

2

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DO DIREITO CONCORRENCIAL: PORTABILIDADE DE DADOS, INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E OPEN BANKING

Data Protection at the Competition Law Perspective: data portability, essential facilities, and open banking

Leandro Novais e Silva¹

Carlos Mourão²

RESUMO

A economia mundial está cada vez mais centrada em mercados digitais que, por sua vez, são fundamentalmente dependentes de dados. Tais mercados têm demonstrado tendências de concentração, o que traz questões concorrenciais à tona e suscita a indagação acerca da mera restrição de acesso a bases de dados enquanto ensejo de correção pela via concorrenciais. A parte inicial do estudo analisa a eventual aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais e do instituto da portabilidade de dados nesse contexto, com objetivo de trazer à luz alguns dos principais conflitos envolvendo estes institutos enquanto remédios comportamentais. Em seguida, o estudo do caso da implementação do sistema de open banking no Reino Unido visa compreender as motivações e resultados iniciais de tal projeto, assim como identificar semelhanças com as alternativas expostas anteriormente. O presente estudo concluiu que a criação de sistemas interoperacionais parece promissora para combater distorções concorrenciais em mercados digitais, desde que ancorada em princípios de segurança de

1 Procurador do Banco Central do Brasil em Belo Horizonte. Possui mestrado (2002/2003) e doutorado (2004/2007) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É também Professor Adjunto de Direito Econômico na FD/UFMG, vinculado ao Departamento de Direito Público (DIP). Foi professor da PUC/MINAS e do curso de especialização em Direito Econômico da Regulação Financeira promovido pela UNB/UNIBACEN. É ainda pesquisador associado do NECTAR - Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (ITA). Desenvolve estudos na área de Direito Público, com enfoque na relação entre direito e economia (AED) e economia comportamental, além de pesquisas sobre o Direito da Regulação e o Direito Antitruste. Quanto aos dois últimos temas, aprofunda pesquisa sobre a interação entre a regulação e concorrência em setores regulados, com destaque para os mercados financeiro (com ênfase no mercado de cartão de crédito e FinTech) e aéreo (com ênfase em infraestrutura aeroportuária), e também sobre a interação entre propriedade intelectual e concorrência (tecnologias disruptivas e economia compartilhada). Coordena ainda o GEPP/UFMG - Grupo de Estudos em Políticas Públicas, enfatizando estudos sobre a nova economia institucional e sobre economia comportamental - geppufmg.com. E-mail: leandro-novais@uol.com.br.

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, certificado em New Ventures Leadership pelo Massachusetts Institute of Technology e pela University of Miami Law School. Kadu trabalhou sua formação com especial foco nas interseções entre Direito e Tecnologia, participando de cursos e eventos, assim como dedicando a maior parte de sua produção acadêmica a este tema. E-mail: kadurmourao@gmail.com.

dados e autonomia dos usuários.

Palavras-chave: dados pessoais; portabilidade de dados; infraestruturas essenciais; open banking.

ABSTRACT

The global economy is becoming increasingly more centered in digital markets, those of which are fundamentally dependent on data. Those markets have shown an inclination to concentrate, what arises competition issues, and brings up the question of whether access to the data alone could cause the application of a competition remedy. This study analyses a possible application of the essential facilities doctrine and the data portability institute in this context, aiming to enlighten some of the main conflicts related to the implementation of these and other behavior remedies. Finally, the case study of the implementation of the open banking system in the UK aims to comprehend the motives and initial results of the British authorities' project, as well as similarities it may have with the alternatives exposed before. This paper concluded that the creation of interoperable systems seems promising to fight competition distortions in digital markets if guided by data security and user autonomy principles.

Keywords: data protection; data portability; essential facilities; open banking.

Classificação JEL: K21.

Sumário: 1. Introdução; 2. Mercados Digitais; 2.1 A estrutura de mercados digitais; 2.2 Dados enquanto à barreira de entrada; 2.3 A análise antitruste em mercados digitais; 3. O controle de condutas; 3.1 A doutrina de infraestruturas essenciais; 3.1.1 Os requisitos para utilização da doutrina de infraestruturas essenciais; 3.1.2 Implicações da aplicação da doutrina para compartilhamento de dados; 3.2 A portabilidade de dados no GDPR; 4. O caso do Open Banking no Reino Unido; 4.1 A investigação do mercado de bancos de varejo ingleses; 4.2 O projeto de open banking da Competition and Markets Authority; 4.3 Aprendizados da experiência de open banking; 5. Considerações finais; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço exponencial das tecnologias de armazenamento e processamento de dados, novos modelos de negócio ligados a essas capacidades têm ocupado papel cada vez mais central na economia. Este fenômeno, chamado *big data*, ainda que carente de definição estabilizada na literatura acadêmica, tem sido trabalhado na maioria dos estudos relacionados a ele como “a crescente capacidade tecnológica de capturar, agregar e processar um volume e variedade de dados nunca antes visto, com velocidade também sem precedentes” (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 16)³.

Os chamados mercados digitais, que possuem uma conexão íntima com esse avanço, apresentam economias de escala e de escopo significativas, uma vez que os seus custos marginais são próximos de zero. Além disso, a própria postura orientada a dados representa ganhos de eficiências consideráveis, o que possibilita uma maior diversificação nas suas carteiras de produtos (COMMITTEE, 2019).

³ Traduzido livremente do original “the growing technological ability to capture, aggregate, and process an ever-greater volume, velocity, and variety of data”.

Grande parte dos serviços e produtos ofertados nos mercados digitais são de custo zero, o que dificulta a mensuração de eventuais falhas de mercado por parte das agências reguladoras da concorrência. Esse modelo de precificação é, em geral, associado ao estabelecimento de mercados de dois lados, em que um lado do mercado subsidia a prestação do serviço gratuito para o outro. Isso gera um obstáculo a mais para a identificação de problemas concorrenciais, uma vez que as autoridades antitruste tendem a levar em consideração apenas um dos lados do mercado em suas análises - notadamente o lado que paga pelo uso da plataforma (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 224).

Levando-se em conta que o acesso e o tratamento de extensas bases de dados pode ser considerados uma barreira à entrada em mercados digitais (LEHTIOKSA, 2018, p. 35), remédios comportamentais envolvendo a transmissão desses dados têm sido vistos como alternativas para esse cenário.

Um deles é a aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais para grandes detentores de dados. O compartilhamento forçado de dados, entretanto, levanta uma série de questionamentos relacionados à dificuldade de eventual recusa a contratar preencher os requisitos para se enquadrar na doutrina, assim como às possíveis violações de privacidade advindas de tal compartilhamento (LAMBRECHT; TUCKER, 2015).

Outra alternativa considerada possível para o aumentar a competitividade de mercados digitais é a portabilidade de dados trazida pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia. O instituto prevê a possibilidade do titular solicitar a transmissão de seus dados de maneira compreensível diretamente de um responsável pelo tratamento para outro. Defende-se que tal direito possuiria efeitos concorrenciais, uma vez que ele daria espaço para uma maior facilidade de migração entre prestadores de serviço.

Um exemplo prático de implementação de uma técnica que propicia a transmissão de dados entre empresas para fins concorrenciais, especificamente no mercado bancário, é o chamado *open banking*. Tal projeto consiste na criação de um padrão técnico para possibilitar a transmissão de dados entre instituições financeiras a partir do interesse dos clientes finais (GOETTENAUER, 2018, p. 111). O *open banking* já tem sido implementado pelo governo do Reino Unido e, ainda que sem apresentar resultados concorrenciais claros devido ao curto período que está em vigor, a experiência tem influenciado significativamente no debate do *open data* enquanto solução concorrencial.

Começando com uma especificação dos chamados mercados digitais, o presente trabalho se propõe a diferenciar, nesse contexto, o instituto da portabilidade de dados previsto no GDPR do compartilhamento forçado por meio da doutrina de infraestruturas essenciais, a fim de compreender quais seriam os principais pontos positivos e negativos da aplicação de cada um destes instrumentos concorrenciais. A partir de tal diferenciação, será feita uma análise da implementação do *open banking* no Reino Unido, com objetivo de identificar a qual dos dois institutos ela mais se assemelha e levantar algumas hipóteses acerca de aprendizados que essa experiência pode trazer para o direito concorrencial.

2. MERCADOS DIGITAIS

2.1. A estrutura de mercados digitais

Se os gastos com produção, distribuição e alcance aumentavam progressivamente conforme as empresas expandiam a sua atuação, no contexto de mercados digitais se faz possível aumentar exponencialmente esses números com custos marginais próximos a zero (COMMITTEE, 2019). Com economias de escala significativas, empresas que operam nesses mercados podem expandir sua base de usuários de uma forma nunca antes vista - chegando até mesmo na casa dos bilhões (OLIVEIRA, 2018).

Além disso, os custos de se validar novos produtos e distribuí-los para uma base considerável de clientes também é baixo em mercados digitais, ou seja, eles também apresentam elevados retornos de escopo (COMMITTEE, 2019, p. 14). Com um mesmo *hardware*, por exemplo, uma empresa pode prover um serviço online de assistente virtual combinado com uma plataforma de publicação de fotos e sugestões de restaurantes que se adequem ao perfil de seus clientes (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 186).

Outra característica típica dos mercados digitais é a criação de mercados de dois lados, em que se pratica preço zero em um dos lados para atrair clientes pagantes para o outro (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 186). Esses modelos de negócio trazem consigo o chamado *spillover effect* (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 190-199), um tipo de efeito de rede em que os usuários de um lado do mercado - notadamente o lado pagante, como anunciantes em redes sociais ou vendedores em e-commerces - percebem um maior valor na rede à medida que existem mais pessoas no outro lado do mercado.

Para além disso, os agentes mais proeminentes que atuam nestes mercados apresentam outros dois tipos de efeitos de rede em sua atuação. O primeiro tipo consiste nos efeitos de rede tradicionais, divididos entre os efeitos diretos e os indiretos. O segundo, por sua vez, são efeitos de rede relacionados a dados, estes divididos entre os efeitos provenientes da escala e os efeitos provenientes do escopo dos dados em si.

Os efeitos de rede diretos acontecem quando um usuário percebe um maior valor em um produto ou serviço à medida que outro usuário também o utiliza, sendo que o valor é extraído precisamente do contato com estes outros usuários (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 162-165). É o caso, por exemplo, de aplicativos de mensagem instantânea, que só funcionam de maneira eficaz se existir um número considerável de pessoas utilizando-os. Os efeitos indiretos, por sua vez, ocorrem quando é adicionado valor à rede pelo aumento do número de pessoas utilizando-a, mas não em virtude do contato direto entre elas. Um exemplo típico seriam os sistemas operacionais de celulares (como iOS ou Android), uma vez que mais empresas criam aplicativos compatíveis com eles à medida que mais pessoas os utilizam.

O efeito de rede ligado ao volume de dados coletados, é relacionado ao próprio funcionamento dos algoritmos, que são aprimorados por tentativa e erro. Ele consiste no aprimoramento de tais algoritmos por meio da inserção de novos dados na plataforma (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 170). É o caso, por exemplo, de um motor de busca que fica mais preciso conforme mais buscas são realizadas por meio dele. O efeito de rede relacionado à variedade dos dados, ainda que também relacionado ao aprimoramento do algoritmo, resulta primordialmente em uma experiência mais personalizada e abrangente entre cliente e empresa. Se uma empresa provê um serviço de e-mail gratuito e, por meio dos dados coletados na caixa de entrada de um de seus clientes, identifica suas possíveis

intenções viajar, ela pode enviar promoções de passagens aéreas para esse cliente em outros ambientes controlados por ela.

A competição nesses mercados chega a ser tão acirrada que os agentes se propõem a suportar longos períodos deficitários em busca de superar seus concorrentes (KHAN, 2017, p. 749). Essa concorrência inicial até pode, a princípio, ser considerado bom para os consumidores, uma vez que eles terão acesso a produtos ou serviços subsidiados. Fica claro, entretanto, que essa disputa entre os agentes seria uma competição *pele* mercado, e não *no* mercado (COMMITTEE..., 2019), o que posteriormente pode acarretar sérios problemas para o bem-estar geral e para os próprios consumidores.

Um tipo de comportamento que pode mitigar os efeitos de rede que uma plataforma possui é a prática do *multi-homing*. Essa prática consiste no uso de múltiplas plataformas para tomar uma mesma decisão (OECD, 2018, p. 19), como comparar os preços de corridas da Uber e da 99 antes de solicitar o motorista. Pode-se argumentar que o fato de um dos lados dos mercados digitais ser geralmente gratuito favorece o *multi-homing* e, portanto, a concorrência. Porém, existem custos de troca significativos, vinculados aos hábitos e à conveniência dos usuários (COMMITTEE..., 2019), o que os impele a manter a prática de *single-homing* e, conseqüentemente, reforçar empresas em posição de dominação de mercado.

Tanto o volume quanto a variedade dos dados em domínio das *big techs* influenciam diretamente nos efeitos de rede acima expostos. Algumas características inerentes aos dados, entretanto, desafiam a existência de uma relação de causa e efeito entre a detenção de uma base de dados própria e a existência de vantagens competitivas excessivas capazes de ensejar correções concorrenciais (LAMBRECHT; TUCKER, 2015, p. 3).

2.2. Dados enquanto barreira à entrada (?)

Independentemente da metáfora utilizada para sua explicação⁴, poucas pessoas discordam do valor que os dados têm para a economia mundial. “Volume”, “variedade” e “velocidade” são tidos como os três “V” que explicariam o *big data* (OECD, 2014), por vezes sendo analisados em conjunto com outros três “V”: “valor”, “veracidade” e “variabilidade” (GANDOMI, HAIDER, 2015). Entretanto, para que o *big data* seja considerado um fenômeno relevante para o direito concorrencial, deve ser feita uma análise minuciosa acerca dos benefícios gerados por ele e de eventuais vantagens excessivas para empresas inseridas no centro deste fenômeno.

Primeiramente, cumpre ressaltar o caráter de não-rivalidade inerente aos dados. Isso significa que o seu consumo não necessariamente diminui a sua disponibilidade para que outros também os utilizem (LAMBRECHT; TUCKER, 2015, p. 5). Essa característica, somada com os custos virtualmente nulos de transmissão de dados e com o fato de que consumidores têm deixado um número cada vez maior de “pegadas online” faria com que as vantagens adquiridas por meio de uma base de dados privada pudessem, à primeira vista, ser facilmente replicadas (KENNEDY, 2017).

Entretanto, outra linha de pensadores argumenta que existiria um nível de degradação dos

4 Cunhada em 2006 pelo matemático Clive Humby, a expressão “*data is the new oil*” se propagou pelos ambientes de negócios e pela cultura popular, gerando a partir daí uma série de outras metáforas que buscam explicar alguma peculiaridade do fenômeno *big data*. Sarah Watson ([2019]) fez um compilado dessas metáforas em seu texto “*Data is the New “___”*”.

dados e que mesmo que se considere bases de dados como sendo não-rivais, isso não significaria que elas também seriam não-excludentes. Ou seja, mesmo que os dados mantenham o seu valor independentemente do seu uso, não significa que eles estão livres para o acesso de todos. Na verdade, muitos atribuem parcela significativa do valor dos dados a seu grau de novidade (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 137).

Outro ponto que reforça a valoração dos dados enquanto vantagem competitiva seria a sua utilização para explorar vieses de clientes por meio de práticas inspiradas na economia comportamental. A seleção de conteúdos a serem expostos em linhas do tempo, os critérios utilizados para notificações, as recomendações de produtos semelhantes, os anúncios personalizados, tudo isso contribui para a manutenção dos usuários nos ambientes digitais desenhados pelas empresas que detêm dados o suficiente para conhecer e explorar os vieses de seus usuários. Vale ressaltar que os dados cumprem um papel especialmente fundamental para o sucesso das empresas que atuam na chamada indústria da atenção (WU, 2018).

A extração de valor de grandes massas de dados pode, inclusive, ser observada nas formas de precificação praticadas por empresas com acessos a essas bases de dados. O modelo de precificação dinâmica da Uber ou o algoritmo da Amazon que permite que ela “mude o valor de seus produtos cerca de 2,5 milhões de vezes por dia” (KHAN, 2017, p. 763), por exemplo, permitem que essas empresas possuam um nível de eficiência que entrantes sem o mesmo volume de dados jamais teriam. Tal volume de dados permite ainda a tomada de decisões estratégicas relacionadas à entrada em novos mercados, o que as tornam ainda mais bem posicionadas para expandir seus escopos de atuação.

Paralelamente aos pontos trabalhados acima, argumenta-se, baseado no sucesso de alguns incumbentes como Whatsapp e Snapchat, que o sucesso em mercados digitais perpassa uma série de fatores mais relevantes do que os dados - o que diminuiria a relevância desse ativo para o sucesso dos incumbentes (LAMBRECHT; TUCKER, 2015, p. 12). Ponderando-se eventuais conflitos de interesse envolvidos, o próprio *chairman* do google declarou que a importância do *big data* só vai até certo ponto, a partir do qual a competição se daria fundamentalmente por aspectos técnicos e de negócios.

A própria aquisição do WhatsApp pelo Facebook por 22 bilhões de dólares, entretanto, pode ser ventilada como contraposição a este argumento. O ato de concentração protagonizado pela empresa de mensagem instantânea demonstra o alto valor dos dados provenientes de um mercado com elevados efeitos de rede, uma vez que tal empresa não apresentava resultados financeiros ou projeções de receita que justificassem tal avaliação.

As fusões e aquisições relacionadas a dados, na verdade, já são alvo de escrutínio de autoridades de defesa da concorrência há algum tempo, sendo que um dos argumentos centrais para justificar tais atos de concentração é exatamente o ganho de eficiência advindo da operação. Foi o caso, por exemplo, dos atos de concentração envolvendo Google/Waze, Bazaarvoice/PowerReviews e Google/Nest Labs, situações em que os dados cumpriram papel central na justificativa dos respectivos ganhos de eficiência (STUCKE; GRUNES, 2016).

Em suma, ainda que em certa medida controversa, a configuração do *big data* como barreiras à entrada parece se sustentar de maneira sólida, especialmente quando associada com os efeitos de rede característicos de mercados digitais.

2.3. A análise antitruste em mercados digitais

A busca por um cenário de livre concorrência deve sempre levar em conta o mérito dos agentes envolvidos, sob pena de prejudicar o bem-estar geral da economia⁵ ou promover desincentivos à inovação. Não faz sentido penalizar uma empresa simplesmente pelo fato dela ter alcançado níveis extraordinários de sucesso e, conseqüentemente, uma posição dominante dentro de um mercado.

São muitos os riscos atribuídos a penalização de condutas pró-competitivas (falso positivo) ou à não penalização condutas anticompetitivas (falso negativo). A escola de Chicago teve uma grande influência no estudo de falsos positivos, guiada pela crença de que forças do mercado tendem a ser mais eficientes na correção de distorções ocasionadas pela não-intervenção das agências do que daquelas ocasionadas por uma eventual intervenção indevida (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 254). Os riscos de falsos negativos, por serem mais difíceis de se medir objetivamente, têm ficado em segundo plano (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 267).

Nas décadas de 80 e 90, os Estados Unidos passaram por um período de muitas solicitações de fusões e aquisições de bancos. Muitas dessas aquisições levantaram preocupações concorrenciais, mas devido às alegações de eficiência e escala feitas à época, tais preocupações não impediram que o mercado bancário se concentrasse em torno de seis empresas dominantes.

Tal concentração deu espaço para o surgimento de empresas “muito grandes para falhar” e “muito grandes para supervisionar”. Esses termos, utilizado inicialmente para se referir ao ato de concentração do grupo Citibank/Travelers, ilustra uma característica típica de mercados concentrados: a desproporcionalidade de poder entre os grandes e os pequenos *players*, por vezes minando até mesmo o comportamento das agências reguladoras.

O caso do Citibank pode, em certa medida, ser considerado um exemplo da chamada “maldição da grandeza”, conceito cunhado pelo jurista e ex-juiz da suprema corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis. Segundo Brandeis, grandes empresas desfrutam de ganhos de escala relacionados ao seu tamanho apenas até certo ponto, sendo que, atingido o seu *plateau*, tais empresas começam a perder eficiência e lançar mão de outro tipo de vantagens: a sua influência econômica e política (WU, 2018, p. 71). Isso faz com que a atuação das empresas seja cada vez mais focada em neutralizar rivais e interferir em processos legislativos em detrimento de investir em inovação e manter níveis de performance acima da média.

Um problema que encontramos especificamente no contexto de mercados digitais é que as técnicas utilizadas para identificar falhas de mercado são quase que estritamente relacionadas à precificação e, quando muito, à qualidade dos produtos e serviços ofertados pelos agentes. A questão é que grande parcela dos agentes de mercados digitais praticam operações de preço zero e identificar a degradação da qualidade nestes mercados, que alguns consideram ser diretamente relacionada a aspectos de privacidade (COSTA-CABRAL; LYNSKEY, 2017, p. 8), é especialmente árdua para agências reguladoras (STUCKE; GRUNES, 2015, p. 230).

Outra questão que tem se mostrado um empecilho para uma plena análise das questões concorrenciais envolvendo as *big techs* é a estrutura de seus mercados de dois lados. Em geral, as

5 Em mercados que apresentam efeitos de rede, por exemplo, ter um agente em posição de dominação pode ser interessante para que o valor da rede seja de fato extraído e percebido pelo maior número de pessoas possível.

análises de antitruste relacionadas a esses mercados têm levado em consideração apenas um dos lados: o lado que efetivamente tem de pagar pela utilização da plataforma (STUCKE; GRUNES, 2015, p. 224). Dessa forma, acabam por ser ignorados pontos sensíveis relacionados ao efeito *lock-in* dessas plataformas, ao aumento das barreiras à entrada nos mercados em questão e a eventuais degradações de qualidade dos serviços prestados para consumidores finais - notadamente relacionadas à privacidade.

As intervenções antitruste se dividem entre os remédios estruturais e os remédios comportamentais. Em mercados digitais, as dificuldades de identificação de problemas concorrenciais relacionados a preço e qualidade afetam ambos os tipos de intervenção.

O CADE, assim como diversas outras autoridades de defesa da concorrência, possui manifesta preferência por remédios estruturais, por seu menor custo de monitoramento e menor risco de que haja distorções incorrigíveis no mercado a partir da aplicação de tais remédios (CADE, 2018). Uma parcela considerável dos pesquisadores do tema, inclusive, são defensores de tais medidas para restringir o poder de mercado das *big techs* e prevenir que novos atos de concentração aconteçam, o que abriria espaço para que elas exerçam seu poder econômico a fim de eliminar as chances de um incumbente competir em pé de igualdade com elas (WU, 2018).

Entretanto, o foco deste trabalho será voltado especificamente para o controle de condutas relacionado ao acesso a grandes volumes de dados que tais empresas dispõem. Essa abordagem se dará por dois motivos principais.

O primeiro motivo diz respeito a conexão entre a detenção de grandes massas de dados e o fortalecimento de barreiras à entrada - notadamente os efeitos de rede explicados anteriormente. O ponto é que, rompido o *feedback loop* entre a exclusividade de acesso aos dados e os efeitos de rede propiciados por ela, novos entrantes poderiam desenvolver técnicas inovadoras e eficientes de trazer benefícios para seus consumidores.

O segundo ponto que levou à escolha da abordagem voltada para remédios comportamentais e, mais especificamente, para o instituto da portabilidade de dados da GDPR e a doutrina de infraestruturas essenciais, foi a possível relação entre tais temas e um movimento que tem ganhado força no mercado bancário: o *open banking*.

3. O CONTROLE DE CONDUTAS INTRODUÇÃO

Existem duas hipóteses mais frequentes de aplicação de remédios comportamentais no direito concorrencial. A primeira é quando a autoridade da concorrência entende que acordos de exclusividade ou outros tipos de negócio jurídico que prejudiquem um ou mais empresas em detrimento de outras se configuram como abuso de posição dominante. A outra hipótese é quando, em determinada fusão ou aquisição, as agências de defesa da concorrência entendem por bem complementar as intervenções estruturais com intervenções comportamentais, a fim de dirimir distorções no mercado sem necessariamente inviabilizar tal ato de concentração.

Existem, entretanto, outras hipóteses em que o controle de condutas traz implicações concorrenciais. Uma delas, já tradicional em outros tipos de mercado, é a obrigação de contratar pela via da doutrina de infraestruturas essenciais. A outra, que não se enquadra no conceito de remédio

concorrencial em si, mas possui implicações concorrenciais diretas, é o instituto da portabilidade de dados.

3.1. A doutrina de infraestruturas essenciais

3.1.1. Os requisitos para utilização da doutrina de infraestruturas essenciais

Em geral, reconhece-se que empresas possuem o direito de escolher com quem e como contratar, estabelecendo os critérios compreendidos por elas como justos para tanto. Intervenções nesse direito, entretanto, podem ser efetuadas, uma vez que tanto a liberdade de conduzir seus negócios quanto o próprio direito de propriedade são sujeitos a restrições relacionadas ao interesse público (LEHTIOKSA, 2018, p. 21).

É a hipótese da existência de bens de utilidade pública que, em mercados de monopólios, pode fazer com que a recusa de contratar seja considerada um ilícito concorrencial (GONÇALVES, 2008). Em geral, a caracterização de bens de utilidade pública ocorre em conjunto com a existência de monopólios naturais, como a construção de estradas de ferro ou de pontes, mas tal noção tem sido expandida também para mercados em que uma ou mais empresas possuem tamanho poder de mercado que se atribua a elas um grau maior de responsabilidade em relação a defesa da concorrência a partir de suas condutas (LEHTIOKSA, 2018, p. 21).

Uma das primeiras menções à utilização da doutrina de infraestruturas essenciais foi o caso *United States versus Terminal Railroad Association of St. Louis*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1912 (GONÇALVES, 2008). Foi o caso *MCI Communications Corp. v. AT&T*, entretanto, que cunhou os quatro requisitos para a caracterização de um cenário onde tal doutrina seria aplicável de maneira mais objetiva nos EUA, quais sejam: “(i) controle da infraestrutura essencial pelo monopolista; (ii) inviabilidade de duplicação de tal estrutura por um concorrente; (iii) a recusa de conceder acesso à infraestrutura; (iv) a viabilidade de prover acesso à infraestrutura” (CANDEUB, 2005, p. 829, *apud* MCI Communications Corp. v. AT&T, tradução nossa)⁶.

Os casos nos quais é trabalhada a doutrina de infraestruturas essenciais nos Estados Unidos se enquadram no art. 2º do Sherman Act, uma vez que pressupõem a alegação de conduta típica de monopólios. Entretanto, há de se pontuar que essa doutrina, ainda que amplamente aplicada por tribunais nos Estados Unidos, não foi reconhecida pela Suprema Corte do país, sendo que na oportunidade de apreciar a questão, a corte priorizou a tese de que diplomas legais setoriais devem ser aplicados quando da existência de bens essenciais⁷.

A União Europeia, por outro lado, teve a primeira menção à doutrina de infraestruturas essenciais apenas no ano de 1993, no caso *Sea Containers/Stena Sealink*⁸, e dispõe sobre abuso de poder dominante no art. 82 do Tratado de Roma. Para a comunidade europeia, são cinco requisitos para a configuração de um cenário no qual seria aplicável a doutrina, quais sejam: a “existência de

6 (i) control of the essential facility by the monopolist; (ii) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (iii) the denial of the use of the facility to a competitor; and (iv) the feasibility of providing the facility.

7 Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

8 Case COMP IV/34.689 Sea Containers v. Stena Sealink, Decision of 21 December 1993.

um bem essencial [...]; a distinção entre o mercado da infraestrutura e o mercado à jusante [...]; a recusa injustificada por parte do controlador [...]; a suscetibilidade de eliminação da concorrência [...]; e o uso da infraestrutura em um novo produto” (GONÇALVES, 2008, p. 218). Outro ponto importante acerca da aplicação europeia da doutrina diz respeito ao caso *Magill*, em que a corte expandiu a abrangência do instituto ao considerar os prejuízos à concorrência potencial da nova entrante, para além dos prejuízos a concorrência já estabelecida no mercado⁹.

A doutrina de infraestruturas essenciais no Brasil tem sido utilizada de maneira mais ponderada, com análises exaustivas dos requisitos necessários para a sua classificação e pouca relativização deles a partir do grau de dominância da empresa detentora do bem essencial. Quando analisada, tal doutrina é enquadrada como abuso de posição dominante, nos moldes do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 e outras regulações setoriais (GONÇALVES, 2008).

No contexto dos mercados digitais, temos que de fato a competição entre empresas entrantes no mercado e empresas já estabelecidas é especialmente dificultada pela ausência de dados (GONÇALVES, 2008). Entretanto, para que dados sejam efetivamente classificados como infraestruturas essenciais, eles teriam que se enquadrar em todos os requisitos expostos.

O requisito da indispensabilidade, que parte da premissa da inexistência de substituto efetivo para viabilizar a oferta de determinado produto ou serviço, se mostra como um potencial entrave para a caracterização dos dados enquanto infraestrutura essencial.

Stucke e Grunes (2016) argumentam que as alegações de que dados seriam ubíquos, economicamente acessíveis e amplamente disponíveis não condiz com os altos gastos que empresas têm para proteger os dados que elas possuem de seus concorrentes. Para ilustrar essa questão, os autores abordaram o caso do *Twitter Firehose*, em que a empresa *PeopleBrowser* entrou com uma ação contra o *Twitter* quando a rede social recusou-se a manter o fornecimento, via interface de programação de aplicativos (“API”), dos mais de 340 milhões de tweets públicos postados na plataforma por dia. A empresa pagava um milhão de dólares por ano ao *Twitter* por tal acesso e utilizava os dados para extrair análises para seus clientes, como as reações de clientes a um novo produto ou quem são as pessoas mais influentes para eventuais patrocínios (STUCKE; GRUNES, 2016, p. 48).

O caso do *Twitter Firehose* é um exemplo de que ainda que possam existir outras fontes, é inegável o valor de conseguir acessar determinadas bases de dados atualizadas e de maneira estruturada. Como disse Lehtioksa (2018, p. 25, tradução nossa), *“existem poucas situações nas quais dados não estão disponíveis por outra fonte que não a empresa que recusa a concessão de acesso, uma vez que dados normalmente são não-rivais”*¹⁰.

O requisito de aplicação da infraestrutura essencial para um novo produto, por sua vez, é especialmente utilizado para questões que envolvam direitos de propriedade intelectual (LEHTIOSKA, 2018, p. 26). A premissa que rege tal requisito é de que não basta que a empresa que solicitou acesso

9 “the refusal has to relate to a product or service that is objectively necessary to be able to compete effectively on a downstream market;” (ii) “the refusal is likely to cause the elimination of effective competition on the downstream market; (iii) “and the refusal is likely to result in consumer harm.”

10 “there are very few situations in which data is not available from another source than from the company refusing access as data is often non-rivalrous. It might prove to be challenging however to analyze what other sources of data are sufficiently similar to be effective substitutes”.

ao bem protegido por propriedade intelectual pretenda simplesmente replicá-lo a seu modo, ela deve produzir algum tipo de inovação que a detentora dos direitos autorais não produza.

Este requisito foi cunhado no julgamento do caso *IMS Health GmbH & Co. OHG and others v. the Commission*, julgado pela corte da Comissão Europeia em 2004, sendo que a noção de “novo produto” foi estendida para inovações subsequentes no caso da *Microsoft Corp v. the Commission*, de 2007.

O caso da *Microsoft* também consolidou critérios para o requisito da eliminação da concorrência. A Corte da Comissão Europeia, ao julgar o caso, estabeleceu que não seria necessário “demonstrar que a concorrência já foi eliminada ou, pelo menos, que a sua eliminação está iminente”¹¹, bastando que a probabilidade de eliminação de uma concorrência efetiva seja comprovada.

Cumprido ressaltar que mesmo que se o bem considerado essencial se enquadrar em todos os requisitos acima expostos, existe a possibilidade de se justificar a recusa de contratar. Seria o caso em que tal recusa contenha ganhos de eficiência elevados o suficiente para que seja remota a probabilidade de danos aos consumidores¹².

3.1.2. Implicações da aplicação da doutrina para compartilhamento de dados

A utilização da doutrina de infraestruturas essenciais para casos envolvendo acesso a grandes massas de dados, para além de cumprir com todos os requisitos tradicionais que a doutrina exige, ainda tem que superar questões relacionadas a dificuldades do próprio procedimento de sua aplicação, assim como questões acerca da privacidade e proteção de dados dos envolvidos.

O primeiro dos desafios procedimentais diz respeito a estabelecer o valor adequado do acesso aos dados (LEHTIOKSA, 2018, p. 45). Para a aplicação de um remédio concorrencial desse tipo é necessário que haja uma precificação assertiva, levando em conta a duração do compartilhamento, sua extensão e padrões técnicos, sob risco de penalizar excessivamente a empresa dominante e trazer prejuízos à inovação (AUTORITÉ, 2016, p. 18). Para além disso, tal compartilhamento forçado seria de difícil implementação e fiscalização devido às suas especificidades técnicas, o que acarretaria custos elevados para as agências associados a uma alta probabilidade de erros ou de opacidade de decisões (LEHTIOKSA, 2018, p. 46).

Ainda que Stucke e Grunes defendam a existência de interseções importantes entre o direito concorrencial e a proteção de dados (STRUCKE; GRUNES, 2015a, p. 5), o ponto mais crítico do compartilhamento forçado dos dados diz respeito exatamente ao contraponto entre tais ramos do Direito.

O tratamento de dados pessoais deve necessariamente se respaldar em pelo menos uma das bases legais estipuladas pelos regulamentos aos quais está sujeito, sendo que na comunidade europeia tais bases se encontram no art. 6º do GDPR¹³. Segundo Lehtioksa (2018), a aplicação da obrigação de contratar à partir da justificativa da doutrina de infraestruturas essenciais poderia encontrar

11 Microsoft Corp v. the Commission. Case T-201/04, EU:T:2007:289. Para. 457.

12 Vide parágrafos 30 e 83 da Comunicação 45/02 de 2009 da Comissão Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-co ntent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-co ntent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN). Acesso em: 28 nov. 2019.

13 Na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, o equivalente a este dispositivo seria o art. 7º.

respaldo apenas nas hipóteses de obrigação jurídica contraída pelo responsável pelos dados (alínea “c”) ou pelo legítimo interesse (alínea “f”), com uma série de ressalvas.

O legítimo interesse é considerado a base mais flexível de tratamento de dados no direito comunitário europeu (BIONI, 2019, p. 248). Tal hipótese engloba situações em que terceiros não possuem meios de obter a autorização dos titulares ou quando a autorização inviabilizaria o próprio tratamento dos dados (BIONI, 2019, p. 249).

Para a aplicação de tal dispositivo, entretanto, há de se ponderar se de fato o interesse do titular dos dados se encontra alinhado aos interesses das empresas envolvidas e se existe uma possibilidade de fazer com que os titulares tenham em mente que seus dados poderiam ser usados para os fins dos remédios antitruste. Acerca da base legal da obrigação jurídica contraída pelo responsável pelos dados, pondera-se se tal dispositivo teria uma interpretação ampla o suficiente para abarcar ordens de compartilhamento forçado de autoridades de defesa da concorrência (LEHTIOKSA, 2018, p. 56-57).

Poderia ser considerada a hipótese de anonimização dos dados para que eles não se sujeitem ao GDPR (LEHTIOKSA, 2018, p. 59). Entretanto, se já é consideravelmente difícil mensurar o valor dos dados para empresas entrantes, fazê-lo após um processo de anonimização seria um procedimento ainda mais complexo, uma vez que grande parte de tal valor é extraído exatamente da sua associação com clientes e potenciais clientes (AUTORITÉ..., 2016, p. 8-11).

3.2. A portabilidade de dados no GDPR

O processo de digitalização das atividades humanas e o fenômeno de *big data* têm feito com que muitos considerem que os dados pessoais constituem uma extensão da personalidade individual (COUTINHO; MONIZ, 2018, p. 22). Tal concepção tem ensejado a criação de uma série de diplomas legais acerca da titularidade e do controle desses dados. Sendo uma das principais estruturas normativas relacionadas ao tema, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) consolidou, em seu artigo 20º, o instituto da portabilidade de dados.

Para detalhar o instituto, o Grupo de Trabalho do Artigo 29 (“Grupo de Trabalho”) formulou orientações que dividem o direito à portabilidade dos dados em quatro elementos.

O primeiro consiste no “direito do titular dos dados a receber um subconjunto dos dados pessoais”, funcionando, portanto, como um complemento ao direito de acesso (GRUPO..., 2017, p. 4). Seria o caso, por exemplo, de um cliente que quer saber quantas vezes reproduziu determinadas músicas em um serviço de *streaming*, a fim de escolher quais músicas pretende adquirir em outra plataforma.

O segundo seria o direito de transmitir os dados pessoais de um responsável pelo tratamento para outro, o que deve ser feito, quando tecnicamente viável, diretamente entre os responsáveis, a pedido do titular. Esse direito traz a necessidade de um nível de padronização e de interoperabilidade entre os responsáveis pelo tratamento de dados, condicionado a uma viabilidade técnica não especificada em lei (GRUPO..., 2017, p. 5).

O aspecto do controle e da responsabilidade dos dados consiste no terceiro elemento do di-

reito à portabilidade. Segundo o Grupo de Trabalho do Artigo 29, “os responsáveis pelo tratamento de dados que respondam a pedidos de portabilidade dos dados, de acordo com as condições estabelecidas no artigo 20º, não são responsáveis por um tratamento realizado pelo titular dos dados ou por outra empresa que receba os dados pessoais” (GRUPO..., 2017, p. 7). Por fim, as orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29 estabelecem que “quando uma pessoa exerce o seu direito à portabilidade dos dados, fã-lo sem prejuízo a qualquer outro direito”.

Outro ponto a se considerar aqui sobre as orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29 é a definição de quais dados poderão ser objeto de tal operação. Segundo o Grupo, poderão ser transmitidos no regime de portabilidade do GDPR os dados pessoais fornecidos pelo titular de forma consciente para o responsável pelo tratamento, assim como os dados provenientes da observação das atividades do utilizador - não inclusos, portanto, dados inferidos do comportamento do usuário pelo controlador de seus dados (GRUPO..., 2017, p. 12).

Considera-se legítima a portabilidade de dados de terceiros quando os dados do titular perderem seu valor a partir da omissão dos dados daqueles. É o caso, por exemplo, dos dados relacionados a alguém que efetuou transferências bancárias junto ao titular dos dados que reclama seu direito à portabilidade. Nesses casos, deve-se restringir a utilização dos dados do terceiro na medida em que tal uso satisfaz as necessidades do utilizador requerente (GRUPO..., 2017, p. 14).

No entanto, o GDPR não estabelece padrões a serem seguidos e nem se propõe a incentivar o uso de sistemas compatíveis pelos controladores de dados, o que dificulta uma compreensão mais abrangente acerca do instituto da portabilidade. Ele se restringe a consolidar a importância legal da interoperabilidade e deixa a padronização a cargo de autoridades setoriais (COUTINHO; MONIZ, 2018). Para além disso, há quem associe o instituto da portabilidade a problemas relacionados exatamente a infraestruturas de segurança, especialmente após o escândalo da *Cambridge Analytica*, em que autoridades apontaram a falta de um bloqueio mais restritivo na quantidade de dados disponibilizados via API como causa do vazamento por parte do *Facebook* (EGAN, 2019).

Os desdobramentos pretendidos pelo direito à portabilidade para fins de proteção de dados podem ser divididos em quatro: (i) o estabelecimento de controle do titular sobre a transferência de dados pessoais; (ii) a viabilização da reutilização dos dados pessoais; (iii) a compreensão de como funcionam os fluxos de dados e; iv) a facilitação do desenvolvimento da personalidade dos titulares de dados (URSIC, 2018). As implicações concorrenciais de tal direito, entretanto, são reconhecidas por autoridades enquanto fator importante à diminuição dos custos de troca e do efeito *lock-in* das plataformas digitais (COMMITTEE..., 2019).

3.3. A portabilidade de dados no GDPR

Inicialmente, cumpre ressaltar que a doutrina de infraestruturas essenciais consiste em uma construção doutrinária utilizada para convencer autoridades de defesa da concorrência da abusividade da recusa de contratar, associada a dispositivos que versam sobre abuso de posição dominante. A portabilidade de dados trazida pelo GDPR, por sua vez, é um dispositivo legal cogente que busca estabelecer a titularidade dos dados ao indivíduo que os produziu.

Outro ponto em que os dois institutos se divergem é quanto a legitimidade de provocação

pela sua aplicação. Enquanto a doutrina parte da provocação de agentes que não detêm a titularidade dos dados, a portabilidade advém da vontade do próprio titular daqueles dados. Além disso, ainda que ambos os institutos possam ser impostos por autoridades, a portabilidade de dados pode - e idealmente deve - ocorrer sem interferência da autoridade de proteção de dados ou da concorrência, mas sim em uma relação direta entre o usuário requerente, a entidade transferidora e a entidade receptora.

A transmissão dos dados via instituto de portabilidade da GDPR envolve os dados de um único usuário requerente por vez, enquanto a transferência via obrigação de contratar justificada pela doutrina de infraestruturas essenciais, por outro lado, concederia acesso a todo o volume de dados especificado pela decisão judicial ou administrativa.

Se a portabilidade, com a dinâmica individual de compartilhamento de dados, já traz uma série de implicações relacionadas à privacidade e proteção de dados, a transferência forçada via doutrina de infraestruturas essenciais carrega consigo questões de privacidade ainda mais sensíveis.

4. O CASO DO OPEN BANKING NO REINO UNIDO

4.1. A investigação do mercado de bancos de varejo ingleses

Em 2014, a Competition and Markets Authority (“CMA”) do Reino Unido iniciou uma investigação acerca do panorama concorrencial dos serviços de bancos de varejo relacionados aos mercados de contas correntes pessoais (“PCAs”), contas correntes corporativas (“BCAs”) e serviços de empréstimo para pequenas e médias empresas (“SME”). O panorama regulatório proveniente deste trabalho foi chamado de Retail Banking Market Investigation Order 2017 (“Ordem da CMA”) (COMPETITION..., 2016), e propõe mudanças significativas no mercado de bancos de varejo do Reino Unido.

Foram estabelecidas três áreas de pesquisa em que se levantaram hipóteses de falhas de mercado (COMPETITION..., 2016, p. ii, tradução nossa)¹⁴:

- (a) *se existe uma fraca resposta dos consumidores devida ao baixo engajamento e/ou barreiras à pesquisa e à troca (...);*
- (b) *se existem barreiras à entrada e expansão (...)*
- (c) *se o nível de concentração do mercado está trazendo efeitos adversos sobre os consumidores*

Constatou-se que, a despeito da chegada de incumbentes com modelos de negócio tido como disruptivos, o mercado continua significativamente concentrado, sendo que os níveis de concentração relacionados aos quatro maiores bancos do Reino Unido são de 70% e 83% nos mercados de PCAs e BCAs, respectivamente.

Ao analisar o engajamento dos clientes com seus bancos, a CMA identificou que mais da metade dos clientes de PCAs estavam no mesmo banco a mais de dez anos e que menos de 3% haviam trocado de banco no último ano. Identificou-se, entretanto, que de 50 a 90% deles estariam melhor atendidos com outros serviços com oscilações de preço significativas (COMPETITION..., 2016, p. 166).

¹⁴ (a) *“whether there is a weak customer response due to lack of engagement and/or barriers to searching and switching reducing the incentives on banks to compete on price and/or quality and/or to innovate;*
(b) *whether there are barriers to entry and expansion constraining the ability of banks to enter or expand; and*
(c) *whether the level of concentration is having an adverse effect on customers.”*

Ao considerar os processos de tomada de decisão e engajamento de clientes desse mercado, a CMA concluiu que mesmo com as facilidades de comparação e troca trazidas pelas novas tecnologias, alguns fatores impediam um maior engajamento - e consequente troca de serviço - por parte dos clientes de PCAs, notadamente gargalos informacionais, falta de transparência, e baixo valor absoluto dos contratos de conta corrente.

Quanto ao mercado de contas corporativas, observou-se que as diferenças de preços entre os pacotes de serviços eram drásticas, chegando de duas a três vezes o valor de um mesmo produto oferecido por diferentes bancos, com níveis de concentração e estabilidade do mercado preocupantes.

A análise da autoridade da concorrência no mercado de BCAs também se voltou para as barreiras à pesquisa e troca de fornecedor. Os resultados foram relativamente parecidos com os do mercado de PCAs. Entretanto, além das barreiras similares ao mercado de contas pessoais, somaram-se os longos e onerosos procedimentos de troca, marcados pelo receio de perda de dados de pagamentos e de prejuízo para a avaliação de crédito das empresas.

Quanto aos empréstimos contraídos por pequenas e médias empresas, foi identificado que, em geral, essas empresas procuram os mesmos bancos onde elas possuem suas contas corporativas, sendo que mais de metade delas consideraram apenas um fornecedor para fazê-lo. Essa prática, que lembra o fenômeno de *single-homing* de mercados digitais (COMMITTEE..., 2019, p. 20), ocorre devido à crença de que a fidelidade ajudaria na obtenção de melhores condições, somada às barreiras à pesquisa e à conveniência de não ter que comparar alternativas.

A CMA, ao analisar as principais barreiras à entradas para o mercado de empréstimos para pequenas e médias empresas, identificou três áreas principais de atenção: exigência de capital; custos para financiar os empréstimos; e assimetria de informações entre os bancos.

Considerou-se que a assimetria de informações faz com que grandes bancos consigam melhorar sistematicamente seus produtos e realizar projetos publicitários mais segmentados e efetivos, o que resultou na transformação deste como o principal objeto da CMA Order. São os típicos efeitos de rede relacionados ao fenômeno do *big data* (STUCKE; GRUNES, 2015, p. 170-188). No caso dos bancos, os dados permitem melhores avaliações de crédito, viabilizando um cálculo mais assertivo dos riscos, menor inadimplemento e ganhos de escala.

4.2. O projeto de *open banking* da CMA

A investigação realizada pela CMA alerta fundamentalmente para problemas relacionados ao engajamento e informação dos clientes acerca dos produtos ofertados pelos bancos. Soluções que visam solucionar esses gargalos informacionais, portanto, figuram como as principais medidas a serem recomendadas ou ordenadas pela autoridade.

O pacote de remédios da CMA foi em grande medida influenciado pelos avanços das tecnologias de informação e comunicação, assim como pela economia comportamental e, em especial, pela noção de *open data*.

Os remédios a serem implementados a partir do relatório da CMA foram divididos em quatro

grupos, um deles de medidas transversais aos três mercados analisados e os outros com medidas específicas para cada um deles (COMPETITION..., 2016, p. xxxvi).

As medidas a serem implementadas estão esquematizadas na seguinte tabela (COMPETITION..., 2016, p. xxxvi):

Medidas fundamentais		
	<ul style="list-style-type: none"> ● Padrão de open banking ● Informações de qualidade de serviço ● Gatilhos de tomada de decisão para clientes 	
Medidas de mudança de conta corrente	Medidas relacionadas a cheque especial em PCAs	Medidas bancárias adicionais para pequenos negócios
<ul style="list-style-type: none"> ● Melhor governança da garantia de troca de serviço ● Extensão do redirecionamento de pagamentos seguidos da troca ● Acesso ao histórico de transações para clientes ● Conscientização e empoderamento de clientes 	<ul style="list-style-type: none"> ● Alertas de entrada em cheque especial com períodos de carência ● Teto de cobrança mensal ● Aprimoramento na abertura e troca de contas 	<ul style="list-style-type: none"> ● Concorrência para desenvolver ferramentas de comparação para SME ● Transparência nos empréstimos ● Indicador de preço e elegibilidade de empréstimos ● Informação padronizada para abertura de contas corporativas ● Compartilhamento de informações de SME ● Facilitação de pesquisa ● Cargo de consultores profissionais

De todas as medidas apresentadas como resultado da investigação, a implementação de um padrão aberto de interface de programação de aplicações (API)¹⁵ foi considerada a com maior potencial de transformar o concorrência no mercado bancário de varejo. Ela é a base do programa de *open banking* e envolve uma série de partes interessadas, como agências reguladoras, bancos e provedores alternativos de serviços financeiros.

A medida da autoridade de concorrência do Reino Unido consiste na requisição para que os nove maiores bancos de varejo do país desenvolvam e adotem um padrão bancário via API para que eles possam compartilhar informações entre si e com terceiros acerca dos seus serviços, preços e qualidade.

Para operacionalizar o projeto de open banking, a CMA indicou o *Open Banking Working Group* como responsável para dar início aos trabalhos de criação de padrões abertos e estabeleceu a necessidade da criação de uma Entidade de Implementação, que tem conduzido as discussões acerca dos acordos de padronização e governança desse processo. Tal entidade foi nomeada *Open Banking Implementation Entity* (“OBIE”) e é mantida com recursos dos nove bancos ingleses que estão sujeitos aos padrões criados a partir do relatório da CMA.

15 APIs, de maneira simplificada, são “uma forma em que duas aplicações computacionais se comunicam entre si em uma rede, utilizando-se de uma mesma linguagem que ambas compreendem” (ZACHARIADIS; OZCAN, 2017, p. 5, *apud* JACOBSON *et al.*, 2012, tradução nossa).

Os dados compartilhados pelos bancos são tanto os dados de suas próprias operações e critérios de avaliação, quanto os dados pessoais de seus clientes. Os primeiros incluem os preços de produtos e serviços, assim como os critérios de elegibilidade para empréstimos (incluindo para cheque especial), o número e a localidade de agências, o horário de funcionamento, dentre outros. Os dados dos clientes, cujo consentimento deve ser adquirido para o compartilhamento, dizem respeito aos seus padrões de comportamento financeiro.

Os objetivos do compartilhamento desses dados são: i) reduzir as barreiras à pesquisa e de troca; ii) diminuir as fricções da jornada de compra de serviços bancários; iii) superar a inércia dos consumidores possibilitando, por exemplo, a transferência automática entre fornecedores de serviços bancários que ofereçam melhores condições; iv) separar os produtos financeiros tipicamente vendidos em conjunto, como conta corrente e cheque especial e; v) facilitar a análise de risco de crédito para o fornecimento de empréstimos a pequenas e médias empresas (COMPETITION..., 2016, p. 463-465).

No sistema de *open banking* do Reino Unido, os dados são compartilhados entre os próprios bancos e entre terceiros provedores de serviços alternativos, dentre eles os sites de comparação de preço (“PCW”), os provedores do serviço de informações de conta (“AISP”) e as empresas que atuam com meios de pagamento (“PISP”) (COMPETITION..., 2016, p. 441).

Foram cunhados alguns princípios para resguardar a segurança dos usuários do sistema de dados bancários abertos, dentre os quais o consentimento explícito e informado dos consumidores (OBIE..., 2019, p. 25). O maior foco dessas medidas foi garantir a autonomia dos usuários e o nível de confiança do sistema. Outra preocupação foi a conformidade com a diretiva PSD2¹⁶, da União Europeia, que regula o sistema de pagamentos europeu e complementa a *CMA Order* quanto à regulação do *open banking* inglês (OBIE..., 2019, p. 16).

A implementação do *open banking* no Reino Unido é um trabalho em andamento e uma das principais conclusões do relatório de 2019 da OBIE foi que o potencial do *open banking* extrapola as disposições da Ordem da CMA, e que a agência reguladora do mercado financeiro deve começar a revisar o potencial de um projeto de *open finance* (OBIE..., 2019, p. 43).

4.3. Aprendizados da experiência de *open banking*

Ainda é cedo para mensurar os resultados práticos na concorrência do setor bancário do país. Estima-se que o impacto da adoção dos padrões de *open banking* no mercado bancário inglês pode superar o montante de 7,2 bilhões de libras até o ano de 2022 (PWC, 2018).

A CMA, ao encarar a questão da alta concentração do mercado bancário, enfrentou a questão central abordada neste trabalho: a consideração dos dados enquanto vantagem competitiva excessiva. No caso, a autoridade entendeu que os dados configuram uma barreira à entrada e à expansão no mercado de empréstimos para pequenas e médias empresas (COMPETITION..., 2016, p. 401).

Para endereçar a questão da proteção de dados e privacidade, a autoridade de defesa da

16 Os artigos 999 e seguintes da diretiva disciplinam a criação de meios de resolução alternativa de conflitos entre os participantes do mercado de pagamentos, sem limitar o acesso à prestação jurisdicional dos envolvidos em tais conflitos.

concorrência inglesa estabeleceu que o compartilhamento de dados pessoais só ocorreria mediante o consentimento dos seus titulares. O estabelecimento de princípios de segurança no próprio documento de padronização de condutas produz não apenas impactos à proteção dos direitos dos usuários, mas também ao fomento de um ambiente confiável em que mais pessoas podem se sentir à vontade para compartilhar informações tão sensíveis como dados bancários.

A autoridade inglesa cita ainda o fato de que a posse de grandes volumes de dados financeiros dos clientes faz com que os bancos em posição dominante possam melhorar de maneira mais assertiva os seus produtos como um todo (COMPETITION..., 2016, p. 401). Essa questão pode dificultar ainda mais a ascensão de novos entrantes do mercado e é uma manifestação típica dos efeitos de rede de negócios orientados a dados (STUCKE; GRUNES, 2016), reforçando a necessidade da intervenção concorrencial.

Em 2014, ao analisar os impactos do fenômeno de *big data* para a inovação, a OCDE já alertava para a necessidade da criação de um panorama regulatório acerca do acesso, compartilhamento e interoperabilidade de dados enquanto vetor da inovação (OCDE, 2014). As autoridades de concorrência alemã e francesa (AUTORITÉ..., 2016), o Expert Panel do Reino Unido (DIGITAL..., 2019) e o Committee for the Study of Digital Platforms (2019, p. 96), assim como algumas das maiores empresas de consultoria do mundo, abordaram o assunto em relatórios recentes acerca da estrutura dos padrões de interoperabilidade e do *open banking* enquanto alternativa para combater a concentração do mercado bancário¹⁷.

A experiência do Reino Unido serviu como exemplo para o início de estudos relacionados à prática de *open banking* em vários outros países, dentre eles o próprio Brasil. O Banco Central brasileiro realizou uma série de reuniões com diferentes *stakeholders* do mercado bancário em 2018 e, no dia 24 de abril de 2019, publicou o Comunicado nº 33.455, que contém os requisitos para implementação do Sistema Financeiro Aberto (*open banking*) no Brasil. Nesse comunicado, foi estabelecida a realização de uma consulta pública no segundo semestre de 2019 e a expectativa de que a implementação do sistema ocorra até o segundo semestre de 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dados possuem um papel central na economia e agentes que se aventuram a atuar em mercados digitais encaram cenários que, via de regra, possuem empresas dominantes extremamente consolidadas. Algumas características destes mercados, como os baixos custos marginais e as economias de escopo e de escala das dominantes, os tornam ainda mais desafiadores novos entrantes.

Para além disso, a presença de mercados de dois lados, somada aos significativos efeitos de rede das plataformas digitais, traz uma complexidade concorrencial maior. Dessa forma, a posse exclusiva de dados têm sido considerada uma vantagem competitiva relevante e, por vezes, mesmo como uma barreira à entrada (COMPETITON..., 2016).

Alguns dos principais relatórios acerca da concorrência em mercados digitais provenientes de estudos de autoridades e institutos acadêmicos renomados seguem essa linha de raciocínio. É

17 Foram publicados os relatórios da Deloitte (2017), da PwC (2018) e da KPMG (2019) acerca do assunto.

o caso do relatório da OCDE, que defende o fomento à livre circulação de dados enquanto política pública (OECD, 2014, p. 66); do Digital Competition Expert Panel, que concentrou grande parte de suas recomendações sobre concorrência nas medidas de interoperabilidade e padronização para o compartilhamento de dados (DIGITAL..., 2019, p. 8-10); e até mesmo da própria Chicago School of Business, tradicionalmente conhecida por sua postura não intervencionista, que reconhece a dificuldade do mercado se autocorrigir sem intervenções que busquem a ampliação do acesso aos dados (COMMITTEE..., 2019, p. 59).

Compreender a detenção de extensas bases de dados enquanto barreira à entrada para mercados digitais, entretanto, não é a única abordagem acerca das implicações concorrenciais do fenômeno de *big data* (LAMBRECHT; TUCKER, 2015), sendo que a remediação de tal falha de mercado pela via concorrencial traz consigo uma série de desafios. Se o caráter não-rival e pretensamente ubíquo dos dados impõe dificuldades para sua classificação enquanto barreira à entrada, a dificuldade de se fixar um valor justo ao acesso às bases de dados e as implicações ao direito de privacidade relacionadas ao compartilhamento forçado de dados pessoais entre empresas podem ser óbices para a efetiva aplicação de remédios concorrenciais.

Fato é que mercados digitais representam uma parcela considerável da economia global e a concentração de tais mercados tem chamado a atenção de acadêmicos e de autoridades no mundo todo que buscam, no direito econômico, saídas para a correção de falhas de mercado que prejudicam a concorrência nesses setores. As soluções vão da criação de uma agência especializada responsável por regular mercados digitais (COMMITTEE..., 2019, p. 84-85) até a implementação de remédios estruturais e comportamentais relacionados ao *big data*.

A doutrina de infraestruturas essenciais, por trazer uma série de requisitos indispensáveis para a caracterização do bem como essencial para a concorrência efetiva, dificilmente seria abrangente o bastante para abarcar o acesso aos dados. Como defendido por Lehtioksa (2018), a análise da indispensabilidade dos dados deve ser feita caso a caso, porém as implicações para a privacidade parecem se mostrar como obstáculos de improvável superação para se aplicar a doutrina a casos de recusa de fornecimento de dados para concorrentes.

A portabilidade de dados prevista no GDPR, por outro lado, traz problemas menos significativos quanto a privacidade dos titulares dos dados e acaba por trazer consigo efeitos concorrenciais. O dispositivo do Regulamento, entretanto, não cumpre tal papel sozinho, uma vez que ele depende da implementação de padrões de interoperabilidade por parte das agências reguladoras de mercados específicos para tal (GRUPO..., 2017, p. 21).

Ainda assim, questiona-se se o efeito concorrencial da aplicação deste dispositivo seria suficiente para sanar eventuais falhas de mercado relacionadas a detenção de dados por empresas dominantes, especialmente considerando os vieses cognitivos que levam grande parte dos usuários de serviços dessas empresas se comportarem de maneira a favorecer o *single-homing* (COMMITTEE..., 2019).

A implementação do *open banking* no Reino Unido, enquanto medida para fazer com que o mercado bancário do país se torne mais competitivo, se aproxima da aplicação do dispositivo de portabilidade dos dados do GDPR e da doutrina de infraestruturas essenciais, sem se confundir, entretanto, com nenhum dos dois institutos.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a implementação do *open banking* não partiu da provocação de competidores dos grandes bancos de varejo ingleses ou mesmo de clientes insatisfeitos com os serviços bancários oferecidos no país. Ela foi fruto de uma investigação da própria autoridade de defesa da concorrência inglesa, que concluiu que o alto nível de concentração dos mercados de fornecimento de contas correntes pessoais e corporativas, assim como o de empréstimos para SMEs, poderia ser combatido com tal medida (COMPETITION..., 2016).

A implementação dessa estratégia no Reino Unido se aproxima da aplicação do dispositivo da portabilidade de dados na medida em que cria um padrão de interoperabilidade entre os dados dos nove maiores bancos de varejo que atuam no país (GOETTENAUER, 2018). Além disso, ela pressupõe que o compartilhamento dos dados pessoais em posse dos bancos só poderá ocorrer mediante o consentimento dos titulares e traça padrões de segurança que devem ser cumpridos por todos os envolvidos no projeto. Outro ponto que aproxima o *open banking* da do instituto de portabilidade de dados do GDPR é o fato de que a autoridade da concorrência provocou a agência reguladora do mercado financeiro para uma atuação em conjunta na formulação do programa, o que culminou em uma atuação setorizada e mais viável de se controlar.

Quanto a aproximação da estratégia de *open banking* e da aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais, há de se elencar que não existe uma provocação da empresa incumbente para ter acesso aos dados ou a obrigatoriedade de contratar mediante decisão da autoridade de concorrência. Entretanto, ao considerar os dados enquanto uma barreira à entrada para o mercado de empréstimos para pequenas e médias empresas (COMPETITION..., 2016, p. 401) e justificar a criação de padrões de interoperabilidade com a possibilidade de criação de novos produtos e modelos de negócio, a CMA lança mão de argumentos que poderiam, em certa medida, respaldar a consideração de dados enquanto bem essencial.

Enfim, considerando os problemas de enquadramento e de privacidade envolvidos na aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais, a portabilidade de dados parece uma alternativa mais viável para os problemas concorrenciais de mercados digitais. A proposta do GDPR sozinha, entretanto, não parece sanar o problema, uma vez que carece de especificações técnicas dos requisitos de interoperabilidade, motivo que se soma ao fato de que o regulamento não pune o desenvolvimento de mecanismos para obstruir a interoperabilidade.

Uma alternativa promissora para o problema da criação de especificações técnicas seria a criação de uma Autoridade Digital que ficasse responsável pelo desenvolvimento e manutenção de padrões interoperáveis junto a agências reguladoras especializadas, nos moldes trazidos pelo relatório do SCCDP. Tal autoridade poderia trabalhar juntamente com outras agências de maneira análoga ao processo colaborativo protagonizado pela CMA e a FCA.

Ainda assim, paira a dúvida acerca do real impacto econômico de tal medida, uma vez que seu funcionamento depende fundamentalmente da quebra da inércia de consumidores que, em se tratando de mercados digitais, são especialmente propensos à prática do *single-homing*. Mitigar os efeitos dessa inércia poderia acontecer mediante técnicas da economia comportamental, como opções *default*, com o devido zelo à privacidade e proteção de dados.

O presente trabalho não tem pretensão de esgotar os temas aqui expostos, mas sim propor uma agenda de pesquisa futura com objetivo de aprofundar em temas ainda controversos e de suma

importância jurídica e econômica. O estudo do papel dos dados para o direito concorrencial envolve situações que estão longe de se consolidar academicamente e casos como a implementação do *open banking* no Reino Unido estão apenas começando a trazer informações que possam informar melhores conclusões sobre o tema.

O aprofundamento nas técnicas de controle de condutas e na busca pelo livre fluxo de dados parece um caminho promissor com potencial de transformar o panorama regulatório dos mercados digitais e promover um ambiente com mais espaço para concorrência e inovação. Resta seguir acompanhando os resultados das medidas que têm sido implementadas nesse sentido para confirmar se tal potencial será de fato precursor de mudanças positivas na concorrência desses mercados.

BIBLIOGRAFIA

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/32DdOru>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CANDEUB, Adam. Trinko and Re-Grounding the Refusal to Deal Doctrine. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 66, n. 4, p. 821-870, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/36ly2RK>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COMMITTEE FOR THE STUDY OF DIGITAL PLATFORMS. Market Structure and Antitrust Subcommittee. **Report**. Chicago: The University of Chicago Booth School of Business, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2IAi2Jm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). **Retail Banking Market Investigation: final report**. Londres: CMA, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2GVgAk5>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **Guia Remédios Antitruste**. Brasília: CADE, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2IKyvLi>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law. **Common Market Law Review**, Londres, v. 54, n. 1, p. 11-50, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2IDR3fC>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COUTINHO, Francisco Pereira; MONIZ, Graça Canto (coords.). **Anuário da Proteção de Dados 2018**. Lisboa: CEDIS, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2KqYEPX>. Acesso em: 28 nov. 2019.

DELOITTE. **How to flourish in an uncertain future: Open banking and PSD2**. Londres: Deloitte, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/35siTEB>. Acesso em: 28 nov 2019.

DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. **Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel**. Londres: HM Treasury, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2lwX2D6>. Acesso em: 18 nov. 2020.

EGAN, Erin. Charting a Way Forward on Privacy and Data Portability. **Facebook**, 4 set. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dBryGL>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GANDOMI, Amir; HAIDER, Murtaza. Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics. **International Journal of Information Management**, [S. l.], v. 35, n. 2, p. 137-144, abr. 2015. Disponível em:

<https://bit.ly/3eTNjD2>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GOETTENAUER, Carlos. Open banking e teorias de regulação da Internet. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v. 22, n. 82, pp. 109-130, out./dez. 2018.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3lw8LQP>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GRUPO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados**. Bruxelas: Grupo de Trabalho, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/32YPv7F>. Acesso em: 18 nov. 2020.

KENNEDY, Joe. **The Myth of Data Monopoly**: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown. Washington: Information Technology & Innovation Foundation, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/38Ed60K>. Acesso em: 18 nov. 2020.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, Yale, v. 126, n. 710, p. 710, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3irqXJb>. Acesso em: 18 nov. 2020.

KPMG. **PSD2 and Open Banking**: Revolution or evolution? [S. l.], KPMG, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3eXxyL9>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LEHTIOKSA, Jere. **Big Data as an Essential Facility**: the Possible Implications for Data Privacy. 2018. Tese (Mestrado em Direito Internacional Empresarial e Direito Internacional Público) - Faculty of Law, University of Helsinki, Helsinki, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3nqbEDB>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LAMBRECHT, Anja; TUCKER, Catherine E. **Can Big Data Protect a Firm from Competition?** [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2UwhNBr>. Acesso em: 18 nov. 2020.

OLIVEIRA, Filipe. Facebook chega a 127 milhões de usuários mensais no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 jul. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/38Fl6Pa>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Data-driven Innovation for Growth and Well-being**: interim synthesis report. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2H2lWu0>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Rethinking Antitrust Tools For Multi-sided Platforms**. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2UqNnRi>. Acesso em: 18 nov. 2020.

OPEN BANKING IMPLEMENTATION ENTITY (OBIE). **Open Banking**: Guidelines for Open Data Participants. Londres: Open Banking, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3kyj1qy>. Acesso em: 18 nov. 2020.

OPEN BANKING IMPLEMENTATION ENTITY (OBIE). **Open Banking, Preparing for lift off**: Purpose, Progress & Potential. Londres: Open Banking, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3eUz29c>. Acesso em: 18 nov. 2020.

PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC). **The future of banking is open**: how to seize the Open Banking opportunity. [S. l.]: PWC, 2018. Disponível em: <https://pwc.to/3nIS4YX>. Acesso em: 18 nov. 2020.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big Data And Competition Policy**. New York: Oxford University

Press, 2016.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. **CPI Antitrust Chronicle**, May. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3eZdHex>. Acesso em: 18 nov. 2020.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allan P. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. **Antitrust Source**, Apr. 2015a. Disponível em: <https://bit.ly/2lF2QdC>. Acesso em: 18 nov. 2020.

URSIC, Helena. Unfolding the New-Born Right to Data Portability: Four Gateways to Data Subject Control. **SCRIPTed**. Edimburgo, v. 15, n. 1, p. 42-69, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/36NgyDT>. Acesso em: 18 nov. 2020.

WATSON, Sarah M. Data is the New “___”. **DisMagazine**, [2019]. Disponível em: <https://bit.ly/2UpI5Xd>. Acesso em: 18 nov. 2020.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018.

ZACHARIADIS, Markos; OZCAN, Pinar. **The API Economy And Digital Transformation In Financial Services: The Case Of Open Banking**. [S. l]: Swift Institute, 2017.