre todos os beneficiários³³⁸. Nessa senda, o plano visa a cobertura de situações futuras e imprevisíveis, e não condições já certas e estabelecidas.

Os sujeitos envolvidos no setor de saúde suplementar são as operadoras de planos de saúde suplementar (OPS), os beneficiários, os médicos e os demais prestadores de serviços de saúde³³⁹. Dentre as falhas de mercado encontradas no setor, assim como no setor financeiro, destacam-se àquelas relacionadas à informação dada a presença de assimetria informacional relacionada ao histórico de saúde do indivíduo.

³³⁵ AZEVEDO, Paulo Furquim De *et al.* **A cadeia de saúde suplementar no Brasil: Avaliação de falhas de mercado e propostas políticas**, White Paper. p. 1–121, 2016. Disponível em: <https://bitly.com/nUgVo> Acesso em: 20 mai. 2021. p. 11

³³⁶ ANS. **Carência**. Disponível em: <https://bitly.com/HZVAP>. Acesso em 20 mai. 2021.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim De *et al.* **A cadeia de saúde suplementar no Brasil: Avaliação de falhas de mercado e propostas políticas**, White Paper. p. 1–121, 2016. Disponível em: <https://bitly.com/nUgVo> Acesso em: 20 mai. 2021. p. 11

Os beneficiários dos planos de saúde suplementar possuem informações gerais sobre as suas condições de saúde, contudo apenas os médicos e os profissionais de saúde são capazes de avaliar e prescrever os exames e tratamentos necessários ao paciente³⁴⁰. Nesse cenário as operadoras de saúde concorrentes têm dificuldades na obtenção de informações acerca da saúde do beneficiário, já que o contato direto desse último se dá com relação ao médico ou à prestadora de serviços de outra operadora ou seguradora. Assim, informações como a probabilidade/possibilidade de adoecer ou se os procedimentos demandados pelo paciente ou aqueles prescritos pelos médicos são efetivamente necessários para endereçar certa doença ou condição, podem não estar disponíveis à operadora³⁴¹.

Aqui se verifica outro exemplo dos mercados de George Arkelof. O preço do plano de saúde reflete os custos de pessoas mais doentes que a média, tendo em vista que pessoas mais doentes estão mais propensas a contratar seguros de saúde. Via de consequência, tendo em vista a precificação ineficiente, pessoas de saúde boa ou regular são desencorajadas a contratar planos de saúde ou, se o fazem, incorporam riscos decorrentes da presença de outros clientes de elevado custo.

Por outro lado, o paciente/beneficiário não possui capacidade técnica para compreender os dispositivos do contrato do plano e nem de avaliar se os produtos constantes no contrato são suficientes ou adequados às suas necessidades atuais e futuras³⁴².

Nesse cenário, problemas relacionados à informação como seleção adversa e risco moral estão presentes no mercado de saúde suplementar. Essas falhas aumentam os custos das operadoras de saúde suplementar³⁴³: tanto pela sobreutilização de produtos e serviços, quanto pela necessidade de criação de mecanismos de seleção de risco (ampliação de informações disponíveis) e de monitoramentos dos beneficiários.

Com a finalidade de mitigar os efeitos do risco moral, as OPS criam mecanismos de monitoramento para: (i) avaliar as condições do beneficiário, (ii) limitar os pedidos de procedimentos que são requeridos pelos médicos e (iii) custeio conjunto de procedimentos.

Para mitigar a *seleção adversa* as carteiras necessitam criar mecanismos para obter informações sobre os possíveis beneficiários a fim de selecionar o risco ao qual serão submetidas, criando, por conseguinte uma parametrização adequada dos custos efetivos que

³⁴⁰ *Ibid.* p. 11

³⁴¹ *Ibid.* p. 11

³⁴² *Ibid.* p. 11

³⁴³ *Ibid.* p. 13

irão incorrer³⁴⁴. Para tanto, criam-se arranjos contratuais hábeis a incentivar o beneficiário a revelar informações sobre o seu histórico de saúde³⁴⁵.

Já com relação ao *risco moral*, como o tomador de decisão não é a instituição financiadora – a OPS -, ou seja, não é o mesmo que arca com os custos do plano celebrado, há incentivos para sobreutilização dos serviços. O custo marginal de sobreutilização dos serviços e produtos contratados para o beneficiário é muito baixo, tendo em vista que o valor do plano, em grande parte dos casos não se altera, o que pode estimular a demanda por serviços de forma desnecessária³⁴⁶. A sobreutilização dos serviços gera o aumento de custos ao longo da cadeia, o que impulsiona o aumento dos preços e pode impedir que uma parcela da população consiga contratar planos de saúde³⁴⁷.

Cabe destacar que as operadoras de planos de saúde se deparam com riscos diferentes de outros tipos de seguro como por exemplo o de automóveis³⁴⁸. Nesse último exemplo há limites claros sobre o custo máximo ao qual cada cliente pode impor à seguradora quando contrata determinado seguro. Isso não ocorre no setor de saúde, em que os custos têm o potencial de sofrer fortes desvios em relação ao custo médio geral decorrentes dos riscos aos quais os beneficiários estão expostos³⁴⁹, que muitas vezes são imprevisíveis e não podem ser mensurados nem por empresas com gestões eficientes.

Veja-se que, do mesmo modo que visto Capítulo 1, assim como as instituições financeiras na análise de crédito, as OPS se deparam com problemas informacionais análogos que implicam no risco da sua atividade, razão pela qual são empregadas estratégias de ampliação das informações e monitoramento da atividade.

Nesse cenário implementou-se o que se denomina período de carência, que é um instrumento do mercado securitário para a mitigação de assimetria informacional, o qual viabiliza a precificação média dos produtos de seguros de forma mais acessível e atrativa para àquelas pessoas que tem um menor risco de utilização do serviço³⁵⁰.

O período de carência “*é o tempo que você terá que esperar para ser atendido pelo plano de saúde em um determinado procedimento*”³⁵¹, enquanto a Cobertura Parcial Temporária trata-se de “*uma restrição na cobertura do plano de saúde, que pode ser imputada*

³⁴⁴ *Ibid.* p.11

³⁴⁵ *Ibid.* p. 11

³⁴⁶ *Ibid.* p. 11

³⁴⁷ *Ibid.* p. 11

³⁴⁸ *Ibid.* p. 18

³⁴⁹ *Ibid.* p. 18

³⁵⁰ ANS. **Exposição de Motivos para a publicação da Resolução Normativa sobre mobilidade com portabilidade de carências**. 2008. Disponível em: <https://bitly.com/SNZdO>. Acesso em: 22 mai. 2021.

³⁵¹ ANS. **Carência**. Disponível em: <https://bitly.com/HZVAP>. Acesso em 20 mai. 2021.

pelas operadoras no caso de Doença ou Lesão Preexistente – DLP”. A *ratio* tanto do período de carência quanto da CPT é a mitigação dos riscos da entrada de um beneficiário que estava fora do sistema de saúde de suplementar. Contudo, a relação com um usuário que já cumpriu seu período de carência e CPT tem um risco muito menor do que em relação ao novo beneficiário, na medida em que as informações sobre o histórico de saúde desse sujeito já foram colhidas³⁵².

O estabelecimento desses mecanismos pode significar o aumento dos custos de troca sob a ótica do beneficiário: se optar por mudar de OPS terá que cumprir com novo período de carência e/ou com CPT.

Outro custo de troca está relacionado ao desconhecimento do beneficiário acerca da identificação/conhecimento acerca do serviço prestado pela operadora³⁵³.

Como visto, no mercado de crédito, os consumidores não detêm informações suficientes para compreender a qualidade do serviço prestado pela instituição financeira, o que pode contribuir para a sua inércia. Assim, a fim de que o beneficiário que já estava inserido no sistema não incorresse no custo de troca relativo ao cumprimento de um novo período de carência, implementou-se a portabilidade de carências no setor de saúde. A qual será comentada no tópico a seguir.

2.2.1.2. A portabilidade de carências na saúde suplementar

Um beneficiário, ainda que esteja utilizando um plano no qual não está satisfeito, têm poucos incentivos e altos custos de troca para decidir portar de um plano para o outro. Razão pela qual sofrem com o efeito de *lock-in* ou aprisionamento.

Na tentativa de mitigar esse problema, a ANS, em 1998, introduziu a portabilidade de carências no setor de saúde por meio da Lei 9.656/98³⁵⁴, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. A regulamentação formal do instituto da portabilidade ocorreu

³⁵² ANS. **Exposição de Motivos para a publicação da Resolução Normativa sobre mobilidade com portabilidade de carências**. 2008. Disponível em: <https://bitly.com/SNZdO>. Acesso em: 22 mai. 2021.

³⁵³ AZEVEDO, Paulo Furquim De *et al.* **A cadeia de saúde suplementar no Brasil: Avaliação de falhas de mercado e propostas políticas**, White Paper. p. 1–121, 2016. Disponível em: <https://bitly.com/nUgVo> Acesso em: 20 mai. 2021. p. 11

³⁵⁴ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União: 4 jun. 1998. Disponível em: <https://bitly.com/PGiWa>. Acesso em: 21 Mai. 2021.

apenas no ano de 2009 por meio da Resolução n.º 186³⁵⁵³⁵⁶ pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a qual foi revogada posteriormente pela Resolução n.º 438 de 3 de dezembro de 2018³⁵⁷.

Na exposição de motivos³⁵⁸ da Resolução n.º 186 de 2009 aponta-se que um dos objetivos do estabelecimento da portabilidade é a promoção da concorrência no mercado de saúde, tendo em vista que a ausência do referido mecanismo poderia gerar um monopólio *ex post*, decorrente da existência dos custos de transação atinentes ao cumprimento de novo período de carência³⁵⁹.

Nesse sentido, vislumbra-se que um dos objetivos primordiais da portabilidade era o de mitigar problemas relacionados aos novos períodos de carência, dispensando o consumidor destes, o que, em tese, poderia reduzir os custos de troca enfrentados pelos usuários. É nesse sentido o que excerto do Relatório Conclusivo da Consulta Pública n.º 34/2010, nos seguintes termos:

“(...) o principal destinatário desse instituto é o consumidor, que lhe confere um maior poder de barganha no mercado, facultando-lhe o acesso a outro plano de saúde, sem a necessidade de cumprimento de novo período de carência ou cobertura parcial temporária.”

No modelo de portabilidade regulamentado pela Resolução n.º 186 de 2009, o instituto era previsto (i) apenas para contratos assinados a partir de janeiro de 1999 e os que foram

³⁵⁵ ANS. Resolução Normativa n.º 186, de 14 de jan de 2009. **Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária.** 2009. Disponível em: <https://bitly.com/LHwRK>. Acesso em: 23 mai. 2021.

³⁵⁶ A Resolução também previa a portabilidade especial de carências, que segundo o art. 1º, VI da norma era o “direito que o beneficiário tem de mudar de plano privado de assistência à saúde dispensado do cumprimento de períodos de carência ou cobertura parcial temporária relativos às coberturas previstas na segmentação assistencial do plano de origem, na hipótese de cancelamento do registro da operadora do plano de origem ou de sua Liquidação Extrajudicial, observados os requisitos dispostos nesta Resolução”. ANS. Resolução Normativa n.º 186, de 14 de jan de 2009. **Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária.** 2009. Disponível em: <https://bitly.com/LHwRK>. Acesso em: 23 mai. 2021.

³⁵⁷ ANS. Resolução Normativa n.º 438, de 3 de dez de 2018. **Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade de carências para beneficiários de planos privados de assistência à saúde, revoga a Resolução Normativa - RN n.º 186, de 14 de janeiro de 2009, que dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária, e revoga os artigos 1º, 3º, 4º e 7º e o §2º do artigo 9º, todos da RN n.º 252, de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre as regras de portabilidade e de portabilidade especial de carências.** 2018. Disponível em: <https://bitly.com/WdwBS> Acesso em: 23 mai. 2021.

³⁵⁸ ANS. **Exposição de Motivos para a publicação da Resolução Normativa sobre mobilidade com portabilidade de carências.** 2008. Disponível em: <https://bitly.com/SNZdO>. Acesso em: 22 mai. 2021.

³⁵⁹ “Corresponde a uma restrição na cobertura do plano de saúde, que pode ser imputada pelas operadoras no caso de Doença ou Lesão Preexistente - DLP. Ela pode durar no máximo 24 meses a partir da assinatura ou adesão contratual e só pode abranger cirurgias, leitos de alta tecnologia e Procedimentos de Alta Complexidade - PAC diretamente relacionados à doença ou lesão preexistente declarada pelo beneficiário ou seu representante legal.”. ANS. **O que é Cobertura Parcial Temporária (CPT)?**. Disponível em: <https://bitly.com/PovCM>. Acesso em 24 mai. 2021.

adaptados, (ii) se restringia à contratos individuais ou familiares, (iii) podia ser exercida por 2 meses por ano, (iv) no mês de aniversário do contrato e no subsequente, (v) só podia ser exercida em planos compatíveis e o (vi) requerente deveria estar no plano de origem por 2 ou 3 anos.

Contudo 1 (um) ano após a regulamentação do instituto já se vislumbravam diversas falhas na sua aplicação. No Relatório Conclusivo da Consulta Pública n.º 34/2010³⁶⁰, a qual foi convocada a fim de atualizar a norma de portabilidade de carências, avaliando suas fragilidades, analisou-se que as regras estabelecidas prejudicaram a sua efetivação, tais como:

- Período curto para o exercício da portabilidade, o qual era limitado ao mês de aniversário do contrato do beneficiário e o subsequente;
- Dificuldade na equivalência dos planos ou tipo compatível;
- Prazo de permanência elevado para estar apto à portabilidade de um ano;e
- Exigência do uso de informações que não seriam de amplo conhecimento do beneficiário.

O requisito de compatibilidade pode ser destacado como um dos mais prejudiciais. Isso porque, o próprio usuário, para o exercício da portabilidade, tinha que demonstrar que o plano de destino era compatível com o plano de origem, preenchendo as condições de abrangência geográfica, segmentação assistencial, tipo de contratação e faixa de preço³⁶¹.

A compatibilidade foi amplamente debatida na revisão da Resolução realizada pela ANS em 2011. Nessa ocasião restou reconhecido que a própria regulamentação do instituto estava criando entraves para o usuário exercer a portabilidade de carências. Para se ter uma ideia, em meados de 2010, apenas um mil portabilidades foram efetuadas aproximadamente, em um universo de 7 milhões de beneficiários³⁶². Entre abril de 2009 e abril de 2010, foram acessados 260.636 guias da ANS para portabilidade, 12.271 papéis foram efetivamente impressos e apenas 1.290 foram efetivados³⁶³. Como se vê da análise da quantidade de

³⁶⁰ ANS. **Relatório de Conclusão da Consulta Pública n.º 34/2010**. 28 de abr de 2011. Disponível em: <https://bityli.com/guVik>. Acesso em: 23 mai. 2021.

³⁶¹ “Art. 2º Para efeito desta Resolução, consideram-se: VI – tipo compatível: é o tipo que permite ao beneficiário o exercício da portabilidade para um outro tipo por preencher os requisitos de abrangência geográfica, segmentação assistencial, tipo de contratação e faixa de preço, nos termos desta Resolução;”. ANS. Resolução Normativa nº 186, de 14 de jan de 2009. **Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária**. 2009. Disponível em: <https://bityli.com/LHwRK>. Acesso em: 23 mai. 2021.

³⁶² ANS. **Portabilidade de Carências**. Disponível em: <https://bityli.com/jLQPR>. Acesso em: 23 mai. 2021.

³⁶³ *Ibid.*

portabilidades exercidas, não se verifica uma grande mudança no comportamento dos beneficiários.

A despeito desses problemas terem sido levantados pela ANS as alterações subsequentes advindas da Resolução Normativa n.º 252, de 28 de abril de 2011 não foram profundas. Em suma, estendeu-se o benefício da portabilidade aos beneficiários de planos coletivos por adesão e instituiu-se a Portabilidade Especial de Carências para situações especiais, nos quais a mudança de plano ou da operadora é causada por motivos alheios à vontade do beneficiário, como por exemplo a falência da operadora.

Em 2014, em função das diretrizes fixadas na agenda regulatória da ANS no eixo “Incentivo à concorrência”, especificamente no projeto “*Avançar na Portabilidade de Carências para planos coletivos empresariais*”, criou-se um Grupo de Trabalho sobre Portabilidade para que fossem apresentadas propostas de revisão da Resolução n.º 186.

No ano seguinte, em 2015, foi instituído um novo Grupo de Trabalho com o mesmo objetivo. Na sequência, as propostas estabelecidas pelos grupos foram discutidas na 438ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada da ANS em 2016, na qual deliberou-se pela alteração da Resolução n.º 186. Contudo, tendo em vista a possibilidade de impactos regulatórios profundos, especialmente àqueles ligados à alocação de riscos e segurança do sistema, decidiu-se pelo aprofundamento dos estudos acerca das possíveis modificações na norma. Anos depois, já em 2017, visando revisar, mais uma vez, a resolução sobre portabilidade, a ANS por meio do seu Comitê de Regulação da Estrutura de Produtos realizou diversas reuniões com atores do setor de saúde.

Posteriormente, ainda em 2017, a ANS convocou a Consulta Pública n.º 63/2017 para avaliar os problemas atinentes ao exercício da portabilidade pelos consumidores. Nessa ocasião, no Relatório Conclusivo, verificou-se que, na vigência da Resolução n.º 186 de 2009 permaneciam os seguintes problemas:

“Os beneficiários de planos coletivos empresariais não têm direito à portabilidade de carências e concentram 67% (sessenta e sete por cento) dos beneficiários da saúde suplementar, os quais representam quase 37 (trinta e sete) milhões de pessoas;
Beneficiários que não estão sendo adequadamente assistidos pela sua operadora não podem sair imediatamente do plano, pois devem esperar pelo período para o exercício da portabilidade (janela);
Beneficiários deixam de fazer a portabilidade por conta da assimetria de informação, seja pelo desconhecimento do período (janela), seja por não ter tido tempo hábil para reunir a documentação exigida para realizar o pedido;
Grande concentração de beneficiários em operadora em processo de falência que aguardam a decretação da Portabilidade Especial para poder contratar outro plano sem carências por estarem fora do período para a portabilidade (janela);
O critério de compatibilidade por tipo de cobertura restringe o acesso de muitos beneficiários que não encontram planos compatíveis, pois há uma grande

concentração de planos classificados em “Internação com obstetrícia” (86%), e pouca oferta de planos de “Internação sem obstetrícia” (8%) ou “Sem Internação” (6%); Na portabilidade especial por liquidação de operadora, o valor da mensalidade dos beneficiários, em muitos casos, é enquadrado na primeira faixa de preço, que possui oferta escassa de planos, o que obstrui o exercício da portabilidade e leva à decretação da portabilidade extraordinária.

Os planos em pós-pagamento não possuem um valor fixo, impossibilitando o enquadramento em uma faixa de preço, haja vista que sua qualidade não pode ser balizada pelo preço”.

Ainda que se reconhecessem os entraves para o exercício pleno da portabilidade, a grande dificuldade de tornar a portabilidade mais efetiva era, principalmente, a de equilibrar a acessibilidade com a mitigação do risco moral e seleção adversa, bem como a garantia de alocação de riscos e mutualidade do setor³⁶⁴.

Em 2018, foi aprovada a Resolução n.º 438 a qual estabeleceu novas regras para a portabilidade de carências. Dentre as mais relevantes destaca-se (i) a ampliação do direito de portabilidade para aqueles consumidores que possuíam planos de saúde coletivos e empresariais, (ii) a regulamentação da portabilidade para planos odontológicos e (iii) estabelecimento dos planos sujeitos ao regime especial de portabilidade³⁶⁵.

Mais recentemente, no ano de 2021 cresceu o interesse pela portabilidade de carências segundo dados exibidos pelo Governo Federal³⁶⁶ no Relatório de Acompanhamento de Protocolos de Portabilidade emitidos pelo Guia ANS – ferramenta de consulta da ANS para a contratação e troca de planos de saúde. Conforme se verifica do relatório, os pedidos de portabilidade aumentaram quase 50% em relação aos quatro primeiros meses de 2020³⁶⁷. De janeiro a abril de 2021 foram gerados cerca de 122.678 protocolos de consultas sobre a portabilidade de carências, enquanto em 2020 foram gerados 83.081. A motivação dos usuários, segundo o relatório, é a busca por planos de saúde mais baratos. Contudo, importa esclarecer que o número de protocolos emitidos não representa o número de portabilidades efetivadas.

Por certo, a experiência com a portabilidade de carências demonstra as dificuldades inerentes à implementação da medida em um setor extremamente regulado como o de saúde em que é necessário levar em consideração questões prudenciais, alocação de riscos e a própria

³⁶⁴ BINOTTO, Anna; PONCE, Paula Pedigoni. **Data Portability: lessons from other sectoral experiences**. 2019. [s. l.:s.n.]. Disponível em: <https://bit.ly/2MuVYyb>. Acesso: 10 mar. 2020.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ ANS. **Planos de saúde: cresce o interesse pela portabilidade de carências**. Disponível em: <https://bityli.com/VkgeL>. Acesso em: 11 out. 2021.

³⁶⁷ Importante destacar que nos meses iniciais de 2020, o início da crise pandêmica da COVID-19 resultou no receio das pessoas de trocarem de plano durante esse período. Bem como que, a partir de janeiro de 2021, com o retorno da cobrança de reajustes, houveram incentivos novamente para a troca de planos de saúde. ANS. **Planos de saúde: cresce o interesse pela portabilidade de carências**. Disponível em: <https://bityli.com/VkgeL>. Acesso em: 11 out. 2021.

segurança do mercado³⁶⁸. Há um conflito entre a ampliação da portabilidade para propiciar maior controle ao beneficiário e fomento da concorrência e do outro, a segurança e a estabilidade econômica do setor que lida com altos riscos³⁶⁹.

A mesma lógica pode ser aplicada no Sistema Financeiro, em que a portabilidade, por meio do *Open Banking*, tem o potencial minimizar seleção adversa, mitigar risco moral e interferir no controle informacional dos incumbentes.

2.2.2. Setor Financeiro: a portabilidade de cadastro, a portabilidade de salário e a portabilidade de crédito

A portabilidade não é uma medida regulatória nova no setor financeiro. A sua instituição se deu, mormente, em três frentes: (i) *a portabilidade de cadastro*, por meio da Resolução n.º 2.835 do Banco Central do Brasil (BCB) de 30 de maio de 2001, (ii) *a portabilidade de salário* ou portabilidade salarial, por meio da Resolução n.º 3.402 de 2006 e a (iii) *a portabilidade de crédito*, regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional em 2006³⁷⁰, por meio da Resolução de n.º 3.401 de 2006³⁷¹.

Da análise em torno das discussões acerca da portabilidade no sistema financeiro, verifica-se que um dos objetivos em comum das medidas era o aumento do controle de dados, ativos e serviços financeiros pelo cliente, a fim de que fosse possível ampliar a sua relação com outras instituições financeiras, melhorando, portanto, o seu poder de barganha a fim de adequar a instituição escolhida às suas preferências pessoais.

Dito isso, é necessário avaliar em que pontos o *Open Banking* inova nesse contexto, já que como se verá mais adiante, um dos objetivos da medida regulatória é, justamente, ampliar as possibilidades do cliente para que este, a partir do compartilhamento de seus dados, possa ter acesso a outros canais de produtos e serviços, promovendo concorrência.

A primeira experiência com portabilidade no setor financeiro se deu em 30 de maio de 2001 por meio da Resolução CMN n.º 2.835, a qual dispunha sobre o *fornecimento de informações cadastrais de clientes bem como a divulgação de encargos financeiros cobrados sobre cheque especial*³⁷², *instituindo a portabilidade de cadastro*. Essa portabilidade se referia,

³⁶⁸ BINOTTO, Anna; PONCE, Paula Pedigoni. **Data Portability: lessons from other sectoral experiences**. 2019. [s. l.:s.n.] Disponível em: <https://bit.ly/2MuVYyb>. Acesso: 10 mar. 2020.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Ver mais em “Saiba como fazer a portabilidade de crédito”. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/206/noticia>

³⁷¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL, *Resolução nº 2.835 de 30 de maio de 2001*, 30 de maio de 2001.

³⁷² *Ibid.*

à época, à possibilidade de transferência de um banco para o outro “*das informações cadastrais de um cliente, por solicitação do próprio cliente*”³⁷³.

Como visto, os correntistas, ainda que insatisfeitos com as contas bancárias em seus bancos optavam por não mudar de instituição para não perder o que popularmente era conhecido como “*tempo de banco*”. Em outras palavras, os correntistas tinham receio de perder as vantagens advindas do relacionamento longínquo que detinham com seus bancos de origem. Isso porque, a partir do seu histórico e da demonstração de que era um bom pagador, o correntista podia conquistar taxas de juros menores ou isenção de taxas e anuidades, entre outros.

Noutro giro, a instituição financeira de origem do cliente permanecia em inércia, na medida em que a probabilidade de perder seu cliente era baixa, enquanto a instituição concorrente não detinha sequer condições de avaliar o perfil de risco do cliente para apresentar melhores propostas.

Uma solução regulatória aventada para o problema foi a portabilidade cadastral. O correntista poderia, em tese, trocar de banco e levar seu histórico e informações para o novo banco escolhido. De fato, a ideia era a de ampliar o poder de barganha dos clientes, principalmente dos bons pagadores, permitindo que pudessem negociar melhores condições em outros bancos ao revelar seu histórico no banco de interesse. Isto é, era a possibilidade da disseminação de informação por parte dos clientes³⁷⁴, quebrando o controle informacional dos bancos de origem.

Segundo o normativo de 2001, as informações deviam ser prestadas no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da data da solicitação pelo cliente e deviam incluir, no mínimo, dados relativos aos 12 (doze) meses anteriores “*abrangendo o histórico de todas as operações contratadas com o cliente*” sendo que era “*necessária a autorização formal do cliente para que um banco repasse a outro as informações cadastrais*”³⁷⁵.

Com a portabilidade de cadastro, em tese, o cliente poderia³⁷⁶:

“transferir sem custos os seus dados, positivos e negativos, de um banco para outro, facilitando, por exemplo, a análise de um banco para o qual ele pretenda transferir sua conta. Isso pode ser importante, por exemplo, na hora de contratar um empréstimo ou financiamento. Com o histórico dos seus dados, o cliente pode conseguir taxas mais baixas de juros, pois o novo banco pode verificar que ele é um bom pagador”.

³⁷³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Portabilidade. Série – Folder. Disponível em >https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/folder_serie_I_portabilidade.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

³⁷⁴ Cabe destacar que a medida foi implementada bem antes da instituição do Cadastro Positivo como conhecemos hoje.

³⁷⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Portabilidade. Série – Folder. Disponível em >https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/folder_serie_I_portabilidade.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

³⁷⁶ *Ibid.*

Tais informações, segundo o que previa o inciso III do art. 1º da Resolução n.º 2.835, compreendiam (i) os dados do cliente³⁷⁷, (ii) o saldo médio mensal mantido em conta corrente, (iii) o histórico das operações de empréstimo, de financiamento e de arrendamento mercantil, contendo a data da contratação, o valor transacionado e as datas de vencimentos e dos respectivos pagamentos; e (iv) o saldo médio mensal das aplicações financeiras e das demais modalidades de investimento mantidas na instituição ou por ela administradas³⁷⁸.

Entre os denominados “*dados do cliente*” estavam incluídos, de acordo com o que previa a Resolução n.º 2.025 de 24 de novembro de 1993, alterada pela Resolução n.º 2.747, de 28 de junho de 2000³⁷⁹, o nome completo, filiação, nacionalidade, data e local do nascimento, sexo, estado civil, nome do cônjuge, se casado, profissão, documento de identificação (tipo, número, data de emissão e órgão expedidor) e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, além de endereços residencial, número de telefone e código DDD, fontes de referência consultadas, data de abertura da conta e número e, por fim, assinatura do depositante³⁸⁰.

Essas informações eram de extremo valor: permitiam conhecer o comportamento do cliente em determinada instituição financeira, o seu perfil de uso de crédito financeiro, o quanto utilizava de crédito rotativo, entre outros. Razão pela qual, de fato, o instituto detinha o potencial de aumentar o poder de barganha do consumidor, incentivando a melhora de serviços e ofertas pela instituição de origem e melhorando o acesso à informação das instituições financeiras. Destaca-se que, ao contrário dos perfis de crédito disponíveis nos cadastros por meio de *score*, os clientes poderiam compartilhar os dados brutos com as instituições financeiras de sua preferência.

Não se pode olvidar que a que a base material e instrumental para o compartilhamento de dados no Sistema Financeiro quando da implementação da portabilidade cadastral era muito mais restrita, complexa e onerosa. Além disso, o escopo dos serviços decorre de ambientes tecnológicos, econômicos e legislativos era completamente distinto em 2001.

³⁷⁷Os dados do clientes nos termos do que era estabelecido no no art. 1o, inciso I, da Resolução no. 2.025, de 24 de novembro de 1993, com a redação dada pela Resolução no. 2.747, de 28 de junho de 2000, que compreendiam

³⁷⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n.º 2.835 de 30 de maio de 2001. **Dispõe sobre o fornecimento de informações cadastrais de clientes e a divulgação de encargos financeiros cobrados sobre cheque especial.** Disponível em: <https://bitly.com/RprlP>. Acesso em: 20 mai. 2021.

³⁷⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n.º 2.747 de 28 de junho de 2000. **Altera normas relativas à abertura e ao encerramento de contas de depósitos, a tarifas de serviços e ao cheque.** Disponível em: <https://bitly.com/oSsXL>. Acesso em 20 mai. 2021.

³⁸⁰ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n.º 2.025 de 24 de novembro de 1993. **Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos.** Disponível em: <https://bitly.com/nWGyA>. Acesso em: 21 mai. 2021.

Todavia, a comparação e análise é relevante porque permite avaliar alguns pontos de reflexão: os incentivos para o não compartilhamento de dados e manutenção do controle informacional por incumbentes, possíveis entraves relacionados à inércia dos consumidores, defeitos nas políticas, entre outros.

Dessa maneira pode-se verificar similaridades entre a proposta mais antiga da portabilidade cadastral e parte do que hoje é compartilhado no *Open Banking*:

Quadro 1 – A portabilidade de cadastro x *Open Banking*.

Portabilidade de Cadastro (Art. 1º da Resolução n.º 2835 de 2001)	<i>Open Banking</i> (Resolução Conjunta n.º 1, de 4 de maio de 2020)
<p>Art. 1º Estabelecer que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem fornecer a seus clientes, quando por esses solicitado, informações cadastrais a eles relativas.</p> <p>§ 1º As informações cadastrais referidas no caput devem:</p> <p>(...)III - compreender:</p> <p>a) os dados do cliente, nos termos estabelecidos no art. 1º, inciso I, da Resolução 2.025, de 24 de novembro de 1993, com as alterações introduzidas pelas Resoluções 2.747, de 28 de junho de 2000, e 2.953, de 25 de abril de 2002;</p> <p>b) o saldo médio mensal mantido em conta-corrente;</p> <p>c) o histórico das operações de empréstimo, de financiamento e de arrendamento mercantil, contendo a data da contratação, o valor transacionado e as datas de vencimentos e dos respectivos pagamentos;</p> <p>d) o saldo médio mensal das aplicações financeiras e das demais modalidades de investimento mantidas na instituição ou por ela administradas.</p> <p>§ 2º As informações de que trata este artigo devem ser fornecidas a terceiros, desde que formalmente autorizado, caso a caso, pelo cliente. (Redação dada pela Resolução 3.401, de 06/09/2006.)</p>	<p>Art. 5º O <i>Open Banking</i> abrange o compartilhamento de, no mínimo:</p> <p>I - dados sobre:</p> <p>a) canais de atendimento relacionados com:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. dependências próprias; 2. correspondentes no País; 3. canais eletrônicos; e 4. demais canais disponíveis aos clientes; <p>b) produtos e serviços relacionados com:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. contas de depósito à vista; 2. contas de depósito de poupança; 3. contas de pagamento pré-pagas; 4. contas de pagamento pós-pagas; 5. operações de crédito; 6. operações de câmbio; 7. serviços de credenciamento em arranjos de pagamento; 8. contas de depósito a prazo e outros produtos com natureza de investimento; 9. seguros; e 10. previdência complementar aberta; <p>c) cadastro de clientes e de seus representantes; e</p> <p>d) transações de clientes relacionadas com:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. contas de depósito à vista; 2. contas de depósito de poupança; 3. contas de pagamento pré-pagas; 4. contas de pagamento pós-pagas; 5. operações de crédito; 6. conta de registro e controle de que trata a Resolução nº 3.402, de 6 de setembro de 2006; 7. operações de câmbio; 8. serviços de credenciamento em arranjos de pagamento; 9. contas de depósito a prazo e outros produtos com natureza de investimento; 10. seguros; 11. previdência complementar aberta; e <p>II - serviços de:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) iniciação de transação de pagamento; e b) encaminhamento de proposta de operação de crédito.

Fonte: Elaboração própria

Contudo, no *Open Banking* vislumbra-se um nível de detalhamento maior das informações e maior agilidade no acesso por meio da transmissão via APIs, com interconexão

facilitada e padronizada. Esses aspectos serão estudados mais adiante no presente trabalho e nos parecem ser um dos grandes diferenciais entre as medidas regulatórias

Além disso, outros fatores podem ser associados à baixa adesão ao instituto da portabilidade cadastral, quais sejam: (i) a não obrigatoriedade do fornecimento das informações pela instituição financeira, (ii) a necessidade de autorização formal do cliente e (iii) os procedimentos onerosos para concretizar a portabilidade.

Quanto ao primeiro fator, a redação do §2º de 2001 previa que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB poderiam fornecer as informações tratadas no art. 1º da Resolução n.º 2.835, desde que formalmente autorizadas pelo cliente, caso a caso, nos seguintes termos:

“Parágrafo 2º As informações de que trata este artigo **podem** ser fornecidas a terceiros, desde que formalmente autorizado, caso a caso, pelo cliente”. (grifo nosso)

Veja-se que o fornecimento das informações era uma faculdade da instituição financeira, situação que perdurou de 2001 até 2006, em que o parágrafo foi alterado pela Resolução nº 3.401 de 06 de setembro de 2006³⁸¹³⁸².

Com a mudança a previsão passou a ser de que os referidos agentes deveriam fornecer as informações citadas à terceiros, ainda que por meio de autorização formal do cliente³⁸³. Isto é, os bancos não poderiam se recusar a fornecer as informações que foram solicitadas pelo cliente³⁸⁴³⁸⁵. Instituiu-se, portanto, o dever de transferência ou de assegurar a portabilidade cadastral, mudança essa que foi considerada basilar para a implementação das portabilidades salarial e de crédito³⁸⁶.

³⁸¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 3.401 de 6 de setembro de 2006. **Dispõe sobre a quitação antecipada de operações de crédito e de arrendamento mercantil, a cobrança de tarifas nessas operações, bem como sobre a obrigatoriedade de fornecimento de informações cadastrais.** Disponível em: <https://bityli.com/wbjzT>. Acesso em: 20 mai. 2021.

³⁸² Essa resolução também modificou o escopo do que se identifica como “dados do cliente” por meio Resolução 2.953, de 25 de abril de 2002. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução 2.953, de 25 de abril de 2002. **Altera normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos e dispõe sobre a contratação de correspondentes no País por parte de instituições financeiras.** Disponível em: <https://bityli.com/iPEiF>. Acesso em: 21 mai. 2021.

³⁸³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 3.401 de 6 de setembro de 2006. **Dispõe sobre a quitação antecipada de operações de crédito e de arrendamento mercantil, a cobrança de tarifas nessas operações, bem como sobre a obrigatoriedade de fornecimento de informações cadastrais.** Disponível em: <https://bityli.com/wbjzT>. Acesso em: 20 mai. 2021.

³⁸⁴ BCB. https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/folder_serie_I_portabilidade.pdf

³⁸⁵ BINOTTO, Anna; PONCE, Paula Pedigoni. **Data Portability: lessons from other sectoral experiences.** 2019. [s. l.:s.n.] Disponível em: <https://bit.ly/2MuVYyb>. Acesso: 10 mar. 2020. p. 8.

³⁸⁶ *Ibid.* p. 8.

Já a autorização formal do cliente acabava por restringir a interconexão de rede entre bancos, tendo em vista que apenas com a intermediação direta do usuário os dados seriam comunicados de uma instituição para a outra, inexistindo comunicação direta entre bancos.

E, por fim, para portar os dados, o cliente deveria: (i) escolher a instituição bancária de interesse, (ii) ir fisicamente até a instituição para abrir uma conta bancária, (iii) em seguida, ir fisicamente até a instituição financeira de origem para informar os dados da nova conta bancária da instituição escolhida e, por fim, (iv) assinar em papel físico a autorização de portabilidade ou de transmissão dos seus dados. Isto é, diversos custos de troca. Assim sendo, o processo de requerimento da portabilidade era extremamente oneroso para o cliente, que se mantinha em estado de inércia.

Nesse cenário o instrumento sequer se popularizou. A Revista Veja, em maio de 2012³⁸⁷, testou a portabilidade cadastral junto à 5 dos principais bancos: o meio de comunicação entrou em contato com agências dos bancos Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, HSBC, Itaú e Santander para avaliar como era, à época, o atendimento aos clientes que desejassem proceder com a portabilidade de cadastro. O que se verificou foi “*um misto de confusão e desinformação. Muitos gerentes sequer conheciam a medida. Outros a confundiam com a portabilidade de crédito e de salário (...)*”³⁸⁸.

Do experimento realizado pela Revista Veja observou-se a ausência de uma cultura institucional voltada à promoção da portabilidade de cadastro. Além do desconhecimento, os bancos sentiam-se “*entregando a faca e o queijo*” na mão dos concorrentes, na medida em que a concessão de crédito se baseia justamente no desenvolvimento de relacionamento com os clientes e o conhecimento mais qualificado em relação a eles do que em relação aos demais bancos, principalmente para mitigação dos riscos da atividade.

Após a implementação da portabilidade de cadastro, outros tipos de portabilidade também foram instituídos.

A *portabilidade de salário* ou *portabilidade salarial* foi instituída pela Resolução n.º 3.402 de 2006³⁸⁹, a qual dispunha sobre a prestação serviços de pagamento de salários, aposentadorias e similares sem cobrança de tarifas. O instrumento era voltado para a

³⁸⁷ VEJA. **Ajude o banco onde não tem conta a conhecê-lo melhor**. 7 mai. 2012. Disponível em: <https://bityli.com/UtNIK>. Acesso: 11 mar. 2021.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Normas do BCB relacionadas à portabilidade Salarial. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n.º 3.402, de 2006. **Dispõe sobre a prestação de serviços de pagamento de salários, aposentadorias e similares sem cobrança de tarifas**. Disponível em: <https://bityli.com/iPEiF>. Acesso em: 3 jun. 2021.

possibilidade de o usuário transferir integralmente os seus proventos salariais para o banco de sua escolha sem ter que abrir uma nova conta corrente.

Anteriormente, quando um usuário iniciava um novo emprego era comum que a empresa pagadora o instrísse a abrir uma conta corrente no banco em que era parceira, com a finalidade de depositar os seus proventos salariais. Isso ocorria porque as empresas optavam por realizar os pagamentos através de depósito em conta bancária de um único banco, o que reduzia os seus custos das transações financeiras.

De outro lado, as instituições financeiras tinham interesse que os depósitos fossem feitos em suas contas e que as transferências fossem realizadas por sua intermediação. Contudo, isso acabava por onerar o novo funcionário da empresa, que era obrigado a abrir uma nova conta corrente, e, via de consequência, arcar com os custos da manutenção da conta aberta, cobrados diretamente ao titular.

Com a instituição da conta-salário³⁹⁰ o próprio empregador passou a arcar com os custos de manutenção da conta de depósito dos proventos. Todavia o problema se manteve: a empresa não era obrigada a realizar o pagamento na conta corrente do estabelecimento bancário de preferência do funcionário, razão pela qual, o mesmo incorria em custos para transferir os valores de sua conta-salário para a conta-corrente do seu banco de preferência.

Só a partir de 1º de janeiro de 2007, após a vigência da Resolução n.º 3.402 de 2006 foi garantido ao trabalhador a transferência integral dos valores depositados na sua conta-salário para a instituição bancária de sua preferência sem o pagamento de qualquer imposto ou taxa, por meio do instituto da *portabilidade salarial*.

A Resolução n.º 3.402 de 2006 previa que a instituição financeira deveria “*assegurar a faculdade de transferência, com disponibilidade no mesmo dia, dos créditos para conta de depósitos de titularidade dos beneficiários, por eles livremente abertas (...) em outras instituições financeiras*”³⁹¹.

Em tese, no exercício da portabilidade a empresa A poderia depositar os vencimentos nas contas-salários³⁹² do Banco 1, no qual mantinha contrato de folha de pagamento, enquanto

³⁹⁰ “A conta-salário é uma conta aberta por iniciativa e solicitação do empregador para efetuar o pagamento de salários aos seus empregados. Não é uma conta de depósitos à vista, pois somente pode receber depósitos do empregador, não sendo admitidos depósitos de quaisquer outras fontes. Pode ser utilizada também para o pagamento de proventos, soldos, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares.”. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Perguntas e Respostas: Conta-salário e portabilidade salarial**. Disponível em: <https://bitly.com/aODga>.

³⁹¹ CMN. Resolução n.º 3.402, de 2006. **Dispõe sobre a prestação de serviços de pagamento de salários, aposentadorias e similares sem cobrança de tarifas**. Disponível em: <https://bitly.com/iPEiE>. Acesso em: 3 jun. 2021.

³⁹² “A conta-salário é uma conta aberta por iniciativa e solicitação do empregador para efetuar o pagamento de salários aos seus empregados. Não é uma conta de depósitos à vista, pois somente pode receber depósitos do

os seus funcionários poderiam optar por receber os valores transferidos automaticamente nas suas contas do Banco 2, 3, ou 4, dependendo da sua preferência.

Para tanto, o funcionário deveria se dirigir fisicamente à agência do banco de relacionamento da empresa e informar, tanto por meio escrito ou eletrônico, o seu interesse à instituição. A instituição financeira era obrigada a executar a alteração no prazo de 5 (cinco) dias úteis da data do recebimento da comunicação da pessoa física e, a partir desta data, era obrigada a realizar a transferência do salário para a conta indicada pelo funcionário no mesmo dia do pagamento do vencimento, em até 12 horas.

Conforme o citado normativo, a instituição financeira não poderia cobrar por serviços como:

“fornecimento de cartão magnético, realização de até cinco saques, por evento de crédito; acesso a pelo menos duas consultas mensais ao saldo nos terminais de autoatendimento ou diretamente no guichê de caixa; fornecimento, por meio dos terminais de autoatendimento ou diretamente no guichê de caixa, de pelo menos dois extratos contendo toda a movimentação da conta nos últimos trinta dias; e manutenção da conta, inclusive no caso de não haver movimentação”.

Posteriormente, em 2018, foi aprovada a Resolução n.º 4.639/2018³⁹³, que alterou as disposições acerca da portabilidade de salários. A medida fez parte da Agenda BC+, no Pilar Sistema Financeiro Nacional Mais Eficiente, o qual tinha por objetivo “*ampliar as opções à disposição do cliente, propiciar maior comodidade ao beneficiário e estimular maior concorrência entre as instituições*”³⁹⁴.

Como visto, anteriormente à alteração legislativa de 2018 a portabilidade de salário era extremamente limitada, tendo em vista que o salário podia ser automaticamente transferido, contudo, apenas para contas-correntes e o próprio trabalhador era responsável por realizar as tratativas junto ao banco para a sua implementação.

As duas principais mudanças na nova regulamentação diziam respeito à incorporação das contas de pagamento³⁹⁵ e a possibilidade de pedir ao banco que iria receber os valores que

empregador, não sendo admitidos depósitos de quaisquer outras fontes. Pode ser utilizada também para o pagamento de proventos, soldos, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares. Os bancos e outras instituições financeiras contratados para realizar esses serviços de pagamento devem obrigatoriamente observar as regras da conta-salário.” BANCO CENTRAL DO BRASIL. Perguntas e Respostas: Conta-salário e portabilidade salarial. Disponível em: <https://bityli.com/aODga>.

³⁹³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Portabilidade na conta salário fica mais fácil.** Disponível em: <https://bityli.com/shwCi>.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ “*A conta de pagamento é uma conta utilizada pelo cliente para a realização de pagamentos e transferência de recursos como, por exemplo, pagamento de contas e boletos, emissão de TED e DOC, além de transferência de recursos entre clientes de uma mesma instituição de pagamento.*” BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Perguntas e Respostas: Contas de pagamento.** Disponível em: <https://bityli.com/syDjH>.

realizasse as tratativas para a portabilidade diretamente. A redação do inciso II do art. 2º se alterou para os seguintes termos:

“I - a instituição contratada deve:

- a) informar ao beneficiário, por qualquer meio de comunicação disponível, acerca da abertura da conta de registro, esclarecendo, no mínimo, o conceito, as características, as regras básicas para movimentação dos recursos, as situações que ensejam a cobrança de tarifas, bem como sobre a faculdade de que trata a alínea “b”;^e
- b) assegurar a faculdade de transferência, com disponibilidade no mesmo dia, dos créditos para conta de depósitos ou conta de pagamento pré-paga de titularidade dos beneficiários, na própria instituição ou em outra autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, observado o disposto no art. 2º-A”.

Veja-se que na alínea do inciso II há o dever da instituição financeira (i) de informar da abertura da conta de registro, e (ii) de prestar informações sobre a conta, tais como conceito, características, regras básicas de movimentação, situações que ensejam em cobrança e a possibilidade de proceder com a portabilidade salarial.

Outra alteração ocorreu com a inclusão do art. 2º-A que prevê o que se segue:

“Art. 2º-A Para efeito do disposto na alínea “b” do inciso II do caput do art. 2º, a indicação da conta a ser creditada deve ser objeto de comunicação pelo beneficiário à instituição contratada, em caráter de instrução permanente.
 § 1º **A comunicação pode ser realizada por intermédio da instituição destinatária**, mediante manifestação inequívoca de vontade do beneficiário, passível de comprovação.
 § 2º **É obrigatória a aceitação da comunicação, pela instituição contratada, no prazo máximo de dez dias úteis**, contado da data do seu recebimento”. (grifo nosso)

O referido §1º permitiu que a instituição destinatária intermediasse as tratativas de portabilidade com a instituição bancária de origem dos valores a serem depositados. Além disso, o prazo de aceitação passou de 5 (cinco) dias úteis para 10 (dez) dias úteis³⁹⁶.

Segundo o BCB, desde a entrada em vigor das alterações no normativo, em julho de 2018 até setembro do mesmo ano, foram efetuados 443 mil pedidos de portabilidade, sendo certo que metade deles foi aprovado³⁹⁷. Grande parte dos pedidos não foi aprovado em razão da desistência dos clientes que a solicitaram, tendo em vista a oferta de melhores condições na instituição que detinha a conta salário³⁹⁸. Aponta-se que isso se deu em razão da portabilidade só poder ser recusada nos casos em que houvesse erro no procedimento ou quando o beneficiário desistisse de realizá-la.

³⁹⁶ Posteriormente, a Resolução foi alterada pela Resolução n.º 4.790 de 26/03/2020. BANCO CENTRAL DO BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n.º 4.790 de 26 de março de 2020. **Dispõe sobre procedimentos para autorização e cancelamento de autorização de débitos em conta de depósitos e em conta-salário**. Disponível em: <https://bitly.com/MaDkk>.

³⁹⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Em três meses, portabilidade de conta-salário soma mais de 443 mil pedidos**. Disponível em: <https://bitly.com/cTuys>. Acesso em: 18 nov. 2021.

³⁹⁸ *Ibid.*

A partir da mudança de 2018 os dados sobre portabilidade salarial estão centralizados e vêm sendo registrados na Plataforma Centralizada de Portabilidade Salarial – PCPS³⁹⁹. É por meio dessa plataforma que o BCB monitora o mercado, avaliando o número de solicitações feitas e eventuais desvios, contudo, para a presente pesquisa não foi possível acesso aos mencionados dados, tendo em vista que não são abertos à consulta pública⁴⁰⁰.

Ainda, foi anunciado pelo BCB que as contas-salários seriam integradas no sistema PIX⁴⁰¹, isto é, a conta-salário seria incluída nas listas de contas de movimentação. Essa medida pode baratear os custos de transferência para o empregador, beneficiando o empregado.

Por fim, a *portabilidade de crédito* foi regulamentada em 2006⁴⁰², por meio da Resolução de n.º 3.401 de 2006, com importante complementação por meio da Resolução n.º 4.294 de 2013.

A portabilidade de crédito permite que o devedor, titular de operação de crédito, transfira a operação da instituição credora original para a instituição proponente, criando-se uma operação equivalente. Na prática, a instituição proponente liquida antecipadamente a operação na instituição credora original e cria uma operação de crédito nova⁴⁰³.

A possibilidade de transferência do empréstimo permite que o cliente possa negociar melhores condições de crédito. Ainda que o banco de origem não possa negar a solicitação de portabilidade, a instituição financeira poderá oferecer melhores condições de crédito para o cliente a fim de mantê-lo⁴⁰⁴. Por certo, essa possibilidade exige uma conduta ativa do cliente que deve, portanto, pesquisar as condições das tomadoras de crédito para encontrar a proposta que seja mais vantajosa⁴⁰⁵.

Do lado da oferta, a portabilidade de crédito configura um importante estímulo à concorrência entre as instituições financeiras: os *players* competem para ofertar melhores

³⁹⁹CIP. **Plataforma centralizada de portabilidade de salário**. Disponível em: <https://www.cip-bancos.org.br/Paginas/PCPS.aspx>. Acesso em: 18 nov. 2021.

⁴⁰⁰ Mais recentemente uma nova mudança foi incorporada no normativo legal por meio da Resolução n.º 4.790 de 26/03/2020 a qual dispõe sobre os procedimentos para autorização e cancelamento de autorização de débitos em conta de depósitos e em conta-salário. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n.º 4.790 de 26 de março de 2020. **Dispõe sobre procedimentos para autorização e cancelamento de autorização de débitos em conta de depósitos e em conta-salário**. Disponível em: <https://bitly.com/MaDkk>.

⁴⁰¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Novidades do Pix para 2021 incluem saque no varejo, integração com conta salário e pagamento por aproximação**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/514/noticia>. Acesso em: 18 nov. 2021.

⁴⁰² BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Saiba como fazer a portabilidade de crédito**. 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/206/noticia>. Acesso em 18 nov. 2021

⁴⁰³ RODRIGUES, Gabriela Avancini. **Portabilidade de crédito e spread bancário: uma evidência no mercado brasileiro**. Orientador: Miguel A. Ferreira. 2017. 44 ps. Dissertação (Mestrado). Insper Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo. p. 14

⁴⁰⁴ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Série I. **Relacionamento com o Sistema Financeiro Nacional: Portabilidade**. Disponível em: <https://bitly.com/ekWaW>. Acesso em: 13 nov. 2021.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

condições para os devedores por meio de seus diferenciais competitivos⁴⁰⁶, o que pode levar à queda dos *spreads*. Esses diferenciais competitivos tais como redução na taxa de juros, crédito adicional ou alongamento de prazos para pagamento, entre outros, podem incentivar a demanda pela portabilidade pelos tomadores⁴⁰⁷.

A Resolução de n.º 3.401 de 2006 dispunha sobre a quitação antecipada de operações de crédito e de arrendamento mercantil, a cobrança de tarifas nessas operações e a obrigatoriedade de fornecimento de informações cadastrais. Em 2013, as regras foram aprimoradas por meio da Resolução n.º 4.292/2013 de 20 de dezembro de 2013⁴⁰⁸, a qual dispôs sobre a portabilidade de operações de crédito realizadas por pessoas naturais.

Estabeleceu-se no art. 1º, I que a portabilidade de crédito se definia como a *“transferência de operação de crédito de instituição credora original para instituição proponente, por solicitação do devedor”*⁴⁰⁹.

O art. 5º da referida resolução previa um escopo mínimo de informações que deveriam ser encaminhados à instituição credora original:

“Art. 5º Por solicitação formal e específica do devedor, a instituição proponente deve encaminhar requisição de portabilidade à instituição credora original, contendo, no mínimo, as seguintes informações: I - número da inscrição do devedor no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF); II - número do contrato da operação de crédito objeto da portabilidade atribuído pela instituição credora original; III - proposta de crédito da instituição proponente ao devedor, contendo a taxa de juros anual, nominal e efetiva, o Custo Efetivo Total (CET), o prazo da operação, o sistema de pagamento e o valor das prestações; IV - três datas de referência para o cálculo do saldo devedor da operação de crédito objeto da portabilidade, quando se tratar de operação de crédito imobiliário; V - índice de preço ou base de remuneração a ser utilizada na operação de crédito proposta, quando houver; VI - número do telefone do devedor, incluindo o código de Discagem Direta a Distância (DDD); e VII - endereço completo, com o Código de Endereçamento Postal (CEP), da instituição proponente, para recepção de documentação relativa à portabilidade”.

A fim de realizar a portabilidade da operação de crédito o cliente deveria⁴¹⁰: (i) obter os dados sobre a sua dívida na instituição financeira que contratou o crédito, quais sejam, saldo devedor, número de parcelas a vencer, taxa de juros; (ii) se dirigir à instituição financeira de interesse e apresentar os dados colhidos; (iii) negociar as condições novas da operação de

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Economia Bancária 2020**. Disponível em: <https://bitly.com/YbuVn>. Acesso em: 13 nov. 2021.

⁴⁰⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n.º 4.292 de 20 de dezembro de 2013. **Dispõe sobre a portabilidade de operações de crédito realizadas com pessoas naturais, altera a Resolução nº 3.401, de 6 de setembro de 2006, e dá outras providências**. Disponível em: <https://bitly.com/srEWv> Acesso em: 19 nov. 2021.

⁴⁰⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n.º 4.292 de 20 de dezembro de 2013. **Dispõe sobre a portabilidade de operações de crédito realizadas com pessoas naturais, altera a Resolução nº 3.401, de 6 de setembro de 2006, e dá outras providências**. Disponível em: <https://bitly.com/srEWv> Acesso em: 19 nov. 2021.

⁴¹⁰ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Saiba como fazer a portabilidade de crédito**. 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/206/noticia>. Acesso em 18 nov. 2021.

crédito; (iv) aguardar que a instituição financeira interessada em conceder o novo crédito realizasse o pedido por meio do sistema de registro de ativos autorizado pelo BCB; (v) aguardar o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a credora original lhe enviar proposta de renegociação do crédito ou encaminhar as informações necessárias para a finalização do pedido de portabilidade que ensejaria na quitação do crédito na instituição originária; e (vi) na hipótese de desistência do próprio cliente, ele deverá formalizar a desistência com a instituição credora original, a qual deverá comunicar à instituição proponente do novo crédito.

Segundo o art. 10, os custos relacionados à troca de informações e à transferência de recursos entre as instituições proponentes e a credora original não podem ser repassados ao devedor. Contudo, há a possibilidade cobrança de tarifas de cadastro, custos de avaliação do bem dado em garantia, custos cartoriais para substituição de alienação fiduciária, entre outros⁴¹¹.

Há também custos não financeiros, como por exemplo o esforço e tempo do cliente para: (i) buscar informações e documentos da operação atual, pesquisar e comparar o preço de novas propostas e (iii) acompanhar todo o processo. Veja-se que o devedor teria que avaliar o CET e todas as novas condições do contrato, tais como, o número de prestações, as taxas de juros, as tarifas, a fim de avaliar se a portabilidade seria alternativa mais vantajosa.

A portabilidade de crédito é marcada por custos de troca que, de fato, mantém devedores aprisionados na instituição credora original, prejudicando o exercício da portabilidade.

O Relatório de Economia Bancária de 2020 do BCB⁴¹² trouxe uma análise positiva dos resultados de portabilidade de crédito no ano de 2020, indicando-se que a portabilidade resultou em melhorias nas condições de crédito, em decorrência da redução nas taxas de juros significativas.

Por outro lado, indicou-se que em um universo de 18,9 milhões de tomadores no crédito consignado, 4,2 milhões no financiamento de veículos e 493 mil de crédito imobiliário os tomadores que buscam por portabilidade representam um percentual pequeno do potencial total.

Em 2020, os resultados de 2019 continuavam válidos, a despeito da queda significativa das taxas e do grande crescimento nas operações de portabilidade, em dezembro de 2020 havia 493 mil tomadores de crédito em operações de crédito com taxas de juros acima de 10% a.a.⁴¹³, enquanto a média praticada pelo mercado no ano de 2020 foi de 7% a.a. Esse problema é ainda

⁴¹¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Economia Bancária 2020**. Disponível em: <https://bitly.com/YbuVn>. Acesso em: 13 nov. 2021.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Economia Bancária 2019**. Disponível em: <https://bitly.com/sYFiw>. Acesso em: 7 jan. 2021.

mais expressivo nas modalidades de crédito consignado e aquisição de veículos: 47% e 28% dos tomadores de crédito ativos em dezembro de 2020 estavam em operações com taxas de juros acima de 25% a.a., ao passo que as médias do ano de 2020 foram 19,7% e 19,3% a.a.⁴¹⁴

O BCB apontou que no ano de 2020 foram registradas, aproximadamente, 6,3 milhões de solicitações de portabilidade de crédito, sendo certo que desse total, 62% foram efetivadas e 13% foram retidas após o banco de origem renegociar com o tomador. Cabe destacar que essa “retenção” é considerada um resultado exitoso do processo de portabilidade de crédito, uma vez que a credora original, por meio da negociação, oferece condições melhores ou iguais à outra instituição proponente. Isso significa que houve um índice de 75% de sucesso nas solicitações de portabilidade, apresentando, do ponto de vista operacional um resultado satisfatório após a solicitação dos tomadores⁴¹⁵.

Verifica-se que 15% das solicitações de portabilidade são canceladas por dois motivos principais: (i) erros da instituição original na localização do número de contrato e (ii) falha do tomador ou da instituição proponente no preenchimento adequado da documentação. Esse percentual se refere às solicitações que são registradas em sistema e que já estão em uma fase avançada da portabilidade⁴¹⁶.

Outro dado é o de que das reclamações registradas pelo BCB em 2020 em desfavor de entidades supervisionadas, 4,59% tinham por objeto a portabilidade de crédito tanto em razão de “alegações de problemas na obtenção de informações/documentos necessários à transação ou por supostos problemas em sua operacionalização, especialmente discordância com cancelamentos e retenções de solicitações”. Nesse universo, menos de 20% foram julgados procedentes pelo BCB, estando tais reclamações em uma posição discreta no *ranking* de reclamações, o que reforça a ideia de que dificuldades operacionais não parecem limitar a consecução da portabilidade de crédito no cenário brasileiro.

Destaca-se, ainda, que os procedimentos administrativos das instituições financeiras que são anteriores ao registro da portabilidade “*variam de acordo com requerimentos específicos e são especialmente onerosos no crédito imobiliário. Para essa modalidade, há que se ressaltar as limitações vinculadas ao processo de formalização da garantia real e aos custos a ele associados.*”⁴¹⁷.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Economia Bancária 2020**. Disponível em: <https://bitly.com/YbuVn>. Acesso em: 13 nov. 2021.

Na Nota Técnica da Secretária-Geral no ato de concentração n.º 08700.001642/2017-05 (Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A.), ao analisar-se as medidas de portabilidade bancária tomadas pelo BCB, tendo por base dados apresentados por alguns *players* do setor no âmbito do ato de concentração n.º 08700.0010790/2015-41 (HSBC/Bradesco), concluiu-se que a ainda que o BCB tenha feito um esforço, a portabilidade no Brasil ainda é baixa.

Paulo Burnier da Silveira, ex-Conselheiro do CADE apontou em seu voto no ato de concentração n.º 08700.0010790/2015-41 (HSBC/Bradesco) que isso se deve aos altos custos de troca ou *switching costs*, os quais contribuem diretamente para a redução dos níveis de competição, já que os *players* não necessariamente passaram a se preocupar com variáveis como preço e qualidade dos serviços, já que o usuário está aprisionado em sua plataforma.

Isso significa que ainda que haja um movimento de portabilidade creditícia, seus efeitos podem não ser tão expressivos, o que nos leva à indagação que será trabalhada mais a frente: O que deve ser feito no *Open Banking* para estimular a portabilidade por meio da redução de custos de troca aos quais os consumidores estão submetidos?

Com efeito, as resoluções que constituíram as portabilidades de cadastro, salarial e de crédito, construíram de forma desordenada e não intencional, um ambiente institucional propício para o estabelecimento de medida como o *Open Banking*. Como se verá mais adiante, o *Open Banking* resulta, em parte, de um lento processo de mudanças tecnológicas, econômicas e legislativas, incluindo aquelas trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados.

A medida tem o potencial de ser uma ruptura institucional e alterar profundamente o ambiente concorrencial.

3. A PORTABILIDADE DE DADOS PESSOAIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como visto nos Capítulos 1 e 2 desta dissertação, a portabilidade de dados alcança diversos formatos⁴¹⁸: iniciativas legislativas, impulsionadas pelo mercado, pelo Estado ou incentivos para a promoção da concorrência⁴¹⁹. Com efeito, as diferenciações entre a *rationale* e ao escopo dessas experiências são significantes⁴²⁰.

⁴¹⁸ Ver tabela 3 desta dissertação, a qual destaca experiências pretéritas de portabilidade no Brasil, com enfoque na regulação setorial.

⁴¹⁹ LYNSKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p.13.

⁴²⁰ *Ibid.* p. 13.

Na seara da proteção de dados pessoais, o instrumento passou a ter grande destaque em razão da observação dos efeitos de *lock-in* ou aprisionamento dos usuários em plataformas digitais: usuários de uma plataforma X que desejassem mover suas listas de contatos ou e-mails para a plataforma Y esbarravam em custos de troca elevadíssimos. Como já abordado no Capítulo 1, os custos de troca tornam o consumidor menos propenso a migrar de um fornecedor para o outro⁴²¹.

*Uma das finalidades do instituto da portabilidade é enfrentar esse problema, mitigando os referidos custos de troca e permitindo que os usuários compartilhem, realoquem e enviem suas informações de uma plataforma a outra*⁴²², o que tem o potencial de mitigar os efeitos de *lock-in* e fomentar a concorrência. A portabilidade de dados é o instrumento que confere ao usuário a possibilidade de obter o acesso às suas informações para usá-las em outros ambientes e para finalidades diversas⁴²³.

O direito à portabilidade de dados pessoais⁴²⁴, previsto na Lei Geral de Proteção de Dados, está diretamente ligado ao princípio da autodeterminação informativa, na medida em que promove o exercício do direito de escolha do titular dos dados. Este direito possibilita “*migrações e livre trânsito dos consumidores entre diferentes serviços ou produtos no mercado digital*”⁴²⁵, tendo em vista que o usuário poderá receber os seus dados pessoais e transferir para um novo serviço ou que esses dados sejam transmitidos de maneira direta a este último.

Além dos objetivos relacionados à efetivação do princípio da autodeterminação informativa, diversos autores vêm atribuindo outras finalidades à portabilidade de dados, principalmente no que toca à *promoção da concorrência e da inovação*. No direito europeu, Andrew Comarck aponta que a portabilidade é “*uma questão concorrencial*”⁴²⁶ ao interpretar o Guia do Grupo de Trabalho do Artigo 29⁴²⁷. Outros demonstram preocupações com os

⁴²¹ VERHOEF, Understanding the Effect of Customer Relationship Management Efforts on Customer Retention and Customer Share Development. p. 43

⁴²² PICKER, Randal C. **Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud**. U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, n.º 414, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1151985>. Acesso em: 14 de jan 2021. p. 8.

⁴²³ LYNSKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p.8

⁴²⁴ Segundo a Lei Geral de Proteção de Dados considera-se dado pessoal “*a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável*”. Isso significa, em outras palavras, que a LGPD não tutela dados de pessoas jurídicas. BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bitly.com/jRrfz>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁴²⁵ COPETTI CRAVO, Daniela. **Direito à portabilidade de dados na Lei Geral de Proteção de Dados**, in: *FOCO, Editora* (Org.), 2020, p. 01–109. p. 5.

⁴²⁶ Tradução livre de: “competition law issue”. COMARCK, Andrew, *Portability right: a data protection challenge*, 19/04/2017, disponível em: <https://community.jisc.ac.uk/blogs/regulatory-developments/article/portability-right-data-protection-challenge>, acesso em: 10 ago. 2020.

⁴²⁷ *Ibid.*

possíveis efeitos negativos que a portabilidade possa causar ao ambiente concorrencial e como esse direito deveria se adequar à lógica concorrencial para ser efetivado⁴²⁸⁴²⁹⁴³⁰.

Noutro giro, autores como Orla Lynskey⁴³¹ reconhecem que o “*o direito do GDPR reflete as preocupações existentes da lei de proteção de dados para promover o controle individual, enquanto as iniciativas orientadas para o mercado e a solução para a concorrência são orientadas pela lógica econômica*”.

No Brasil, Daniela Copetti Cravo⁴³² aponta que a portabilidade de dados apresenta uma dupla essência, ao passo que, além da efetivação da autodeterminação informativa, busca promover a concorrência, por meio da redução de custos de troca e mitigação do efeito de *lock-in*.

Os efeitos concorrenciais da portabilidade podem incluir a facilitação da entrada de concorrentes, tendo em vista que investimentos em coleta, processamento e organização de informações são reduzidos. Isso ocorre, pois, as bases de dados, ativos econômicos das empresas, são disponibilizadas, em parte pelos consumidores, perdendo seu *status* de exclusividade. Nessa senda, a portabilidade seria uma solução do lado da demanda à problemas existentes no lado da oferta, tendo o potencial de promover à concorrência ao passo que empodera o usuário e/ou consumidor.

De toda forma, assim como apontado por Orla Lynskey⁴³³, *o âmbito de aplicação do direito à portabilidade de dados é completamente distinto da aplicação deste instrumento no direito concorrencial ou regulatório, diferenciando-se nos mais diversos aspectos: sujeito ativo, sujeito passivo, finalidade, natureza, alcance, exercício, objeto e alvo*.

A *ratio* para a aplicação da portabilidade na regulação de mercado, na concorrência e na proteção de dados e privacidade é *distinta* e, além disso, o impacto do direito à portabilidade de dados é dependente do contexto⁴³⁴. Esta dissertação parte da hipótese de que a finalidade de

⁴²⁸ SWIRE, Peter P.; LAGOS, Yianni. **Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique**, 72 Maryland Law Review 335, 2013. Disponível em: <https://bitly.com/SQoqW>. Acesso em 06 mai. 2020.

⁴²⁹ VANBERG, Aysem Diker; ÜNVER, Mehmet Bilal. **The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?**, *European Journal of Law and Technology*, v. 8, n. 1, p. 1–22, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/zfSim>. Acesso em: 06 jun. 2020.

⁴³⁰ GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; Nadezhda. PURTOVA. **Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law**. *German Law Journal* 2018, vol. 19 no. 6, p. 1359-1398. Disponível em: <https://bitly.com/HtUqz>. Acesso em: 06 mai. 2020. p. 1381.

⁴³¹ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 22.

⁴³² COPETTI CRAVO, Direito à portabilidade de dados na Lei Geral de Proteção de Dados. p. 5

⁴³³ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 7.

⁴³⁴ *Ibid.* p. 7.

empoderamento do indivíduo por meio da portabilidade de dados pessoais prevista na LGPD pode ser considerada *um fim em si mesmo* e que a consecução da autodeterminação informativa é essencial para o exercício da portabilidade.

De fato, a magnitude do efeito dependente diretamente da organização da atividade produtiva na qual o instrumento vai ser aplicado. Como se verá mais à frente, no sistema financeiro o efeito da aplicação de modalidades de portabilidade pode ser intensa, com o potencial de configurar uma mudança estrutural no setor.

O presente capítulo tem por objetivo esmiuçar os aspectos da portabilidade de dados previsto na Lei n.º 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados, a fim de que posteriormente sejam retomados os debates acerca do alinhamento deste instrumento com as demais experiências de portabilidade – concorrencial e setorial por meio do *Open Banking*. Para tanto analisar-se-á brevemente a instituição da LGPD no Brasil e o princípio da autodeterminação informativa considerando-se que o direito à portabilidade é um dos instrumentos de empoderamento do indivíduo em relação aos seus dados pessoais, a fim de delimitar a *rationale* do direito. Após, o direito será apresentado no contexto do normativo que inspirou a implementação da portabilidade no Brasil: o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu ou RGPD, tendo em vista a necessidade de situar melhor o tema, considerando-se a recentíssima experiência brasileira de interpretação da norma de proteção de dados pessoais. Por fim, serão analisados os principais aspectos do direito previsto na LGPD, apontando as suas principais convergências ou divergências com o direito europeu, a fim de se levantar as principais discussões acerca do seu objeto, limitações, entre outras questões.

3.1. A autodeterminação informacional e a portabilidade como micro direito: a titularidade dos dados pessoais

O direito europeu, por meio do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁴³⁵, foi o primeiro a positivizar a portabilidade de dados pessoais como direito de aplicação horizontal que visa o compartilhamento e a reutilização de dados pessoais, de modo a se estabelecer um

⁴³⁵ O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados ou RGPD, é relativo à proteção das pessoas singulares no que toca ao tratamento de seus dados e a sua livre circulação. Segundo a Comissão Europeia a introdução desse ato legislativo único na União Europeia foi essencial para o reforço dos direitos fundamentais dos cidadãos na era digital, por meio da facilitação da atividade comercial, na medida em que simplificou as normas aplicáveis às empresas no mercado único digital. COMISSÃO EUROPEIA, *Proteção de dados na UE*, disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_pt>, acesso em: 6 ago. 2020..

“*general-purpose control mechanism*”⁴³⁶⁴³⁷. Isso porque, enquanto a portabilidade era aplicada em algumas indústrias específicas⁴³⁸, a portabilidade de dados pessoais prevista na legislação europeia se aplica a todos os setores da economia, independentemente da atividade econômica⁴³⁹ - o que, como se verá, torna ainda mais difícil a sua efetivação.

Anteriormente o titular poderia exercer o direito de acesso, conforme a *Data Protection Directive* de 1995 (Diretiva 95/46/EC), em que a condicionante era o formato escolhido por aquele que fosse responsável pelo tratamento para prestar as informações que fossem requeridas. Em contrapartida, no exercício da portabilidade de dados, o titular tem o direito de que seus dados sejam transferidos, copiados ou transmitidos enviados a ele ou de forma direta de um controlador para o outro.

O Data Protection Working Party 29 (WP29)⁴⁴⁰, nas “Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados”⁴⁴¹, aponta que o direito apoia “*a liberdade de escolha do utilizador, o controlo do utilizador e a capacitação do utilizador*”⁴⁴². Segundo o órgão o direito representa uma oportunidade de reequilíbrio na relação entre os titulares de dados pessoais e os responsáveis pelo tratamento de dados sendo certo que “*o principal objetivo da portabilidade dos dados é promover o controlo das pessoas sobre os seus dados pessoais e assegurar que desempenham um papel ativo no ecossistema de dados*”⁴⁴³.

Nessa mesma senda, o Considerando n.º 68 da norma prevê que o exercício da portabilidade de dados tem por objetivo precípua o fortalecimento do controle do indivíduo

⁴³⁶ GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; Nadezhda. PURTOVA. **Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law**. German Law Journal 2018, vol. 19 no. 6, p. 1359-1398. Disponível em: <https://bitly.com/HtUqz>. Acesso em: 06 mai. 202. p. 1381.

⁴³⁷ Rememora-se que anteriormente à RGPD, a legislação europeia já regulava o tratamento de dados pessoais por meio da Diretiva 95/46/EC, a Diretiva de Proteção de Dados Pessoais de 1995.

⁴³⁸ Faz referência às experiências com a portabilidade em setores regulados.

⁴³⁹ GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; Nadezhda. PURTOVA. **Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law**. German Law Journal 2018, vol. 19 no. 6, p. 1359-1398. Disponível em: <https://bitly.com/HtUqz>. Acesso em: 06 mai. 202. p. 1381.

⁴⁴⁰ O Working Party 29 foi um grupo de trabalho europeu independente cujo trabalho era interpretar os normativos relacionados à proteção da privacidade e dados pessoais até 25 de maio de 2018, sendo certo que o grupo é anterior à promulgação da GDPR. Contudo, as vinculações dos opinativos do órgão não eram vinculantes, a despeito de tanto o mercado quanto as autoridades nacionais de proteção de dados aplicarem os seus entendimentos. Após a entrada em vigor da RGPD o órgão consultivo foi extinto e foi criado o European Data Protection Board, o qual tem por finalidade, dentre outras, a de interpretar a RGPD com força vinculante. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁴⁴¹ Importante destacar que em sua primeira reunião plenária o EDPB endossou as diretrizes do Working Party 29 no que tange ao direito à portabilidade de dados, trazendo, portanto, força vinculante às suas interpretações. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/right-data-portability_en.

⁴⁴² ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 4.

⁴⁴³ *Ibid.* p. 4

sobre os seus dados pessoais, ou seja, o fortalecimento da autodeterminação informacional⁴⁴⁴. Trata-se, portanto, de um direito que foi concebido como uma extensão da autodeterminação informativa⁴⁴⁵. Isso porque, no direito europeu, o controle sobre os dados pessoais é um objetivo central⁴⁴⁶⁴⁴⁷.

O termo autodeterminação informacional ou autodeterminação informativa foi cunhado no julgamento da Corte Constitucional Alemã⁴⁴⁸, cujo objeto de análise era a Lei do Censo de 1983, em que se determinou que os cidadãos fornecessem variados dados pessoais com a finalidade de mensurar estatisticamente a distribuição espacial bem como geográfica da população⁴⁴⁹⁴⁵⁰. O julgado é relevante em razão do reconhecimento de dois elementos extremamente relevantes: (i) a proteção de dados pessoais como um direito de personalidade autônomo e a compreensão da autodeterminação informacional para além do mero consentimento bem como (ii) funções e os limites do consentimento do titular dos dados⁴⁵¹⁴⁵². O Tribunal alemão desenvolveu o princípio tendo por base a proteção constitucional concedida à dignidade humana e aos direitos da personalidade individual⁴⁵³. Esse direito autônomo dos titulares a manter controle sobre os seus dados pessoais é decorrência de um direito geral de personalidade⁴⁵⁴.

Enquanto a Diretiva de Proteção de Dados (Diretiva 95/46/EC) pessoais não continha nenhuma referência sobre o controle do indivíduo sobre os seus dados pessoais, o RGPD prevê

⁴⁴⁴ PONCE, Paula Pedigoni. **Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência**, *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/ugEYV>. Acesso em: 11 nov. 2020. p. 138.

⁴⁴⁵ *Ibid.* p. 137

⁴⁴⁶ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 22.

⁴⁴⁷ Para ver mais sobre o controle de dados pessoais LAZARO, Christophe; LE MÉTAYER, Daniel, Control over personal data: True remedy or fairytale?, *SCRIPTed*, v. 12, n. 1, 2015.

⁴⁴⁸ Por certo referências ao controle de dados pessoais podem ser encontradas em textos anteriores sobre privacidade. KOKOTT, Juliane; SOBOTTA, Christoph, The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR, *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 4, p. 222–228, 2013. LYNKEY, Orla, The foundations of EU data protection law, *Oxford studies in European law CN - KJE6071 .L96 2015*, p. 307, 2015.

⁴⁴⁹ BIONI, Bruno Ricardo, *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 128

⁴⁵⁰ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Abstract of the German Federal Constitutional Court's Judgment of 15 December 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83. Karlsruhe, Alemanha, 1983. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1983/12/rs19831215_1bvr020983en.html

⁴⁵¹ BIONI, Bruno Ricardo, *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 128

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 37.

⁴⁵⁴ PONCE, Paula Pedigoni. **Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência**, *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/ugEYV>. Acesso em: 11 nov. 2020. p. 138.

explicitamente, conforme se vê da redação do considerando 7 nos seguintes termos: “*As pessoas singulares deverão poder controlar a utilização que é feita dos seus dados pessoais*”⁴⁵⁵. Nessa toada, o Considerando 68 aponta para o caráter de controle do direito à portabilidade de dados ao prever que o direito é exercido para o indivíduo “*reforçar o controlo sobre os seus próprios dados*”⁴⁵⁶.

Ainda que a Diretiva de Proteção de Dados não contivesse referência expressa do controle do indivíduo sobre os seus dados pessoais, previu uma série de “micro direitos” em relação aos dados pessoais, tais como direito de acesso previsto no Art. 12(a) ou direito de exclusão Art. 12 (b). Tem-se entendido que o direito à portabilidade faz parte desse grupo de micro direitos⁴⁵⁷, diferenciando-se do direito de acesso, como será analisado mais adiante neste capítulo.

O Working Party 29 aponta que “*ainda que o direito à portabilidade dos dados pessoais possa igualmente aumentar a concorrência entre os serviços (ao possibilitar a mudança de serviços), o RGPD regulamenta dados pessoais e não a concorrência*”⁴⁵⁸.

Portanto, sob à ótica do interpretado pelo Working Party 29, o direito à portabilidade previsto na GDPR tem por objetivo aumentar o controle individual sobre os dados pessoais, potencializando assim os consumidores. Ainda que esse controle seja fundamental para fomentar mercados competitivos, em particular aqueles diferenciados, como a indústria bancária, a sua motriz compõe um quadro de proteção da privacidade e dados pessoais da União Europeia⁴⁵⁹. É, portanto, um dos microdireitos que os indivíduos gozam para a promoção do controle sobre seus dados e que, ao permitir uma maior migração dos usuários, gera uma menor dependência destes, fortalece a sua autodeterminação informacional e, por consequência, pode gerar uma maior competitividade entre os serviços⁴⁶⁰.

Entende-se que o aprimoramento e fortalecimento da autodeterminação informacional é um fim em si mesmo, razão pela qual é possível dissociar o direito à portabilidade de dados de uma lógica competitiva⁴⁶¹.

⁴⁵⁵ PARLAMENTO EUROPEU, *Regulamento (UE) 2016/679*, 27 de abril de 2016, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX:32016R0679>>..

⁴⁵⁶ Citação direta da versão em Português de Portugal do Regulamento (EU) 2016/79 do Parlamento Europeu e do Conselho. *Ibid.*

⁴⁵⁷ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁴⁵⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 4.

⁴⁵⁹ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 36.

⁴⁶⁰ *Ibid.* p. 36.

⁴⁶¹ *Ibid.* p. 36.

3.2. A portabilidade de dados pessoais no contexto da União Europeia: O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)

Orla Lynskey⁴⁶² aponta que o âmbito de proteção de dados é um dos raros campos em que a União Europeia teria supremacia regulatória. De fato, o regulamento europeu é considerado um “*standard*” para o *compliance* dos agentes econômicos que promovem o tratamento de dados em todo o mundo⁴⁶³. Isso se deve, em grande parte, ao fato de que o regulamento é considerado um dos mais rigorosos. Via de consequência a *ratio* para a adequação a ele é a de que caso o agente econômico esteja em conformidade com o mais rigoroso, os mais flexíveis estarão contidos nessa lógica. Assim, a estratégia de grande parte das empresas ao redor do globo foi a de aplicar aos seus procedimentos internos e externos a legislação europeia⁴⁶⁴.

Em suma, o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados - RGPD, tem por objeto a proteção das pessoas singulares no que toca ao tratamento de seus dados e a sua livre circulação. Segundo a Comissão Europeia⁴⁶⁵ a introdução desse ato legislativo único na União Europeia foi essencial para o reforço dos direitos fundamentais dos cidadãos na era digital e a facilitação da atividade comercial, na medida em que simplificou as normas aplicáveis às empresas no mercado único digital.

O direito à portabilidade de dados pessoais está previsto no Artigo 20 do Regulamento UE nº 2016/679 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD) e foi o único direito do titular de dados que que representou uma inovação jurídica no ordenamento europeu, em comparação com a mencionada *Data Protection Directive* de 1995.

O artigo 20 da RGPD⁴⁶⁶ prevê o seguinte:

Artigo 20.º

Direito de portabilidade dos dados

1. O titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se:

⁴⁶² LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 36.

⁴⁶² *Ibid.* p. 36.

⁴⁶³ PARENTONI, Leonardo; SOUZA LIMA, Henrique Cunha. **Protection of Personal Data in Brazil: Internal Antinomies and International Aspects**, *SSRN Electronic Journal*, p. 1–25, 2019. Disponível em: <https://bityli.com/MuLrM>. Acesso em: 20 jul.2021. p. 14-15.

⁴⁶⁴ *Ibid.* p. 14-15.

⁴⁶⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *Proteção de dados na UE*.

⁴⁶⁶ PARLAMENTO EUROPEU, *Regulamento (UE) 2016/679*, 27 de abril de 2016, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX:32016R0679>.

- a) O tratamento se basear no consentimento dado nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), ou num contrato referido no artigo 6.º, n.º 1, alínea b); e
 - b) O tratamento for realizado por meios automatizados.
2. Ao exercer o seu direito de portabilidade dos dados nos termos do n.º 1, o titular dos dados tem o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível.
3. O exercício do direito a que se refere o n.º 1 do presente artigo aplica-se sem prejuízo do artigo 17.º. Esse direito não se aplica ao tratamento necessário para o exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento.
4. O direito a que se refere o n.º 1 não prejudica os direitos e as liberdades de terceiros.

O titular de dados pessoais tem o direito de receber os dados pessoais de sua titularidade e que tenham sido fornecidos à um controlador para o tratamento, em um formato estruturado, de uso corrente e leitura automática, bem como de transmitir tais dados para outro controlador. O controlador não poderá impedir o titular de exercer tais direitos nas hipóteses em que (i) o tratamento se basear no consentimento dado, conforme art. 6.º, n.º 1, alínea a), ou em execução de contrato conforme alínea b) do mesmo artigo e número⁴⁶⁷ e que (ii) o tratamento for realizado por meios automatizados.

No número 2 do supracitado artigo, o Regulamento prevê que, sempre que seja tecnicamente possível, os dados devem ser transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento. Além disso, no número 3 está previsto que o exercício desse direito deve ser realizado sem prejuízo do “direito ao esquecimento” previsto no art. 17º, bem como que este não se aplica ao “*tratamento necessário para o exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento*”⁴⁶⁸. E, por fim, o número 4 prevê que o exercício do direito à portabilidade não prejudicará os direitos e liberdades de terceiros⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷467 REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Artigo 6.º Licitude do tratamento. 1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;

⁴⁶⁸468 PARLAMENTO EUROPEU, *Regulamento (UE) 2016/679*, 27 de abril de 2016, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX:32016R0679>.

⁴⁶⁹469 O artigo deve ser interpretado sob a lógica do previsto no Considerando 68, que prevê o seguinte: (68) *Para reforçar o controlo sobre os seus próprios dados, sempre que o tratamento de dados pessoais for automatizado, o titular dos dados deverá ser autorizado a receber os dados pessoais que lhe digam respeito, que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento num formato estruturado, de uso corrente, de leitura automática e interoperável, e a transmiti-los a outro responsável. Os responsáveis pelo tratamento de dados deverão ser encorajados a desenvolver formatos interoperáveis que permitam a portabilidade dos dados. Esse direito deverá aplicar-se também se o titular dos dados tiver fornecido os dados pessoais com base no seu consentimento ou se o tratamento for necessário para o cumprimento de um contrato. Não deverá ser aplicável se o tratamento se basear num fundamento jurídico que não seja o consentimento ou um contrato. Por natureza própria, esse direito não deverá ser exercido em relação aos responsáveis pelo tratamento que tratem dados pessoais na prossecução das suas atribuições públicas. Por conseguinte, esse direito não deverá ser aplicável quando o tratamento de*

Orla Lynskey⁴⁷⁰ prevê quatro critérios que podem ser utilizados para definir o que seria o direito à portabilidade no RGPD, quais sejam: (i) dados pessoais, (ii) fornecidos pelo titular ao controlador para o tratamento, (iii) processado de acordo com consentimento ou contrato; e, (iv) processado por meios automatizados. O grupo de trabalho A29WP propõe uma interpretação abrangente do direito bem como desses critérios.⁴⁷¹

3.2.1. Dados pessoais

O conceito de dados pessoais na legislação europeia é um conceito amplo⁴⁷² e está definido no artigo 4.º do RGPD, o qual prevê o seguinte:

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: «Dados pessoais», **informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»);** é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

Sob essa ótica, de fato, os dados anônimos ou que não digam respeito ao titular dos dados pessoais estariam excluídos do escopo do exercício do direito à portabilidade⁴⁷³. Contudo, os dados que estejam sob pseudônimos que possam, potencialmente ser associados a um titular de dados, podem ser abrangidos pelo direito ⁴⁷⁴. Por esse motivo, os responsáveis

dados pessoais for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica à qual o responsável esteja sujeito, para o exercício de atribuições de interesse público ou para o exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento. O direito do titular dos dados a transmitir ou receber dados pessoais que lhe digam respeito não deverá implicar para os responsáveis pelo tratamento a obrigação de adotar ou manter sistemas de tratamento que sejam tecnicamente compatíveis. Quando um determinado conjunto de dados pessoais disser respeito a mais de um titular, o direito de receber os dados pessoais não deverá prejudicar os direitos e liberdades de outros titulares de dados nos termos do presente regulamento. Além disso, esse direito também não deverá prejudicar o direito dos titulares dos dados a obter o apagamento dos dados pessoais nem as restrições a esse direito estabelecidas no presente regulamento e, nomeadamente, não deverá implicar o apagamento dos dados pessoais relativos ao titular que este tenha fornecido para execução de um contrato, na medida em que e enquanto os dados pessoais forem necessários para a execução do referido contrato. Sempre que seja tecnicamente possível, o titular dos dados deverá ter o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento. Ibid.

⁴⁷⁰ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 14

⁴⁷¹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁴⁷² LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 14.

⁴⁷³ *Ibid.* p. 14.

⁴⁷⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

pelo tratamento não devem fazer uma interpretação restritiva do que a lei prevê como “*dados pessoais no que diz respeito ao titular de dados*”⁴⁷⁵⁴⁷⁶.

Na visão de Inge Garef, Martin Husovec e Nadezhda Purtova⁴⁷⁷, a interpretação dos artigos 20 e 11 da GDPR combinadas, poderá motivar os controladores a optar pela pseudoanonimização das bases de dados com a finalidade de evitar eventuais obrigações de portabilidade de dados, preservando-os, o que pode ser considerada uma limitação ao direito de portabilidade previsto no RGPD.

3.2.2. Fornecidos pelo titular ao controlado para o tratamento

Esse aspecto determina o escopo do direito à portabilidade de dados previsto no RGPD. Para delinear-lo é necessário distinguir as diferentes categorias de dados e sua tipologia. Para fins interpretativos o Grupo de Trabalho 29 apresenta três categorias de dados: (i) “**dados fornecidos**”⁴⁷⁸, ou fornecidos pelo titular de dados de forma ativa e consciente, e os (ii) “**dados observados**”, ou observados fornecidos pelo titular de dados em decorrência da utilização do serviço ou do dispositivo, os quais estariam incluídos no âmbito do direito do titular e (iii) “**os dados derivados ou inferidos**”, os quais estão excluídos do âmbito de aplicação do direito à portabilidade previsto na RGPD⁴⁷⁹.

O Grupo de Trabalho 29⁴⁸⁰ aponta que o direito deve ser interpretado de forma ampla e deve abranger as duas primeiras categorias, quais sejam, os dados fornecidos e os observados. Contudo, os dados derivados ou inferidos não estariam no escopo de aplicação do direito⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ Veja interpretação do Working Group sobre o tema: *A título de exemplo, os registos de chamadas telefónicas e de VoIP ou de mensagens interpessoais podem incluir (no histórico da conta do assinante) informação detalhada sobre terceiros que participaram nas chamadas recebidas ou efetuadas. Embora os registos contenham, portanto, dados pessoais relativos a várias pessoas, os assinantes devem poder aceder a estes registos no seguimento de pedidos de portabilidade dos dados, uma vez que os registos dizem (igualmente) respeito ao titular dos dados. No entanto, se esses registos forem subsequentemente transmitidos a um novo responsável pelo tratamento, este último não deve tratá-los para qualquer finalidade suscetível de prejudicar os direitos e as liberdades de terceiros (ver infra: terceira condição). Ibid.p. 11*

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; NADEZHDA, PURTOVA. **Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law**. German Law Journal 2018, vol. 19 no. 6, p. 1359-1398. Disponível em: <https://bitly.com/HtUqz>. Acesso em: 06 mai. 202. p. 1381.

⁴⁷⁸ No texto da RGPD não há conceituação do que seriam os “dados fornecidos” pelo titular. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁴⁷⁹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁴⁸⁰ *Ibid.* p. 11.

⁴⁸¹ *Ibid.* p. 14.

Isso porque, no *stricto sensu*, os “dados fornecidos” pelo titular podem ficar restritos a dados como nome, idade, endereço e estado civil, enquanto, em sentido mais abrangente, os dados fornecidos pelo titular também incluiriam aqueles observáveis de suas próprias atividades, por exemplo, aqueles extraídos da utilização simultânea de vários *smart devices*, o registro de atividades de um sítio na *web*, dentre outros.

A exceção em relação aos dados derivados ou inferidos pode ser justificada, em grande parte, pelo fato de que a RGPD aponta no artigo 20 (4) de que o exercício do direito não pode prejudicar os direitos e as liberdades de terceiros, não para que o direito do terceiro prevaleça sobre a portabilidade, mas sim para que seja possível avaliar, no caso concreto a solução mais ponderada. De modo que essa distinção e a exclusão dos dados derivados ou inferidos pode servir para proteger direitos de propriedade intelectual dos controladores de dados, ainda que outros direitos previstos na lei se apliquem⁴⁸².

O grupo de trabalho aponta que ao poder recuperar os dados resultantes da observação das suas atividades, os usuários também poderão obter uma melhor perspectiva das escolhas que foram tomadas pelo responsável do tratamento de dados⁴⁸³, o que implicará em uma redução de assimetria informacional, capaz de empoderar o titular de dados. O titular poderá, via de consequência, (1) definir consciente racionalmente quais dados deseja fornecer para obter o tipo de serviço anteriormente fornecido e (2) tomar conhecimento se o seu direito à privacidade e proteção dos seus dados pessoais foi devidamente respeitado.

Dentre os dados observáveis não estão incluídos “os dados criados pelo responsável pelo tratamento (com base nos dados observados ou diretamente inseridos)”⁴⁸⁴, como por exemplo uma *playlist* criada por uma plataforma de *streaming* de música através de uma análise de dados brutos extraídos da utilização da própria plataforma. Os exemplos são inúmeros: resultados de avaliação de saúde de um utilizador, perfil de risco criado por instituição financeira, entre outros⁴⁸⁵. Esses dados não podem ser considerados fornecidos pelo titular de dados pessoais e, portanto, não estariam incluídos no âmbito de aplicação da portabilidade de dados pessoais.

⁴⁸² LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 18.

⁴⁸³ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁴⁸⁴ *Ibid.* p. 11.

⁴⁸⁵ *Ibid.* p. 12.

Inge Garef, Martin Husovec e Nadezhda Purtova⁴⁸⁶, entendem que essa é uma das maiores limitações do direito à portabilidade de dados pessoais, na medida em que, ainda que os controladores decidam livremente a facilitar e promover a portabilidade de dados, somente os dados fornecidos pelo titular estarão englobados. Isso pode ser interpretado de três formas principais⁴⁸⁷: (1) em seu sentido *stricto*, que seriam aqueles dados voluntariamente fornecidos pelo titular de dados pessoais, como por exemplo um questionário respondido pelo titular, (2) em sentido amplo, o qual incluiria, também, os dados “passivamente” informados, ou seja, aqueles observados, por meio do uso dos equipamentos ou pelo serviço fornecido pelo controlador e (3), por fim, a interpretação de que os processamento de dados com base no contrato com o qual o titular concordou e com o seu consentimento, implicaria na caracterização destes como “fornecidos” pelo titular de dados pessoais, sendo que, nesse caso, incluíram-se todos os dados processados pelo responsável pelo tratamento com base no contrato ou consentimento.

Essa é considerada uma limitação do escopo do direito à portabilidade⁴⁸⁸, tendo em vista que, acaba por excluir todos os dados coletados, como por exemplo aqueles de navegação online e os que não tenham sido fornecidos formalmente⁴⁸⁹. Além da limitação referente ao dado necessariamente ser fornecido pelo titular, vislumbra-se a condicionante relativa à base de tratamento: apenas os dados pessoais tratados com as bases legais de consentimento ou contrato serão portáveis, como se verá no tópico a seguir.

3.2.3. Processado de acordo com o consentimento ou contrato

O escopo do direito à portabilidade também é limitado pelo tratamento: o artigo 20 (1), a, do RGPD prevê que o direito à portabilidade se aplica nos casos em que o tratamento se **basear no consentimento dado ou em um contrato**. Isso significa, em outras palavras, que à portabilidade estaria limitada aos casos em que a base legal do tratamento for o consentimento ou contrato.

⁴⁸⁶ GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; NADEZHDA, PURTOVA. **Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law**. German Law Journal 2018, vol. 19 no. 6, p. 1359-1398. Disponível em: <https://bityli.com/HtUqz>. Acesso em: 06 mai. 202. p. 1381.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ MARTIAL-BRAZ, N., O direito das pessoas interessadas no tratamento de dados pessoais: anotações da situação na França e na Europa, p. 85–108, 2018.

⁴⁸⁹ *Ibid.* p. 104

Jan Kramer e Alexandre de Streel⁴⁹⁰ apontam que, via de consequência, não há um direito geral à portabilidade de dados, considerando-se que não se aplicaria à todas as operações de processamento previstas no RGPD, como por exemplo uma instituição financeira não teria a obrigação de responder à uma solicitação de um pedido de portabilidade de dados pessoais colhidos no âmbito do cumprimento de uma obrigação legal no combate de crimes de colarinho branco.

Por outro lado, o Grupo de trabalho 29 interpreta que nos casos em que o tratamento se der sob outra base legal, como por exemplo interesse público, “*é aconselhável, como boa prática, desenvolver processos para responder automaticamente aos pedidos de portabilidade dos dados, seguindo os princípios que regem o direito à portabilidade dos dados*”⁴⁹¹. O exemplo comumente usado é o de um serviço de administração pública que possibilite a transferência de forma fácil das declarações pessoais de imposto sobre rendimento dos anos anteriores ⁴⁹², como poderia ser realizado nos órgãos de fiscalização tributária. Orla Lynskey ⁴⁹³ aponta que, nesses casos, o processo se daria de maneira voluntária e estaria sujeito à previsão do artigo 17(3), de maneira que o direito não abrangeria o tratamento necessário para o desempenho de funções de interesse público bem como para o exercício de autoridade oficial que seja atribuída ao controlador dos dados.

3.2.4. Processado por meios automatizados, em formato estruturado, de uso corrente e leitura automática

Para tratar desse aspecto é necessário estabelecer algumas digressões sobre os verbos nucleares do direito. O direito à portabilidade previsto na RGPD comporta dois verbos nucleares para o seu exercício: (1) **receber** os dados “*que lhe digam respeito*” em “*formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática*” e (2) **transmitir** “*esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir*”.

São dois exercícios distintos. O primeiro exercício da portabilidade de dados prevista na RGPD é do titular de receber um subconjunto de dados pessoais, os quais foram tratados por um responsável pelo tratamento e que lhe digam a respeito, “*bem como a armazenar esses*

⁴⁹⁰ KRÄMER; STREEL, Making data portability more effective for the digital economy. P. 20

⁴⁹¹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 10.

⁴⁹² *Ibid.* p. 10.

⁴⁹³ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 16.

dados para uso pessoal posterior”. Aponta-se que este armazenamento poderá ser realizado através de dispositivos privados ou de nuvem privada, sem que necessariamente o indivíduo tenha que transmitir para outro responsável para o tratamento⁴⁹⁴.

Isto significa que o exercício do direito de receber não necessariamente será seguido da transmissão. O indivíduo poderá, portanto, optar por apenas receber os dados pessoais sem que haja a transmissão destes. Nesse caso há uma relação B2C2B (Business to Consumer to Business)⁴⁹⁵. Um exemplo é quando um usuário da plataforma Spotify requer sua playlist de músicas daquela plataforma e a envia, transfere, para outra plataforma. A empresa envia para o consumidor e o consumidor transfere para a empresa.

Por esse motivo surgem dúvidas quanto à diferenciação entre o direito à portabilidade e o direito de acesso. Anita Bapat⁴⁹⁶ aponta que o direito à portabilidade é uma extensão ou complemento do direito de acesso, mas não se confunde com o segundo⁴⁹⁷. O direito de acesso está previsto no Artigo 15(3) do RGPD, que prevê o seguinte:

“O responsável pelo tratamento fornece uma cópia dos dados pessoais em fase de tratamento. Para fornecer outras cópias solicitadas pelo titular dos dados, o responsável pelo tratamento pode exigir o pagamento de uma taxa razoável tendo em conta os custos administrativos. Se o titular dos dados apresentar o pedido por meios eletrônicos, e salvo pedido em contrário do titular dos dados, a informação é fornecida num formato eletrônico de uso corrente”.

A principal distinção entre o direito à portabilidade e o direito de acesso no âmbito da RGPD é, justamente, a obrigatoriedade do formato estruturado, uso corrente e de leitura automática, em que o controlador é obrigado a proporcionar ao titular os dados de maneira que sejam simples de gerir e reutilizar⁴⁹⁸. Por exemplo, um usuário da plataforma de streaming de músicas Spotify pode estar interessado em recuperar as listas de reprodução com as músicas mais ouvidas, para verificar quantas vezes escutou determinado artista ou quantas vezes pulou as músicas em uma determinada playlist. Um usuário do Gmail pode querer conferir sua lista de contatos na plataforma para elaborar sua lista de casamento. Um usuário de uma plataforma

⁴⁹⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on the right to "data portability". Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁴⁹⁵ KRÄMER; STREEL, Making data portability more effective for the digital economy. P. 101

⁴⁹⁶ BAPAT, Anita, The new right to data portability, *Privacy and Data Protection*, v. 13, n. 3, p. 3–4, 2012.

⁴⁹⁷ Anteriormente, o titular que desejasse exercer o direito de acesso conforme a Data Protection Directive de 1995 tinha como condicionante o formato escolhido por aquele que fosse responsável pelo tratamento para prestar as informações que fossem requeridas. Em contrapartida, no exercício da portabilidade de dados, o titular tem o direito de que seus dados sejam transferidos, copiados ou transmitidos de forma direta de um controlador para o outro, ou seja, em um formato interoperável. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁴⁹⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 5.

de pontos de cartão de crédito pode querer conferir em quais lojas utilizou mais seus pontos. Ou um usuário de uma plataforma de Milhas como a Maxmilhas pode querer saber com quais companhias faz mais negócios.

Enquanto o direito à portabilidade tem por objetivo facilitar a reutilização técnica dos dados para, dessa maneira evitar o efeito de aprisionamento dos usuários, o direito de acesso visa a capacitação do titular dos dados, para que este possa, assim, compreender qual foi o tratamento dado aos seus dados⁴⁹⁹.

Outro aspecto que diferencia os direitos é o escopo: o direito à portabilidade se limita aos dados pessoais fornecidos pelo titular, enquanto o direito de acesso aplica-se a todos os dados pessoais⁵⁰⁰⁵⁰¹.

O segundo é o direito do titular de transmitir esses dados pessoais de um responsável pelo tratamento diretamente para o outro responsável sem que haja quaisquer impedimentos, constituindo-se uma relação B2B (Business to Business)⁵⁰². Isto também pode ser realizado diretamente entre os controladores, a pedido do titular dos dados sempre que seja tecnicamente possível nos termos do artigo 20.º, n.º 2.

Veja-se que esse exercício depende de um nível de padronização bem como de interoperabilidade⁵⁰³ entre os controladores, contudo não há, nem na letra da lei, nem no guia, a obrigatoriedade da criação de sistemas interoperáveis para aqueles responsáveis pelo tratamento de dados. Ainda que a viabilidade técnica não seja especificada em lei, o Considerando 68 estimula seu desenvolvimento apontando que “*os responsáveis pelo tratamento de dados deverão ser encorajados a desenvolver formatos interoperáveis que permitam a portabilidade dos dados.*”⁵⁰⁴. Na próxima seção o tema da interoperabilidade será melhor aprofundado no contexto brasileiro.

O Considerando 68 destaca que “*sempre que seja tecnicamente possível o titular dos dados deverá ter o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento*”, o que demonstra possível limitação técnica, o que pode ensejar disputas importantes e necessidade de definir padrões de interoperabilidade⁵⁰⁵.

⁴⁹⁹ KRÄMER; STREEL, Making data portability more effective for the digital economy.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ DAMME, Eric Van; LAROUCHE, Pierre, TILEC TILEC Discussion Paper By, n. August, p. 0–22, 2006.

⁵⁰² KRÄMER; STREEL, Making data portability more effective for the digital economy. P. 18

⁵⁰³ “Como se pôde perceber, interoperabilidade é a capacidade de um sistema de se comunicar com outro, de modo harmônico. Para tanto, é necessário que ambos sejam compatíveis e obedeçam a um conjunto mínimo de normas e especificações técnicas.” PARENTONI, L. N.; OLIVEIRA, Raquel Diniz. **Uma Advertência sobre Interoperabilidade e o Artigo 154, Parágrafo Único, do CPC**. *Âmbito Jurídico*, v. 55, p. 1-29, 2008.

⁵⁰⁴ PARLAMENTO EUROPEU, *Regulamento (UE) 2016/679*.

⁵⁰⁵ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020.p. 6

Aponta-se que esse elemento favorece a capacitação dos consumidores, evitando-se que estes fiquem vinculados a um único prestador de um determinado serviço, mas, também, que a portabilidade pode fomentar uma partilha controlada e limitada dos dados pessoais pelos utilizadores entre organizações, melhorando tanto os serviços quanto as experiências dos usuários⁵⁰⁶.

Outro aspecto ligado à automatização relaciona-se à intervenção humana no processamento. Sugere-se que para que seja processado por meios automatizados os meios que serão utilizados pelo controlador terão que excluir qualquer intervenção humana durante esse processamento⁵⁰⁷. Questiona-se, então, se qualquer intervenção humana no ciclo de vida dos dados proibiria o exercício do direito à portabilidade de dados. Por outro lado, Orla Lynskey⁵⁰⁸ sugere que é mais provável que o Artigo 20 (1) seja interpretado à luz do Artigo 2 (1). O GDPR, o qual define o seu escopo material e prevê que se aplica ao processamento de dados pessoais conduzido “total ou parcialmente por meios automatizados”⁵⁰⁹, apontando ainda que as tentativas de interpretação mais restritiva da lei de proteção de dados foram afastadas pelo Tribunal de Justiça no Caso *Commission vs. The Bavarian Lager Company Ltd*⁵¹⁰.

3.3. A portabilidade de dados pessoais no contexto brasileiro: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Como visto, a Lei Geral de Proteção de Dados proporciona garantias aos titulares em relação à utilização dos seus dados por meio de princípios, direitos do titular bem como mecanismos de tutela com dois objetivos principais: (i) proteger o cidadão e (ii) criar um ambiente em que o mercado e o setor públicos possam utilizar os dados pessoais dentro de parâmetros e limites estabelecidos em lei⁵¹¹.

Segundo Danilo Doneda e Laura Schertel as experiências em outros países com os regramentos de portabilidade de dados têm sido exitosas, em que a ideia central é a de que o empoderamento do cidadão combinado com os mecanismos de controle e supervisão sobre o

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 6

⁵⁰⁷ LYNKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 16 *apud* SCUDIERO, 2017.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ PARLAMENTO EUROPEU, *Regulamento (UE) 2016/679*.

⁵¹⁰ C-28/08, *Commission v The Bavarian Lager Company Ltd*, Opinion of Advocate General Sharpston delivered on 15 October 2009, EU:C:2009:624

⁵¹¹ MENDES, LAURA SCHERTEL; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): O novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 555–587, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/Vbwws>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 22.

uso dos dados desse, torne o titular “*protagonista das decisões sobre o uso de seus dados, em linha com o conceito de autodeterminação informativa*”⁵¹².

A proteção da privacidade e dados pessoais não é algo novo no direito brasileiro, contudo, como visto, os normativos eram setoriais. A legislação, em verdade, solucionou o problema da “*colcha de retalhos*” apontado por Bruno Bioni⁵¹³.

A portabilidade de dados pessoais no direito brasileiro foi positivada por meio da Lei n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados⁵¹⁴⁵¹⁵.

O referido diploma legal foi aprovado em 10 de julho de 2018 e entrou em vigor em dia 18 de setembro de 2020.

A portabilidade de dados pessoais no direito brasileiro está prevista no art. 18 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ⁵¹⁶, o qual prevê o seguinte:

“Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:
V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)”.

⁵¹² *Ibid.* p. 22.

⁵¹³ BIONI, *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*.p. 133

⁵¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bityli.com/jRrfz>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁵¹⁵ O normativo teve origem no PLC n.º 53/2018 o qual foi aprovado por unanimidade em regime de urgência pelo Plenário do Senado Federal brasileiro em julho de 2018. Desde 2010 o debate sobre a proteção de dados pessoais estava em voga. Nas primeiras discussões acerca da matéria foi aberta consulta pública via *internet* pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) na plataforma *web* “*Cultura Digital*”. Na sequência, em junho de 2012, após as discussões travadas no V Congresso Brasileiro da Indústria da Comunicação o deputado Milton Monti do PR de São Paulo apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.060 e, na sequência, em 2014, o senador Vital do Rêgo apresentou o PLS n.º 181/2014. Em 2015 as discussões políticas foram retomadas sob a gestão da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) e foi apresentada a nova versão do Anteprojeto de Lei durante o seminário internacional “*Anteprojeto Brasileiro de Proteção de Dados Pessoais em Perspectiva Comparada*”. Esse projeto foi elaborado pela SENACON em parceria com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, após a realização dos dois debates públicos em meios digitais. Segundo o Ministério da Justiça, foram mais de 2.000 contribuições tanto do setor público quanto do privado, do meio acadêmico e de organizações não-governamentais. Na análise das contribuições do debate público do ano de 2015, a SENACON recebeu o apoio, ainda, do Centro de Estudos sobre Tecnologias Web (CeWeb), do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br) e da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). A versão final do anteprojeto previa entre os direitos dos titulares de dados pessoais o direito à portabilidade, nos seguintes termos: “*Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter, em relação aos seus dados: (...) V - portabilidade, mediante requisição, de seus dados pessoais a outro fornecedor de serviço ou produto*”. Em julho de 2018 o Projeto de Lei da Câmara 53/2018 foi aprovado à unanimidade no plenário do Senado e, após, a então “*Lei Geral de Proteção de Dados*” foi sancionada em 14 de agosto de 2018, com publicação no Diário Oficial da União em 15 de agosto de 2018. BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bityli.com/jRrfz>. Acesso em: 10 jan. 202; MJ apresenta nova versão do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais>.

⁵¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bityli.com/jRrfz>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Veja-se que o titular de dados pessoais tem o direito de obter a portabilidade dos seus dados a outro fornecedor de serviço ou produto, em *qualquer momento e mediante requisição expressa*, observados os *segredos comercial e industrial*.

Houve uma preocupação do legislador em apontar expressamente que o direito será *objeto de regulamentação pela autoridade nacional de proteção de dados (ANPD)*. Essa previsão não é por acaso. A Lei Geral de Proteção de Dados não traz com a riqueza de detalhes necessária, os contornos do direito à portabilidade de dados. Prova disso é que não há previsão expressa quanto ao escopo – os tipos de dados abrangidos -, no que ele consistiria, não há definição quanto ao padrão interoperável para a transmissão desses dados, entre outras lacunas. O escopo do direito pode ser visualizado na análise dos seguintes elementos: (i) dados pessoais referentes a si, (ii) portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, (iii) a qualquer momento e mediante requisição expressa e (iv) observados os segredos comercial e industrial.

3.3.1. Dados referentes a si e tratados pelo controlador

Como visto, o art. 18 prevê que o direito à portabilidade é exercido “em relação aos dados do titular”⁵¹⁷ que tenham sido tratados pelo controlador que receber a requisição. Indaga-se, portanto, quais seriam os dados alcançados pelo direito à portabilidade de dados previsto na LGPD, tendo em vista que a lei brasileira não os aponta expressamente.

Saber quais dados são acobertados na lei brasileira é essencial, tanto para o usuário que vai requerê-lo, quanto para as empresas que deverão responder aos requerimentos de portabilidade. Inicialmente importante retomar o conceito de “dados pessoais” para delinear o escopo do direito à portabilidade, uma vez que um dado que não avoque essa condição sequer tem repercussões jurídicas na seara de aplicação da LGPD ⁵¹⁸.

A LGPD adotou um conceito amplo de dado pessoal, em que se considera dado pessoal a “*informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável*”, nos termos do que prevê o art. 5º, inciso I da norma ⁵¹⁹.

⁵¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/jRrfz>. Acesso em 10 de dez. 2020.

⁵¹⁸ BIONI, *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. p. 100

⁵¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/jRrfz>. Acesso em 10 de dez. 2020.

De fato, por se basear em um conceito amplo, todo tratamento de dados pessoais a princípio está submetido à LGPD, tanto o realizado pelo setor público quanto o privado ⁵²⁰. Disso se conclui que a Agência Nacional de Proteção de Dados deve regulamentar a matéria.

Quanto ao tratamento, o art. 5, inciso X da Lei Geral de Proteção de dados prevê que tratamento de dados é⁵²¹:

“(…) toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

Segundo o sítio eletrônico da Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD, o tratamento de dados pessoais é realizado quando se verifica qualquer uma das hipóteses do artigo supracitado, ou na hipótese de dados pessoais sensíveis, de acordo com o que prevê o art. 11⁵²²⁵²³.

Quadro 2 – Tratamento de dados pessoais segundo a LGPD.

Tipo de Tratamento	Definição
Acesso	Diz respeito à obtenção e/ou visualização. Obtenção com visualização diz respeito à consulta.
Armazenamento	Guarda dos dados que são tratados em operações cotidianas. Manter um repositório de dados.
Arquivamento	Conservação dos dados que não são usados em operações do dia a dia, mas ainda precisam ser retidos. Ato ou efeito de manter registrado um dado, embora já tenha perdido a validade ou esteja esgotada a sua vigência.
Avaliação	Apreciação qualitativa do dado.
Classificação	Determinar e atribuir ao dado uma classe, ordem, família, gênero, espécie ou tipo específicos dentro de um contexto organizacional. Maneira de

⁵²⁰ MENDES, LAURA SCHERTEL; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): O novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 555–587, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/Vbwsws>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 22.

⁵²¹ O art. 7º da LGPD prevê as bases legais de tratamento de dados pessoais. BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bityli.com/jRrfz>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁵²² ANPD. **Perguntas e Respostas**. Disponível em: <https://bityli.com/OSwlj>. Acesso em: 11 jan. 2020.

⁵²³ Ressalta-se que conforme o art. 7º, § 4º, “a LGPD é aplicável também aos dados cujo acesso é público e àqueles tornados manifestamente públicos pelos titulares, resguardando-se a observância dos princípios gerais e dos direitos dos titulares previstos na Lei.” BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/jRrfz>. Acesso em 10 de jan. 2020.

	ordenar os dados conforme algum critério estabelecido.
Coleta	Toda forma de obtenção de novos dados. Pode ser realizada tanto de forma eletrônica – como por e-mail ou formulários web – quanto de forma física – como por contratos ou formulários de impressos.
Comunicação	Ação ou efeito de enviar o dado para um conjunto determinado de destinatários.
Controle	Ação ou poder de regular, determinar ou monitorar as ações sobre o dado.
Difusão	Ação ou efeito de enviar o dado para um conjunto indeterminado de destinatários.
Distribuição	Ato ou efeito de dispor de dados a partir de algum critério estabelecido com outros órgãos, entidades, empresas ou pessoas.
Eliminação	Exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado. Ato ou efeito de excluir ou destruir dados do repositório.
Extração	Ato de copiar ou retirar dados de um repositório.
Modificação	Ato ou efeito de alteração do dado.
Processamento	Consiste em realizar uma série de atividades executadas ordenadamente sobre qualquer informação de entrada com o objetivo de gerar uma saída esperada ou aceitável.
Produção	Qualquer geração de dado, inclusive por análises e inferências.
Recepção	Dado recebido ao final da transmissão.
Reprodução	Cópia do dado com o objetivo de reproduzi-lo em outro local ou noticiá-lo.
Transferência	Mudança de dados de uma área de armazenamento para outra, ou para terceiro.
Transmissão	Ação ou efeito de enviar o dado entre dois pontos por meio de dispositivos elétricos, eletrônicos, telegráficos, telefônicos, radioelétricos, pneumáticos etc.
Utilização	Servir-se do dado para um determinado fim. Ato ou efeito do aproveitamento dos dados.

Fonte: Elaboração própria baseado no quadro do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça⁵²⁴.

⁵²⁴ Ver em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd>.

Verifica-se que a depender do tipo de tratamento, têm-se um escopo diferente de informação vinculada ao indivíduo e, via de consequência, controlada pelo indivíduo. Dito isto, dentre os dados pessoais e seus respectivos tratamentos submetidos à LGPD, quais estariam abarcados no direito à portabilidade?

Uma interpretação mais abrangente poderia considerar que o legislador teve a intenção de “*abarcando todos os dados envolvidos entre o controlador e titular de dados (ou seja, “dados tratados”)*”⁵²⁵. Nesse sentido, o direito à portabilidade tem um caráter mais amplo⁵²⁶, incluindo-se *qualquer dado pessoal, referente a si*, e que tenha recebido qualquer tipo de tratamento.

Esse aspecto aponta para *diferenças na regulação da matéria no direito brasileiro e no europeu*: o escopo da portabilidade é muito mais amplo e não se limita à uma base legal específica de tratamento prevista no art. 7º da LGPD.

Como demonstrado no tópico anterior, a RGPD prevê que os dados serão portáveis se: forem fornecidos pelo próprio titular; apenas nas hipóteses de a base legal ser consentimento ou cumprimento contratual; e, necessariamente, através de processo automatizado⁵²⁷.

Contudo, repare-se que: *todos os dados portáveis sob a ótica da LGPD são de titularidade do indivíduo, mas nem todos os dados pessoais dos quais o indivíduo é titular são portáveis*. Por outro lado, essa amplitude também esbarra em limitações, as quais estão expressas na lei: os dados anonimizados e os dados afetos ao segredo industrial e comercial.

3.3.2. Os dados anonimizados

Sobre o primeiro aspecto, o §7º do art. 18 prevê que “*a portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador*”⁵²⁸. De fato, a previsão pode ser considerada mera redundância⁵²⁹, na medida em que o art. 12 da LGPD prevê que “*Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei*”, exceto nos casos em que o processo de anonimização for passível de reversão.

⁵²⁵ COPETTI CRAVO, Direito à portabilidade de dados na Lei Geral de Proteção de Dados. p. 12

⁵²⁶ VIOLA, Mario; HERINGER, Leonardo, A portabilidade na LGPD. P. 5

⁵²⁷ No texto da GDPR não há a conceituação de dados fornecidos pelo titular, razão pela qual o Grupo de Trabalho 29 utilizou-se a tipologia dos dados pessoais para definição do alcance da portabilidade de dados pessoais. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on the right to “data portability”. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁵²⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bitly.com/jRrfz>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁵²⁹ PONCE, Paula Pedigoni. **Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência**, *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/ugEYV>. Acesso em: 11 nov. 2020. p. 155.

Assim, considerando-se que a dados que não sejam pessoais não são objeto de regulação da LGPD, os dados anonimizados não poderiam ser incluídos no exercício do direito à portabilidade.

Contudo, algumas observações podem ser feitas sobre o tema. A primeira delas é relacionada a amarração do conceito teórico de dado anônimo e a análise contextual da irreversibilidade do processo⁵³⁰ e o resultado dessa proposição: “*o seu caráter elusivo ou mesmo a sua impossibilidade teórica*”. A antítese do conceito de dados pessoais são os dados anônimos⁵³¹, os quais não estariam aptos a identificar a identidade de uma pessoa. A inaptidão pode ser gerada por meio da quebra do vínculo entre os dados e os seus respectivos titulares, o que se denomina “processo de anonimização”⁵³².

Tal processo pode ocorrer por meio da utilização de diversas técnicas, as quais buscam eliminar tais elementos identificadores de uma base de dados⁵³³ quais sejam: i) supressão; ii) generalização; iii) randomização e; iv) pseudoanonimização.

O processo de anonimização tem como objetivo central, independentemente da técnica utilizada, o gerenciamento circunstancial da identificabilidade da base dados. Dessa maneira, a característica de cada dado, bem como a percepção de em que contexto eles estão inseridos deve orientar o processo de anonimização.

Por essa razão inexistente um método perfeito ou único que seja capaz de parametrizar esse processo – em verdade é necessário analisar qual a técnica necessária para que seja possível que o dado não seja reidentificado⁵³⁴. Daí a dificuldade inerente à amarração entre o conceito de dado anônimo e a sua análise contextual: o processo de anonimização tem se mostrado falível em uma série de estudos feitos sobre o tema.

3.3.3. Segredo Industrial e Comercial: a inteligência dos dados

O segundo aspecto está situado no inciso V do art. 18⁵³⁵, o qual prevê, explicitamente que deverão ser observados os segredos comercial e industrial. A questão central relacionada a esse aspecto é a ponderação entre a proteção da empresa e o resguardo do direito do titular de portar os seus dados. O exercício do direito promove tanto a transmissão quanto a revelação e

⁵³⁰ BIONI, Bruno Ricardo, Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado, *Cadernos Jurídicos*, n. 53, p. 191–201, 2020. p. 191

⁵³¹ *Ibid.* p. 191

⁵³² *Ibid.* p. 191

⁵³³ *Ibid.* p. 191

⁵³⁴ *Ibid.* p. 191

⁵³⁵ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bitly.com/jRrfz>. Acesso em: 10 jan. 2020.

divulgação dos dados, o que pode criar um conflito entre os interesses da empresa em manter em segredo informações cruciais e o interesse do indivíduo de portar os seus dados.

Um exemplo disso são os hábitos de compras dos usuários online, os quais, são, ao mesmo tempo, dados pessoais e segredos comerciais⁵³⁶. Esses dados são coletados com a finalidade de fidelizar o cliente bem como para a melhoria de produtos e serviços a serem oferecidos⁵³⁷. Não se olvida que a portabilidade não leva a uma disponibilidade pública dos dados⁵³⁸, mas, na prática, o exercício do direito poderia levar à disponibilidade desses dados de forma mais do que suficiente para concorrentes diretos ou indiretos da plataforma que recebeu o requerimento para portar os dados.

Via de consequência o direito definido de forma geral e horizontal como no direito brasileiro, em tese, poderia significar um meio de concorrentes desafiar os ativos (dados) uns dos outros⁵³⁹⁵⁴⁰. Um exemplo disso é a possibilidade de um usuário de uma plataforma de buscas que tenha acesso aos seus padrões de buscas e de consumo na plataforma e que tem a possibilidade de portá-los como dados observáveis e não inferidos, poderá, via de consequência, criar oportunidades tecnológicas e de negócios para a publicidade comparativa personalizada⁵⁴¹.

Inge Graef, Martin Husovec e Nadezhda Purtova⁵⁴² apontam o exemplo da rede de supermercados *Albert Heijn*⁵⁴³, a qual investe dinheiro no convencimento dos seus clientes para a utilização de cartões fidelidade (promove ofertas especiais pela utilização do cartão, promove o uso em publicidade, treina os funcionários para que incentivem e ofereçam o uso do cartão). Este cartão coleta o padrão de consumo do usuário na loja – o que tem grande valor e pode ser qualificado para proteção sob o regime de banco de dados *sui generis* ou como segredo comercial. Nesse cenário, uma rede concorrente, como a Lidl, pode ter interesse em atrair os clientes e oferecer-lhes a opção fácil de simplesmente comparar os preços se começarem a comprar em suas lojas.

⁵³⁶ GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; NADEZHDA, PURTOVA. **Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law**. German Law Journal 2018, vol. 19 no. 6, p. 1359-1398. Disponível em: <https://bityli.com/HtUqz>. Acesso em: 06 mai. 2020. p. 1381.

⁵³⁷ *Ibid.* p. 1382.

⁵³⁸ *Ibid.* p. 1382.

⁵³⁹ *Ibid.* p. 1382.

⁵⁴⁰ Um exemplo é o de fornecedores de energia que passam a persuadir os clientes de seus concorrentes para que exerçam o seu direito de portabilidade em troca, por exemplo, de descontos. *Ibid.* p. 1382.

⁵⁴¹ *Ibid.* p. 1382.

⁵⁴² *Ibid.* p. 1382.

⁵⁴³ Albert Heijn é uma rede de supermercados holandesa. ALBERT HEIJN. Disponível em: <https://www.ah.nl>. Acesso em: 06 mai. 2020.

A *Lidl* usaria dados portáveis que se enquadrariam, no contexto europeu, no escopo do art. 20 do RGPD, de modo que a empresa resumiria os preços que seriam pagos por produtos comparáveis nas suas lojas. O resultado seria o empoderamento do consumidor, o qual poderia optar por comprar no *Albert Heijn* ou no *Lidl*, mas uma deterioração do investimento do primeiro em termos de coleta e processamento de dados ⁵⁴⁴.

Na União Europeia as empresas têm direito à proteção de segredos comerciais desde que as informações detenham um valor comercial em razão do seu sigilo e que a empresa proprietária tome medidas razoáveis para manter o seu segredo ⁵⁴⁵. O mesmo se poderia inferir de redes como a *Target*, *Walmart*, *Carrefour* e Americanas. No setor bancário podemos citar diversos players como Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, BTG, XP Investimentos, Bradesco, Santander, *Nubank*, entre outros.

Sob a ótica econômica, há uma mudança significativa: *a portabilidade de dados fragiliza a ideia de bases de dados como ativos econômicos, tendo em vista que o usuário poderá levar suas informações para outro*. Há, portanto, uma quebra do controle informacional por incumbentes, o que pode levar ao acirramento da concorrência. Em outras palavras, uma pequena parte desse ativo é transferida à custo zero para outro ofertante por meio da atuação do titular no exercício do direito à portabilidade, como por exemplo no exemplo do eBay comentado no Capítulo 2 desta dissertação.

A observância do segredo de empresa é uma das limitações do exercício do direito à portabilidade no contexto brasileiro – tanto pelo conteúdo da Lei Geral de Proteção de Dados no plano infraconstitucional, quanto no plano constitucional conforme o disposto no art. 5º, XXIX da Constituição Federal. Contudo, não há na letra da lei uma previsão expressa de quais dados estariam excepcionados por essa ressalva. Inexiste, nesse cenário, uma regra geral limitadora do exercício do direito, o que nos leva a crer, via de consequência, que haverá uma regulamentação por parte da Autoridade Nacional e que, muito provavelmente, as condições de fato serão levadas em consideração para a autorização ou não do exercício do direito nos termos do que prevê o inciso V do art. 18.

Por certo, isso não quer dizer que a portabilidade no âmbito de aplicação da LGPD é mais restrita que no direito europeu. Apenas aponta-se que existem limitações explícitas ao exercício do direito, as quais não devem ser ignoradas.

⁵⁴⁴ GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; Nadezhda. PURTOVA. **Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law**. German Law Journal 2018, vol. 19 no. 6, p. 1359-1398. Disponível em: <https://bitly.com/HtUqz>. Acesso em: 06 mai. 202. p. 1382.

⁵⁴⁵ *Ibid.* p. 1382.

Conforme já abordado neste trabalho a classificação utilizada pelo Grupo de Trabalho europeu divide os dados pessoais em três categorias principais: dados fornecidos, dados observados e dados inferidos⁵⁴⁶. Ressalta-se que a LGPD não adotou essa classificação, de modo que a lei brasileira tentou em ser mais abrangente que o modelo europeu.

De toda forma, utilizar essa classificação pode auxiliar na compreensão de que tipos de dados podem ser excluídos de um eventual requerimento de portabilidade. Como visto, os dados derivados ou inferidos são aqueles “*criados pelo responsável pelo tratamento com base nos dados «fornecidos pelo titular dos dados»*”⁵⁴⁷. A criação de dados inferidos pode ser feita por meio da atividade humana ou por meios automatizados, ou inteligência artificial. Um exemplo de dado inferido é a criação de perfis, como por exemplo a avaliação de risco de uma plataforma de empréstimos a partir dos dados fornecidos pelo titular de dados⁵⁴⁸, a criação do perfil de saúde de um usuário de um *smartwatch* ou a criação de perfis de interesse em redes sociais⁵⁴⁹.

Essa técnica de criação e geração de perfis é denominada “*profiling*”⁵⁵⁰. Esse processo nada mais é que a criação de um perfil de um usuário - seja um navegador da *web* ou um motorista de aplicativo – e na sequência a classificação e o endereçamento de ações a esse de acordo com o perfil criado⁵⁵¹, o qual é realizado em quatro etapas principais: (i) levantamento de informações; (ii) análise de informação; (iii) estabelecimento de um perfil e (iv) aplicação de perfil por alfaiataria de serviços/produtos⁵⁵².

Um exemplo de inferência nesse contexto é o online *profiling* realizado pelo Facebook⁵⁵³. Outro tema que se insere nessa problemática e que já foi abordado nesta dissertação são os históricos e reputações da *Ebay* bem como os de aplicativos de transporte. Por um lado, autores advogam no sentido de que o histórico e a reputação formam um conjunto

⁵⁴⁶ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

⁵⁴⁷ *Ibid.* p. 10.

⁵⁴⁸ Ver mais em: CHEN, Yongxi; CHEUNG, Anne Sy; WATT, Muir, The Transparent Self under Big Data Profiling: Privacy and Chinese Legislation on the Social Credit System, *Journal of Comparative Law*, v. XII, n. 2, p. 25, 2017. MANTELERO, Alessandro, Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection, *Computer Law and Security Review*, v. 32, n. 2, p. 238–255, 2016. HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge, Profiling the European citizen: Cross-disciplinary perspectives, *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*, n. March, p. 1–373, 2008.

⁵⁴⁹ Ver mais em: VAN DAM, Jan Willem; VAN DE VELDEN, Michel, Online profiling and clustering of Facebook users, *Decision Support Systems*, v. 70, n. February 2015, p. 60–72, 2015.

⁵⁵⁰ COPETTI CRAVO, Direito à portabilidade de dados na Lei Geral de Proteção de Dados. p. 99

⁵⁵¹ MCCLURG, Andrew J *et al*, A THOUSAND WORDS ARE WORTH A PICTUR: A PRIVACY TORT RESPONSE TO CONSUMER DATA PROFILING, v. 98, n. I, 2003.

⁵⁵² HEEGER, Eva, Controlling your online profile : reality or an illusion ?, *SSRN eLibrary*, n. AUGUST, 2015.p. 5.

⁵⁵³ Ver mais em VAN DAM; VAN DE VELDEN, Online profiling and clustering of Facebook users. K.P. Wiedmann,H. Buxel,G. Walsh, Customer profiling in e-commerce: methodological aspects and challenges, *Journal of Database Marketing* 9 (2) (2002) 170–184.

de dados que são parte da personalidade do titular e, via de consequência, deveriam ser abrangidos pelos direitos trazidos pela legislação de privacidade e proteção de dados, incluindo-se o direito à portabilidade⁵⁵⁴. Essa visão “superempodera” o consumidor e acaba por subestimar a atuação das empresas, principalmente no aspecto de seu nível de influência, como por exemplo no estabelecimento de padrões de consumo via *marketing*. Assim, retomando-se o que prevê o Capítulo 1, as informações produto de um complexo processamento e que seriam verdadeiros ativos informacionais (tecnicamente chamadas de “inferências”) poderiam ser portadas por meio do instituto em exame?

Com efeito, o grande problema dessas inferências é, justamente, identificar a sua titularidade⁵⁵⁵: verificar em quais casos os dados são resultado de uma atividade econômica do controlador ou são dados pertencentes ao titular. A resposta para essa questão não é simples! Isso porque, as inferências são, em sua grande maioria, um resultado da alimentação da atividade humana em qualquer ambiente passível de controle⁵⁵⁶. Pode-se utilizar de exemplo campanhas antitabagistas, antidrogas, consumo de álcool, ou até campanhas pró ou contra vacina: o consumidor é, em parte, resultado de ação deliberada dos agentes.

Esse aspecto tem sido objeto de preocupações entre pesquisadores: interpretações demasiadamente alargadas podem levar à inviabilização da aplicação do instituto na prática⁵⁵⁷, por criar um sistema oneroso para as empresas que utilizarão da previsão do art. 18, §4º, II da LGPD, para justificarem a sua não consecução, como será discutido mais adiante. Além disso, o direito pode trazer impactos no âmbito de pequenas e médias empresas, as quais deverão estar alinhadas com padrões tecnológicos muitas vezes custosos e complexos.

3.3.4. Dados de terceiros

Outro aspecto relevante no que toca ao alcance da portabilidade são os dados pessoais que incluam dados de terceiro, como por exemplo fotos em redes sociais que contenham amigos ou familiares ou lista de contatos de e-mails. Esse problema foi levantado pelo Facebook no documento “*Charting a way forward: Data Portability and Privacy*”⁵⁵⁸, em que a empresa questionou o que aconteceria nos casos em que uma pessoa A desejasse transferir dados

⁵⁵⁴ ZANFIR, Gabriela. **The right to data portability in the context of the EU data protection reform.** *International Data Privacy Law*, v. 2, n. 3, p. 149–162, 2012. Disponível em: <https://bitly.com/COGat> Acesso em: 5 de mai. 2021. p. 4

⁵⁵⁵ COPETTI CRAVO, Direito à portabilidade de dados na Lei Geral de Proteção de Dados. p. 92

⁵⁵⁶ *Ibid.* p. 93.

⁵⁵⁷ VIOLA; HERINGER, A portabilidade na LGPD.

⁵⁵⁸ FACEBOOK. **Charting a way forward: Data Portability and Privacy.** 2019. Disponível em: <https://bitly.com/PytLU>. Acesso em: 14 nov. 2020. p. 14.

associados a uma pessoa B. Se por exemplo uma pessoa A quisesse mover suas fotos de um serviço para outro, mas essas imagens incluíssem imagens da pessoa B, quais seriam os direitos da pessoa B? E na hipótese de pessoas quererem exportar o conteúdo de catálogo de endereços do telefone ou lista de aniversários de contatos para um novo serviço? Outros exemplos: a compra de uma passagem aérea para um terceiro no seu próprio cartão de crédito, a aquisição de um livro na amazon com o endereço de entrega de outro, ou até mesmo o financiamento dos estudos, de um automóvel para um terceiro.

A empresa apontou no documento que exemplos como esse ilustram as dificuldades para delinear quais dados devem ser transferidos em resposta à uma solicitação de portabilidade de dados, tendo em vista que plataformas como Facebook tem como função central permitir que usuários se conectem uns com os outros e criem experiências compartilhadas, sendo certo que o cumprimento a uma solicitação de portabilidade no qual deseja-se transferir dados sobre seus contatos relacionados, há questões de privacidade especialmente desafiadoras ⁵⁵⁹.

Enquanto na RGPD há previsão expressa no artigo 20(4) no sentido de que o exercício da portabilidade de dados não pode prejudicar os direitos e as liberdades de terceiros, na LGPD não há previsão expressa sobre o tema.

3.3.5. A qualquer momento e mediante requisição

Os **prazos e os termos do procedimento**, estarão previstos em regulamento.

O §4º do art. 18 prevê que nas hipóteses da impossibilidade de adoção imediata do requerimento de portabilidade, o controlador deverá enviar resposta ao titular em que poderá comunicar (i) que não é agente dos tratamentos dos dados, indicando, caso seja possível, quem o é, bem como (ii) indicar as razões de fato ou de direito que acarretaram no impedimento da adoção imediata da providência. Isso significa, em outros termos, que a o processamento da portabilidade de dados pelo controlador é obrigatório, devendo este, caso constatada a impossibilidade de fazê-lo apresentar as justificativas para tanto. Por certo, na condução desse processo os princípios previstos no art. 6º da LGPD deverão ser respeitados, inclusive quando da elaboração da justificativa da impossibilidade do processamento da portabilidade.

Destaca-se, ainda a previsão do art.18, §5º, o qual determina que a transmissão deve ser gratuita a fim de facilitar o exercício do direito

⁵⁵⁹ *Ibid.* p. 14

3.3.6. Interoperabilidade

Autores⁵⁶⁰ argumentam que a lei brasileira não explicita se o direito à portabilidade significa apenas a transmissão dos dados do titular para o novo controlador ou se o direito configuraria um direito de acesso à dados interoperáveis.

O art. 18, V, apenas prevê a possibilidade da portabilidade de um controlador para o outro, excluindo portando a dinâmica B2C.

Independentemente de se concluir pelo exercício do direito à portabilidade no sistema B2C ou B2B, ambos os exercícios esbarram em um elemento essencial para a sua efetivação: a interoperabilidade.

O art. 40 da LGPD prevê que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) disporá sobre os padrões de interoperabilidade para os fins do direito à portabilidade.

A interoperabilidade é essencial para a efetivação do direito à portabilidade. Inicialmente importante apontar que interoperabilidade e portabilidade não se confundem, ainda que se entenda que a primeira é um pressuposto para a consecução da segunda.

Em verdade, inexistente um conceito de interoperabilidade que abarque todas as suas aplicações. Leonardo Parentoni e Raquel Diniz Oliveira⁵⁶¹, ainda em 2007, em estudo sobre o tema, definiram a interoperabilidade como “*a capacidade de um sistema de se comunicar com outro, de modo harmônico*”.

Em um sentido mais geral, no contexto da computação e das tecnologias de informação, - e que se aplica ao presente trabalho - pode-se definir interoperabilidade como “*a habilidade de transferir e renderizar dados úteis e outras informações entre sistemas, aplicativos ou componentes*”^{562 563}. Diz respeito, portanto, ao nível ou extensão pela qual sistemas ou produtos se comunicam e funcionam juntos ⁵⁶⁴.

Vejam-se as demais definições da área da ciência da computação:

⁵⁶⁰ PONCE, Paula Pedigoni. **Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência**, *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/ugEYV>. Acesso em: 11 nov. 2020. p. 138.

⁵⁶¹ PARENTONI, L. N.; OLIVEIRA, Raquel Diniz. **Uma Advertência sobre Interoperabilidade e o Artigo 154, Parágrafo Único, do CPC**. *Âmbito Jurídico*, v. 55, p. 1-29, 2008.

⁵⁶² Palfrey & Gasser, 2012: Palfrey, J., & Gasser, U. (2012). *Interop: The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems*. Basic Books. P. 5

⁵⁶³ Tradução livre de: “*In the most general sense, in the context of information technologies, interoperability is the ability to transfer and render useful data and other information across systems, applications, or components.*”

⁵⁶⁴ GRAEF, Inge. **Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union**. *Telecommunications Policy*, 2015, Vol. 39, No. 6, p. 502-514. Disponível em: <https://bitly.com/HwDzI> Acesso em: 10 de mai. 2021. p. 14.

“Interoperabilidade é a capacidade de um sistema (informatizado ou não) de se comunicar de forma transparente (ou o mais próximo disso) com outro sistema (semelhante ou não). Para um sistema ser considerado interoperacionalizado é muito importante que ele trabalhe com padrões abertos. Seja um sistema de portal, seja um sistema educacional ou ainda um sistema de e-commerce, hoje em dia se caminha cada vez mais para a criação de padrões para sistemas.”⁵⁶⁵.

“Interoperabilidade não é somente Integração de Sistemas nem somente Integração de Redes. Não referencia unicamente troca de dados entre sistemas e não contempla simplesmente definição de tecnologia. É, na verdade, uma soma de todos esses fatores, considerando, também, a existência de um legado de sistemas, de plataformas de Hardware e Software instaladas. Parte de princípios que tratam da diversidade de componentes, com a utilização de produtos diversos de fornecedores distintos. Tem por meta a consideração de todos os fatores para que os sistemas possam atuar cooperativamente, fixando as normas, as políticas e os padrões necessários para consecução desses objetivos.”⁵⁶⁶.

Esses níveis não se restringem à comunicabilidade de dados. Uma possível aplicação de interoperabilidade poderia se dar em redes sociais, em que a interconexão entre as plataformas garantiria que os usuários se conectassem uns com os outros por meio de plataformas diferentes⁵⁶⁷. Veja-se que o exercício da portabilidade é mais limitado: garantiria apenas que os usuários movessem dados de uma plataforma para outro.

No âmbito da portabilidade, a criação de padrões interoperáveis é essencial, principalmente em se tratando de uma regra de aplicação horizontal que, portanto, não se aplica a um setor específico e sim a qualquer “*operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado*”, nos termos do art. 3º da LGPD. E é neste ponto que as implicações do exercício do direito podem ter reflexos concorrenciais.

Conforme apontado no Capítulo 2 desta dissertação as implementações setoriais de portabilidade foram aplicadas por meio de *agências reguladoras setoriais* em contextos em que os agentes econômicos envolvidos participavam do *mesmo setor*⁵⁶⁸, e por serem setores concentrados⁵⁶⁹, detinham níveis de desenvolvimento tecnológicos equânimes, ainda que não necessariamente idênticos. Aponta-se que com a participação do próprio mercado, foi possível a criação de padrões de interoperabilidade que, em tese, não criassem ambientes extremamente

⁵⁶⁵ SILVA, Rafael Ferreira. A importância da interoperabilidade.

<<http://www.phpbrasil.com/articles/article.php/id/851>>. Consultado em 06/08/2006. p. 1.

⁵⁶⁶ APUD Coordenadoria de Informática do Governo do Estado do Rio Grande do Norte. Disponível e. Consultado em 06/08/2006

⁵⁶⁷ GRAEF, Inge. **Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union**. Telecommunications Policy, 2015, Vol. 39, No. 6, p. 502-514. Disponível em: <https://bityli.com/HwDzI> Acesso em: 10 de mai. 2021. p. 14

⁵⁶⁸ Ver em capítulo 1: BINOTTO, Anna; PONCE, Paula Pedigoni. **Data Portability: lessons from other sectoral experiences**. 2019. [s. l:s.n.] Disponível em: <https://bit.ly/2MuVYYb>. Acesso: 10 mar. 2020.

⁵⁶⁹ VIRGILIO, Caio et al, **Custos de Mudança e Externalidades de Rede: Uma Análise da Portabilidade Numérica na Telefonia Móvel Brasileira**, *Economia*, Brasília(DF), v.13, n.1, p.181–198, jan/abr 2012.

onerosos para os agentes econômicos, leia-se: àqueles de menor porte, ou mesmo um sistema que não atendesse os interesses do consumidor, como há riscos no caso da portabilidade de dados da LGPD⁵⁷⁰. Como se verá mais adiante, no *Open Banking*, entendeu-se que a participação do mercado na definição da padronização era imprescindível.

Isso porque, autores advogam que a criação de um padrão interoperável pode demandar um nível alto de complexidade técnica que deve levar em consideração uma série de parâmetros objetivos e que nas experiências pretéritas foram direcionados por segmento, quais sejam:

“(i) Os diversificados modelos de negócios que existem; (ii) o modelo de negócio que se vale do referido dado para fomentar a sua atividade (por ex.: rating system, plataformas digitais, modelos de economia compartilhada); (iii) a possível concentração de dados; (iv) o custo operacional de pequena e média empresa; (v) a determinação e aplicação de medidas tecnológicas que permitam a garantia da informação do relatório, como também, a padronização necessária para que tais dados sejam utilizados de forma eficaz junto ao outro fornecedor, conforme deseja o titular; (vi) a mudança constante na tecnologia que não segue o mesmo ritmo de decisão das instituições nacionais (...)”⁵⁷¹.

3.4. Comparativo entre a legislação europeia e brasileira

Tendo em vista os aspectos apresentados anteriormente, elaborou-se tabela na qual destaca-se os principais aspectos comparativos entre o normativo brasileiro e o europeu, em que se verifica convergências e divergências na previsão do direito. Vejamos:

Quadro 3 – Diferenças entre a portabilidade de dados no direito europeu e no direito brasileiro.

Diploma legal	RGPD (art. 20)	LGPD (art. 18)
Definição jurídica	- recebimento pelo titular dos dados em "formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática (B2C) e; - Transmissão dos dados a outro responsável pelo tratamento (B2B);	- recebimento pelo titular dos dados em "formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática" (B2C) (art. 19, §3º) - transmissão dos dados de um controlador para o outro (B2B);
Sujeito	Pessoa natural	Pessoa Natural (art. 3º da LGPD)
Tipo de Pedido	Requisição expressa	Requisição expressa
Objetivo	Transmissão e reutilização subsequente dos dados pessoais	Transmissão e reutilização subsequente dos dados pessoais
Base Legal de Tratamento	Consentimento ou decorrente de contrato;	Qualquer base legal;
Escopo	Dados pessoais que lhe digam respeito ao titular e que tenham sido fornecidos por esse;	Qualquer dado pessoal referente ao titular;

⁵⁷⁰ MORAIS, Flavia Pereira de; GUTINEKI, João Otávio Bacchi, **Lei geral de proteção de dados brasileira: Análise da portabilidade de dados e seus reflexos concorrenciais**, in: *Lei Geral de Proteção de Dados: e a sua intersecção entre a proteção de dados pessoais, proteção dos consumidores e proteção da concorrência*, [s.l.]: D'placido, 2021, p. 188. p. 167.

⁵⁷¹ *Ibid.*

Limitações do escopo	Dados fornecidos pelo titular; Meios automatizados;	Dados anonimizados; Segredo Comercial e Industrial – dados inferidos ⁵⁷² ;
Padrão interoperável	Sem definição;	Possível delineamento de padrões interoperáveis pela Autoridade Nacional;
Dados de terceiro	Protege expressamente;	Não protege expressamente

Fonte: Elaboração própria

4. O OPEN BANKING

Como se viu no Capítulo 1, a transformação digital do setor financeiro, que permitiu o surgimento de novos modelos de negócios e aplicações de soluções tecnológicas criaram um ambiente propício para que os reguladores pudessem delinear soluções para promoção de competição e inovação.

O *Open Banking* é uma medida regulatória que visa estimular a competição no mercado bancário por meio da abertura dos dados do Sistema Financeiro. Por isso a denominação de “Sistema Financeiro Aberto”.

Além da consecução da promoção de maior competição nos mercados, a abertura de dados no Sistema Financeiro tem o potencial de alterar estruturalmente o mercado, modificando tanto os produtos e serviços como a forma pela qual são ofertados aos clientes. Considera-se que o instrumento regulatório pode configurar uma mudança estrutural no sistema, tendo em vista que afeta diretamente o controle dos incumbentes sobre os dados de seus clientes.

Neste Capítulo será avaliado o *Open Banking*. Inicialmente será apresentada uma definição do instituto e serão comentadas as experiências da União Europeia e no Reino Unido. Na sequência serão analisados aspectos como sujeitos envolvidos, modelo regulatório, governança para implantação, fases de implementação, escopo de dados, base legal de tratamento, standardização e interoperabilidade.

4.1. Definição

Como se viu a portabilidade foi implementada em diferentes contextos com objetivos regulatórios diferentes. Uma das iniciativas que tem sido mais discutidas no que tange à

⁵⁷² Como demonstrado neste capítulo, inexistindo previsão expressa de que os dados inferidos estariam excluídos do escopo da portabilidade na LGPD, caberá à Autoridade Nacional de Proteção de Dados avaliar o tema, restringindo ou não o escopo do direito.

ampliação de acesso à dados por meio de compartilhamento é o “*Open Banking*” ou Sistema Financeiro Aberto⁵⁷³.

O desenvolvimento dessa medida regulatória é recente, de modo que a literatura sobre o tema ainda é incipiente, razão pela qual não há consenso sobre a sua definição⁵⁷⁴. Para os fins deste trabalho, é possível delinear alguns contornos conceituais, utilizando-se do que vêm sendo atribuído pelas regulações europeia, britânica e brasileira:

“O Open Banking, na ótica do Banco Central do Brasil, é considerado o compartilhamento de dados, produtos e serviços pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas, a critério de seus clientes, em se tratando de dados a eles relacionados, por meio de abertura e integração de plataformas e infraestruturas de sistemas de informação, de forma segura, ágil e conveniente”⁵⁷⁵.

“O Open Banking, ou sistema financeiro aberto, é a possibilidade de clientes de produtos e serviços financeiros permitirem o compartilhamento de suas informações entre diferentes instituições autorizadas pelo Banco Central e a movimentação de suas contas bancárias a partir de diferentes plataformas e não apenas pelo aplicativo ou site do banco, de forma segura, ágil e conveniente”⁵⁷⁶.

“O open banking permite que os clientes autorizem o acesso de terceiros (TPPs) às informações de sua conta de pagamento e/ou a realização de pagamentos em seu nome”⁵⁷⁷.

Já na doutrina, as seguintes definições podem ser encontradas:

“A abertura dos sistemas tecnológicos bancários, com a inclusão de Interfaces de Programação de Aplicações (Application Programming Interface – APIs) padronizadas, por meio das quais as instituições externas passam interagir tecnologicamente com os bancos, no interesse e benefício dos clientes finais”⁵⁷⁸.

“A expressão “Open Banking” tem sido usada nos últimos anos para descrever uma estrutura de ecossistema financeiro na qual os dados dos clientes são compartilhados com diferentes membros. Este conceito cobre o compartilhamento de dados do cliente de um provedor de serviços financeiros para outro provedor de serviços terceirizado, por meio de uma interface de programação de aplicativo (“API”), de forma organizada e em tempo real, com o consentimento do cliente”⁵⁷⁹.

⁵⁷³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular 4.015, de 4 de maio de 2020. **Dispõe sobre o escopo de dados e serviços do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*)**. 2020. Publicado no DOU em: 05/05/2020, Edição, 84, Seção, 1, Página: 41. 2020. Disponível em: <https://bitly.com/tGsDe>. Acesso em: 14 ago. 2021.

⁵⁷⁴ EGNER, Thomas, *Open APIs and Open Banking: Assessing the Impact on the European Payments Industry and Seizing the Opportunities*, p. 219, 2018.

⁵⁷⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 33.455, de 24 de abril de 2019. **Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*)**. Disponível em: <https://bitly.com/ccFRX>. Acesso em 22 out. 2020.

⁵⁷⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Open Banking*. Disponível em: <https://bitly.com/IDzsE>. Acesso em: 22 out. 2020.

⁵⁷⁷ GOV.UK, Call for Input: Cross-Sector Sandbox How to respond, n. December, 2019. P. 7

⁵⁷⁸ GOETTENAUER, Carlos. ***Open Banking e teorias de regulação da Internet***, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 82, p. 20, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/xHaxL>. Acesso em 21 out. 2021.

⁵⁷⁹ BAHIA, Ana Letícia A. C.; BISELLI, Esther Collet Janny Teixeira; SCANDIUZZI, Stephanie, *OPEN BANKING AND COMPETITION: OVERVIEW OF THE REGULATORY FRAMEWORK AND IMPACTS IN THE FINANCIAL AND BANKING MARKETS FROM AN ANTITRUST PERSPECTIVE*, in: , [s.l.: s.n.], 2019, v. 1. Tradução livre de “*The expression “Open Banking” has been used in the past few years to describe a financial ecosystem structure in which customer data is shared with different members. This concept covers customer’s data*”

“O Open Banking pode ser entendido como um modelo comercial colaborativo por meio do qual terceiros não associados podem acessar dados bancários por meio de Interfaces de Programação de Aplicativos (“APIs”), mediante consentimento do cliente”⁵⁸⁰.

Independentemente da busca epistemológica do significado do conceito, há dois pontos em comum entre as mais diversas definições: (i) a troca de dados entre as instituições financeiras e seus clientes⁵⁸¹ e a (ii) criação de abertura padronizada de dados⁵⁸².

Assim, pode-se definir o Sistema Financeiro Aberto como uma medida regulatória que visa o compartilhamento padronizado de dados, produtos e serviços financeiros, com o consentimento do titular, que pode ser pessoa jurídica ou física, entre instituições financeiras, por meio de *Application Programming Interfaces* – APIs, com o objetivo de ampliar o acesso à informação financeira.

O *Open Banking* foi implementado em diversas jurisdições ao longo dos últimos anos⁵⁸³, destacando-se a experiência da União Europeia, por meio da “*Second Payment Services Directive-PSD2*”⁵⁸⁴, e a do Reino Unido, por meio das medidas tomadas pela autoridade concorrencial inglesa, o *Competition and Markets Authority* – CMA. Cabe destacar que cada uma delas apresenta aspectos únicos e diferentes abordagens regulatórias⁵⁸⁵.

As discussões acerca da abertura de dados no Sistema Financeiro ocorreram inicialmente na União Europeia com a aprovação, em 2015, da “*Second Payments Services Directive (EU) n.º 2015/2366*”⁵⁸⁶ - PSD2. Considera-se que a referida diretiva foi o marco das iniciativas do Open Banking, tendo em vista que criou um sistema de pagamentos integrado⁵⁸⁷ na União Europeia, em que se estabeleceram condições de compartilhamento de dados entre

sharing from a financial service provider to another third-party service provider, through an application programming interface (“API”), in an organized and real-time manner, with customer’s consent.”

⁵⁸⁰ Tradução livre de: “*Open Banking can be understood as a collaborative commercial model through which third unaffiliated parties can access banking data by using Application Programming Interfaces (“APIs”), following customer consent*”. CARVALHO, Vinicius Marques de Carvalho; MATTIUZZO, Marcela. *The evolution of antitrust in the digital era: Essays on Competition Policy*, 1. ed. [s.l.]: Competition Policy International, 2020.

⁵⁸¹ GOETTENAUER, *Open Banking e teorias de regulação da Internet*. P. 3

⁵⁸² *Ibid.* p. 3

⁵⁸³ Considerando-se que o objetivo do presente trabalho não foi traçar uma análise comparativa com os demais sistemas implementados no mundo e, sim, comparar as experiências de portabilidade no âmbito brasileiro, optou-se por tecer um breve resumo à título exemplificativo. De qualquer maneira, ao longo da descrição do Open Banking brasileiro, são tecidos comentários sobre as experiências internacionais.

⁵⁸⁴ Acesso da íntegra da Diretiva 2015/2366: https://ec.europa.eu/info/law/payment-services-psd-2-directive-eu-2015-2366_en

⁵⁸⁵ CARVALHO; MATTIUZZO, *The evolution of antitrust in the digital era: Essays on Competition Policy*. P. 194

⁵⁸⁶ *Second Payments Services Directive*. Diretiva (UE) n.º 2015/2366. Ver: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32015L2366>. Acesso em: 01 jan. 2022.

⁵⁸⁷ Para entender mais sobre a PSD2 ver: “*Second Payments Services Directive*”. Diretiva (UE) n.º 2015/2366. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32015L2366>.

instituições financeiras do sistema de pagamentos. Nessa Diretiva restou estabelecido que os dados do cliente deveriam ser compreendidos como de sua propriedade, de forma que as decisões sobre seu compartilhamento ou não ficariam sobre o seu poder de decisão.

Nessa toada, ainda na posição de membro da União Europeia, o Reino Unido foi o primeiro país a adotar o *Open Banking*, tendo o feito em 2018, por meio da sua autoridade de defesa da concorrência, a Competition and Markets Authority – CMA.

4.2. *Open Banking* no Brasil

Como visto no Capítulo 1 desta dissertação no cenário em que está sendo implementado o *Open Banking*, dados financeiros estavam custodiados nas mãos de poucos bancos que funcionam como *gatekeepers* da informação⁵⁸⁸. Os concorrentes e entrantes, especialmente *Fintechs*, enfrentam problemas de assimetria informacional e ausência de acesso a dados, o que impede a oferta de produtos e serviços à nível competitivo. Os clientes, por sua vez, enfrentam custos de troca para migrar de uma instituição para outra ou para ter acesso à produtos e serviços que sejam mais vantajosos.

Assim, em harmonia com reguladores das demais jurisdições do mundo, seguindo as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados e inserindo-se na Agenda Regulatória BC#, em abril de 2019, o BCB emitiu o Comunicado n.º 33.455⁵⁸⁹ no qual foram divulgados os requisitos fundamentais para a implementação do Sistema Financeiro Aberto ou *Open Banking* no Brasil⁵⁹⁰.

A estratégia regulatória do BCB visa fomentar a inovação, a competitividade e a inclusão financeira diante de mudanças latentes no Sistema Financeiro Nacional – SFN atinentes ao surgimento de novos *players* no mercado, bem como novos modelos de negócios.

No Comunicado restou estabelecido que a iniciativa tem por objetivo o aumento da eficiência no mercado de crédito e de pagamentos no contexto brasileiro, por meio da promoção de ambiente de negócios mais inclusivo e competitivo, preservando-se, nesse contexto, a

⁵⁸⁸ CARVALHO, Rômulo. ***Open Banking: da lenta evolução à revolução no sistema financeiro***. In Sistema financeiro em movimento: cases, transformações e regulação, 1. Ed., São Paulo, Thomsom Reuters Brasil, 2020. p. 207.

⁵⁸⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado n.º 33.455, de 24 de abril de 2019. **Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*)**. Publicado no DOU em: 26/04/2019, Edição: 80, Seção: 3, Página: 48 Disponível em: <https://bitly.com/ccFRX> Acesso em 22 out. 2020.

⁵⁹⁰ Destaca-se que a iniciativa brasileira foi realizada pela CMN e BCB, enquanto em jurisdições estrangeiras, como no Reino Unido e na União Europeia, as implementação se iniciou por meio de autoridades concorrenciais como se discutirá mais adiante na presente dissertação.

segurança do Sistema Financeiro, bem como a proteção dos consumidores. Destaca-se que no referido Comunicado é traçada a relevância da edição da Lei Geral de Proteção de Dados para que fosse possível a introdução da medida regulatória.

Segundo o BCB os principais benefícios esperados com a implementação do *Open Banking* são (i) o incentivo a inovação, (ii) o surgimento de novos modelos de negócio, (iii) o favorecimento da inclusão e educação financeira da população, (iv) a racionalização dos processos, (v) a redução de assimetria informacional, (vi) a oferta de serviços mais adequados aos diferentes perfis de clientes e segmentos da sociedade, “na comparação entre produtos e serviços ofertados por diferentes instituições e na programação financeira por parte dos clientes”⁵⁹¹.

Em suma, o *Open Banking* tem o potencial de conferir maior autonomia e controle aos clientes, ao permitir e incentivar que compartilhem os dados financeiros dos quais são titulares para acessar canais de serviços e produtos financeiros de outras instituições. Veja-se que a medida parte da premissa de que o usuário é o titular dos seus próprios dados financeiros e, portanto, pode decidir a sua destinação e o seu tratamento. Assim, a medida regulatória visa retirar a vantagem competitiva dos incumbentes sobre os dados financeiros dos clientes com os quais já possuem relação longínqua concedendo acesso à essa informação aos novos *players* desse mercado.

Nesse cenário, em suma, o que se pretende é conceder e ampliar o acesso das entrantes à informação financeira a fim de que possam atuar e competir no setor financeiro, quebrando-se, para tanto, o monopólio informacional das incumbentes.

Na sequência do Comunicado n.º 33.455, abriu-se a Consulta Pública n.º 73, de 28 de novembro de 2019⁵⁹² para participação da sociedade na construção da intervenção regulatória. Em maio de 2020 o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil divulgaram a Resolução Conjunta n.º 1⁵⁹³, a qual dispôs sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto, disciplinando o seu conteúdo, escopo, objetivos, princípios, requisitos objetivos e subjetivos, entre outros.

⁵⁹¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Open Banking*. 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking> Acesso em: 20 dez. 2021

⁵⁹² BRASIL. **Aviso de Consulta Pública nº 73/2019**. Publicado no DOU em: 29/11/2019, Edição: 231, Seção: 3, Página: 49. Disponível em: <https://bitly.com/EeBSg>. Acesso em: 2 dez. 2021.

⁵⁹³ BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução Conjunta nº 1, de 4 de mai de 2020. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*)**. 2020. Disponível em: <https://bitly.com/AZbDS>. Acesso em 03 dez. 2021.

Segundo o art. 2º da Resolução Conjunta n.º 1 de 04/05/2020 – BACEN e CVM o Open Banking consiste no “*compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas*”.

Isso significa que o *Open Banking* é um sistema marcado pela portabilidade de dados e serviços entre os sujeitos e seus clientes por meio de uma “*application programming interface*” - API, traduzido para o português como “Interface de Programação de Aplicativo”, a qual permite a comunicação entre sistemas⁵⁹⁴. Por meio desse sistema será possível o compartilhamento de dados, produtos e serviços do cliente de forma padronizada e segura.

Na perspectiva do cliente, o *Open Banking* vai permitir que por meio de um único provedor seja possível acessar diversas interfaces, enquanto as instituições poderão receber dados compartilhados de forma rápida e padronizada. Destaca-se que o usuário pode ser tanto pessoa jurídica quanto pessoa física, excetuando-se as instituições mencionadas no art. 1º da Resolução Conjunta n.º 1, nos termos do art. 2º, II da citada Resolução. Nessa senda, vislumbra-se outra diferença em relação a portabilidade de dados pessoais prevista na LGPD, que é exercida apenas por pessoas físicas.

Os princípios do *Open Banking* estão previstos no art. 4º da Resolução n.º 1:

“Art. 4º As instituições de que trata o art. 1o, para fins do cumprimento dos objetivos de que trata o art. 3o, devem conduzir suas atividades com ética e responsabilidade, com observância da legislação e regulamentação em vigor, bem como dos seguintes princípios: **I - transparência; II - segurança e privacidade de dados e de informações sobre serviços compartilhados no âmbito desta Resolução Conjunta; III - qualidade dos dados; IV - tratamento não discriminatório; V - reciprocidade; e VI - interoperabilidade.**” (grifo nosso)

Para o compartilhamento a base legal autorizadora do tratamento é o consentimento, por meio do qual o cliente anuirá com a portabilidade dos dados definindo aspectos como escopo, tipo, finalidade e sujeitos que os receberão.

Quanto ao escopo dos dados e serviços, a Resolução estabeleceu um escopo mínimo, concedendo liberdade aos agentes de mercado para que possam ampliá-lo tendo em vista as necessidades práticas. De fato, a avaliação satisfatória dos perfis de risco dependerá do escopo de dados a serem compartilhados, bem como do seu caráter temporal.

⁵⁹⁴ PIKE, Chris. **Competition and Open API Standards in Banking**. OECD Digitalisation And Finance, Forthcoming, p. 1-10, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/YRahK>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 2.

Cabe destacar que a base normativa da medida regulatória é composta por Resoluções, Circulares e Instruções Normativas. Abaixo a compilação da base normativa inicial⁵⁹⁵⁵⁹⁶ do *Open Banking* no contexto regulatório brasileiro:

Quadro 4 – Base normativa *Open Banking*.

Normativo	Ementa	Objeto
Resolução Conjunta n.º 1 de 04/05/2020 – BACEN e CVM⁵⁹⁷	Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (<i>Open Banking</i>)	Estrutura do OB, abordando o seu conteúdo, escopo, objetivos, princípios, requisitos objetivos e subjetivos e etc.
Circular n.º 4.015 de 04/05/2020	Dispõe sobre o escopo de dados e serviços do Sistema Financeiro Aberto (<i>Open Banking</i>).	Define o tipo e o escopo dos dados e serviços abarcados pelo <i>Open Banking</i> .
Circular n.º 4.032 de 23/06/2020	Dispõe sobre a estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do Sistema Financeiro Aberto (<i>Open Banking</i>).	Contém um regulamento anexo que dispõe sobre a estrutura inicial responsável pela implementação do <i>Open Banking</i> no Brasil.
Circular n.º 4.037 de 15/07/2020	Altera a Circular n.º 4.032, de 23 de junho de 2020, que dispõe sobre a estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do Sistema Financeiro Aberto (<i>Open Banking</i>).	
Resolução BCB n.º 32 de 29/10/2020	Estabelece os requisitos técnicos e procedimentos operacionais para a implementação no País do Sistema Financeiro Aberto (<i>Open Banking</i>).	Prevê os requisitos técnicos e operacionais da implementação do Sistema Financeiro Aberto.
Instrução Normativa BCB n.º 34 de 29/10/2020	Divulga a versão 1.0 do Manual de APIs do <i>Open Banking</i> .	Versão 1.0 (inicial) do manual de requisitos técnicos para a implementação dos elementos necessários à operacionalização do Sistema Financeiro Aberto (revogada pela Instrução normativa n.º 95 de 14/04/21)
Instrução Normativa BCB n.º 35 de 29/10/2020	Divulga a versão 1.0 do Manual de Escopo de Dados e Serviços do Open Banking .	Versão 1.0 (inicial) do manual de escopo de dados e serviços (revogada pela Instrução Normativa n.º 96 de 14/04/2021).
Instrução Normativa BCB n.º 36 de 29/10/2020	Divulga a versão 1.0 do Manual de Serviços Prestados pela Estrutura Responsável pela Governança do <i>Open Banking</i>	(revogada pela Instrução Normativa n.º 98 de 14/04/2021)
Instrução Normativa BCB n.º 37 de 29/10/2020	Divulga a versão 1.0 do Manual de Segurança do <i>Open Banking</i> .	Documento normativo revogado pela Instrução Normativa BCB n.º 99, de 14/4/2021

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Por certo, a presente compilação está limitada ao período de elaboração da presente dissertação, razão pela qual, quando da sua defesa, muito provavelmente haverá modificações e edição de outros normativos.

⁵⁹⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução Conjunta n.º 1, de 4 de mai de 2020. **Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*)**. 2020. Disponível em: <https://bitly.com/AZbDS>. Acesso em 03 dez. 2021.

<p>Instrução Normativa BCB n.º 95 de 14/04/2021</p>	<p>Divulga a versão 2.0 do Manual de APIs do Open Banking⁵⁹⁸</p>	<p>Definição dos principais aspectos relativos às especificações e implementações das APIs que integram o Open Banking no País, observando as disposições da Resolução Conjunta n.º 1, de 4 de maio de 2020, e da Resolução BCB n.º 32, de 29 de outubro de 2020.</p> <p>Alterações em relação à versão inicial:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Incorporação de requisitos da Fase 2 do Open Banking; -Alteração de “Especificações” na seção de “Definições e recomendações”; -Aprimoramento da “Introdução” e exclusão da seção de “Apresentação”.
<p>Instrução Normativa BCB n.º 96 de 14/04/2021</p>	<p>Divulga a versão 2.0 do Manual de Escopo de Dados e Serviços do Open Banking.</p>	<p>Este manual foi elaborado com o objetivo de assegurar o nível de detalhamento e padronização necessário para os dados relacionados na Resolução Conjunta n.º 1 e na Circular n.º 4.015, ambas de 4 de maio de 2020, observado os prazos de implementação do Open Banking.</p> <p>Alterações em relação a versão inicial:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Alteração do campo "Taxa pré-fixada contratada" referente às taxas de juros remuneratórias de operações de crédito (Item 3.3) para "Taxa nominal pré-fixada contratada". -Inclusão de regras e demais requerimentos para o compartilhamento de dados cadastrais e transacionais de clientes relacionados a contas de depósito à vista ou de poupança, contas de pagamento pré-pagas ou pós-pagas e operações de crédito. -Aprimoramento da “Introdução” e exclusão da seção de “Apresentação”. -Inclusão de referências a novos atos normativos e ao Portal do Open Banking no Brasil na seção de "Referências". -Reordenamento de parágrafos, alterações de nomes de seções e outras alterações de forma, sem alteração de mérito.
<p>Instrução Normativa BCB n.º 97 de 14/04/2021</p>	<p>Divulga a versão 1.0 do Manual de Experiência do Cliente no Open Banking.</p>	<p>Estabelece diretrizes e princípios elementares para a experiência do cliente no Open Banking.</p>
<p>Instrução Normativa BCB n.º 98 de 14/04/2021</p>	<p>Divulga a versão 2.0 do Manual de Serviços Prestados pela Estrutura Responsável pela Governança do Open Banking.</p>	<p>No modelo adotado no Brasil, o qual foi definido pela Resolução Conjunta n.º 1, de 4 de maio de 2020, e pela Resolução BCB n.º 32, de 29 de outubro de 2020, essa incumbência ficou a cargo da Estrutura Responsável pela Governança, nos termos da Circular n.º 4.032, de 23 de junho de 2020</p> <p>Alterações em relação a versão inicial:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Inclusão de requisitos para registro de APIs no Diretório; -Alteração das subseções relativas a metas de atendimento de tickets;

⁵⁹⁸ “O manual será revisto e atualizado periodicamente a fim de preservar a compatibilidade com a regulamentação, bem como para incorporar os aprimoramentos decorrentes da evolução do **Open Banking** e da tecnologia. Informações mais detalhadas e exemplos da aplicação deste manual poderão ser encontrados nos guias e tutoriais disponíveis no Portal do **Open Banking** no Brasil, na Área do Desenvolvedor. Sugestões, críticas ou pedidos de esclarecimento de dúvidas relativas ao conteúdo deste documento podem ser enviados ao Banco Central do Brasil por meio dos canais institucionais dessa autarquia”. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Instrução Normativa BCB n.º 95, 14/04/2021. **Revoga o item 2 da alínea “a” do inciso II do art. 2º da Instrução Normativa BCB n.º 158, de 30 de setembro de 2021.** Disponível em: <https://bitly.com/OdwDE>. Acesso em: 24 nov. 2021.

		<p>-Alterações na seção sobre Portal do Open Banking no Brasil.</p> <p>I - inclusão de requisitos sobre acessibilidade, diversidade, linguagem, tempestividade, segurança, sigilo e proteção de dados.</p> <p>II - reformulação de requisitos no item Área do Cidadão.</p> <p>III - Inclusão do item Área do Participante e definição de requisitos relacionados;</p> <p>-Inclusão da seção relativa ao Sandbox;e</p> <p>-Aprimoramento da “Introdução” e exclusão da seção de “Apresentação”</p>
<p>Instrução Normativa BCB n.º 99 de 14/04/2021</p>	<p>Divulga a versão 2.0 do Manual de Segurança do Open Banking.</p>	<p>Detalha em termos operacionais as diretrizes de segurança estabelecidas pela Resolução Conjunta n.º 1, de 4 de maio de 2020, e pela Resolução BCB n.º 32, de 29 de outubro de 2020. Ele contém tanto os requisitos mínimos de segurança obrigatórios para as instituições participantes como para os demais elementos que compõem a Estrutura Responsável pela Governança do Open Banking.</p> <p>Alterações em relação a versão inicial:</p> <p>-Incorporação de requisitos da Fase 2 do Open Banking.</p> <p>-Aprimoramento da “Introdução” e exclusão da seção de “Apresentação”.</p>

Fonte: Elaboração própria

Importante destacar que no decorrer da implementação do *Open Banking* os normativos e manuais podem ser revisitados a fim de atender as demandas que eventualmente surjam com a aplicação do instituto na prática.

A seguir, a fim de que a medida regulatória e seus aspectos de discussão sejam analisados de forma didática, dividiu-se os assuntos por tópicos, quais sejam, os sujeitos envolvidos, o modelo regulatório, governança, fases de implementação, escopo, base legal de tratamento, padronização e interoperabilidade e, por fim, segurança de dados.

4.2.1. Os Sujeitos Envolvidos

No art. 2º da Resolução Conjunta n.º 1 de 04/05/2020 – BACEN e CVM⁵⁹⁹ estão previstos os sujeitos envolvidos no *Open Banking*, quais sejam, (i) o cliente, (ii) a instituição transmissora de dados, (iii) a instituição receptora de dados, (iv) a instituição detentora da conta do cliente e a (iv) instituição iniciadora da transação de pagamento.

⁵⁹⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução Conjunta n.º 1, de 4 de mai de 2020. **Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*)**. 2020. Disponível em: <https://bitly.com/AZbDS>. Acesso em 03 dez. 2021.

Os clientes são pessoas naturais ou jurídicas⁶⁰⁰ - excetuando-se instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil - as quais mantêm relacionamento cuja finalidade é a prestação de serviços financeiros ou a realização de operação financeira com as instituições citadas na referida resolução.

A instituição transmissora de dados⁶⁰¹ é aquela que compartilha com a instituição receptora os dados dos clientes. Por sua vez, a instituição receptora⁶⁰² é a que recebe os dados enviados pela transmissora e que apresenta a solicitação de “*compartilhamento à instituição transmissora de dados para recepção dos dados*”.

A instituição detentora da conta do cliente⁶⁰³ é a que já possui um vínculo com esse. Por exemplo, um banco detentor da conta que, por sua vez, pode figurar como transmissor de dados e compartilhá-los com uma instituição receptora, outro banco.

A instituição iniciadora de transação de pagamento é a que “*presta serviço de iniciação de transação de pagamento sem deter em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço*”⁶⁰⁴, como por exemplo um sistema de pagamento. No serviço de transação de pagamento também é possível citar agentes como empresas emissoras de cartões de crédito.

Com efeito, sob à ótica do princípio da reciprocidade, previsto no art. 4º da Resolução Conjunta n.º 1 é a reciprocidade, todas as empresas integrantes do Sistema Financeiro Aberto deverão receber e compartilhar os dados. Isto é, deverão ser transmissoras e receptoras, o que tem o condão de aumentar o potencial do escopo de compartilhamento de dados.

Nos casos de compartilhamento de dados o inciso I do art. 6º da Resolução Conjunta n.º 1 de 04/05/2020 – BACEN e CVM estabeleceu a participação obrigatória das instituições enquadradas nos Segmentos 1 (S1) e 2 (S2) de que trata a Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017⁶⁰⁵⁶⁰⁶, quais sejam aquelas que tem o porte igual ou superior a 10% do PIB ou exerçam atividade internacional relevante, bem como bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de câmbio e caixas econômicas, de de porte inferior a 10% (dez por cento)

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017. **Estabelece a segmentação do conjunto das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil para fins de aplicação proporcional da regulação prudencial.** Publicado em: 31/01/2017, Edição: 22, Seção: 1, Página: 25. 2017. Disponível em: <https://bitly.com/jtbuB>. Acesso em: 04 dez. 2021.

⁶⁰⁶ O Banco Central do Brasil disponibilizou a lista de participação obrigatória no *Open Banking* que conta com mais de 1.065 instituições e pode ser acessada por meio do link: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=36480>.

e igual ou superior a 1% (um por cento) do PIB; e pelas demais instituições de porte igual ou superior a 1% (um por cento) do PIB.

Nas hipóteses de compartilhamento de serviços de iniciação de transação de pagamento e compartilhamento de serviço de encaminhamento de proposta de crédito a adesão é obrigatória pelas instituições detentoras da conta e das instituições iniciadoras da transação de pagamento conforme incisos II e III.

Por fim, nos casos de compartilhamento de serviço de encaminhamento de proposta de crédito de forma obrigatória as instituições que tenham firmado contrato de correspondente no Brasil, cujo objeto inclua a atividade de atendimento de recepção e encaminhamento de propostas referentes a operações de crédito e de arrendamento mercantil de concessão da instituição contratante.

A participação mandatória se deu com a finalidade de mitigar a não adesão de instituições financeiras de grande porte que detém as maiores cartelas de clientes e, por conseguinte, integram o oligopólio informacional do setor financeiro. Isso porque, a consequência da implementação da medida é justamente a interferência no poder de mercado das incumbentes⁶⁰⁷, já que informações que antes eram de sua exclusividade poderão ser compartilhadas e acessadas por outros agentes financeiros de menor porte.

A amplitude⁶⁰⁸ dos sujeitos participantes se dá, também, pela necessidade de conferir ao cliente amplo controle de todos os seus dados e transações financeiras, independentemente do serviço e/ou produto ao qual está atrelado.

Conforme art. 6º, §3º as demais instituições poderão aderir voluntariamente. Todavia, na condição de transmissora de dados de que trata o art. 23 da Resolução, essas deverão disponibilizar a interface dedicada ao compartilhamento de dados e serviços, padronizadas de acordo com a Convenção prevista no art. 44, além de realizar seu registro no repositório de participantes.

Como se vê, no modelo brasileiro, o *Open Banking* é um sistema público: organizado, regulado, supervisionado e administrado pelo BCB.

⁶⁰⁷ CARVALHO, Rômulo. ***Open Banking: da lenta evolução à revolução no sistema financeiro***. In Sistema financeiro em movimento: cases, transformações e regulação, 1. Ed., São Paulo, Thomsom Reuters Brasil, 2020. p. 207.

⁶⁰⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 36.480 de 04 de dezembro de 2020. **Divulga o rol de instituições participantes obrigatórias do *Open Banking*, bem como valores relativos ao patrimônio líquido e de seu conglomerado prudencial, conforme o caso, para fins do custeio das atividades de manutenção da estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do *Open Banking***. Disponível em: <https://bitly.com/cPAZj>. Acesso em 3 dez. 2021.

4.2.2. Modelo Regulatório: Da autorregulação assistida

No *Open Banking* brasileiro optou-se por um modelo regulatório híbrido, com a atuação do regulador e do mercado, por meio de autorregulação assistida⁶⁰⁹. Isto é, delegou-se às instituições participantes a definição de questões concernentes à implementação e funcionamento do sistema de interoperabilidade sob a orientação e o controle do Banco Central⁶¹⁰.

Nesse cenário, a Governança do Sistema Financeiro Aberto se dará a partir de regras estabelecidas pelo Banco Central, garantindo, nos termos §1º do art. 44, a representatividade e a pluralidade das instituições e segmentos participantes, o acesso não discriminatório, a mitigação de conflitos de interesse e a sustentabilidade do *Open Banking*. Por outro lado, nos termos do art. 44 da Resolução Conjunta n.º 1 de 04/05/2020 – BACEN e CVM, algumas questões específicas serão definidas pelo próprio mercado por meio de Convenção.

O art. 44 da Resolução Conjunta n.º 1 de 04/05/2020 – BACEN e CVM prevê que as instituições participantes devem celebrar Convenção sobre aspectos relativos a: (i) padrões tecnológicos e procedimento operacionais da (i.i) implementação de interfaces prevista no art. 23 da citada resolução, (i.ii) dos padrões e certificados de segurança, (i.iii) da solicitação de compartilhamento de dados e serviços; (ii) padronização do leiaute dos dados e serviços, abrangendo (ii.i) o dicionário de dados e (ii.ii) o agrupamento de dados que trata o art. 11; (iii) aos canais para encaminhamento de demandas de clientes; (iv) aos procedimentos e aos mecanismos para o tratamento e a resolução de disputas entre as instituições participantes, inclusive as decorrentes de demandas encaminhadas por meio dos canais de que trata o inciso III; (V) ao ressarcimento entre os participantes; (VI) ao repositório de participantes; (VII) aos direitos e às obrigações dos participantes; e (VIII) - aos demais aspectos considerados necessários para o cumprimento do disposto na Resolução Conjunta.

O Banco Central acompanhará as discussões travadas nos níveis de “governança híbridos”, com o fito de mitigar eventual conflito de interesse e garantir que os princípios e objetivos do Sistema Financeiro Aberto estejam sendo cumpridos.

Considera-se que a opção do regulador de uma abordagem regulatória mais horizontal será fundamental para que o *Open Banking* tenha sucesso, na medida em que permite que todas as instituições participantes, no âmbito de suas *expertises*, possam debater e indicar de forma

⁶⁰⁹ RANGEL, Juliana Cabral Coelho. **Estratégias regulatórias de incentivo à inovação, à competitividade e à inclusão financeira no contexto das iniciativas do *Open Banking* e do Pix**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 28, n. 55, p. [87]-111, jun. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/uwljw>. Acesso em: 10 de dez. 2021. p. 103.

⁶¹⁰ *Ibid.* p. 103.

mais adequada padrões tecnológicos, procedimentos operacionais, leiaute de serviços, entre outros⁶¹¹, que funcionem nos seus nichos de mercado.

Isso porque, surgiriam problemas de interconexão entre os sistemas de cada uma das instituições, assim, a participação delas no design se justifica para solucionar problema operacional. Contudo, assim como destacado no Capítulo 1, o oligopólio informacional não desejava a abertura das informações, muito pelo contrário. Por conseguinte, definiu-se a participação compulsória dos agentes envolvidos.

Como se viu, o *Open Banking* será marcado pela participação dos agentes do mercado, incluindo-se também, aqueles que integram o oligopólio informacional do setor. A participação dessas incumbentes pode gerar preocupações no que concerne ao desenho das questões que serão definidas pelo próprio mercado, mormente o padrão tecnológico de compartilhamento das informações.

O cenário de alta em concentração nas mãos de poucos bancos, aliado ao seu poder de mercado, pode evidenciar a indisposição ou desincentivo desses agentes para o desenho de um modelo eficiente e pró-competitivo⁶¹². Isso porque, como visto, o *Open Banking* é uma medida regulatória⁶¹³ que visa o compartilhamento de dados financeiros que estavam retidos exclusivamente nas mãos dos detentores do oligopólio informacional, interferindo, portanto, no seu poder de mercado.

A fim de mitigar tais riscos, o Banco Central delineou uma estrutura de governança que tem o potencial de garantir a ampla participação da grande maioria dos agentes do mercado e garantir que não haja conflitos de interesse no desenho de implementação, como se verá a seguir.

4.2.3. Governança para implantação do *Open Banking*

A estrutura inicial de governança para implantação do *Open Banking* foi definida por meio da Circular n.º 4.032 de 23/06/2020, alterada pela Circular n.º 4.037 de 15/07/2020. A estrutura inicial de governança foi dividida em três níveis: (i) nível estratégico, Conselho Deliberativo, (ii) nível administrativo, Secretariado e (iii) Nível Técnico, Grupos Técnicos.

⁶¹¹ *Ibid.* p. 105.

⁶¹² CARVALHO, Rômulo. *Open Banking: da lenta evolução à revolução no sistema financeiro*. In Sistema financeiro em movimento: cases, transformações e regulação, 1. Ed., São Paulo, Thomsom Reuters Brasil, 2020. p. 207.

⁶¹³ *Ibid.* p. 207.

O Conselho Deliberativo é o responsável pela aprovação do estatuto da estrutura e pelas deliberações atinentes à convenção dos participantes. Conforme art. 6º da Circular n.º 4.032 de 23/06/2020⁶¹⁴, o Conselho Deliberativo é composto por sete conselheiros com direito a voto nos processos deliberativos divididos em três grupos principais⁶¹⁵: (i) três conselheiros indicados por associações que tenham representação significativa em serviços relacionados a conta de depósito ou operações de crédito de varejo; (ii) três conselheiros indicados por associações ou grupo de associações (ii.i) que prestam serviços de pagamento e que participam de conglomerados prudenciais enquadrados no S1 ou no S2, ou sejam controladas por instituição enquadrada no S1 ou no S2, (ii.ii.) instituições de pagamento autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que não se enquadrem na alínea "a" do inciso II do art. 6º da Resolução Circular n.º 4.032, de 23 de junho de 2020 e (ii.iii) sociedades de crédito direto e de sociedades de empréstimo entre pessoas; e, por fim, um conselheiro independente.

Para ocupar o cargo de Conselheiro Independente do Conselho Deliberativo, o art. 9º da Circular n.º 4.032 de 23/06/2020 definiu os seguintes requisitos: (i) formação acadêmica compatível com a função, com experiência comprovada de estudos nas áreas financeira, bem como de tecnologia de informação, além de conhecimentos acerca da regulamentação do Open Banking bem como da estrutura do Sistema Financeiro Nacional; (ii) não manter qualquer vínculo com instituição participante do Open Banking nos doze meses que antecederem a sua

⁶¹⁴ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular n.º 4.032 de 23/06/2020. **Dispõe sobre a estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking)**. Disponível em: <https://bitly.com/eLEdt>. Acesso em: 22 de dez. 2021.

⁶¹⁵ “Art. 6º O Conselho Deliberativo da estrutura inicial de que trata este Regulamento será composto por sete conselheiros com direito a voto nos processos deliberativos, divididos nos seguintes grupos:

I - grupo 1: três conselheiros indicados por associações que, observado o disposto no art. 7º, incisos I e II, alínea "a", tenham representação significativa de instituições que prestam serviços relacionados com conta de depósitos ou operações de crédito de varejo, enquadradas nos seguintes segmentos de que trata a Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017:

a) subgrupo 1.1: Segmentos 1 (S1) e 2 (S2);

b) subgrupo 1.2: Segmentos 3 (S3) e 4 (S4), à exceção das sociedades de crédito direto e das sociedades de empréstimo entre pessoas; e

c) subgrupo 1.3: Segmento 5 (S5), à exceção das sociedades de crédito direto e das sociedades de empréstimo entre pessoas;

II - grupo 2: três conselheiros indicados por associações ou grupos de associações que, observado o disposto no art. 7º, incisos I e II, alínea "b", tenham representação significativa de:

a) subgrupo 2.1: instituições que prestam serviços de pagamento e que:

1. participam de conglomerados prudenciais enquadrados no S1 ou no S2; ou

2. sejam controladas por instituição enquadrada no S1 ou no S2;

b) subgrupo 2.2: instituições de pagamento autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que não estejam enquadradas na definição de que trata a alínea "a" deste inciso; e

c) subgrupo 2.3: sociedades de crédito direto e de sociedades de empréstimo entre pessoas; e

III - grupo 3: um conselheiro independente.” BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular n.º 4.032 de 23/06/2020. **Dispõe sobre a estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking)**. Disponível em: <https://bitly.com/eLEdt>. Acesso em: 22 de dez. 2021.

indicação; (iii) não estar impedido por lei especial, nem condenado por crime falimentar, sonegação fiscal, de prevaricação, de corrupção ativa ou passiva, de concussão, de peculato, contra a economia popular, a fé pública, a propriedade ou o Sistema Financeiro Nacional, ou tenha condenação que vede o acesso a cargos públicos ainda que de forma temporária; e (iv) e não estar declarado inabilitado ou suspenso para o exercício de cargos de conselheiro fiscal, de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio-administrador em instituição financeira, em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização, companhias abertas ou entidades sujeitas à supervisão da Comissão de Valores Mobiliários.

O §1º do art. 9º da Circular n.º 4.032 de 23 de junho de 2020 dispõe que o Conselheiro Independente deve desempenhar suas atividades em prol da competição da inovação, da segurança e privacidade de dados, bem como da proteção do consumidor, contribuindo para a consecução de um equilíbrio entre interesse público e os interesses privados.

De fato, a presença de um conselheiro independente com poder deliberativo pode auxiliar no equilíbrio de interesses no desenho da implementação da medida regulatória⁶¹⁶. Tanto em razão da presença de incumbentes com poder decisório, quanto em razão da necessidade de um olhar voltado para os interesses da sociedade civil e dos consumidores.

O mandato das associações ou grupo de associações eleitas para designação dos conselheiros atinentes aos Grupos 1 e 2, bem como do Conselheiro independente será de 12 (doze) meses contados a partir da primeira reunião seguinte à indicação conforme se verifica do art. 12 da Circular n.º 4.032 de 23/06/2020. Não se olvida, que no §1º do supracitado artigo há disposição no sentido de que é facultado ao BCB a prorrogação do prazo do mandato a depende da compatibilidade com o calendário de implementação do *Open Banking* apresentado no item anterior.

O Secretariado é responsável pela coordenação dos trabalhos, gerenciamento do orçamento e do exercício das demais atribuições administrativas. Essas atividades, segundo o Parágrafo. Único do art. 2º da Circular n.º 4.032 de 23/06/2020 podem ser objeto de contratos de terceirização, observando-se o que prevê os arts. 3º, inciso VIII, e 14, § 1º da Circular.

Por fim, o Grupos Técnicos (GTs) são responsáveis pela elaboração de estudos e propostas técnicas, conforme os planos de trabalho do Conselho Deliberativo. Os GTs foram

⁶¹⁶ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. *Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário*. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 124

divididos em 9 (nove) grupos, quais sejam arquitetura, comunicação, experiência do desenvolvedor, estrutura definitiva, política, risco e compliance, especificações, infraestrutura, prevenção e fraudes, e por fim, segurança⁶¹⁷.

O Comunicado n.º 35.922 de 10/7/2020⁶¹⁸ divulgou as associações e grupos de associações eleitos para a indicação dos representantes do Conselho Deliberativo da estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação do *Open Banking*, nos seguintes termos:

“Tendo em vista o disposto no item 3 do Comunicado n.º 35.895, de 6 de junho de 2020, divulgo as associações e os grupos de associações eleitos para indicação de representantes para o Conselho Deliberativo da estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do Sistema Financeiro Aberto (**Open Banking**), conforme o resultado do processo eletivo conduzido no âmbito do Sistema APS-Siscom:

I - Grupo 1:

- a) subgrupo 1.1: Federação Brasileira de Bancos (Febraban);
- b) subgrupo 1.2: Associação Brasileira de Bancos (ABBC); e
- c) subgrupo 1.3: Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB); e

II - Grupo 2:

- a) subgrupo 2.1: Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços (Abecs);
- b) subgrupo 2.2: grupo composto pela Associação Brasileira de Instituições de Pagamentos (Abipag), Associação Brasileira de Internet (Abranet) e Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico (Câmara-e.net); e
- c) subgrupo 2.3: grupo composto pela Associação Brasileira de Crédito Digital (ABCD) e Associação Brasileira de Fintechs (ABFintechs).

2. As associações e os grupos de associações eleitos atenderam aos critérios de elegibilidade dispostos no art. 7º do Regulamento Anexo da Circular n.º 4.032, de 23 de junho de 2020, inclusive a manifestação formal perante o Banco Central do Brasil de interesse em participar do Conselho Deliberativo, e deverão formalizar até 15 de julho de 2020 a estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do Open Banking, tendo em vista o disposto no art. 1º, § 1º, da Circular n.º 4.032, de 2020”.

Veja-se que haverá ampla participação do mercado na deliberação das questões atinentes ao art. 44 da Resolução, inclusive de novos *players* e de empresas inovadoras, dentre elas *Fintechs*, por meio do Subgrupo 2.3, que é composto pela Associação Brasileira de Crédito Digital (ABCD) e da Associação Brasileira de Fintechs (ABFintechs). A periodicidade das reuniões, conforme art. 13 do da Circular n.º 4.032 de 23/06/2020 deve ser definida pelo próprio Conselho Deliberativo.

Com relação aos custos de manutenção da estrutura inicial responsável pela Governança no *Open Banking* o art. 15 da Circular n.º 4.032 de 23/06/2020 definiu-se que o

⁶¹⁷ *OPEN BANKING* BRASIL. **Estrutura de Governança**. Disponível em: <https://openbankingbrasil.org.br/governanca/>. Acesso em 03 jan. 2022.

⁶¹⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado n.º 35.922 de 10/7/2020**. Disponível em: <https://bitly.com/wMUIZ>. Acesso em: 23 de dez. 2021.

Conselho Deliberativo estabelecerá uma sistemática para tanto, com base nos critérios de existência de proporcionalidade entre a parcela dos custos devidos para cada instituição, considerando-se seu patrimônio líquido e a vedação de pagamento em duplicidade.

4.2.4. Fases de implementação

A implementação do *Open Banking* será realizada de forma gradual e é dividida em fases para o compartilhamento de produtos e serviços, conforme quadro a seguir:

Quadro 5 – Fases de implementação.

Fase	Fase 1 - Dados sobre a instituição participante Início 01 de fevereiro de 2021	Fase 2 - Dados sobre o cliente Início 15 de julho de 2021	Fase 3 – Serviços Início 29 de outubro de 2021	Fase 4 - Outros dados Início 15 de dezembro de 2021
Tipos de dados e serviços compartilhados	a. Canais de atendimento b. Produtos e serviços relacionados a contas de depósitos, contas de pagamento pré-pagas, cartão de crédito operações de crédito de varejo disponíveis para contratação	a. Cadastrais (do cliente e seus representantes) b. Transacionais dos produtos e serviços da Fase 1	a. Iniciação de transação de pagamento (débito em conta, transferências entre contas na própria instituição, DOC, TED, PIX e pagamento de boletos) b. Encaminhamento de proposta de operação de crédito	a. Produtos e serviços relacionados a operações de câmbio, credenciamento em arranjos de pagamento, investimento, seguros e previdência complementar aberta b. Transacionais de clientes relacionados a conta-salário, operações de câmbio, credenciamento em arranjos de pagamento, investimento, seguros e previdência complementar aberta

Fonte: elaboração própria.

Cabe destacar que as etapas serão escalonadas, com a finalidade de garantir a segurança e estabilidade e possibilitar adequações que sejam necessárias no decorrer processo⁶¹⁹.

Na fase 1 serão disponibilizados os dados das instituições financeiras participantes atinentes à (i) canais de atendimento, (ii) produtos e (iii) serviços, que podem ser contratados em conta corrente, poupança, contas pagamento ou operações de crédito. Segundo o

⁶¹⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Open Banking*. 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking> Acesso em: 20 dez. 2021.

BACEN⁶²⁰, a partir da divulgação e análise de tais dados há o potencial de surgimento de soluções de mercado como comparadores de tarifas bancárias, de tipos de contas oferecidas e serviços incluídos, as quais vão auxiliar os clientes a comparar os serviços/produtos, escolhendo, via de consequência o mais adequado à suas necessidades e, também, com as melhores tarifas⁶²¹.

Na fase 2 o compartilhamento será dos dados financeiros dos clientes, que envolvem os dados cadastrais e transacionais sobre os serviços bancários tradicionais, quais sejam contas, crédito e pagamentos. A partir dessa fase os clientes poderão solicitar o compartilhamento dos referidos dados. Vislumbra-se que o principal benefício desse compartilhamento será o recebimento de ofertas de produtos e serviços que sejam mais adequados ao perfil do cliente, com custos acessíveis, de forma ágil e segura⁶²²

Na fase 3 serão iniciados os serviços de transações de pagamento de PIX por iniciadores de transação de pagamento com a entrada gradual dos demais arranjos de pagamento. Essa fase tem o potencial de possibilitar o surgimento de soluções para o pagamento bem como para a recepção de propostas de crédito, por meio do acesso à serviços financeiros de forma ágil, fácil e de canais mais convenientes.

Na fase 4 dados sobre outros serviços financeiros passaram a compor o *Open Banking*. Serão incluídos novos serviços como contratação de operações de câmbio, investimentos, seguros e previdência privada; serviços mais complexos e voltados para segmentos com maior poder aquisitivo.

Amplia-se, portanto, a oferta de produtos e serviços que podem ser oferecidos no universo do *Open Banking*.

O escopo de dados compartilhados por meio do *Open Banking* é muito mais amplo do que àquele verificado na portabilidade cadastral. Em relação à portabilidade de dados pessoais, veja-se que os dados não se restringem às pessoas físicas, bem como que há a possibilidade do compartilhamento de produtos e serviços.

4.2.5. Escopo de dados

⁶²⁰ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Perguntas e Respostas: *Open Banking***. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/zTGCH> Acesso em: 20 dez. 2021.

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² BANCO CENTRAL DO BRASIL. ***Open Banking***. 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking>. Acesso em: 20 dez. 2021.

Com efeito, a amplitude do escopo de dados é um fator essencial para a atratividade do *Open Banking*: a avaliação consistente do cliente em potencial depende disso.

Não se olvida que acesso à dados correntes não é suficiente: a dimensão temporal dos dados, isto é, a que período se referem é extremamente importante para a avaliação de riscos das instituições financeiras e não somente os dados correntes.

A Resolução Conjunta n.º 1 de 04/05/2020 – BACEN e CVM estabeleceu o escopo mínimo dos dados e serviços que poderão ser transmitidos/compartilhados por meio da integração do *Open Banking* em seu art. 5º:

“Do Escopo de Dados e Serviços

Art. 5º O Open Banking abrange o compartilhamento de, no mínimo:

I - dados sobre:

a) canais de atendimento relacionados com:

1. dependências próprias;
2. correspondentes no País;
3. canais eletrônicos; e
4. demais canais disponíveis aos clientes;

b) produtos e serviços relacionados com:

1. contas de depósito à vista;
2. contas de depósito de poupança;
3. contas de pagamento pré-pagas;
4. contas de pagamento pós-pagas;
5. operações de crédito;
6. operações de câmbio;
7. serviços de credenciamento em arranjos de pagamento;
8. contas de depósito a prazo e outros produtos com natureza de investimento;
9. seguros; e
10. previdência complementar aberta;

c) cadastro de clientes e de seus representantes; e

d) transações de clientes relacionadas com:

1. contas de depósito à vista;
2. contas de depósito de poupança;
3. contas de pagamento pré-pagas;
4. contas de pagamento pós-pagas;
5. operações de crédito;
6. conta de registro e controle de que trata a Resolução nº 3.402, de 6 de setembro de 2006;
7. operações de câmbio;
8. serviços de credenciamento em arranjos de pagamento;
9. contas de depósito a prazo e outros produtos com natureza de investimento;
10. seguros;
11. previdência complementar aberta; e

II - serviços de:

- a) iniciação de transação de pagamento; e
- b) encaminhamento de proposta de operação de crédito.”

A Circular n.º 4.015, de 4 de maio de 2020 delineou o escopo de dados e serviços do *Open Banking* de forma mais detalhada e que estão dispostos na tabela abaixo:

Tabela x – Escopo mínimo de dados compartilhados no Open Banking

Tipo de dado	Previsão legal	Escopo mínimo
--------------	----------------	---------------

Dados sobre canais de atendimento	Art. 5º, I, “a” Art. 2º da Circular n.º 4.015, de 4 de maio de 2020	- Dados abertos na forma da legislação vigente; - Dados de canais eletrônicos, tais como tipo de canal, forma de acesso e serviços prestados; e - Dados dos demais canais disponíveis aos clientes, tais como tipo de canal, forma de acesso e serviços prestados; e
Dados sobre produtos e serviços objeto de compartilhamento	Art. 5º, I, “b” Art. 3º da Circular n.º 4.015, de 4 de maio de 2020	- Dados de contas de depósitos à vista, de poupança e de pagamento pré-pagas, que incluem o tipo de conta, as tarifas pagas, os pacotes de serviços disponibilizados, as formas de movimentação, os termos condições contratuais; os canais disponíveis para abertura e encerramento; público-alvo; e forma de remuneração e taxa de rendimento; - Contas de pagamento pós-pagas, envolvendo o tipo de conta, os programas de benefícios e recompensas; as tarifas; as taxas de remuneração; público-alvo; e termos e condições contratuais; - Dados de operações de crédito, envolvendo, as modalidades de operações de crédito, tarifas, taxa de juros remuneratórios, público-alvo; tipo de garantia exigíveis; e termos e condições contratuais. Além de dados sobre: adiantamento a depositantes, empréstimos, direitos creditórios descontados e financiamentos (§1º do art. 3º)
Cadastro de clientes e seus representantes	Art. 5º, I, “c” Art. 4º da Circular n.º 4.015, de 4 de maio de 2020	- Dados de identificação; -Dados de qualificação; - Outras informações cadastrais tais como data de início de relacionamento; identificação de agência e conta; tipos de produtos e serviços com contratos vigentes; e poderes dos representantes.
Dados de transações de clientes	Art. 5º, I, “d” Art. 5º da Circular n.º 4.015, de 4 de maio de 2020	- Dados de contas de depósitos à vista, de poupança e de pagamento pré-pagas, incluindo: tipos de conta; Saldo disponível; transações de crédito e de débito realizadas; débitos e pagamentos autorizados; limite do cheque especial; - Dados de contas de pagamento pós-pagas, tais como, tipos de conta; limite de crédito total; limites de crédito por modalidade de operação; e transações de pagamento realizadas; informações sobre o pagamento da fatura; - Dados das operações de crédito, tais como, modalidades de operações de crédito; número do contrato; data da contratação; valor da operação; data de vencimento; data dos respectivos pagamentos; saldo devedor; prazo total e remanescente da operação; quantidade de prestações; valor das prestações; taxas de juros remuneratórios anual, nominal e efetiva pactuadas; Custo Efetivo Total (CET); sistema de pagamento; tarifas; e encargos.

Quanto aos serviços, nos termos do art. 6º da Circular n.º 4.015, de 4 de maio de 2020, estes abrangem (i) débito em conta, (ii) transferências entre contas na própria instituição, (iii) transferência Eletrônica Disponível (TED), (iv) transação de pagamento instantâneo (PIX), (v) documento de Crédito (DOC), e (vi) pagamento de boletos.

Por outro lado, no §1º do art. 5º da Resolução Conjunta n.º 1, facultou-se às instituições participantes, por meio da convenção prevista no art. 44 do mesmo normativo, a inclusão de outros dados e serviços, desde que observados os princípios, requisitos de compartilhamento e as disposições gerais da Resolução Conjunta n.º 1.

No sítio eletrônico mantido pela estrutura de governança do *Open Banking* criou-se um dicionário de dados para esclarecer especificamente o escopo de adequação de processos nas etapas de implementação, dividindo-os em 4 (quatro) grupos principais, quais sejam (i) dados cadastrais, (ii) dados da conta, (iii) dados de cartões de crédito e (iii) dados de Operação de Crédito⁶²³.

Os dados cadastrais⁶²⁴ atinentes à pessoa física englobam nome; nome social, endereço completo; CPF, passaporte, telefone, e-mail, documento de identificação, filiação, data de nascimento, estado civil, sexo, nacionalidade, residência brasileira, documento estrangeiro e informações complementares, tais como, renda, profissão, patrimônio, informações de cônjuge, produtos contratados, representantes. Os dados cadastrais⁶²⁵ atinentes à pessoa jurídica envolvem razão social, endereço completo, CNPJ, número de registro no país de origem, telefone, e-mail, data de abertura da empresa, informações de sócios e administradores e informações complementares, quais sejam, faturamento, valor patrimonial, ramo de atuação, data de início de relacionamento, produtos contratados, representantes.

Os dados da conta⁶²⁶ envolvem (i) saldo, informações da conta saldo disponível, saldo bloqueado, outros saldos; (ii) limites, informações da conta, limite utilizado, limite contratado de cheque especial; e (iii) extrato, informações da conta e detalhes da transação.

Os dados de cartão de crédito⁶²⁷ englobam (i) limite, informações do cartão, informações sobre o limite do cartão, limite total, limite utilizado, limite disponível, limite por tipo de crédito; (ii) as transações, informações do cartão, identificação de transação, valor da transação, datas, identificação do estabelecimento; e (iii) faturas, Informações do cartão, bandeira do cartão, informações da fatura, encargos e formas de pagamento.

Por fim, os dados de operação de crédito⁶²⁸ englobam os contratos de crédito, que se tratam de dados o contrato, data da contratação, data do recebimento do crédito, valor do crédito, data de vencimento, datas de pagamento das parcelas, período recorrente dos pagamentos, datas de vencimento de cada parcela, data de vencimento da primeira parcela, saldo devedor, prazo total, prazo remanescente, quantidade de prestações, prestações, taxas de juros, Custo Efetivo Total, sistema de amortização, tarifas, sigla identificadora da tarifa, valor

⁶²³ OPEN BANKING BRASIL. **Escopo de dados**. Disponível em: <https://openbankingbrasil.org.br/escopo-de-dados-dicionario/>. Acesso em 03 jan. 2022.

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ *Ibid.*

da tarifa, moeda, data da cobrança de tarifa, encargos, garantias, número do documento da instituição consignante.

Da análise do escopo estabelecido para operacionalização do *Open Banking*, verifica-se que as informações – tanto em relação à qualidade quanto quantidade – são extremamente significativas e têm o potencial de ampliar o acesso aos dados financeiros de clientes que antes ficavam restritos⁶²⁹.

No entanto, como já comentado, apenas dados brutos serão compartilhados. Portanto, não se trata de dados inferidos ou observados, ressaltando-se, portanto, a “*inteligência dos dados*”⁶³⁰, a qual permanecerá como segredo de negócio das instituições que já os trataram. Por outro lado, significa um avanço com relação aos *scores* de crédito mencionados no Capítulo 1.

Além disso, como se verá mais adiante, a base legal de tratamento dos dados é o consentimento, o qual poderá ser revogado a qualquer tempo pelo titular, o que pode levantar algumas questões em torno da aplicação do *Open Banking*.

4.2.6. Base legal de tratamento no *Open Banking*: o consentimento

Nos termos do art. 8º o compartilhamento de dados de cadastro e de transações e de serviços é realizado nos seguintes moldes:

“Art. 8º A solicitação de compartilhamento de dados de cadastro e de transações e de serviços de que trata o art. 5o, incisos I, alíneas "c" e "d", e inciso II, alínea "a", compreende as etapas do consentimento, autenticação e confirmação.

Parágrafo único. As etapas de que trata o caput devem:

I - ser efetuadas com segurança, agilidade, precisão e conveniência, por meio da interface dedicada de que trata o art. 23;

II - ser realizadas exclusivamente por canais eletrônicos;

III - ocorrer de forma sucessiva e ininterrupta; e

IV - ter duração compatível com os seus objetivos e nível de complexidade”.

Veja-se que o compartilhamento é realizado por meio de três etapas: (i) consentimento, (ii) autenticação e (iii) confirmação.

Segundo os incisos do referido artigo as referidas etapas devem ser realizadas (i) com segurança, agilidade, precisão e conveniência, por meio da interface padronizada; (ii) exclusivamente por canal eletrônico; (iii) ocorrer de forma sucessiva e ininterrupta; e (iv) ter duração compatível com os objetivos e com o nível de complexidade.

⁶²⁹ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. *Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário*. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 117.

⁶³⁰ *Ibid.* p.117.

A descrição dessas etapas demonstra que as instituições financeiras terão que se comunicar de maneiras diferentes daquelas tradicionais, como por exemplo no caso dos bancos comerciais – na realização de teds, docs, compensação de créditos e débitos, pagamentos de boletos.

No desenho regulatório brasileiro consentimento é a base legal de tratamento⁶³¹ para o compartilhamento de dados por meio do *Open Banking*⁶³²:

“(...) O compartilhamento dos dados pessoais de clientes ou de serviços do escopo do Open Banking depende de prévio consentimento por parte dos respectivos clientes. O consentimento deve se caracterizar como manifestação livre, informada, prévia e inequívoca de vontade, feita por meio eletrônico, pela qual o cliente concorda com o compartilhamento de dados ou de serviços para finalidades determinadas”.

Em consonância com o que prevê o art. 5º, XII da LGPD⁶³³, o consentimento deve ser: (i) livre, (ii) informado, (iii) prévio, (iv) inequívoco, (v) por meio eletrônico, (vi) cujo conteúdo autoriza o compartilhamento de dados ou de serviços e (vii) para finalidades determinadas, nos termos do previsto no art. 2º, VIII da Resolução Conjunta nº 1/2020 do BCB e do CMN.

É vedada a autorização do compartilhamento de dados por meio de contrato de adesão, formulário com opção de aceite previamente assinalada ou por presunção, com ausência de manifestação ativa do cliente, nos termos do seu art. 10º, §3º Resolução Conjunta nº 1/2020.

Nos termos do §1º do art. 10, o consentimento para compartilhamento de dados deve: (i) ser solicitado por meio de linguagem clara, objetiva e adequada; (ii) referir-se a finalidade determinada; (iii) ter prazo de validade compatível com as finalidades de que trata o inciso II, limitado a doze meses; (iv) discriminar a instituição transmissora de dados ou detentora de conta, conforme o caso; (v) discriminar os dados ou serviços que serão objeto de compartilhamento, observada a faculdade de agrupamento de que trata o art. 11; e (vi) ser obtido após a data de entrada em vigor da Resolução Conjunta, com observância do cronograma de implementação estabelecido pelo Banco Central do Brasil.

Sobre a base legal adotada no sistema regulatório brasileiro algumas questões podem ser levantadas.

⁶³¹ As disposições sobre o consentimento estão expostas na Seção II da Resolução Conjunta nº 1, a partir do art. 10.

⁶³² BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Perguntas e Respostas: Open Banking**. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/zTGCH> Acesso em: 22 dez. 2021.

⁶³³ “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.” BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/jRrfz>. Acesso em 10 de dez. 2020.

Como visto, no escopo dos dados a serem compartilhados por meio do *Open Banking* estão presentes dados pessoais em se tratando de pessoas físicas. Ao contrário da LGPD, que define, em seu artigo 7^o⁶³⁴ 10 (dez) bases legais de tratamento legítimo dos dados pessoais, no *Open Banking* a base legal estabelecida é exclusivamente o consentimento. Na hipótese de conflito, qual seria a base legal de tratamento aplicável?

Noutro giro, no caso de alteração da finalidade, revogado ou findado o prazo de validade do consentimento, mudanças na instituição transmissora ou nos dados ou serviços que serão compartilhados, é obrigatória a obtenção de novo consentimento, nos termos do §2º do art. 10. Isto é, no caso de ocorrência de uma dessas hipóteses, a instituição receptora dos dados ou iniciadora da transação de pagamento estará desautorizada a tratar o dado para a finalidade escolhida.

Em regra, o consentimento tem validade por 12 (doze) meses, como previsto no inciso III, §3º do art. 10 da Resolução n.º 1. O que significa que a instituição receptora dos dados ou iniciadora da transação de pagamento estará autorizada a tratar o dado para a finalidade escolhida apenas durante esse período. Contudo, nos casos de transações de pagamentos sucessivas, o cliente poderá definir um prazo superior aos doze meses nos termos do §6º do art. 10 da Resolução n.º 1.

Com efeito, os dados objeto de compartilhamento podem ser apresentados de forma agrupada ao cliente nos termos do §6º do art. 10 da Resolução, a fim de que não seja necessário obter o consentimento por diversas vezes e de forma seriada. Além disso, nos termos do art. 14 da Resolução Conjunta n.º 1/2020 a instituição deverá indicar informações acerca do consentimento relativo aos dados compartilhados, quais sejam: identificação das instituições participantes, dados e serviços que serão objeto de compartilhamento, o período de validade do

⁶³⁴ “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.” BRASILEL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/jRrfz>. Acesso em 2 de jan. 2022.

consentimento, a data de requisição do consentimento, bem como a finalidade do consentimento nas hipóteses de estarem envolvidas instituições receptoras de dados ou iniciadoras de transação de pagamento.

Já nos casos de compartilhamento de serviços de iniciação de transação de pagamento, o consentimento não se restringe aos requisitos do §1º do art. 10, devendo conter informações adicionais.

Nos termos do art. 15, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, mediante solicitação, por meio de procedimento “*seguro, ágil, preciso e conveniente*”. Desse modo, considerando-se que as instituições devem assegurar que os dados objetos de compartilhamento estejam sendo tratados para as finalidades previstas no art. 10, §1º, inciso II, caso a finalidade seja alterada, um novo consentimento deve ser colhido.

Inicialmente, cabe destacar que a revogação do consentimento está em consonância com a LGPD, a qual prevê em seu art. 8º, §5º, o seguinte:

“Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.
§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei”.

Por certo, na LGPD não há obrigação do desfazimento do tratamento legítimo que foi dado anteriormente à revogação do consentimento. Por outro lado, o titular de dados pessoais, tem o direito de requerer a eliminação dos dados nos termos inciso VI do *caput* do art. 18⁶³⁵.

Contudo, no *Open Banking* não se sabe qual será a destinação dos dados até então tratados legitimamente na hipótese de revogação do consentimento⁶³⁶.

No cenário do *Open Banking* a hipótese do exercício do direito de eliminação dos dados pelo titular pode ser problemática ao excluir os dados tratados, a instituição receptora não conseguirá formular o histórico de crédito daquele cliente, dispondo apenas, de dados brutos cadastrais, os quais não são suficientes para análise da situação do tomador e, via de

⁶³⁵ “Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: (...) VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;” BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/jRrfz>. Acesso em 2 de jan. 2022.

⁶³⁶ VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 132.

consequência, para a tomada de decisão de crédito. Com efeito, nessa hipótese, o cliente será tratado como de risco elevado pela instituição financeira.

Nesse cenário persistirão as externalidades negativas e a vantagem competitiva das intuições incumbentes⁶³⁷, já que permanecerão no controle das informações de histórico de crédito, mantendo seu controle informacional.

Maria Eduarda Vianna e Silva⁶³⁸ aponta que seria razoável a previsão em lei de bases legais para a manutenção dos dados pela instituição receptora, a fim de que se confira segurança jurídica para o tratamento legítimo das informações após findado o prazo de consentimento ou em razão da sua revogação pelo titular. De todo modo, a normatização do tema nos parece ser de extrema importância, para fins de ampliação efetiva de acesso à informação.

Outro ponto relevante está relacionado aos incentivos da utilização e concessão do consentimento por parte dos usuários.

4.2.7. Standardização e interoperabilidade

O compartilhamento de dados por meio do *Open Banking* só é possível se houver interoperabilidade, a qual está prevista como um dos princípios a serem seguidos pelas instituições envolvidas na Resolução Conjunta n.º 1 de 04/05/2020 – BACEN e CVM, nos seguintes termos:

“Art. 4º As instituições de que trata o art. 1º, para fins do cumprimento dos objetivos de que trata o art. 3º, devem conduzir suas atividades com ética e responsabilidade, com observância da legislação e regulamentação em vigor, bem como dos seguintes princípios:
(...)VI – interoperabilidade”.

Assim como no modelo britânico, adotou-se no Brasil um modelo híbrido de autorregulação para definição de aspectos relativos à padrões tecnológicos e procedimentos operacionais. Dessa maneira, a estrutura de compartilhamento será definida por meio de Convenção.

Como se vê o *Open Banking* abrange diversas instituições financeiras, com posições diversas no mercado. Por essa razão, diversas dificuldades podem surgir na construção de um sistema padronizado de compartilhamento que seja eficiente e capaz de aliar aspectos como acessibilidade, custo razoável, rapidez, conectividade, segurança cibernética e informacional, incentivo à inovação entre outros.

⁶³⁷ *Ibid.* p. 134.

⁶³⁸ *Ibid.* p. 134.

Ausente a interoperabilidade há ineficiência: aumentam-se os custos de infraestrutura e de compartilhamento, a complexidade das transações aumenta, entre outros⁶³⁹, como visto no Capítulo 3.

Com efeito, a padronização no *Open Banking* vai se dar por meio da construção de um “*application programming interface*” - API, traduzido para o português como “Interface de Programação de Aplicativo”⁶⁴⁰.

4.3. Diferenças entre a portabilidade de dados pessoais e *Open Banking*

Após a avaliação em termos gerais do *Open Banking* foi possível traçar, para fins didáticos, as seguintes diferenças e convergências em relação à portabilidade de dados pessoais:

Quadro 6 – Diferenças e convergências entre a portabilidade de dados pessoais e o *Open Banking*.

	Portabilidade de dados pessoais	Compartilhamento via Open Banking
Definição jurídica	- recebimento pelo titular dos dados em "formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática (B2C) e; - Transmissão dos dados a outro responsável pelo tratamento (B2B);	-compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas;
Sujeito	Pessoa Natural (art. 3º da LGPD);	Pessoa Física e Jurídica;
Tipo de Pedido	Requisição expressa;	Solicitação;
Objetivo	Transmissão e reutilização subsequente dos dados pessoais;	Compartilhamento de dados financeiros para acesso à canais de serviços e produtos financeiros de outras instituições financeiras;
Base Legal de Tratamento	Qualquer base legal;	Consentimento;
Escopo	Qualquer dado pessoal referente ao titular;	Dados, ativos e serviços dos titulares; Dados das instituições transmissoras e receptoras;
Limitações do escopo	Dados anonimizados; Segredo Comercial e Industrial – dados inferidos ⁶⁴¹ ;	Autorização do usuário;
Padrão interoperável	Possível delineamento de padrões interoperáveis pela Autoridade Nacional;	Delineamento pelos participantes do mercado sob supervisão do BACEN;

⁶³⁹ Tendo em vista que o presente trabalho não pretende esgotar o tema, recentemente, Glacus Bedeschi da Silveira e Silva defendeu dissertação de mestrado intitulada “*Open Banking* no Brasil: uma análise das normas relativas às APIs sob o prisma do direito concorrencial regulatório” que aprofunda no tema das APIs e o desdobramentos da sua utilização como padrão de interoperabilidade no Brasil e no mundo. BEDESCHI, Glacus. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

⁶⁴⁰ PIKE, Chris. **Competition and Open API Standards in Banking**. OECD Digitalisation And Finance, Forthcoming, p. 1-10, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/YRahK>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 2.

⁶⁴¹ Como demonstrado neste capítulo, inexistindo previsão expressa de que os dados inferidos estariam excluídos do escopo da portabilidade na LGPD, caberá à Autoridade Nacional de Proteção de Dados avaliar o tema, restringindo ou não o escopo do direito.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi abordada a portabilidade e a sua aplicação por meio do *Open Banking*, a fim de diferenciar as medidas e avaliar como o instrumento é capaz de ampliar o acesso a dados, contestando o controle de informação no sistema financeiro e bancário. Nessa toada, especificamente quanto ao *Open Banking*, algumas perguntas foram levantadas, quais sejam: o *Open Banking* será capaz de reduzir barreiras à mobilidade intra e intersetorial? Será possível que os entrantes e bancos menores contestem o poder de mercado do oligopólio bancário via criação de ativos informacionais? O acesso a ativos informacionais é condição suficiente para o acirramento da concorrência? A construção do *Open Banking* pelo Banco Central torna o sistema viável, confiável e operacional?

Com efeito, as demais experiências de portabilidade e o *Open Banking* convergem no sentido de conferir poder ao usuário, ampliando o seu controle sobre seus dados, ativos ou serviços. Todavia, no aspecto concorrencial, os efeitos da portabilidade dependem de outras variáveis que podem definir o (in)sucesso da medida.

Considerando-se que o usuário é uma figura essencial, falhas de mercado situadas no lado da demanda assim como apontado no Capítulo 1 - inércia do consumidor, efeitos de *lock-in* e assimetria informacional - suscitam preocupações: os clientes são resistentes à migração de uma instituição financeira para outra e temem, também, pela segurança dos seus dados financeiros.

Por certo, medidas como a do Cadastro Positivo só começaram a surtir efeitos a partir da mudança de adesão de *opt in* para *opt out*, o que demonstra que o *design* regulatório deve levar em consideração a inércia do consumidor.

A portabilidade de cadastro, a despeito de intentar conceder controle ao usuário, não teve efeitos expressivos pelos motivos expostos no Capítulo 2, tais como ausência de obrigatoriedade no compartilhamento, dificuldades para sua consecução e falta de divulgação e inserção/promoção de uma cultura institucional. Esse problema também pode ser visualizado na portabilidade de dados pessoais, que dependerá do *design* para garantir a participação ativa dos usuários como destacado no Capítulo 3.

Não se olvida que, por outro lado, que o BCB garantiu a participação compulsória de diversos agentes do mercado no *Open Banking* (Capítulo 4), o que, diferentemente de outras experiências de portabilidade, como a cadastral, vai impedir a desinformação e contribuir para a disseminação da medida, independente dos incentivos contrários de incumbentes.

Além disso, nota-se que o BCB vem implementando uma série de medidas para a ampla divulgação do *Open Banking* com a finalidade de demonstrar aos usuários as vantagens do compartilhamento dos dados.

Noutro giro, importante destacar questões operacionais, tais como acesso à *internet*. Dados recentes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2019⁶⁴², realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontaram que 82,7% dos domicílios nacionais possuem acesso à *internet*.

Contudo, verifica-se que o telefone móvel celular é o equipamento mais utilizado para a utilização da *internet*, enquanto os acessos por meio de microcomputador ou *tablet* são baixos. Os acessos via telefone celular correspondem à 98,1%, enquanto por meio de microcomputador 50,7%. Além disso, apenas 40,6% dos municípios que utilizam a *internet* possuem microcomputadores, número que se deve aos altos custos de contratação de *internet* banda larga, bem como da aquisição/manutenção de computadores.

Disso se extrai que para atingir os objetivos de ampliação de acesso, o *Open Banking* tem que ser pensando para funcionar eficientemente no uso de tecnologia 3G e via celular. Caso contrário, parte do percentual que não possui acesso à banda larga e microcomputadores pode se ver excluído do processo.

Por fim, os resultados vistos no Reino Unido após a implementação do *Open Banking*, não nos parecem promissores⁶⁴³. Segundo estudos de Nydia Remolina, para o cidadão britânico médio o advento do *Open Banking* significou muito pouco, já que se verifica que três em cada quatro britânicos não sabem descrever o que é a medida.

Sem compartilhamento massivo por iniciativa dos usuários, não há amplo acesso dos agentes participantes do mercado. Por conseguinte, não há contestação do oligopólio informacional. De todo modo, os efeitos da medida regulatória só serão enxergados com o passar dos anos.

BIBLIOGRAFIA

AKERLOF, George A. **The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism.** The Quarterly Journal of Economics, Aug. 1970, vol. 84, No. 3, pp. 488-500. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1879431?seq=1>>. Acesso em 18. jun. 2021.

⁶⁴² IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/dHHnx>. Acesso em 26 dez. 2021.

⁶⁴³ “To the average British person, the advent of Open Banking would mean very little. In fact, three in four are said to not even know what it is, even though it is almost two years old. However, more avid followers may be asking themselves what has been achieved since it came onto the scene.” REMOLINA, Nydia. *Open Banking: regulatory challenges for a new form of financial intermediation in a data-driven world.* Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3475019. Acesso em 10 dez. 2020, p. 43.

ANATEL. **Painéis de dados:** portabilidade. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/portabilidade>. Acesso em: 12 jun. 2021.

_____. **Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações.** 2020. Disponível em: <https://bityli.com/VbGDL>. Acesso em: 4 jan. 2022.

ANPD. **Perguntas e Respostas.** Disponível em: <https://bityli.com/OSwlj>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ANS. **Carência.** Disponível em: <https://bityli.com/HZVAP>. Acesso em 20 mai. 2021.

_____. **Exposição de Motivos para a publicação da Resolução Normativa sobre mobilidade com portabilidade de carências.** 2008. Disponível em: <https://bityli.com/SNZdO>. Acesso em: 22 mai. 2021.

_____. **Planos de saúde: cresce o interesse pela portabilidade de carências.** Disponível em: <https://bityli.com/VkgeL>. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. **Portabilidade de Carências.** Disponível em: <https://bityli.com/jLQPR>. Acesso em: 23 mai. 2021.

_____. **Portabilidade: E se eu quiser trocar de plano de saúde? Vou precisar cumprir novos prazos de carência no plano novo?.** Disponível em: <https://bityli.com/oIjZU>. Acesso em: 12 jun. 2021.

_____. **Relatório de Conclusão da Consulta Pública n.º 34/2010.** 28 de abr de 2011. Disponível em: <https://bityli.com/guVik>. Acesso em: 23 mai. 2021.

_____. **Resolução Normativa nº 186,** de 14 de jan de 2009. Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária. 2009. Disponível em: <https://bityli.com/LHwRK>. Acesso em: 23 mai. 2021.

_____. **Resolução Normativa nº 438, de 3 de dez de 2018.** Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade de carências para beneficiários de planos privados de assistência à saúde, revoga a Resolução Normativa - RN nº 186, de 14 de janeiro de 2009, que dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária, e revoga os artigos 1º, 3º, 4º e 7º e o §2º do artigo 9º, todos da RN nº 252, de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre as regras de portabilidade e de portabilidade especial de carências. 2018. Disponível em: <https://bityli.com/WdwBS> Acesso em: 23 mai. 2021.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to "data portability"**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2020.

AZEVEDO, Paulo Furquim De et al. **A cadeia de saúde suplementar no Brasil:** Avaliação de falhas de mercado e propostas políticas, White Paper. p. 1–121, 2016. Disponível em: <https://bityli.com/nUgVo> Acesso em: 20 mai. 2021.

BAHIA, Ana Letícia A. C.; BISELLI, Esther Collet Janny Teixeira; SCANDIUZZI, Stephanie, OPEN BANKING AND COMPETITION: OVERVIEW OF THE REGULATORY FRAMEWORK AND IMPACTS IN THE FINANCIAL AND BANKING MARKETS FROM AN ANTITRUST PERSPECTIVE, in: , [s.l.: s.n.], 2019, v. 1.

BANCO CENTRAL DO BRASIL; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução Conjunta nº 1, de 4 de mai de 2020**. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). 2020. Disponível em: <https://bityli.com/AZbDS>. Acesso em 03 dez. 2021.

_____. **Análise dos Efeitos do Cadastro Positivo**. Abril de 2021. Disponível em: <https://bityli.com/rIUZL>. Acesso em: 24 jul. 2021.

_____. **Circular 4.015, de 4 de maio de 2020**. Dispõe sobre o escopo de dados e serviços do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). 2020. Publicado no DOU em: 05/05/2020, Edição, 84, Seção, 1, Página: 41. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/tGsDe>. Acesso em: 14 ago. 2021.

_____. **Circular n.º 4.032 de 23/06/2020**. Dispõe sobre a estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em: <https://bityli.com/eLEdt>. Acesso em: 22 de dez. 2021.

_____. **Comunicado n.º 35.922 de 10/7/2020**. Disponível em: <https://bityli.com/wMUIZ>. Acesso em: 23 de dez. 2021.

_____. **Comunicado nº 33.455, de 24 de abril de 2019**. Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em: <https://bityli.com/ccFRX>. Acesso em 22 out. 2020.

_____. **Comunicado nº 36.480 de 04 de dezembro de 2020**. Divulga o rol de instituições participantes obrigatórias do Open Banking, bem como valores relativos ao patrimônio líquido e de seu conglomerado prudencial, conforme o caso, para fins do custeio das atividades de manutenção da estrutura inicial responsável pela governança do processo de implementação no País do Open Banking. Disponível em: <https://bityli.com/cPAZj>. Acesso em 3 dez. 2021.

_____. **Em três meses, portabilidade de conta-salário soma mais de 443 mil pedidos**. Disponível em: <https://bityli.com/cTuys>. Acesso em: 18 nov. 2021.

_____. **Entenda o juro**. Disponível em: <https://bityli.com/dZVyp>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. **Juros e Spread Bancário**. Série Perguntas frequentes. Disponível em: <https://bityli.com/hWdoI>. Acesso: 26 dez. 2021.

_____. **Novidades do Pix para 2021 incluem saque no varejo, integração com conta salário e pagamento por aproximação**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/514/noticia> Acesso em: 18 nov. 2021.

_____. **Open Banking**. Disponível em: <https://bityli.com/DIggj>. Acesso em: 20 dez. 2021.

_____. **Perguntas e Respostas: Empréstimo, financiamento e arrendamento mercantil (leasing)**. Disponível em: <https://bityli.com/TmKVh>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. **Perguntas e Respostas: Open Banking.** 2021. Disponível em: <https://bityli.com/zTGCH> Acesso em: 20 dez. 2021.

_____. **Portabilidade na conta salário fica mais fácil.** Disponível em: <https://bityli.com/shwCi>.

_____. **Portabilidade. Série I – Relacionamento com o Sistema Financeiro Nacional.** Disponível em: <https://bityli.com/ekWaW>. Acesso em: 12 jun. 2021.

_____. **Relatório de Economia Bancária 2019.** Disponível em: <https://bityli.com/sYFiw>. Acesso em: 7 jan. 2021.

_____. **Relatório de Economia Bancária 2020.** Disponível em: <https://bityli.com/YbuVn>. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. **Resolução n.º 2.025 de 24 de novembro de 1993.** Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos. Disponível em: <https://bityli.com/nWGyA>. Acesso em: 21 mai. 2021.

_____. **Resolução n.º 2.747 de 28 de junho de 2000.** Altera normas relativas à abertura e ao encerramento de contas de depósitos, a tarifas de serviços e ao cheque. Disponível em: <https://bityli.com/oSsXL>. Acesso em 20 mai. 2021.

_____. **Resolução n.º 4.292 de 20 de dezembro de 2013.** Dispõe sobre a portabilidade de operações de crédito realizadas com pessoas naturais, altera a Resolução no 3.401, de 6 de setembro de 2006, e dá outras providências. Disponível em: <https://bityli.com/srEWv> Acesso em: 19 nov. 2021.

_____. **Resolução no 2.835 de 30 de maio de 2001.** Dispõe sobre o fornecimento de informações cadastrais de clientes e a divulgação de encargos financeiros cobrados sobre cheque especial. Disponível em: <https://bityli.com/RprlP>. Acesso em: 20 mai. 2021.

_____. **Resolução no 3.401 de 6 de setembro de 2006.** Dispõe sobre a quitação antecipada de operações de crédito e de arrendamento mercantil, a cobrança de tarifas nessas operações, bem como sobre a obrigatoriedade de fornecimento de informações cadastrais. Disponível em: <https://bityli.com/wbjzT>. Acesso em: 20 mai. 2021.

_____. **Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017.** Estabelece a segmentação do conjunto das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil para fins de aplicação proporcional da regulação prudencial. Publicado em: 31/01/2017, Edição: 22, Seção: 1, Página: 25. 2017. Disponível em: <https://bityli.com/jtbuB>. Acesso em: 04 dez. 2021.

_____. **Saiba como fazer a portabilidade de crédito.** 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/206/noticia>. Acesso em 18 nov. 2021.

BANCO MUNDIAL. **Credit Reporting Knowledge Guide 2019.** World Bank, Washington, DC. 2019. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/31806>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BAPAT, Anita, **The new right to data portability**, Privacy and Data Protection, v. 13, n. 3, p. 3–4, 2012.

BEARD, Alison. **Can Big Tech Be Disrupted?** A conversation with Columbia Business School professor Jonathan Knee. Harvard Business Review. 2022. Disponível em: <https://bityli.com/EJqON>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. Banco de Dados e Cadastro de Consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BINOTTO, Anna; PONCE, Paula Pedigoni. **Data Portability: lessons from other sectoral experiences**. 2019. [s. l:s.n.]. Disponível em: <https://bit.ly/2MuVYyb>. Acesso: 10 mar. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado**, Cadernos Jurídicos, n. 53, p. 191–201, 2020. p. 191

_____. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 128

BOURREAU, Marc; DE STREEL, Alexandre; GRAEF, Inge, **Big data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising**, SSRN Electronic Journal, v. 32, n. February 2018.

BRASIL. Aviso de Consulta Pública nº 73/2019. Publicado no DOU em: 29/11/2019, Edição: 231, Seção: 3, Página: 49. Disponível em: <https://bityli.com/EeBSg>. Acesso em: 2 dez. 2021.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Publicada em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bityli.com/jRrfz>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União: 4 jun. 1998. Disponível em: <https://bityli.com/PGiWa>. Acesso em: 21 Mai. 2021.

CARVALHO, Rômulo. **Open Banking: da lenta evolução à revolução no sistema financeiro**. In Sistema financeiro em movimento: cases, transformações e regulação, 1. Ed., São Paulo, Thomsom Reuters Brasil, 2020. p. 207.

CENTER ON REGULATION IN EUROPE (CRE). **Big data and Competition Policy: Market Power, Personalized Pricing and Advertising**. SSRN's eLibrary, 21 fev. 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2920301>. p. 14

CERUZZI, Paul E. **A History of Modern Computing**. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2003.

CIP. **Plataforma centralizada de portabilidade de salário**. Disponível em: <https://www.cip-bancos.org.br/Paginas/PCPS.aspx>. Acesso em: 18 nov. 2021.

CIURIAK, Dan. **Unpacking the Valuation of Data in the Data-Driven Economy**. SSRN Electronic Journal, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3379133>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CMN. Resolução n.º 3.402, de 2006. **Dispõe sobre a prestação de serviços de pagamento de salários, aposentadorias e similares sem cobrança de tarifas**. Disponível em: <https://bityli.com/iPEiF>. Acesso em: 3 jun. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA, Proteção de dados na UE.

COMPETITION MARKETS AUTHORITY. **Retail banking market investigation - Final report**. 2016. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/review-of-banking-for-small-and-medium-sized-businesses-smes-in-the-uk>

COPETTI CRAVO, Daniela, **Direito à portabilidade de dados na Lei Geral de Proteção de Dados**, in: FOCO, Editora (Org.), , [s.l.: s.n.], 2020, p. 01–109. P. 5

_____. **Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post**. Orientador: Augusto Jaeger Junior. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018. p. 76.

DICIONÁRIO. **Significado de dados**. disponível em: <<https://www.dicio.com.br/dados/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

DZHAIN, Nikita et al. **Impact of switching costs and network effects on selection of mobile platforms**. Proceedings of the Annual Hawaii International Conference on System Sciences, v. 2015-March, p. 1187–1196, 2015. Disponível em: <https://bityli.com/goVdl>. Acesso em: 13 mar.2020. p. 5.

EGNER, Thomas, **Open APIs and Open Banking: Assessing the Impact on the European Payments Industry and Seizing the Opportunities**, p. 219, 2018.

FACEBOOK. **Charting a way forward: Data Portability and Privacy**. 2019. Disponível em: <https://bityli.com/PytLU>. Acesso em: 14 nov. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. Editora JusPODIVM. Salvador. p. 460.

FREIXAS, Xavier; ROCHET, Jean-Charles. **The Microeconomics of Banking**. . 2ª Edição. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology. 2008. 2006. Disponível em: <https://bityli.com/QXeyk>. Acesso em 20 jul. 2021.

GOETTENAUER, Carlos. **Open banking e teorias de regulação da Internet**, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 82, p. 20, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/xHaxL>. Acesso em 21 out. 2021.

GOLDFARB, Avi; TUCKER, Catherine. **Digital Economics**, Journal of Economic Literature 2019, 57(1), 3–43. Disponível em: <https://bityli.com/VqlBn>. Acesso em: Acesso em 21 out. 2021. p. 5.

GOMBER, Peter; KOCH, Jascha-Alexander; SIERING, Michael. **Digital Finance and FinTech**: current research and future research directions. *Journal of Business Economics*, v. 87, n. 5, p. 537–580, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/ZvnEG>. Acesso em 21 out. 2021 p. 3.

GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; Nadezhda. PURTOVA. **Data Portability and Data Control**: Lessons for an Emerging Concept in EU Law. *German Law Journal* 2018, vol. 19 no. 6, p. 1359-1398. Disponível em: <https://bityli.com/HtUqz>. Acesso em: 06 mai. 2020. p. 1381.

GRAEF, Inge. **Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks**: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union. *Telecommunications Policy*, 2015, Vol. 39, No. 6, p. 502-514. Disponível em: <https://bityli.com/HwDzI> Acesso em: 10 de mai. 2021. p. 14.

_____. **Market Definition and Market Power in Data**: The Case of Online Platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 4, p. 473-506, 2015.

GUIMARÃES, Olavo. **Concorrência bancária e o open banking no brasil**. *Revista de Defesa da Concorrência* v. 9, n. 1, 2021, p. 125–147. Disponível em: <https://bityli.com/ljJhW>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 138.

HEEGER, Eva, **Controlling your online profile** : reality or an illusion ?, SSRN eLibrary, n. AUGUST, 2015.p. 5

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019**. 2020. Disponível em: <https://bityli.com/dHHnx>. Acesso em 26 dez. 2021.

KIM, Won, **Cloud computing**: Today and Tomorrow, *Journal of Object Technology*, v. 8, n. 1, p. 65–72, 2009.

KIM; KLIGER; VALE, **Estimating Switching Costs and Oligopolistic Behavior**.

KITCHIN, Rob. **The Data Revolution: Big data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences**. Londres: SAGE Publications, 2014. p. 73.

KLEMPERER, Paul. **Competition when consumers have switching costs**: An overview with applications to industrial organization, macroeconomics, and international trade. *The Review of Economic Studies*, Volume 62, Issue 4, October 1995, Pages 515–539. Disponível em: <https://bityli.com/fHHwQ>. Acesso em: 13 mar. 2020. p. 517.

_____. **Markets with Consumer Switching Costs**. *Quarterly Journal of Economics* 102(2):375-94, 1987. Disponível em: <https://bityli.com/vkJPV>. Acesso em: 20 mar. 2021. p. 375.

KRÄMER; STREEL, **Making data portability more effective for the digital economy**. P. 20

KUAN HON, W.; MILLARD, Christopher; WALDEN, Ian, **The problem of “personal data” in cloud computing**: What information is regulated?-the cloud of unknowing, *International Data Privacy Law*, v. 1, n. 4, p. 211–228, 2011.

LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos Ferraz, **Economia da informação, do conhecimento e do aprendizado**. In: Globalização e Informação na Era do Conhecimento. Disponível em: <https://bityli.com/nOOBq>.

LYNSKEY, Orla. **Aligning Data Protection Rights with Competition Law**. *European Law Review*, v. 42, n. 6, p. 793–814, ISSN 0307-5400, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/Zsjgp>. Acesso em: 10 jan. 2020. p.13.

MACHO-STADLER; PÉREZ-CASTRILLO, **An Introduction to the Economics of Information: Incentives and Contracts**.

MANKIW, GREGORY. **Introdução à Economia**. 8 edição.

MARKET BUSINESS. **One-stop shop**. Disponível em: <https://bityli.com/tTtxa>. Acesso em: 3 jan. 2022.

MARTIAL-BRAZ, N., **O direito das pessoas interessadas no tratamento de dados pessoais: anotações da situação na França e na Europa**, p. 85–108, 2018.

MENDES, LAURA SCHERTEL; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): O novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 555–587, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/Vbwws>. Acesso em: 10 jan. 2020.

MERRILL, Howard. **Consequences of Information Asymmetry on Corporate Risk Management**. *Applied Economics Theses*, v. 21, n. 5, p. 1–75, 2017. P. 6

MGI: McKinsey Global Institute (2011), **“Big data: The next frontier for innovation, competition and productivity”**, McKinsey & Company.

MISHKIN, F. S. **Moedas, bancos e mercados financeiros**. Editora LTC, 5ªed., 2000

MONTEIRO, Gabriela; RAGAZZO, Carlos. **Big data e Concorrência: Quando Big data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?**. *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 9, n.º 3, p. 150-177, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/vkCjq>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 153.

MORAIS, Flavia Pereira de; GUTINEKI, João Otávio Bacchi, **Lei geral de proteção de dados brasileira: Análise da portabilidade de dados e seus reflexos concorrenciais**, in: *Lei Geral de Proteção de Dados: e a sua intersecção entre a proteção de dados pessoais, proteção dos consumidores e proteção da concorrência*, [s.l.]: D’placido, 2021, p. 188. p. 167.

NETO, Giacomo Balbinotto; WIEST, Ramon. **Assimetria de informação e garantias no mercado de crédito: o caso das operações de penhor**. *RJLB*, Ano 1 (2015), n.º 2, p. 1853-1889, 2015. Disponível em: <https://bityli.com/KoZhU>. Acesso em: 13 abr. 2021. P. 1863.

NGUYEN, David; PACZOS, Marta. **Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows: A Business Perspective**. *OECD Digital Economy Papers*, v. 297, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/HWggY>. Acesso em: 26 dez. 2021.

NIREI, Makoto; YAMANA, Kazufumi. **Value of Data: There's No Such Thing as a Free Lunch in the Digital Economy**. RIETI Discussion Paper Series, [s. 1.], p. 19–022, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/avulj>.

OCDE. **Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big data"**. OECD Digital Economy Papers, n. 222, 2013. Disponível em: <https://<>

_____. **Glossary of industrial organization economics and competition law**. Disponível em: <https://bitly.com/VbASM> Acesso em: 06 dez. 2021.

_____. **Data-Driven Innovation: Big data for Growth and Well-Being**. OECD Publishing, Paris. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Data-Driven Innovation: Big data for Growth and Well-Being**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 178.

OLIVEIRA E SILVA, Mariana. **Custos de mudança: estimativas para o setor bancário brasileiro**. Orientador: Prof. Dr. Claudio Ribeiro de Lucinda. 2013. 79 p. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 4. Disponível em: <https://bitly.com/EfGfF>. Acesso em: 4 jun. 2021. p. 16.

OPEN BANKING BRASIL. **Escopo de dados**. Disponível em: <https://openbankingbrasil.org.br/escopo-de-dados-dicionario/>. Acesso em 03 jan. 2022.

_____. **Estrutura de Governança**. Disponível em: <https://openbankingbrasil.org.br/governanca/>. Acesso em 03 jan. 2022.

ORNELAS, José Renato Haas; SILVA, Marcos Soares; DOORNIK, Bernardus Ferdinandus Nazar Van. **Informational Switching Costs, Bank Competition and the Cost of Finance**. Journal of Banking & Finance, 2022, ISSN 0378-4266, Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jbankfin.2022.106408>. Acesso: 11 jan. 2022. p. 5.

PARENTONI, L. N.; OLIVEIRA, Raquel Diniz. **Uma Advertência sobre Interoperabilidade e o Artigo 154, Parágrafo Único, do CPC**. Âmbito Jurídico, v. 55, p. 1-29, 2008.

PARENTONI, Leonardo; SOUZA LIMA, Henrique Cunha. **Protection of Personal Data in Brazil: Internal Antinomies and International Aspects**, SSRN Electronic Journal, p. 1–25, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/MuLrM>. Acesso em: 20 jul.2021. p. 14-15.

PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento (UE) 2016/679** de 27 de abril de 2016.

PEREZ, Carlota, **Technological revolutions and techno-economic paradigms**, Governance An International Journal Of Policy And Administration, n. 20, p. 1–26, 2010. P. 8

PICKER, Randal C. **Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud**. U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, n°. 414, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1151985>. Acesso em: 14 de jan 2021. p. 8.

PIKE, Chris. **Competition and Open API Standards in Banking**. OECD Digitalisation And Finance, Forth-coming, p. 1-10, mar. 2018. Disponível em: <https://bitly.com/YRahK>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 5.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 2a ed. EUA, Macmillan, 1992. P. 222

PONCE, Paula Pedigoni. **Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência**, Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020. Disponível em: <https://bitly.com/ugEYV>. Acesso em: 11 nov. 2020. p. 138.

PORTER, Michael E. **Competitive advantage: Creating and sustaining superior performance**. [S. l.]: 1985.

POSSAS, Maria Silvia. **Concorrência e Competitividade: Notas Sobre Estratégia e Dinâmica Seletiva na Economia Capitalista**. Tese de doutorado. UNICAMP, 1993. Pp. 70-71

PROTALINSKI, Emil. **Facebook blocks Google Chrome extension for exporting friends**. ZDNET. 4 jul. 2011. Disponível em: <https://bitly.com/VtkDP>. Acesso em: 5 mai. 2020.

PWC. **Putting a value on data** . [S. l.], 2019. Disponível em: <https://bitly.com/EyaBG>. Acesso em: 6 jan. 2022.

RAGAZZO; MONTEIRO, **Big data e Concorrência: Quando Big data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial?**

RAMOS, Carlos Eduardo Vieira. **Das Assimetrias de Informação às Assimetrias de Concorrência: Uma Análise da Aplicação do Direito da Concorrência no Mercado de Informações ao Crédito do Brasil**. Revista do IBRAC, v. 23, n. 2, p. 192–210, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/rdxKN>. Acesso em: 23 jan. 2021.

RANGEL, Juliana Cabral Coelho. **Estratégias regulatórias de incentivo à inovação, à competitividade e à inclusão financeira no contexto das iniciativas do open banking e do Pix**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 28, n. 55, p. [87]-111, jun. 2021. Disponível em: <https://bitly.com/uwljw>. Acesso em: 10 de dez. 2021. p. 103.

REIS, Victor Mauro Salomoni. **Ensaio sobre a seleção adversa e risco moral no mercado de crédito**. Orientador: Lucas Ferraz. 86 fls. Escola de Economia de São Paulo. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://bitly.com/PVrbf>. Acesso em: 20 jul. 2021. p. 10

REMOLINA, Nydia. **Open banking: Regulatory challenges for new form of financial intermediation in a data-driven world**. SMU Centre for AI & Data Governance Research, Paper No. 2019/05, p. 1-57, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/mfvfU>. Acesso em: 20 dez.2021. p. 12

RODRIGUES, Gabriela Avancini. **Portabilidade de crédito e spread bancário: uma evidência no mercado brasileiro**. Orientador: Miguel A. Ferreira. 2017. 44 ps. Dissertação (Mestrado). Insper Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo. p. 14

RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big data**. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/ZzjvK>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 7.

SERASA. **Quem somos nós?** Disponível em: <https://bitly.com/EWRsh>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SETZER, Valdemar W. Dado, **Informação, Conhecimento e Competência**. [S. l.: s. n.], 2001. Disponível em: <https://bitly.com/sTNNC> Acesso em: 24 ago. 2021.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal. R. **A Economia da Informação: como os princípios econômicos se aplicam à era da Internet**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1999. p. 22.

SHARPE, S. A. **The Effect of Consumer Switching Costs on Prices: A Theory and its Application to the Bank Deposit Market**. *Review Literature And Arts Of The Americas*, n. 1991, p. 79-94, 1997

SLUIJS, Jasper P.; LAROUCHE, Pierre; SAUTER, Wolf. **Cloud Computing in the EU Policy Sphere**, SSRN Electronic Journal, 2012.

SPENCE, Michael. **Job Market Signaling**. *Quarterly Journal of Economics*, v. 87, n. 3, p. 355-374, 1973. Disponível em: <https://bitly.com/yiilO>. Acesso em 18. Jun. 2021.

STIGLITZ, J. E.; WEISS, A. **Credit Rationing in Markets with Imperfect Information**. *American Economic Review*. v. 71, n. 3, p. 393-411, 1981. Disponível em: <https://bitly.com/gkZQo>. Acesso em: 21 jun. 2021.

STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. **Big data and Competition Policy**. Oxford University Press. Oxford, 2016.

SWIRE, Peter P.; LAGOS, Yianni. **Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique**, 72 *Maryland Law Review* 335, 2013. Disponível em: <https://bitly.com/SQoqW>. Acesso em 06 mai. 2020.

TARSIDIN; IDHAM; RAKHMAN, Robbi Nur, **Nowcasting Household Consumption and Investment in Indonesia**, *Buletin Ekonomi Moneter dan Perbankan*, v. 20, n. 3, p. 375–403, 2018.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Open Banking: Trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais no âmbito do Sistema Financeiro**. *RJLB*. Ano 7 (2021), no 4, 1159-1189. Disponível em: <https://bitly.com/LCRtB>. Acesso em: 5 de jan. 2022.

VANBERG, Aysem Diker; ÜNVER, Mehmet Bilal. **The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?**, *European Journal of Law and*

Technology, v. 8, n. 1, p. 1–22, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/zfSim>. Acesso em: 06 jun. 2020.

VARIAN, Hal; JOSEPH, Farrell; SHAPIRO, Carl. **The Economics of Information Technology: An introduction**, [s.l.]: Cambridge University Press, 2005.

VEJA. **Ajude o banco onde não tem conta a conhecê-lo melhor**. 7 mai. 2012. Disponível em: <https://bityli.com/UtNIK>. Acesso: 11 mar. 2021.

VIANNA E SILVA, Maria Eduarda. **Open Banking: A abertura do Sistema Financeiro e Possíveis Efeitos Sobre o Crédito Bancário**. Orientador: Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. 2021. 160 fls. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://bityli.com/GxbGn>. Acesso em: 2 jan. 2022. p. 132.

VIRGILIO, Caio et al. **Custos de Mudança e Externalidades de Rede: Uma Análise da Portabilidade Numérica na Telefonia Móvel Brasileira**, *Economia*, Brasília(DF), v.13, n.1, p.181–198, jan/abr 2012.

ZACHARIADIS, Markos; OZCAN, Pinar. **The API Economy and Digital Transformation in Financial Services: The Case of Open Banking**. SWIFT Institute Working Paper No. 2016-001, 2016. Disponível em: <https://bityli.com/lZire>. Acesso em: 20 dez.2021. p. 5.

ZANFIR, Gabriela. **The right to data portability in the context of the EU data protection reform**. *International Data Privacy Law*, v. 2, n. 3, p. 149–162, 2012. Disponível em: <https://bityli.com/COGat> Acesso em: 5 de mai. 2021.