

# Economic Analysis of Law Review

## **A Doutrina *Essential Facilities* e a Regulação do *Open Banking*: as Bases de Dados das Instituições Financeiras como Facilidades Essenciais**

*The Essential Facilities Doctrine and the Open Banking Regulation: the Databases of Financial Institutions as Essential Facilities*

Diogo Kastrup Richter <sup>1</sup>

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Marcia Carla Pereira Ribeiro <sup>2</sup>

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)  
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

### RESUMO

São crescentes os modelos de negócio que dependem do uso de tecnologias e do processamento de dados em larga escala para gerar valor. Nesse sentido, tem-se exigido de autoridades financeiras a adequação de instrumentos regulatórios para a Economia Digital. Uma das demandas é a regulação do *Open Banking*: o compartilhamento de dados e serviços financeiros por meio de sistemas digitais. Esta regulação está próxima da doutrina *essential facilities*, que admite a imposição do acesso a um bem sob domínio de um agente econômico, cujo uso seja essencial à concorrência. Tal suposição é útil por impor o compartilhamento de dados em plataformas digitais entre competidores a fim de estimular a concorrência, inclusive no mercado financeiro. O trabalho objetiva verificar se é possível considerar a regulação do *Open Banking* uma aplicação horizontal da doutrina *essential facilities*.

**Palavras-chave:** Economia Digital; Essential Facilities; Open Banking; Eficiência; Infraestrutura.

**JEL:** K23; G21

### ABSTRACT

Growing business models depend on the use of technologies and large-scale data processing to generate value. In this sense, financial authorities have been required to adapt regulatory instruments for the Digital Economy. One of the demands is the regulation of *Open Banking*: the sharing of data and financial services through digital systems. Such regulation is close to the *essential facilities* doctrine, which is the imposition of access to a good under the domain of an economic agent whose use is essential to competition. Such an understanding is useful to enforce data sharing on digital platforms between competitors to stimulate competition, including in the financial market. Thus, the paper aims to verify if it is possible to consider the *Open Banking* regulation as a horizontal application of the *essential facilities* doctrine.

**Keywords:** Digital Economy; Essential Facilities; Open Banking; Efficiency; Infrastructure.

**R:** 07/12/20 **A:** 22/01/21 **P:** 31/12/21

<sup>1</sup> E-mail: diogo.richter@pucpr.edu.br

<sup>2</sup> E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

## 1. Introdução

As tecnologias digitais estão no âmago das atividades econômicas do Século XXI. Afirma-se, por isso, que a sociedade está inserida na Economia Digital. Com a crescente adoção de tecnologias nas diversas facetas da sociedade, tornou-se possível coletar e processar, por meio de máquinas e *softwares*, uma quantidade extraordinária de dados sobre virtualmente qualquer bem, atividade ou ser vivo. A capacidade de processamento de dados em larga escala é um fator tão importante para a Economia Digital que é possível inferir que sua força-motriz está na capacidade de os agentes econômicos gerarem valor econômico (monetização) a partir dos dados.

Atribuem-se características ao dado que lhe dificultam definir direitos de propriedade tal como é feito com bens materiais ou imateriais tradicionais. Particularmente, o dado não implica rivalidade no uso simultâneo e reiterado. Noutra aspecto, o dado pode se tornar um ativo empresarial de uso exclusivo a depender da forma em que é aplicado nos processos produtivos. Ainda, parte expressiva dos dados processados nos modelos de negócio digitais são dados pessoais.

As particularidades do dado, por consequência, exigem atenção (e adequação) na aplicação de institutos jurídicos diversos sobre os fatos da Economia Digital. Nessa toada, um dos institutos que vem ganhando nova forma e destaque é a doutrina *essential facilities*, que se trata da imposição do dever, a um agente econômico dominante no mercado, de dar acesso a um bem de seu domínio cujo uso é essencial à atividade empresarial dos concorrentes. Essa concepção pode ser útil para impor a detentores de grandes bases de dados o dever de compartilhar estes insumos com competidores a fim de estimular a concorrência na Economia Digital.

Acompanhando essas tendências, a crescente digitalização do mercado financeiro tem exigido também das autoridades financeiras a adequação de instrumentos regulatórios para a Economia Digital. Uma das demandas se trata da regulação do *Open Banking*: o compartilhamento de dados e serviços financeiros entre agentes econômicos por meio da padronização e integração de aplicações e estruturas de sistemas de informação. No Brasil, esta regulação foi introduzida no ordenamento jurídico pelo Banco Central do Brasil (BACEN) e pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) por meio da Resolução Conjunta nº 1/2020, com vistas a estimular a concorrência e a inovação no mercado em prol da difusão de serviços aos consumidores.

Diante do ineditismo da regulação, convém analisá-la sob a ótica da teoria concorrencial e antitruste a fim de assentar sua natureza. Em específico, propõe-se que a regulação do *Open Banking* se aproxima de uma aplicação horizontal (a todos os agentes econômicos) da doutrina *essential facilities*, eis que considera as bases de dados das grandes instituições financeiras como facilidades (infraestruturas) de acesso essencial aos competidores para que haja concorrência no mercado financeiro.

Para tanto, se estudará, de início, as possibilidades de definição de propriedade sobre o dado face às suas singularidades (seção 1). Na sequência, será averiguado como a doutrina *essential facilities* deve ser aplicada diante das peculiaridades da Economia Digital (seção 2). Por fim, diante dos argumentos apresentados nas seções anteriores, se sustentará como a regulação do *Open Banking* se comporta como uma aplicação da *essential facilities* (seção 3). O estudo é guiado pelo método dedutivo e pelo método jurídico-exegético.

## 2. As definições de propriedade sobre o dado

Sob o viés da teoria econômica institucional, direitos de propriedade são definidos para fins de alocação de recursos e de distribuição de riquezas<sup>3</sup>. Como aponta Eduardo Agostinho, a partir da explicação das tragédias dos “comuns” e dos “anticomuns”, não existe o *melhor* regime de propriedade, mas sim seu *ponto ótimo* (mais eficiente) conforme o valor econômico e social do bem em determinado tempo e local<sup>4</sup>. Conforme o autor, a metáfora dos comuns demonstra que a liberdade de acesso a determinados bens (como a terra) pode levá-los à ruína. Por outro lado, a tragédia dos anticomuns mostra que a imposição de exclusão de acesso a bens de forma muito fragmentada também pode inviabilizar o seu uso eficiente<sup>5</sup>.

Pondo a eficiência em perspectiva, Robert Cooter e Thomas Ulen explicam que a definição de direitos de propriedade é inerente às características de rivalidade e de exclusão: bens privados assim são considerados pois não podem ser consumidos de modo igual por todos e simultaneamente. Bens públicos, por seu turno, podem ser usufruídos por diversos indivíduos sem implicar em rivalidade e em elevados custos de exclusão<sup>6</sup>.

Tendo isso em conta, Marcia Carla Ribeiro e Giovani Alves inferem que a definição da propriedade privada de bens materiais fundamenta-se na minimização dos custos de monitoramento e na maximização do proveito do bem, tanto individual quanto social. Quanto aos bens imateriais, explicam que a propriedade imaterial se protege como forma de incentivo à inovação e à produção. Trata-se de uma forma de premiar o inventor com o direito de exclusividade do uso da sua criação por determinado período<sup>7</sup>.

No contexto da Economia Digital, o dado tem características próprias que o distinguem de bens tradicionais (como terras, objetos, obras autorais ou patentes), o que pode dificultar a sua definição como propriedade. O primeiro aspecto distintivo deste recurso é sua natureza de não-rivalidade: o dado pode ser utilizado, replicado e reutilizado múltiplas vezes, simultaneamente e sem exaustão<sup>8</sup>. Essa característica o aproxima de um bem público, de uso comum.

O segundo aspecto singular do dado é sua forma de valorização econômica. Conforme relatório emitido pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, o dado, em seu estado original, não é um recurso que, por si só, agregue valor. Seu valor está em seu estado de *informação*, que é o resultado do processo de tratamento do dado (termo utilizado para caracterizar qualquer tipo de operação envolvendo o dado pessoal, conforme o art. 5º, X, da Lei nº 13.709/2018) em uma cadeia de geração de valor. O valor econômico da informação é gerado conforme ela agrega valor ao seu detentor e é aplicada em diferentes processos produtivos digitais, mormente nas denominadas plataformas transacionais - ambientes digitais que permitem

---

<sup>3</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 89.

<sup>4</sup> AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 56-57.

<sup>5</sup> *Ibid.*, *passim*.

<sup>6</sup> COOTER; ULEN, op. cit. p. 120-121.

<sup>7</sup> RIBEIRO, Marcia Carla P.; ALVES, Giovani R. R. **Do particularismo normativo em matéria de propriedade imaterial – legislar para quê(m)?**. – (eletrônico), p. 5-7.

<sup>8</sup> CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Digital Economy Report 2019: value creation and capture: implications for developing countries**. Nova Iorque: United Nations Publications, 2019, p. 49. Disponível em: <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf)>. Acesso em 5 ago. 2020.

a realização de trocas por diversos agentes<sup>9</sup>. Sob esse prisma, é possível aproximar a informação de um bem de propriedade privada imaterial, tornando-se um bem de uso exclusivo por meio de contratos ou em razão de normas que protegem o segredo comercial e industrial<sup>10</sup>.

Contudo, diferentemente de outros bens imateriais, o dado, quando permite a identificação de um indivíduo, pertence à esfera de direitos da personalidade deste – o que configura sua terceira característica distintiva (nos termos da Lei nº 13.709/2018, art. 5º, I, dado pessoal é toda “*informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável*”). Mesmo que o titular dos dados autorize um terceiro a tratar os seus dados pessoais, estes nunca serão desassociados do indivíduo, pois estão relacionados à dimensão da intimidade, da personalidade e da vida privada do sujeito.

Pelas razões expostas, conclui-se que a natureza do dado é complexa, não sendo possível definir um único tipo de direito de propriedade para todos os seus aspectos. A propriedade do dado deve ser definida de acordo com o prisma ou formato que é posto em análise: bem de uso comum quando em sua forma bruta; bem de titularidade do indivíduo quando possa lhe identificar; bem de propriedade intelectual do agente que agregar valor econômico ao dado, observados os direitos da personalidade caso identifique um indivíduo.

Poder-se-ia discutir a adequação do instituto da propriedade para estes fins. A Lei nº 13.709/2018, nesse sentido, não faz menção a *proprietário* de dados, mas sim a *titular* (art. 5º, V). No entanto, esta discussão não abrange o escopo deste estudo. A propriedade é instituto ora escolhido pois é capaz de definir formas eficientes de usos de recursos e de atribuir direitos e deveres sobre um bem a um indivíduo. Assim, acredita-se que é possível inferir essas diferentes nuances do dado a partir de um exercício de hermenêutica do ordenamento jurídico.

Quanto ao aspecto do dado (informação) como bem de propriedade intelectual, observa-se que o art. 7º, XIII, da Lei nº 9.610/1998, dispõe que são passíveis de proteção por direitos de propriedade as bases de dados que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, são uma criação intelectual. O seu art. 8º, V, excepciona ao dispor que não são objeto de direito autoral as informações de uso comum, tais como cadastros (que será um dado pessoal caso identifique um indivíduo). Além disso, o art. 195, XI, da Lei nº 9.279/1996, tipifica como crime de concorrência desleal quem utilizar, sem autorização, conhecimentos, informações ou dados confidenciais de uso comercial, excluídos os que sejam de conhecimento público (uso comum).

A Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) também parece reconhecer as dinâmicas econômicas que giram em torno deste recurso. Por um lado, a LGPD posiciona a pessoa natural como única titular de seus dados pessoais (art. 17) e estabelece que todo tratamento de dados efetuado por terceiros só poderá ocorrer se baseado em uma das hipóteses autorizativas previstas no art. 7º da Lei. Por outro, há cerca de uma dezena de

---

<sup>9</sup> CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO, op. cit., p. 49-50. Apontam-se quatro tipos principais de plataformas digitais: (i) plataformas de publicidade, que geram valor a partir da receita obtida com publicidade (e.g. Facebook e Google); (ii) plataformas de e-commerce, como marketplaces online com baixos custos de transação para compradores e vendedores (e.g. Amazon, Alibaba e eBay), ou ainda, atividades da na denominada “economia do compartilhamento” (e.g. Uber); (iii) plataformas de produtos, que transformam produtos tradicionais em serviços rentáveis (e.g. Mobike); (iv) plataformas de computação em nuvem, que oferecem diversas estruturas online como um serviço (“*as a service*”), como hardwares, softwares e ferramentas de desenvolvimento (e.g. Amazon Web Services, Microsoft Azure, Google Cloud Platform) (ibid., p. 51).

<sup>10</sup> GRAEF, Inge. **Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms**. 2015-2016. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – KU Leuven, 2016, p. 262. Disponível em <<https://www.law.kuleuven.be/citip/en/research/phd-research/finalized/phd-inge-graef>>. Acesso em 5 ago. 2020.

disposições nesta Lei que condicionam a revelação de informações sobre dados pessoais a titulares de dados ou a órgãos reguladores à observância dos segredos comercial e industrial – conforme o disposto nos arts. 9º, 10, 18, inciso V, 19, inciso II e § 3º, 20, §§ 1º e 2º, 38, 48, § 1º, inciso III, e 55-J, incisos II e X e § 5º, todos da LGPD. Inere-se que essa diligência da LGPD visa a resguardar as formas de geração de valor do dado nos modelos de negócio da Economia Digital enquanto preserva a titularidade do dado ao indivíduo.

As formas de geração de valor a partir do dado têm implicações singulares nas relações de mercado. Como observa Inge Graef, o fato de a informação poder se tornar um bem de uso exclusivo a partir do regime do segredo comercial pode ser utilizado como única justificativa para um agente dominante em um mercado de bens digitais, visando a proteger sua condição, criar barreiras de acesso aos dados que possui contra seus competidores. Isso, segundo a autora, pode causar problemas à concorrência e à inovação, especialmente porque, diferentemente de bens tradicionalmente protegidos por direitos de propriedade intelectual (e.g. patentes e modelos de utilidade), não se exige que o bem objeto de proteção por segredo comercial seja inovador ou original<sup>11</sup>. Graef também aponta que agentes dominantes poderiam recusar o acesso a dados de natureza pessoal com base nas obrigações previstas nas leis de proteção de dados<sup>12</sup>.

Como se observará na próxima seção, estes fatores podem originar falhas de mercado, tendo o potencial de causar alocações ineficientes de recursos na economia. Diante disso, para que o mercado se mantenha competitivo e eficiente, exige-se a atenção dos legisladores e órgãos reguladores quando da aplicação (e eventual adequação) dos institutos jurídico-econômicos na Economia Digital. Afinal, instituições, formadas por constrições formais (como leis, regras e constituições), constrições informais (como normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos) e as suas características de imposição (*enforcement*), são consideradas a estrutura de incentivos aplicável a uma determinada realidade socioeconômica e determinantes da eficiência econômica e da distribuição de riquezas, influenciando na criação de oportunidades aos agentes econômicos<sup>13</sup>.

### **3. A doutrina *essential facilities* e suas novas aplicações na Economia Digital**

O Estado possui instrumentos de intervenção na ordem econômica para evitar ou minimizar falhas de mercado em prol do desenvolvimento eficiente do regime de livre mercado<sup>14</sup>. Uma das falhas analisadas pela doutrina é a concentração de mercado: situação em que o poder de mercado se concentra nas mãos de poucos ou de um agente econômico, impondo um alto custo social aos consumidores, que decorre da tendência de o poder de mercado levar a preços mais elevados e à menor oferta de bens e serviços, tornando-se mais dispendioso adquirir mercadorias<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 262.

<sup>12</sup> Ibid., p. 264.

<sup>13</sup> NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, p. 359-368, 1994, p. 360.

<sup>14</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KOBUS, Renata. Concorrência no Mercado de Bebidas Frias: Fluidez Conceitual e Barreiras à Entrada In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord). **Tributação, Concorrência & Desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Juruá, v. 1, 2013, p. 185.

<sup>15</sup> SANTACRUZ, Ruy. Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 9/2002, p. 161-177, jan. 2002, *passim* (eletrônico).

Estes efeitos negativos se agravam quando o agente dominante possui um recurso essencial para o exercício de sua atividade econômica e impede o acesso a este bem a outros competidores que também dependem do acesso a esse recurso para seus fins empresariais, eliminando ou reduzindo substancialmente, assim, as capacidades de rivalidade no mercado. Compreende-se que a recusa de contratar, nesse contexto, se consubstancia numa possível prática de abuso de posição dominante por um agente econômico, cujo fenômeno recebe a alcunha de *essential facilities* (“facilidades essenciais”)<sup>16</sup>.

A doutrina *essential facilities* tem origem nas jurisprudências norte-americana e europeia. Foi em 1912 que a Corte Suprema dos Estados Unidos impôs o dever a uma série de companhias ferroviárias a dar acesso a companhias rivais a certas pontes ferroviárias que aquelas haviam adquirido (caso *Terminal Railroad*)<sup>17</sup>. Desde então, até os anos 1980, as discussões subsequentes sobre a obrigação de acesso se centraram em bens materiais como portos, ferrovias e estruturas de telecomunicação<sup>18</sup>.

No entanto, a partir da experiência jurisprudencial europeia, o instituto tem se deslocado para garantir o acesso a bens intangíveis que estão protegidos por direitos de propriedade intelectual<sup>19</sup>. No Brasil, um exemplo emblemático de direito antitruste envolvendo a doutrina *essential facilities* se trata do caso *Guerras das Garrafas*, episódio em que a Ambev, empresa dominante no mercado de bebidas frias, introduziu no mercado um padrão de garrafa protegido por direitos intelectuais que era incompatível com o modelo intercambiável utilizado por suas concorrentes, o que lhes impôs barreiras de entrada substanciais<sup>20</sup>.

Embora importante para a legislação e a jurisprudência concorrencial e antitruste, a doutrina *essential facilities* nunca teve sua existência formalmente reconhecida e, por isso, não há unanimidade quanto aos seus critérios de aplicação<sup>21</sup>. De toda forma, é possível apontar alguns requisitos comuns (*porém não absolutos ou incontestáveis*), conforme explana Inge Graef ao discorrer sobre *leading cases* da União Europeia sobre esse tema. Segundo a autora, em geral, é possível inferir que a recusa de fornecer acesso a um bem essencial a concorrentes se torna abusiva quando (i) é injustificada; (ii) exclui a competição em um mercado derivado em que o agente dominante é atuante; (iii) obsta a criação de um novo produto ou serviço que tenha demanda potencial dos consumidores<sup>22</sup>.

Entretanto, as características peculiares dos recursos e modelos de negócio digitais levam a crer que estes requisitos devem ser revistos caso a imposição do dever de contratar seja aplicada em situações de abuso de dominância de mercados ligados à Economia Digital. Observa-se que mercados de plataformas digitais tendem à monopolização em razão dos efeitos de rede

<sup>16</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 334.

<sup>17</sup> GRAEF, Inge. Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy. **La Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal**, Montreal, vol. 53, n. 1, p. 33-72, fev. 2020, p. 39. Disponível em <<https://ssl.editionsthemis.com/revue/article-4984-rethinking-the-essential-facilities-doctrine-for-the-eu-digital-economy.html>>. Acesso em 5 ago. 2020.

<sup>18</sup> FORGIONI, op. cit., p. 333.

<sup>19</sup> Ibid., p. 333.

<sup>20</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. A relação entre direito antitruste e propriedade industrial no mercado de bebidas frias: o cotejo entre desenvolvimento e inovação. In: BARROS, Carla E. C.; ASSFIM, João Marcelo L.; PIMENTEL, Luis Otávio (Org.). **Propriedade Intelectual**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 159-177. (eletrônico).

<sup>21</sup> Cf. GRAEF, 2020, op. cit., p. 40 e cf. FORGIONI, op. cit., p. 333.

<sup>22</sup> GRAEF, 2020, op. cit., *passim*. A autora alerta que a jurisprudência da UE não é pacífica sobre a necessidade de o agente dominante detentor do bem a que se requer acesso atuar no *mesmo* mercado do competidor, nem sobre o fato de haver demanda *efetiva* dos consumidores para o novo produto ou serviço que depende do acesso ao recurso.

(*network effects*), custos de troca (*switching costs*) e “aprisionamento” (*lock-in*), os quais explicam a existência das grandes companhias de tecnologia como Google, Facebook e Amazon<sup>23</sup>. O efeito de rede se trata do benefício obtido por um indivíduo quando outros indivíduos se juntam àquela plataforma (quanto mais usuários em uma rede, mais valiosa ela se torna). O efeito de rede é capaz de gerar o efeito de *lock-in*, que se trata das crescentes possibilidades de indivíduos não migrarem para outras plataformas, e o efeito de *switching costs*, que se trata dos custos cada vez maiores impostos a um usuário para trocar de serviço uma vez que a plataforma originária integra mais dados e recursos<sup>24</sup>.

Nesse contexto, as bases de dados essenciais à consecução desses modelos de negócio podem se quedar restritas aos agentes dominantes que as possuem, não só restringindo a competição no *mesmo* mercado em que estes atuam, como também criando obstáculos para a criação de *novos* mercados que dependem do acesso a estas bases de dados para a concepção de produtos e serviços.

Diante disso, após analisar dois casos recentemente julgados pela Comissão Europeia no contexto da Economia Digital que resultaram em remédios concorrenciais similares à *essential facilities*, porém com padrões de exigência mais baixos (*Google Shopping* e *Google Android*), Inge Graef propõe mudanças em dois requisitos da aplicação da *essential facilities* para que esta doutrina tenha maior aplicabilidade pelos órgãos e tribunais concorrenciais<sup>25</sup>.

Primeiro, sugere que o requerimento da exclusão efetiva da competição não se limite às situações em que o detentor da facilidade essencial rivalize com o requisitante no mercado derivado, pois isso impede o competidor de abrir novos mercados e de atuar em áreas em que a firma dominante ainda não atua. Entende-se que essa é uma interpretação particularmente desejável em uma economia dependente de dados, pois é comum plataformas digitais precisarem acessar dados para introduzir no mercado produtos e serviços complementares<sup>26</sup>.

Segundo, defende a substituição do requerimento da criação do produto ou serviço novo (geralmente aplicável quando a recusa de contratar envolve propriedade intelectual) pela existência de falhas de mercado externas no mercado em que a facilidade essencial se insere. A justificativa é que, nestas situações, os competidores da firma dominante precisam acessar o insumo essencial para que haja competição no *mesmo* mercado. Em mercados caracterizados por falhas externas, a imposição do dever de contratar iniciará o processo de competição nestes mercados e garantirá que os níveis de preço e variedades de produtos sejam mantidos em um nível competitivo<sup>27</sup>.

Estas novas interpretações dos requisitos para a aplicação da doutrina *essential facilities* parecem adequadas para enfrentar as barreiras de mercado que podem irromper dos modelos de negócio baseados em processamento de dados em larga escala e em plataformas digitais. Além disso, permitem que o pleno potencial da Economia Digital se desenvolva de forma sustentável e colaborativa.

---

<sup>23</sup> CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO, op. cit., p. 18.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Em *Google Shopping*, a empresa Google foi multada pela Comissão Europeia por criar dominância em seu favor no sistema de buscas *Google Shopping*. A Comissão argumentou que a conduta do Google era de dominância abusiva mesmo que em extensão a um mercado separado. Em *Google Android*, o Google foi multado pela Comissão Europeia por utilizar o sistema operacional *Android* como veículo para dominar o mercado de buscas *online* (GRAEF, 2020, op. cit., p. 56 et. seq.)

<sup>26</sup> Ibid., p. 67-68

<sup>27</sup> Ibid., p. 68-70.

Nesse sentido, Kate Raworth sustenta que o modelo econômico do Século XXI seja *circular*: que os recursos utilizados para produzir bens e serviços sejam utilizados, regenerados e reinseridos na cadeia de produção, coletivamente, com vistas a torná-lo efetivamente sustentável. Esta *economia circular* inclui a ideia de *código aberto*, que abrange bens intelectuais de uso comum disponibilizados no mercado sob os princípios da modularidade (bens rearranjáveis), padrões abertos (componentes de formas comuns), códigos abertos (compartilhamento de informações inerentes a insumos) e dados abertos (compartilhamento da disponibilidade de insumos). Isso, segundo a autora, permite que qualquer agente econômico possa adaptar ou melhorar produtos e serviços aos consumidores, bem como facilita o surgimento de novos negócios<sup>28</sup>.

É para esta direção que a doutrina *essential facilities* aplicada na Economia Digital parece apontar. Dados inseridos e disponibilizados em plataformas digitais, semelhantes a um bem de uso comum, não devem ter seu acesso barrado pelas empresas que os detêm sob justificativas enviesadas pelo abuso de posição dominante (respeitados, é claro, os direitos de proteção de dados pessoais). Caso contrário, o desenvolvimento sustentável e eficiente da Economia Digital estará em risco quanto maior for o grau de concentração observado em mercados digitais. Nesse cenário, conforme defende Vicente Bagnoli, a aplicação da doutrina *essential facilities* pode evitar que restrições ou exclusões de mercado efetuadas em plataformas digitais sejam decididas por um único ou por poucos agentes econômicos, salvaguardando o bem-estar dos consumidores e o próprio ecossistema de produtos e serviços oferecidos em (e por meio de) plataformas digitais<sup>29</sup>.

No contexto apresentado nesta seção, Graef reconhece já haver, para além da lei concorrencial e antitruste europeia, iniciativas regulatórias e legislativas que aplicam horizontalmente, a todos os *players* do mercado, medidas semelhantes à *essential facilities*. Cita-se, por exemplo, a Diretiva 2015/2366 da União Europeia (*Second Payment System Directive – PSD2*), que fornece aos consumidores a possibilidade de autorizar provedores terceiros a acessarem os seus dados bancários, independentemente da anuência da instituição financeira que os possui<sup>30</sup>. Esta é uma medida que inspirou a regulação do *Open Banking* no Brasil, a seguir analisada sob o viés da doutrina *essential facilities*.

#### **4. A regulação do *Open Banking* como aplicação horizontal da doutrina *essential facilities***

A digitalização dos modelos de negócio também tem atingido o mercado financeiro. Cerca de 65% das transações bancárias no Brasil, em 2019, foram realizadas pelo computador ou pelo celular, sendo que, entre 2014 e 2019, houve um salto de 4,7 bilhões para 39,4 bilhões de transações pelo *mobile banking*<sup>31</sup>. O crescimento do acesso a serviços financeiros digitais, a dificuldade de adaptação das instituições financeiras tradicionais aos modelos de negócio digitais e a capacidade de empresas de tecnologia dominarem o tratamento de dados em larga escala para

---

<sup>28</sup> RAWORTH, Kate. **Economia Donut**: uma alternativa ao crescimento a qualquer custo. Tradução de George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019, p. 247-249. A título de exemplo de código aberto, a autora cita a criação do Linux (sistema operacional de computadores pessoais criado com código aberto), o desenvolvimento do OSVehicle (carros elétricos modulares) e a concepção da Woelab (oficina de tecnologia que fabrica impressoras 3D de código aberto).

<sup>29</sup> BAGNOLI, Vicente. Digital platforms as public utilities. **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Monique, v. 51, n. 7, set. 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s40319-020-00975-2>>. Acesso em 12 out. 2020.

<sup>30</sup> GRAEF, 2020, op. cit., p. 64-65.

<sup>31</sup> FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária**. 2020. Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/pagina/3106/48/pt-br/pesquisa>>. Acesso em 5 ago. 2020.



prestar serviços personalizados e econômicos aos consumidores têm feito com que as *fintechs* – empresas de tecnologia que prestam serviços financeiros – ganhem relevância nesse mercado<sup>32</sup>.

Nesse cenário, há uma tendência à integração entre empresas de tecnologia e instituições financeiras, o que permite a criação de novas tecnologias para serviços financeiros baseados sobretudo no tratamento de dados em amplas quantidades e, por consequência, propicia a abertura de mercados derivados<sup>33</sup>. Percebe-se que o BACEN está atento a este fenômeno de digitalização do mercado financeiro e, por esta razão, tem adotado uma agenda de estímulo à inovação e à concorrência fundada nos meios digitais. Trata-se da “Agenda BC#”, que inclui, dentre outras medidas, a criação de um arranjo de pagamentos instantâneos digitais no Brasil (o denominado Pix – vide a Resolução BACEN nº 1/2020) e a própria regulação do *Open Banking*<sup>34</sup>.

Nada obstante este cenário de inovação e competição, o mercado financeiro brasileiro é, historicamente, concentrado. Uma das razões para isso é que, até a década de 1980, o principal instrumento de regulação prudencial que o BACEN possuía para exercer a regulação prudencial do sistema financeiro nacional era a criação de restrições de acesso de competidores ao mercado financeiro<sup>35</sup>.

Outra razão que se destaca é que o mercado financeiro sofre de falhas de mercado características, notadamente as externalidades e as assimetrias informacionais<sup>36</sup>. Conforme Otavio Yazbek, as externalidades se manifestam em razão da estrutura interligada do sistema financeiro, da probabilidade das corridas bancárias (*bank runs*) e da alta volatilidade dos mercados financeiros. Já as assimetrias informacionais ocorrem tanto nas reações entre consumidores e instituições financeiras, por conta da dificuldade de acesso a informações e de conhecimento pelos consumidores, quanto nas relações entre as próprias instituições financeiras, por questões concorrenciais<sup>37</sup>.

Ante a interseção do mercado financeiro com o mercado das plataformas digitais, depreende-se que há uma possibilidade de as falhas de mercado características do primeiro se somarem com as do segundo (analisadas na seção 2), o que pode contribuir com a concentração econômica nestas interfaces de mercado. Mesmo em mercados em que o dado ainda gera pouco ou nenhum valor (o que não é necessariamente o caso do mercado financeiro, pois dados são usados para precificar serviços), é relevante analisar, para fins concorrenciais, a *possibilidade* de competidores terem em posse dados úteis ao negócio ou de coletarem os dados necessários por eles próprios.

Graef aponta alguns requisitos não exaustivos que apontam para o poder de mercado em um mercado definido ao redor de dados: (i) o dado é um recurso significativo nos produtos ou serviços finais entregues por plataformas digitais; (ii) o incumbente depende de contratos ou de propriedade intelectual para proteger suas bases de dados, resultando na incapacidade de competidores terceiros acessarem livremente tais dados; (iii) há poucos ou nenhum substituto

<sup>32</sup> SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA. **Fintechs e Sandbox no Brasil**. Brasília, jun. 2019, p. 6. Disponível em <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-informativas/2019/publicacao-spe-fintech.pdf/view>>. Acesso em 5 ago. 2020.

<sup>33</sup> ZUNZUNEGUI, Fernando. La digitalización de los servicios de pago. **Revista de Derecho del Mercado Financiero**. Working Paper 1/2018, Sep./2018, *passim*. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264759>>. Acesso em 5 ago. 2020.

<sup>34</sup> Veja-se mais em <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bchashtag>>.

<sup>35</sup> TURCZY, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 384.

<sup>36</sup> YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 189.

<sup>37</sup> *Ibid.*, *passim*.

prontamente disponível no mercado para as informações necessárias para competir em pé de igualdade com o incumbente; (iv) não é viável a um potencial competidor coletar dados por si próprio para desenvolver uma base de dados comparável à do incumbente (por conta dos efeitos de rede ou das economias de escala, por exemplo)<sup>38</sup>.

Diante desses riscos, a implementação do *Open Banking* no Brasil pelo BACEN vem justamente no contexto de intervir no mercado financeiro digitalizado para (re)estabelecer níveis de competição e inovação quando as dinâmicas do livre mercado tendem a não ser o bastante para tanto. As características dessa regulação indicam que se trata de uma aplicação horizontal da imposição do dever de dar acesso a um bem essencial à competição nos mercados financeiro e digital (base de dados), tal como é feito na aplicação da doutrina *essential facilities* (analisada sob o viés proposto na seção 2 com novos para a Economia Digital).

Isso porque a questão central da iniciativa advinda com a Resolução Conjunta nº 1/2020 é que o BACEN impõe aos principais agentes econômicos do mercado financeiro, como as grandes instituições financeiras, o dever de participar da sistemática de compartilhamento do *Open Banking*, que deverão permitir o acesso às suas bases de dados por parte das demais instituições participantes, desde que autorizadas pelo consumidor. Como se trata da imposição de um dever de contratar, este fator se aproxima ao requisito da *essential facilities* da recusa injustificada ao fornecimento de acesso a um bem essencial.

Conforme o art. 6º da Resolução Conjunta nº 1/2020, participam obrigatoriamente do compartilhamento de dados as instituições enquadradas nos Segmentos 1 e 2 da Resolução nº 4.553/2017 do BACEN<sup>39</sup>. A participação é voluntária para as demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN. Também merece destaque a ampla gama de dados que deverão ter o seu acesso liberado, como dados cadastrais e transacionais de clientes (art. 5º, I). Em suma: dados sobre os canais de atendimento das instituições financeiras aos consumidores; informações sobre os produtos e serviços oferecidos pelas instituições financeiras (como contas bancárias, operações de crédito e de câmbio, investimentos, seguros e previdência complementar aberta); dados cadastrais dos clientes (como identificação e qualificação); dados transacionais de clientes (como histórico de transações, saldos e limites de contas bancárias); e serviços de iniciação de transação de pagamento<sup>40</sup>.

Também se nota a possibilidade de empresas não reguladas pelo BACEN (como as *fintechs* não reguladas ou quaisquer outras empresas de tecnologia novatas no mercado financeiro) firmarem parcerias com os participantes do *Open Banking* para usufruir do compartilhamento de dados e serviços (art. 36), o que tende a facilitar a criação de modelos de negócio e de mercados derivados, além de criar paradigmas para a prestação de serviços bancários tradicionais. Fala-se, inclusive, que, diante desse modelo de mercado aberto, em que os bancos concorrem com diversos tipos de empresa, os bancos tradicionais tenderão a prestar serviços de plataforma similares às plataformas digitais, atuando como espécies de infraestruturas que facilitam aos seus clientes o acesso aos mais diversos serviços financeiros (*banking as a service*)<sup>41</sup>. Este fator está próximo ao requisito da *essential facilities* da exclusão efetiva da competição (tanto em mercado originário do bem a que se requer acesso quanto em mercados derivados).

<sup>38</sup> GRAEF, 2016, op. cit., p. 261.

<sup>39</sup> O Segmento 1 é composto pelos bancos que tenham porte igual ou superior a 10% do Produto Interno Bruto (PIB) ou que exerçam atividade internacional relevante, independentemente do porte; o Segmento 2 é composto pelos bancos que tenham porte inferior a 10% e igual ou superior a 1% do PIB e pelas demais instituições que tenham porte igual ou superior a 1% do PIB (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 4.553/2017).

<sup>40</sup> A Circ

ular nº 4.015/2020, do BACEN, detalha as espécies de dados que serão compartilhados em cada gênero.

<sup>41</sup> ZUNZUNEGUI, op. cit., p. 11.

Quanto ao terceiro requisito da doutrina do dever de contratar para a Economia Digital (falhas de mercado), foram analisadas na seção 2 e nesta seção, respectivamente, as falhas que acometem os mercados financeiro e de plataformas digitais. E crê-se que o *Open Banking* bem remedia as falhas sob ambas as perspectivas. No que diz respeito às falhas do mercado financeiro, a Resolução Conjunta nº 1/2020 saneia as assimetrias informacionais que o permeia. Por um lado, as instituições financeiras passarão a contar com os mesmos níveis de acesso a informações de consumidores, o que lhes permitirá utilizá-las para precificação de serviços sob as mesmas condições. Por outro, os consumidores passarão a ter acesso a mais informações dos prestadores de serviços, facilitando a aquisição de serviços financeiros que se encaixem ao seu perfil.

Já no que tange as falhas do mercado das plataformas digitais, que englobam as três dimensões de propriedade do dado analisadas na seção 1, o *Open Banking* reduz as possibilidades de os agentes dessas interseções de mercados concentrarem seu poder econômico com a criação barreiras de acesso aos dados por seus competidores. A regulação elimina o entrave imposto por direitos de propriedade intelectual (como o segredo comercial) à natureza de não-rivalidade do dado, o que permite que este recurso venha a ser utilizado por todos os concorrentes do mercado (financeiro e digital) simultaneamente. Isso não prejudica os processos de geração de valor sobre o dado (transformação em informação), uma vez que as instituições financeiras não são obrigadas a compartilhar como precificam seus serviços financeiros (e.g. análise de risco de crédito) ou quaisquer outras informações que possam ser geradas *a partir* do processamento de dados.

Por fim, os agentes dominantes não poderiam escusar-se do fornecimento de acesso às bases de dado sob a justificativa de protegê-las conforme as leis de proteção de dados pessoais, uma vez que o compartilhamento de dados entre as instituições participantes do *Open Banking* somente poderá ocorrer mediante a obtenção do consentimento do consumidor, o qual deve ser fornecido para finalidades determinadas (art. 10, § 1º, II, da Resolução Conjunta nº 1/2020).

## 5. Conclusão

Ante o exposto neste estudo, argumenta-se que a regulação do *Open Banking* é uma espécie de aplicação horizontal da doutrina *essential facilities*, com efeitos similares ao que se poderia observar em um remédio concorrencial de tal natureza aplicado por um órgão afeto à legislação da defesa da concorrência.

Verifica-se o requisito da recusa injustificada à contratação diante da imposição do dever às grandes instituições financeiras de permitir o acesso às suas bases de dados por parte de seus concorrentes. Identifica-se o requisito (expandido) da exclusão efetiva da competição, pois não há restrições para os competidores utilizarem os dados em mercados derivados em que os agentes dominantes não atuam. Ainda, observa-se a existência de falhas de mercado externas, tanto no mercado financeiro quanto no mercado de plataformas digitais, as quais são remediadas pela Resolução Conjunta nº 1/2020.

Sendo assim, o *Open Banking*, em linha com os efeitos econômicos benéficos que se espera da doutrina *essential facilities*, é um instituto que tem o potencial de remediar as falhas de mercado que podem surgir ou se potencializar com a crescente interseção entre os mercados financeiro e de plataformas digitais.

Considera-se que esta regulação, ao reduzir os custos de transação inerentes ao acesso a dados (insumos) e serviços que englobam o mercado financeiro, oportunizará mais competição

neste mercado digitalizado, permitirá a criação de novos serviços financeiro-tecnológicos e facilitará a realização de negócios para todos os *stakeholders* envolvidos, incluindo prestadores de serviços financeiros ou tecnológicos e consumidores. Conseqüentemente, espera-se que haverá uma alocação de recursos mais eficiente neste mercado e uma menor concentração econômica, o que contribuirá com a difusão e acessibilidade de serviços aos cidadãos. Sob essas premissas, o desenvolvimento desse mercado poderá seguir uma trajetória sustentável no bojo da Economia Digital.

## 6. Referências

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49-61.

BAGNOLI, Vicente. Digital platforms as public utilities. **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, Monique, v. 51, n. 7, set. 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s40319-020-00975-2>>. Acesso em 12 out. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular nº 4.015, de 4 de maio de 2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=1>>. Acesso em 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 1, de 12 de agosto de 2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=1>>. Acesso em 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50335/Res\\_4553\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50335/Res_4553_v1_O.pdf)>. Acesso em 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Monetário Nacional. Banco Central do Brasil. **Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-conjunta-n-1-de-4-de-maio-de-2020-255165055>>. Acesso em 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Planalto. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em 12 out. 2020.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Digital Economy Report 2019: value creation and capture: implications for developing countries**. Nova Iorque: United Nations Publications, 2019. Disponível em: <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf)>. Acesso em 5 ago. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária**. 2020. Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/pagina/3106/48/pt-br/pesquisa>>. Acesso em 5 ago. 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRAEF, Inge. **Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms**. 2015-2016. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – KU Leuven, 2016. Disponível em <<https://www.law.kuleuven.be/citip/en/research/phd-research/finalized/phd-inge-graef>>. Acesso em 5 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy. **La Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal**, Montreal, vol. 53, n. 1, p. 33-72, fev. 2020. Disponível em <<https://ssl.editionsthemis.com/revue/article-4984-rethinking-the-essential-facilities-doctrine-for-the-eu-digital-economy.html>>. Acesso em 5 ago. 2020.

NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, p. 359-368, 1994.

RAWORTH, Kate. **Economia Donut: uma alternativa ao crescimento a qualquer custo**. Tradução de George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla P.; ALVES, Giovani R. R. **Do particularismo normativo em matéria de propriedade imaterial – legislar para quê(m)?** – (eletrônico)

\_\_\_\_\_; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. A relação entre direito antitruste e propriedade industrial no mercado de bebidas frias: o cotejo entre desenvolvimento e inovação. In: BARROS, Carla E. C.; ASSFIM, João Marcelo L.; PIMENTEL, Luis Otávio (Org.). **Propriedade Intelectual**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 159-177. (eletrônico)

\_\_\_\_\_; KOBUS, Renata. Concorrência no Mercado de Bebidas Frias: Fluides Conceitual e Barreiras à Entrada In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord). **Tributação, Concorrência & Desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Juruá, v. 1, 2013, p. 183-197.

SANTACRUZ, Ruy. Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 9/2002, p. 161-177, jan. 2002. (eletrônico)

SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA. **Fintechs e Sandbox no Brasil**. Brasília, jun. 2019. Disponível em <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-informativas/2019/publicacao-spe-fintech.pdf/view>>. Acesso em 5 ago. 2020.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

**A Doutrina *Essential Facilities* e a Regulação do Open Banking: as Bases de Dados das Instituições Financeiras como Facilidades Essenciais**

ZUNZUNEGUI, Fernando. La digitalización de los servicios de pago. **Revista de Derecho del Mercado Financiero**. Working Paper 1/2018, Sep./2018. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264759>>. Acesso em 5 ago. 2020.