

A Cessão de Dados Financeiros como um Novo Modelo de Negócio através do Open Banking

Gabriel Araújo Souto*

Introdução. 1 A estrutura e a operacionalização do Open Banking. 1.1 Os agentes envolvidos. 1.2 Os tipos de dados. 1.3 A multilateralidade. 1.4 A necessidade de interoperabilidade. 1.5 O processo de standardização. 2 A adequação normativa do Open Banking. 2.1 O direito bancário. 2.2 O direito consumerista. 2.3 O direito digital. 3 Os efeitos decorrentes da cessão de dados no Open Banking. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de analisar a hipótese da cessão de dados financeiros por consumidores. Assim, investiga-se: (i) a possibilidade de sua implementação à luz do Open Banking e das normas pátrias; (ii) de que forma essa hipótese poderia ser operacionalizada; e (iii) quais seriam seus entraves, benefícios e impactos. Por fim, o artigo conclui que é juridicamente possível a cessão de dados pelos seus titulares, considerando o Open Banking e as normas brasileiras que permeiam seus agentes, a relação de cessão entre eles e a proteção de dados financeiros.

Palavras-chave: Open Banking. Cessão de dados. Dados financeiros. Proteção de dados pessoais. Economia das informações pessoais.

* Diretor acadêmico do Laboratório de Políticas Públicas e Internet (Lapin). *Law student ambassador* da *American Bar Association Section of Antitrust Law* e membro do conselho editorial da *Cartel & Joint Conduct Review*. Estudante visitante do LLM de *Global Antitrust Law & Economics* da *Antonin Scalia Law School of George Mason University*. Acadêmico de Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

The Share of Financial Data upon Charge as a New Business Model through Open Banking

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the hypothesis of the share of financial data upon charge by consumers. Thus, it investigates: (i) the possibility of implementing the hypothesis of data charging in Open Banking and Brazilian legislation; (ii) how this hypothesis could be operationalized; and (iii) what would be the obstacles, benefits, and impacts of implementing this hypothesis. Finally, the article concludes that it is legally possible in Brazil for consumers to share their data upon charge.

Keywords: *Open Banking. Data charging. Financial data. Data protection. Personal information economy.*

Introdução

A relação de confiança e responsabilização estabelecida por contratos bancários de adesão não é suficiente para solucionar as preocupações quanto ao processamento de dados financeiros. Isso se deve pela relação *business-to-consumer* (B2C) entre banco e cliente, que é permeada por assimetria informacional. O processamento, o armazenamento, a distribuição, o arquivamento e a eventual eliminação de dados financeiros têm um alto custo de monitoramento pelo cliente, uma vez que ele despenderá recursos pela busca da informação quanto ao paradeiro de seus próprios dados. Isso se dá pela importância dos dados que, além do seu papel na economia digital, são infinitamente utilizáveis, diferenciando de outras mercadorias de uma maneira fundamental, já que não perecem. Os mesmos dados podem ser usados simultaneamente, sem serem esgotados, pelas mais variadas instituições e empresas. Assim, quanto maior o acúmulo de dados e maior a capacidade de processamento deles, maior é o poder informacional da empresa.

Nesse sentido, embora ainda pouco discutido, é fato que alguns bancos cedem dados de clientes a terceiros (JONES, 2013, p. 1). Nasce, então, a figura do *data broker*, ou “intermediários de dados”. Esses intermediários compilam dados públicos, como processos judiciais, registros de imóveis, certidões de casamento, processos judiciais e muitas vezes dados privados, obtidos de forma lícita ou não, formando um pacote de dados pessoais a ser cedido onerosamente para terceiros (MATSAKIS, 2019, p. 3).

A questão é o que deve ser feito sobre isso. Surge, portanto, a ideia de dar aos consumidores maior controle sobre seus dados, concedendo-lhes a propriedade e o direito de cedê-los onerosamente ou restringir seu uso como bem entenderem. Se há empresas se beneficiando com dados pessoais, por que não deixar que o próprio consumidor, titular desses dados, também tenha esse benefício de forma parcial ou total? Isso é obviamente preferível à situação atual, em que empresas não aderentes à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) tendem a possuir os dados das transações e podem usá-los de maneiras que os consumidores podem não consentir ou tomar conhecimento de seu uso. Portanto, o raciocínio é que dar aos consumidores a propriedade e o controle de seus dados é melhor do que simplesmente proibir o uso destes pelas empresas, o que permitiria que os consumidores permeassem seus próprios interesses no seu uso e lucrassem a

partir disso, tornando-se um ativo.¹ Nesse sentido, a propriedade do ativo também lhes daria o controle de sua privacidade.

Por um lado, pode-se pensar que isso permitiria aos consumidores proteger sua privacidade, recompensá-los pelo uso de seus dados e resultar em uma distribuição mais ampla de dados no mercado, que provocaria concorrência e inovação, reduzindo o *efeito lock-in*² e as barreiras à entrada, uma vez que, com o ativo sob titularidade do consumidor, as empresas passariam a competir pela qualidade de seu serviço. Aplicando esse raciocínio aos empréstimos bancários, o risco da operação poderia ser reduzido por meio de simulação de contextos com os dados do consumidor, por meio da lei dos grandes números,³ tornando a probabilidade do risco mais exata e, conseqüentemente, gerando uma precificação mais justa.

Por outro lado, há a preocupação de que os consumidores abandonariam a qualquer custo sua privacidade, trespassando direitos conquistados em função de uma baixa quantidade monetária, o que impediria um hígido e livre fluxo de informações. Poder-se-ia dizer que, com a economia de escala, os consumidores optariam por benefícios imediatos a um custo baixo para a empresa, enquanto que, a longo prazo, sofreriam as conseqüências do abuso de poder de mercado dessa empresa quando restassem poucos ou nenhum concorrente. Outro ponto a ser criticado é que os consumidores não teriam um parâmetro sobre o valor dos seus dados no mercado, isto é, o quanto são valiosos às empresas, e assim não saberiam precificá-los, cedendo onerosamente por um preço inferior ao valor real. Além disso, as próprias empresas cessionárias poderiam ser as criadoras desse mercado de dados ou dessa solução informacional.

Nesse contexto surge o Open Banking, em português Sistema Financeiro Aberto, ou *Open Finance*, conforme nomenclatura dada pelo Banco Central do Brasil (BCB) que é um modelo de compartilhamento padronizado de dados e serviços no qual dados bancários são compartilhados com o consentimento de seu titular. Isso ocorre por meio de infraestruturas informáticas interoperáveis, beneficiando os consumidores com soluções mais eficientes e inovadoras, com uma maior concorrência.⁴ Eles poderão, por exemplo, ver todas as suas finanças em um só aplicativo ou poderão obter produtos e serviços personalizados e/ou com desconto, com base em seu perfil financeiro. Dessa forma, o consumidor tem mais controle sobre o que fazer e o que fazem com os seus dados, elevando sua importância no mercado e reduzindo a margem de atuação dos *data brokers*⁵ e do seu lucrativo mercado de U\$200 bilhões anuais (HOFFMAN, 2019, p. 1), o que é chamado de “economia das informações pessoais”.⁶

1 Nesse sentido, a propriedade de informações pode gerar um proveito econômico de um indivíduo sobre outrem. Richard Posner explica que o maior dos altruístas precisa ter uma noção aproximada da riqueza do outro para poder medir o valor que a sua contribuição terá para o próximo (POSNER, 1983, p. 243-244).

2 Conforme leciona Carl Shapiro e Hal Varian, o *efeito lock-in* ocorre quando o consumidor, dependente da infraestrutura ou de um serviço específico de uma empresa, não consegue mudar para um concorrente sem custos substanciais ou perdas materiais, fazendo com que o usuário permaneça utilizando o serviço (SHAPIRO; VARIAN, 1998, p. 11).

3 A lei dos grandes números é um teorema fundamental da teoria da probabilidade que diz que quanto mais vezes um experimento se repete, a probabilidade de determinado evento acontecer se aproxima da probabilidade esperada (ROSS, 2009, p. 459).

4 O conceito também é relacionado ao *Open Innovation*, termo cunhado pelo professor Henry Chesbrough, definido como o uso de entradas e saídas de conhecimento em um ambiente para acelerar a inovação interna e expandir os mercados para uso externo da inovação (CHESBROUGH, et al., 2006, p. 1).

5 *Data brokers* são indivíduos ou empresas que coletam, armazenam, processam e compilam dados de consumidores e os cedem para variados fins.

6 Economia das informações pessoais é um conceito utilizado para indicar o aumento da conscientização entre os consumidores sobre a importância de seus dados pessoais para as empresas que vendem produtos ou prestam serviços (ELMER, 2003, p. 20-21).

Sendo assim, a proposta desse artigo é examinar a hipótese de cessão de dados⁷ pelos consumidores no contexto do Open Banking. A delimitação do escopo do estudo é feita por meio do exame dos seguintes questionamentos: (i) se é possível a implementação dessa hipótese, considerando o Open Banking e as normas pátrias; (ii) de que forma essa hipótese poderia ser operacionalizada; e (iii) quais seriam os entraves, benefícios e impactos da implementação dessa hipótese. O método científico utilizado é o indutivo, partindo da análise de textos legais e infralegais, jurisprudência e doutrina, o qual auxiliará na solução aos questionamentos apresentados. A pesquisa é do tipo bibliográfica, e a conclusão alcançada é lastreada no material investigatório coligido.

Por fim, o artigo foi dividido em três seções, além da introdução e da conclusão. A primeira seção apresenta a estrutura e o funcionamento do Open Banking, especificando a atuação dos agentes presentes no modelo, dos dados transacionados e a sua multilateralidade. A seção também analisa a necessidade de interoperabilidade entre os agentes do Open Banking, o seu processo de padronização e como tais questões afetam a hipótese de cessão de dados. Já a segunda seção expõe as questões jurídicas atinentes à cessão de dados, analisando eventuais conflitos e adequações ao direito bancário, consumerista e digital. Em seguida, a terceira seção discorre sobre os efeitos da cessão de dados no Open Banking, bem como expõe modelos de operacionalização da hipótese. Finalmente, a conclusão apresentará as reflexões finais sobre o tema e as respostas aos questionamentos propostos.

I A estrutura e a operacionalização do Open Banking

A implementação do Open Banking se iniciou na União Europeia (UE) por meio da Diretiva 2007/64/EC (*Payment Services Directive – PSD*), que tinha como objetivo promover o mercado único de serviços de pagamento da UE, mitigando conflitos de competência entre Estados-membros, de modo a permitir a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais e revogando normas prévias que influenciaram tal mudança,⁸

No entanto, tal norma se mostrou defasada devido à evolução no sistema de pagamentos da UE e, a fim de aprimorar a segurança jurídica, entrou em vigor a Diretiva UE 2015/2366 (*Revised Directive on Payment Services – PSD2*). A PSD2 aperfeiçoou o bojo regulatório do Open Banking ao discriminar a responsabilização e a solução de conflitos no mercado interno, bem como a incidência de proteção aos dados dos agentes envolvidos no modelo bancário.

A diretiva visa também abrir o mercado de pagamentos da UE, a *third party providers*, ou seja, empresas que oferecem serviços para terceiros, obrigando os bancos a fornecerem os dados financeiros dos consumidores a terceiros se fossem solicitados por eles e com seu consentimento explícito. Surgem, portanto, dois tipos específicos de serviços para terceiros: o *Account Information Service Provider* (AISP) ou serviço de informação sobre contas, o qual permite que o consumidor do serviço tenha acesso ao seu balanço financeiro individual oriundo de múltiplos bancos e às sugestões de produtos e serviços para gestão financeira mais adequados, com base no seu

7 Cabe ressaltar que, quando o artigo se refere à “cessão de dados”, significa dizer cessão onerosa do direito de uso com o objetivo de compartilhamento de dados e não alienação da propriedade dos dados, que sempre se mantém com o titular, conforme o art. 17 da LGPD. Assim, é implementado o raciocínio do direito real do titular sobre os seus dados e não a flexibilização da sua titularidade, que abrange, além da propriedade, a personalidade dos dados.

8 Normas que tratavam sobre o assunto eram: (i) a Diretiva 97/5/CE, relativa às transferências transfronteiriças, a qual foi revogada pela Diretiva 2007/64/EC; (ii) o Regulamento (CE) 2560/2001, relativo aos pagamentos transfronteiriços em euros; (iii) a Recomendação 87/598/CEE, relativa a um código europeu de boa conduta em matéria de pagamento eletrônico; (iv) a Recomendação 88/590/CEE, relativa aos sistemas de pagamento entre o titular e o emissor dos cartões; e (v) a Recomendação 97/489/CE, relativa às transações realizadas por meio de um instrumento de pagamento eletrônico entre o emitente e o detentor.

perfil;⁹ e o *Payment Initiation Service Provider* (PISP), ou serviço de iniciação de transação de pagamento que dá aos consumidores a possibilidade de pagarem suas compras sem dados de cartões de crédito ou débito, ou seja, por simples transferência de crédito, ao mesmo tempo que oferece aos vendedores a garantia de que o pagamento foi iniciado, para que a venda possa ser executada.

Já em 2016, a *Competition and Markets Authority* (CMA), autoridade antitruste britânica, regulou o Open Banking ao criar uma entidade centralizada de implementação do modelo, a *Open Banking Implementation Entity* (OBIE), gerida pela CMA e pelos nove maiores bancos do Reino Unido. A OBIE assume um papel de *standard-setting organization*,¹⁰ ou organização de standardização, ao ter como função o estabelecimento de padrões técnicos de *Application Programming Interfaces* (APIs)¹¹ no Open Banking, além de desenvolver diretrizes e regras para soluções de disputas e reclamações.

No Brasil, as resoluções 3.401, de 6 de setembro de 2006, e 4.649, de 28 de março de 2018, do Conselho Monetário Nacional (CMN), permitem expressamente que clientes bancários possam disponibilizar, quando autorizados, informações cadastrais a terceiros e proibem aos bancos a limitação ou detenção do acesso de instituições de pagamentos a diferentes tipos de operações bancárias, respectivamente. Ainda, o CMN, por meio da Resolução 4.656, de 26 de abril de 2018, já regulamentou as *fintechs* de crédito, propiciando o aumento da oferta de novos serviços de crédito no Brasil, sem a necessidade de associação direta às instituições financeiras para poderem operar.

No entanto, o grande movimento realizado pelo órgão está na Agenda BC#, que tem como objetivo moldar as vias regulatórias e de infraestrutura do Open Banking no Brasil, expandindo as categorias de informações que as instituições bancárias deverão compartilhar com outros *players* do mercado financeiro, indo além do que é regulado pela União Europeia e pelo Reino Unido. Nesse âmbito, o Comunicado BCB 33.455, de 24 de abril de 2019, doravante Comunicado, estabeleceu requisitos fundamentais para a sua efetivação, além da identificação dos dados, produtos e serviços a serem utilizados no modelo e do panorama da autorregulação pelas instituições participantes sobre os padrões de interoperabilidade. A partir do Comunicado, foram abertas contribuições na Consulta Pública 73 do BCB por meio da exposição de uma Proposta de Resolução, da qual descende a Resolução Conjunta 1, de 4 de maio de 2020, doravante Resolução, que dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto, o Open Banking. A análise a seguir será feita por meio do estudo de seus agentes, dos tipos de dados transacionados, da multilateralidade, da interoperabilidade e da standardização, a fim de entender o panorama regulatório para a aplicação da hipótese de cessão de dados pelos consumidores.

1.1 Os agentes envolvidos

O art. 2º da Resolução institui seis tipos de agentes no Open Banking. O primeiro agente é o cliente, ou seja, qualquer pessoa natural ou jurídica que seja cliente de serviços financeiros ou realize operações financeiras, sendo, portanto, o consumidor. Dessa forma, o consumidor passa a

9 Exemplo disso é a plataforma *Credit Kudos* que, por meio do Open Banking, permite que os consumidores compartilhem com segurança informações relevantes com um credor, a fim de obter uma decisão benéfica na concessão de crédito. Isso acontece porque a *Credit Kudos* verifica instantaneamente a adequação do perfil financeiro de um consumidor, ou seja, o *profiling*, permitindo que esse consumidor se conecte e compartilhe dados diretamente de seu banco *on-line*, resultando na agregação de mais informações em prol de uma melhor avaliação.

10 *Standard-setting organization* é uma entidade que se envolve principalmente em atividades como desenvolvimento, coordenação, promulgação, revisão, alteração, interpretação ou manutenção de padrões aplicáveis a uma ampla base de usuários. O objetivo é gerar a aceitação ou proliferação dessas novas tecnologias, produtos ou serviços no mercado.

11 APIs são interfaces que permitem a comunicação e a interoperabilidade entre *softwares* de diferentes empresas, permitindo assim a portabilidade de dados e consequentemente a portabilidade de clientes.

ter maior controle dos seus dados, já que é oferecida a ele a opção de compartilhar, com segurança, suas informações financeiras.

Já o segundo agente é a instituição receptora de dados, ou seja, a instituição que apresenta solicitação dos dados, isto é, as empresas prestadoras de serviços. Essas empresas se beneficiarão do Open Banking uma vez que a gerência do fluxo de caixa e o recebimento de pagamentos podem se tornar mais baratos e fáceis. Assim, as empresas poderão competir majoritariamente pela qualidade dos seus serviços, o que priorizará a inovação e a competição resultantes da pressão dos consumidores já que, além de o cliente poder realizar o *multihoming*,¹² caso ele não esteja satisfeito com o serviço ofertado, poderá migrar seus dados financeiros para outra empresa ou inibir seu uso pela empresa que ele permitiu o compartilhamento.

O terceiro agente é a instituição detentora da conta do cliente, ou seja, a instituição que mantém conta de depósitos ou conta de pagamento do cliente, por exemplo, os bancos. Os bancos também podem assumir a função do quarto agente, a instituição transmissora de dados, aquela que compartilha com a instituição receptora os dados do cliente. Os bancos, apesar de sofrerem uma perda de capital informacional em um primeiro momento, serão beneficiados com o Open Banking por meio de oportunidades para melhorar a experiência geral do cliente e desenvolver parcerias, as quais podem fornecer a abertura de novos canais de venda e o acesso a novas bases de clientes.

O quinto agente é a instituição iniciadora de transação de pagamento, isto é, a instituição que presta serviço de iniciação de transação de pagamento. Exemplos de instituições iniciadoras de transação de pagamento são PagSeguro e SafraPay.

Por fim, o sexto e último agente é o próprio serviço de iniciação de transação de pagamento, ou seja, o serviço que inicia a instrução de transação de pagamento, a pedido do cliente que detém uma conta de depósitos ou de pagamento. Por exemplo, essa é a posição de redes de processamento de pagamentos, como Mastercard e Visa. Com o Open Banking, há a possibilidade das próprias instituições receptoras de dados atuarem como serviços de iniciação de transação de pagamento.

Considerando o Open Banking e o art. 8º da Resolução que especifica as etapas para solicitação de compartilhamento de dados, uma operação *on-line*, por exemplo, poderia se dar da seguinte forma: o consumidor (cliente) inicia uma compra (transação) em um *e-commerce* (instituição receptora de dados). O *e-commerce* envia uma requisição de autenticação ao banco do cliente (instituição transmissora de dados). Tendo o banco confirmado a autenticidade do cliente, a instituição iniciadora de transação de pagamento deve obter o consentimento do cliente para compartilhamento dos dados financeiros com o *e-commerce*, conforme o art. 10 da Resolução. Com o consentimento do cliente, o banco autoriza o *e-commerce* a proceder com a conclusão da transação a partir dos dados financeiros dele.

1.2 Os tipos de dados

À luz do art. 5º da Resolução, os dados financeiros dos consumidores mantidos por instituições financeiras podem ser subclassificados em: (i) dados sigilosos; e (ii) dados pessoais, os quais podem ser explorados de várias maneiras, de forma independente, agregada ou combinando-os com informações acessíveis sobre os consumidores. A partir desse contexto, insere-se o Open Banking,

12. Segundo Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, *multihoming* são redes de dois lados onde parte dos usuários finais em um ou mais lados conectam-se com outras plataformas (ROCHET; TIROLE, 2003, p. 5). Assim, o usuário que pratica o *multihoming* pode se beneficiar de dois ou mais serviços de plataformas semelhantes ou complementares, aproveitando a utilidade que cada uma pode oferecer.

o qual exige a adoção de medidas de segurança apropriadas para proteger a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade dos dados do consumidor, em trânsito ou não, e da infraestrutura para processar, transferir ou armazenar esses dados (EUROPEAN BANKING AUTHORITY, 2019, p. 65). Dessa forma, faz-se necessário definir e explicar tais subclassificações para analisar as suas possibilidades de monetização por cessão direta e indireta.

Por não existir uma legislação específica sobre tal termo, dados financeiros podem ser definidos simplesmente como dados oriundos de operações financeiras. Essa definição ampla se justifica, pois dados financeiros podem conter, além de informações atreladas à pessoa física ou jurídica, metadados¹³ relacionados à operação. Assim, esse tipo de dado não necessariamente será um dado pessoal ou dado sigiloso, o que afeta diretamente seu processamento e sua hierarquia de proteção normativa. Tal incógnita se potencializa com a possibilidade de instituições incluírem outros dados no escopo do Open Banking, conforme o art. 5º §1º da Resolução. Portanto, sua análise deve ser feita caso a caso, para determinar de que forma os processar e quais requisitos devem ser preenchidos para operacionalizá-los.

Pela possibilidade de conter informações sensíveis, os dados financeiros são protegidos pela Lei Complementar 105 de 2001, a Lei do Sigilo Bancário, a qual normatiza que os dados de operações ativas, operações passivas e serviços prestados pelas instituições financeiras, enumeradas no seu art. 1º, §1º, detêm a característica de sigilosos, conforme o art. 5º, I da LGPD. Portanto, dados sigilosos são aqueles que devem permanecer ocultos por determinação legal, judicial ou pessoal, sendo a sua violabilidade passível de ser considerada quebra de sigilo, conforme o ditame constitucional, salvo na hipótese de ordem judicial para investigação criminal.

Já os dados pessoais, conforme definido na LGPD, são informações atreladas à pessoa física identificada ou identificável.^{14,15} Ressalta-se que os dados pessoais sensíveis se diferem dos dados pessoais sigilosos, uma vez que são aqueles personalíssimos, como os que versam sobre origem racial ou étnica, filiação sindical, religiosa ou política, saúde ou genética, por exemplo. Nesse sentido, informações de um pagamento por pessoa física a um sindicato ou instituição religiosa eventualmente poderiam ser consideradas sensíveis, e nesse caso, tais dados poderiam ser cedidos onerosamente apenas se forem anonimizados. Portanto, dados financeiros ou sigilosos não são, por si só, considerados sensíveis, apenas se forem associados aos critérios estabelecidos no art. 5º, inciso II da LGPD.

Assim, há a possibilidade de um dado financeiro não ser considerado pessoal nem sigiloso quando este não identificar ou permitir identificar dados de operações intermediados e serviços prestados pelas instituições financeiras. Dessa forma, na cessão de dados, eles devem ser diferenciados e categorizados para que o consumidor, ora cliente, identifique e consinta com o tipo de dado que ele estará compartilhando, e para que o cessionário, ora instituição receptora de dados, operacionalize a transação em conformidade com as normas jurídicas vigentes.

1.3 A multilateralidade

Os bancos são multilaterais quando fornecem plataformas de pagamentos e fazem os seus usuários interagirem entre si (SHAO, 2014, p. 646). Para eles, melhorar a experiência do usuário

13 Metadados são dados que descrevem outros dados. Em outras palavras, são informações usadas para descrever os dados contidos em algo, como uma página da *web*, documento ou arquivo. Os metadados resumem informações básicas sobre dados, o que pode facilitar a localização e o trabalho com instâncias específicas de dados.

14 Quando se fala identificada, quer-se dizer que a pessoa física é identificada diretamente, ou seja, os dados pessoais disponibilizados já contêm informações que diferenciam a pessoa física em análise das demais.

15 No caso de identificável, quer-se dizer que a pessoa física é identificada indiretamente, ou seja, por mecanismos ou operações que permitam gerar um traçado digital para sua identificação.

e fornecer bens e serviços financeiros mais atraentes é importante para a concorrência. As plataformas multilaterais¹⁶ são tecnologias, serviços ou produtos que criam e desenvolvem valor ao permitir interações diretas entre dois ou mais grupos de usuários (HAGIU, 2014, p. 71). Isto é, são plataformas que, por meio de uma infraestrutura e de um modelo de negócio, servem duas ou mais bases de clientes ao facilitar e intermediar as transações entre eles, como ocorre com determinadas empresas que oferecem produtos de Open Banking.

As plataformas multilaterais resolvem um problema de custo de transação que dificulta ou impossibilita a reunião de usuários de diferentes grupos (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 2). Dessa forma, elas geram valor ao coordenar os vários grupos de usuários e, em particular, garantindo que haja usuários suficientes de cada grupo para tornar a participação valiosa para todos, facilitando as interações entre eles e aumentando a utilidade marginal advinda do uso de tal plataforma (EVANS; SCHMALENSEE, 2005, pp. 160-162).

Tais plataformas têm como característica majoritariamente comum o efeito de rede indireto,¹⁷ ou seja, o valor de um produto ou serviço aumenta para um grupo de usuários quando um novo usuário de um outro grupo entra na rede de membros da plataforma. Isso diferencia as plataformas multilaterais de instituições financeiras tradicionais que não se beneficiam do efeito de rede, onde a aquisição de novos clientes torna-se mais difícil à medida que menos pessoas acham atraentes os produtos e serviços da empresa. De fato, a detenção de um produto ou serviço que aumente a utilidade para um grupo de usuários quando há o crescimento de um outro grupo sob intermédio de uma plataforma é um ativo concorrencial muito valioso. Dessa forma, o principal desafio para as plataformas multilaterais é obter usuários suficientes de cada lado para garantir massa crítica suficiente para impulsionar os efeitos de rede indiretos (EVANS; SCHMALENSEE, 2010, p. 21).

Tomando o Banco Safra como exemplo, à medida que mais clientes se juntam à sua plataforma, SafraPay, mais útil e valiosa ela se torna para as empresas que vendem produtos e serviços, porque elas terão mais oportunidades de vendas e, conseqüentemente, de lucro. Ainda, à medida que mais empresas se juntam à plataforma, os clientes que utilizam a SafraPay terão mais acessos às facilidades e descontos que a plataforma aplica e mais locais disponíveis para utilizar o serviço. Portanto, a rede de usuários propiciada pela plataforma se torna preciosa e útil a quem a utiliza ou quer utilizá-la e ao mercado em que a plataforma atua.

Por fim, por causa dos efeitos de rede indiretos, há interdependência entre as demandas dos dois lados, e a estrutura de preços é usada para equilibrar a afiliação e o uso dos usuários para maximizar o valor da plataforma. A estrutura de preço para os diferentes tipos de agentes econômicos é uma ferramenta importante na solução do problema de coordenação entre os dois lados, para capturar o valor das externalidades oriundas dessa relação. Por exemplo, o uso de subsídios, como redução de juros em empréstimos, pode aumentar o valor da plataforma multilateral a um grupo de consumidores e, conseqüentemente, a empresas que terão mais vendas pelo consumo desses consumidores.

Dessa forma, conclui-se que a racionalidade da cessão de dados pelo consumidor está na possibilidade da produção e aproveitamento de efeitos de rede indiretos pelo cessionário nos

16 Faz-se necessário delimitar a diferença entre plataformas unilaterais e plataformas multilaterais. Como bem leciona David S. Evans, as plataformas unilaterais possuem usuários dependentes apenas dos serviços que elas ofertam, já nas plataformas multilaterais, os usuários são interdependentes e dependentes dos serviços oferecidos pela plataforma (EVANS, 2003, pp. 336-339).

17 De acordo com Carl Shapiro e Hal Varian, o efeito de rede é o valor agregado ao produto ou serviço devido à adição do usuário, gerando uma rede de consumidores que aumenta a utilidade do produto ou serviço e conseqüentemente seu valor de mercado (SHAPIRO; VARIAN, 1998, p. 13). O efeito de rede direto se difere do efeito de rede indireto, pois o primeiro acontece quando há apenas um grupo de usuários, situação em que esse grupo se beneficia unicamente pela adição de um usuário nesse mesmo grupo. Essa é a situação do mercado de telefonia em que, no âmbito das chamadas telefônicas, o valor agregado se dá quando as pessoas para quem o usuário necessita telefonar também possuem um telefone. Assim, quanto mais pessoas tiverem um telefone, mais útil será tê-lo, já que com a adição de um usuário a essa rede, que poderá fazer e receber chamadas telefônicas, mais valorizada ela será.

produtos e serviços comercializados por ele, uma vez que os dados sob titularidade do consumidor podem promover a descentralização do poder informacional em determinados mercados e democratizar o acesso a dados para outros *players* desses mesmos mercados.

1.4 A necessidade de interoperabilidade

Para o Open Banking ser implementado, é necessário que haja a portabilidade de dados entre seus agentes. A portabilidade de dados é a possibilidade da transferência de dados pessoais para diferentes plataformas (ENGELS, 2016, p. 1-3). Essa possibilidade visa proteger o armazenamento e o trânsito de dados dos usuários da incompatibilidade de múltiplas plataformas, ou seja, visa permitir a interoperabilidade entre serviços distintos, sendo precisamente referenciada, no art. 4º, inciso VI da Resolução, como princípio do Open Banking.

Portanto, a portabilidade permite o aumento da competitividade entre instituições financeiras em virtude do aumento do poder de decisão dos consumidores, como ocorreu com a Resolução BCB 4.292, de 20 de dezembro de 2013, que implementou a portabilidade de crédito mediante liquidação antecipada da operação na instituição de origem do cliente. Isso permitiu que os consumidores pudessem escolher entre os agentes econômicos que praticam taxas de juros mais baixas ou serviços mais atraentes ao seu perfil financeiro.

Devido aos custos de troca, os usuários podem ficar bloqueados em determinado serviço. Assim, o grau de *lock-in*¹⁸ do usuário é determinado pelos custos de mudança (GRAEF et al., 2013, p. 53-63). Se estes forem altos, os agentes do Open Banking poderão criar um alto grau de dependência do usuário (SHAPIRO; VARIAN, 1998, p. 104), restringindo a portabilidade de dados financeiros como uma maneira de vincular os usuários aos seus serviços (ZANFIR, 2012, p. 152), o que é proibido, conforme os arts. 28 e 29 da Resolução. Conclui-se, portanto, que quanto maior for o grau de *lock-in* do usuário, maiores serão os custos de troca do usuário na mudança para uma nova plataforma. Desse modo, a portabilidade de dados financeiros surge como um método para reduzir esses efeitos anticompetitivos e permitir que novas empresas atuem no mercado do Open Banking em prol do benefício final do usuário.

A operacionalização do Open Banking depende de APIs. Para o conceito ser implementado, é exigido aos bancos o compartilhamento ou a transferência da informação dos seus clientes a terceiros autorizados pelo cliente, além de permitir que este, de forma segura e consensual, inicie pagamentos diretamente da conta de uma pessoa como alternativa aos pagamentos com cartão de crédito ou débito, exigindo em contrapartida a *accountability* e a higidez no manejo de dados pelo terceiro, de acordo com o art. 23 da Resolução. Nesse sentido, o Open Banking dá ao consumidor a opção de compartilhar, com segurança, informações financeiras e efetuar pagamentos diretamente de sua conta usando plataformas de terceiros, alavancando a concorrência e impulsionando a inovação na qualidade de produtos e serviços que os consumidores recebem.

Por fim, no âmbito comercial, o direito à portabilidade de dados alavanca a importância do consumidor, já que impõe aos bancos a adoção de uma infraestrutura interoperável e a valorização de um cliente em função da titularidade dos seus dados financeiros, e o que esses poderiam agregar ao provedor de bens e serviços. Dessa forma, os dados financeiros se tornam o ativo cujo

¹⁸ O *lock-in* ocorre quando o consumidor, dependente da infraestrutura ou de um serviço específico de uma empresa, não consegue mudar para um concorrente sem custos substanciais ou perdas materiais. Nesse sentido, a ausência da portabilidade de dados tem o potencial de produzir esse efeito ao consumidor, já que este pode não conseguir transferir seus dados para outra plataforma, fazendo com que o usuário permaneça utilizando o serviço.

poder de barganha aumenta o poder do consumidor. Isso ocorre porque dados financeiros são particularmente poderosos, já que são um conjunto de dados que informa a outros sobre como o consumidor gasta e, a partir disso, infere suas prioridades, interesses e necessidades.

Portanto, o compartilhamento de informações financeiras do consumidor, de forma consensual e segura – conforme o art. 18, inciso V, da LGPD, que dispõe sobre o direito à portabilidade de dados, e consequentemente a possibilidade de cessão de seus dados financeiros –, pode ser benéfico a ele em situações em que outros bancos e empresas poderão competir para fornecer serviços adaptados às finanças do consumidor. Isso resulta na redução de preço por meio da maior concorrência, ou aplicativos que possam ajudar no planejamento financeiro conforme o gasto do consumidor ou até mesmo quando há a necessidade de transferência de serviços bancários, reduzindo assim a burocracia e o tempo para a completa migração.

1.5 O processo de standardização

Já para que a portabilidade de dados seja eficiente, é necessária a priorização da interoperabilidade de serviços,¹⁹ isto é, para que o dado de um cliente possa ser transferido para outros agentes do Open Banking, eles deverão acordar em qual formato enviarão e receberão os dados. Como a interoperabilidade é uma condição prévia para a interconectividade e o fluxo livre de dados, uma decisão ampla e plural entre o maior número possível de empresas e organizações pode oferecer uma maior variedade de produtos relacionados ao Open Banking para os consumidores e maiores eficiências aos agentes participantes.

Ao estabelecer políticas de definição de padrões transparentes e eficazes, essas organizações possibilitam a concorrência e facilitam a inovação de produtos. Portanto, a definição de um padrão é um processo competitivo. Os esforços de cooperação e coordenação podem melhorar a interoperabilidade e aumentar a aceitação do padrão no mercado. Além disso, um engajamento democrático, feito por organizações plurais e acessíveis, reduz a possibilidade de eventuais litígios e mitiga uma eventual imposição de padrão por uma empresa dominante com um poder de mercado estabelecido (SHAPIRO; VARIAN, 1998, p. 237).

As vantagens econômicas de um padrão técnico acordado e estabelecido para fins de interoperabilidade são tão grandes que a concorrência entre os padrões não é sustentável (KERBER; SCHWEITZER, 2017, p. 43), uma vez que as empresas competem no mercado por definir seus padrões como o único amplamente adotado, o que pode levar a guerras comerciais de padrões (*standards wars*) (SHAPIRO; VARIAN, 1998, p. 261). Considerando esses problemas em potencial, as empresas podem concordar com um novo padrão único por meio de negociações moderadas por organizações de standardização que podem impor debates contínuos, melhorias, unificação, adoção rápida e abertura de um processo de estabelecimento de padrões (FARRELL; SIMCOE, 2012, p. 41). Portanto, é de suma importância o estabelecimento de padrões de interoperabilidade derivados de consenso entre as plataformas, o que pode ser estabelecido por meio da autorregulação ou do próprio BCB, conforme estabelecido no art. 44 da Resolução e o grupo de trabalho para estabelecimento de critérios de governança do modelo criado pela Portaria BCB 107.101, de 2 de março de 2020.

O art. 44 da Resolução estabelece que as instituições participantes devem celebrar convenção para standardização do Open Banking, como o protocolo para transmissão de dados e os padrões e

¹⁹ Segundo David S. Evans, as plataformas podem se beneficiar quando há uma tecnologia ou protocolo padrão que lhes permite usar produtos de vários fornecedores (EVANS, 2003, p. 374).

certificados de segurança, com observância às disposições da Resolução. Vale destacar, no contexto de cessão de dados, que cabe às instituições da convenção estabelecer a forma de interação com os seus clientes e os direitos e as obrigações dos participantes, conforme a alínea c, I e inciso VII, respectivamente, com observância ao disposto na norma proposta. Verifica-se, portanto, a hipótese permissiva da Resolução para o estabelecimento da cessão de dados no contexto do Open Banking.

2 A adequação normativa do Open Banking

Para verificar a possibilidade de implementação da cessão de dados por consumidores considerando as normas brasileiras que afetam a hipótese, examinar-se-ão as normas de direito bancário, consumerista e proteção de dados que possam embasar ou causar entraves à sua operacionalização.

2.1 O direito bancário

As normas brasileiras já reconheciam a importância da proteção de dados antes da entrada em vigor da LGPD. A Lei do Sigilo Bancário exige confidencialidade das instituições financeiras e outras empresas, em razão da natureza de suas operações e dos dados financeiros processados. Dessa forma, não apenas bancos e outras instituições financeiras devem ser vinculados à Lei do Sigilo Bancário, mas também todas as empresas de fomento comercial ou *factoring*²⁰ que tratem de dados financeiros, conforme o seu art. 1º, §2º. Tal obrigação também é vinculante às autoridades administrativas, como o BCB e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), sendo afastada somente nos casos em que desempenharem suas funções de fiscalização e investigatórias, em suas respectivas competências, conforme o seu art. 2º.

O dever de sigilo é a principal obrigação instituída pela Lei do Sigilo Bancário. Há hipóteses em que o dever de sigilo não se aplica, como a do art. 1º, §3º, V que normatiza que a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados. Portanto, considerando a hipótese de cessão de dados em que o consumidor expresse o seu consentimento, o tratamento dos seus dados financeiros sigilosos não seria considerado crime.

Junto a isso, encontra-se a obrigação disposta no art. 3º da Resolução 3.401 de 2006 do BCB, que obriga que instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB, sob consentimento do titular dos dados, forneçam a terceiros as informações cadastrais a eles relativas. Portanto, verifica-se que já existiam normas estabelecendo o dever de troca de informações entre instituições financeiras e de revelação de informações sigilosas a terceiros, desde que com o consentimento do usuário, antes da LGPD.

Nesse sentido, percebe-se a clara aplicação do direito do indivíduo de controlar o fluxo de informações sobre ele. O fato de o cliente deter exclusividade sobre a sua informação e a criação de novas barreiras para sua obtenção, como normativas e infraestruturais, pode ser considerado um importante instrumento social de estímulo à produção de informações (POSNER, 2010, p. 288); ou seja, quanto mais a informação não é produto de um investimento, menor terá sentido defender sua proteção.

Por fim, a Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, estipula em seu art. 25 que são penalmente responsáveis o controlador e os administradores

²⁰ *Factoring* é uma atividade comercial mista atípica que corresponde à prestação de serviços junto a compra de direitos creditórios resultantes de vendas por empresas de fomento mercantil.

de instituições financeiras, incluindo diretores e gerentes, por exemplo. Portanto, como dispõe o art. 18 da norma, a violação do sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira tem pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa. Além da responsabilidade penal, analisar-se-á a responsabilidade civil por eventuais vazamentos de dados oriundos de cessão de dados financeiros.

2.2 O direito consumerista

Quanto mais a empresa conhece seu cliente e o mercado em que atua, maior a possibilidade de aumento da sua margem de lucro e do seu poder de mercado (STIGLITZ; WEISS, 1981, pp. 393-394). No entanto, sob outra perspectiva, a obtenção e a exploração de dados financeiros de consumidores por empresas privadas criam embates relacionados à privacidade que buscam balancear a relação B2C, o que eventualmente cerceia eventuais proveitos econômicos obtidos por meio de dados. A fim de remediar esse embate, há a intervenção do Estado que, com o seu poder regulador, define limites para captura e uso de dados financeiros.

Como resultado de uma quebra de sigilo de dados, uma organização pode sofrer impactos como custos de não conformidade, que geraram às empresas brasileiras um custo médio de U\$1,35 milhão em 2019 (IBM SECURITY, 2019, p. 21), além de abandono do cliente ou prejuízo à sua reputação de marca externa ou cultura interna. Tal situação se agrava quando considerado que empresas brasileiras têm a segunda maior média de demora para identificar e conter vazamento de dados, demorando 250 dias para o identificar e 111 dias para o conter (IBM SECURITY, 2019, p. 53), e que o risco de vazamento de dados é equiparado ao risco operacional, conforme a Circular BCB 3.979, de 30 de janeiro de 2020.

A LGPD estabelece que toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais, por meio do consentimento prévio (*opt-in*), bem como garantidos seus direitos fundamentais de liberdade, intimidade e de privacidade, conforme previsto pela Constituição Federal no seu art. 5º, X e XII, sendo inviolável o sigilo de dados e assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de suas violações, incluídas as atividades de risco. Portanto, qualquer pessoa que tenha seus dados financeiros vazados e por isso sofrer danos de ordem patrimonial, moral, individual ou coletivo, poderá pleitear o direito de reparação por meio do instituto da responsabilidade civil, disposto no art. 927 do Código Civil, uma vez que, conforme o art. 31 da Resolução, as instituições participantes do Open Banking são responsáveis pela confiabilidade, integridade, disponibilidade, segurança e sigilo do compartilhamento de dados, respeitando as normas brasileiras em vigor.

Nesse sentido, como bem se extrai do art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), considera-se serviço qualquer atividade ofertada no mercado de consumo. Exemplo disso é a incidência do CDC sobre atividades bancárias, financeiras, creditícias, seguradoras, entre outras, ainda que essas sejam regulamentadas por meio de lei complementar e fiscalizado pelo BCB, como decidido na ADI 2.591 e positivado na Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Portanto, o CDC e seus princípios consumeristas se aplicam ao Open Banking. Parte dessas relações será considerada relações de consumo devido à Súmula 297 do STJ, uma vez que uma das partes será instituição financeira e, em outros, a relação será configurada, pois uma delas estará prestando algum serviço ou vendendo um produto financeiro, responsabilizando não somente os bancos por eventuais ilícitos consumeristas.

Isso se deve à consideração do consumidor como hipossuficiente, havendo uma disparidade de poder econômico e de acesso à informação *per se*. Nesse sentido, considerando os dados financeiros

como ativo pessoal de seu titular, a cessão de dados, a princípio, poderia reduzir essa disparidade, já que tal ativo possui valor ao mercado e dá o poder de informação ao consumidor. Com base nisso, os produtos e serviços financeiros no contexto do Open Banking terão a aplicação do CDC em casos de violação do sigilo de dados, como em vazamento de dados.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 927 do CC bem esclarece que o direito à reparação não dependerá da existência de culpa para aquele que exerce atividade que, por sua natureza, envolve riscos para os direitos de outrem, o que claramente é caracterizado na gestão empresarial de bancos de dados. Nessa mesma marcha, a LGPD, em seu art. 44, II, caracteriza o tratamento de dados irregular quando não oferecer a segurança compatível com o resultado e os riscos que razoavelmente espera-se do tratamento de dados. Por sua vez, a Resolução positiva em seu art. 48, III, que as instituições do Open Banking devem assegurar que suas políticas de gerenciamento de riscos tratem sobre a violação da segurança dos dados dos clientes e as medidas tomadas para a sua prevenção e solução.

É importante salientar que, se as medidas determinadas na LGPD para contenção do risco de vazamento de dados não forem adotadas e se for comprovado dano causado pela violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo, o seu art. 45 determina que a responsabilização do agente de tratamento permanece sujeita às regras do CDC, mitigando possível conflito de competência. O caso dessa identidade de normas, por exemplo, reflete-se no art. 43 da LGPD, onde as excludentes mostram grande influência ou mesmo similitude com o art. 14, § 3º do CDC, ou mesmo a previsão de inversão do ônus da prova no art. 42, § 2º da LGPD, também prevista no CDC em seu art. 6º, VIII.

Desse modo, quando se tratar de uma relação de consumo, o mero vazamento dos dados caracteriza defeito no produto ou serviço contratado, configurando-se a responsabilidade objetiva, nos termos dos art. 12, §1º e art. 14, §1º do CDC, por não fornecer a segurança que o consumidor pode dele esperar, através do resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, consonante com o art. 44, II da LGPD. Assim, em ambos os casos, demanda-se a gestão de riscos dos agentes comerciais do Open Banking para isenção de ilicitude na gestão de dados financeiros de clientes.

2.3 O direito digital

Os clientes de instituições financeiras são titulares dos dados relativos às suas contas e, portanto, o uso desses dados configura-se como tratamento de dados pessoais conforme a LGPD. Para o art. 5º, I da norma, dados pessoais são qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, o que naturalmente inclui informações financeiras dos clientes pessoas físicas. Um dos fundamentos da LGPD é a autodeterminação informativa, segundo a qual o titular de dados pode determinar a utilização, compartilhamento e tratamento de seus dados pessoais. Dessa forma, dentro do contexto do Open Banking, o consentimento deve ser considerado como o principal fundamento jurídico que garante legalidade ao processamento dos dados, conforme positivado no art. 10 da Resolução.

No caso de serviços de Open Banking é importante destacar as seguintes hipóteses autorizativas de um determinado tratamento: (i) o consentimento do titular dos dados; (ii) o tratamento que tenha como finalidade a proteção ao crédito ou propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular; (iii) a demonstração do legítimo interesse do responsável pelo tratamento; e (iv) o tratamento necessário para a execução de determinado contrato. Portanto, a cessão de dados se embasaria em uma dupla hipótese autorizativa: no consentimento do titular para ceder

onerosamente seus dados e na demonstração do legítimo interesse da empresa sobre os dados cedidos. Isso pode se dar a partir de um contrato que explicita o consentimento livre, inequívoco e informado, conforme o art. 5º, XII da LGPD e por meio da demonstração dos benefícios advindos da cessão de seus dados, como melhores serviços ao cliente, aumento da quantidade de clientes e de receita advinda da redução de juros em operações financeiras.

A adoção de aplicações e serviços alinhados às expectativas e exigências do consumidor melhoram a experiência do usuário e proporcionam eficiência para o setor. Nesse sentido, a possibilidade de o consumidor ceder onerosamente seus dados para benefício próprio não parece ir em sentido contrário aos objetivos do Open Banking, entre os quais incluem-se a promoção da concorrência e o aumento da eficiência do Sistema Financeiro Nacional (art. 3º, II e III da Resolução), observando os princípios da segurança e privacidade de dados, bem como a qualidade dos dados e o tratamento não discriminatório (art. 4º, II, III e IV da Resolução).

Além disso, outros princípios afetos ao tratamento de dados, especialmente a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, conforme o art. 2º da LGPD, apontam para a adoção de um modelo regulatório não restritivo de cessão de dados entre instituições financeiras e terceiros interessados. Sob tais premissas, o Open Banking vai ao encontro do controle individual sobre informações financeiras, aumentando a competição e a eficiência no setor bancário, que é altamente concentrado (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018, p. 86-III).

3 Os efeitos decorrentes da cessão de dados no Open Banking

Os dados, apesar de poderem aumentar e diminuir de valor, não são como outras mercadorias, pois, apesar de poderem se tornar obsoletos com o tempo, sua quantidade não diminui com o uso. Essa diferença é a chave do motivo pelo qual os consumidores devem possuir seus próprios dados e os dados criados quando interagem com as empresas e ter o direito de cedê-los onerosamente.

Algoritmos digitais, como os algoritmos de varejo eletrônico, mapeiam o perfil do consumidor para exibir ofertas adequadas ao padrão de consumo e o que ele procurou no seu histórico de buscas, o que é conhecido como *profiling*. O raciocínio para a cessão de dados é que, com a titularidade do consumidor sobre seus dados, ele poderia fornecer uma maior acuracidade à plataforma sobre seu perfil consumerista, já que ela será alimentada com dados que não tinha acesso antes, o que mitigará o poder do algoritmo de mapeamento de perfis dos consumidores, transferindo esse poder ao consumidor e quebrando a necessidade de intermediários para captação desses dados, como os *data brokers*. O consumidor decide se o *trade off* vale a pena, ou seja, há o claro respeito à autodeterminação informativa, princípio basilar da proteção de dados pessoais, positivado no art. 2º, II da LGPD.

Isso combate o temor de que incentivos financeiros influenciem os consumidores a sacrificar ainda mais sua privacidade do que o que já é feito. Defende-se, portanto, que a cessão de dados é uma escolha que os consumidores devem poder decidir, ou seja, quais dados valem a pena ceder pelo preço que receberiam e quais não, sobre o prisma da autodeterminação informativa e o princípio constitucional da liberdade econômica.

Exercendo sua liberdade de escolha, os consumidores podem reter os dados que desejam manter em sigilo e negar acesso às organizações nas quais não confiam. Isso é obviamente preferível à situação atual, onde as empresas tendem a possuir os dados das transações e têm o arbítrio de seu uso sem a permissão e o conhecimento dos consumidores. Assim, dar a eles a propriedade de seus dados é melhor do que simplesmente proibir o seu uso pelas empresas. Além disso, é mais benéfico

dar às pessoas maior acesso a seus dados e controle sobre seu conteúdo ao invés de restringir o uso deles por terceiros, porque permite que os consumidores lucrem com seus dados e promovam o seu amplo uso através de sua descentralização no mercado.

Poder-se-ia argumentar que a valorização dos dados pessoais, o desenvolvimento de mercados, custos técnicos e logísticos de pagamentos e o ônus para os consumidores de gerenciar a cessão de seus dados pessoais dificultariam o processo de cessão pelo consumidor. No entanto, é nesse fator que há a abertura de espaço para a inovação. Nesse sentido, surge um novo modelo de negócio baseado em dados que pode ser abarcado pelo Open Banking. Permitir que os consumidores possuam e cedam de forma onerosa seus dados pessoais é a centelha que incentivaria os inovadores a resolver esses problemas também, o que se potencializaria com o Open Banking. Assim, empresas como a BigchainDB, DEX e Wibson criam conexões diretas entre cedentes ecessionários para compartilhamento de dados, gerenciamento de contratos inteligentes²¹ para cada cessão de dados e utilizam notários ou *blockchain*²² para validar dados e lidar com quaisquer disputas que possam surgir. Além disso, a Wibson, por exemplo, requisita os dados do consumidor, sob seu consentimento, diretamente da fonte de dados, com o advento do Open Banking.

Nessa mesma marcha, Tim Berners-Lee, criador da *World Wide Web*, construiu uma plataforma chamada Solid, que permite aos usuários controlar quais serviços acessam seus dados para que eles tenham um retorno financeiro sobre o tratamento de seus dados. Além disso, o *Ocean Protocol* permite que as pessoas cedam onerosamente seus dados diretamente para empresas de Inteligência Artificial (IA), para aprimoramento de pesquisas, tecnologias e serviços. Outras empresas oferecem, por exemplo, *tokens*²³ de criptomoedas²⁴ em troca de informações como transações bancárias, histórico médico ou as flutuações em um termostato. A segurança dessas transações está no *blockchain*, onde a cessão de dados ocorre de forma segura e privada, mantendo um registro meticuloso de cada negócio realizado pelo consumidor. Ainda, para evitar que o consumidor fraude seus dados, haveria um processo de *Know Your Customer* (KYC)²⁵ por meio de *Strong customer authentication* (SCA)²⁶ a fim de verificar se eles são realmente verídicos.

Além de alguns bancos cedem dados de clientes a terceiros (JONES, 2013, p. 1), alguns deles também fornecem dados de clientes a agregadores de dados, como o Yodlee, que anonimizam os dados, ou seja, removem todas as informações que permitissem a identificação pessoal e cedem essas informações a terceiros, como fundos de *hedge* (CROSMAN, 2017, p. 1). Eles podem utilizar, por exemplo, para prever o desempenho da empresa com base no perfil de seus consumidores e tomar decisões de investimento ou para exercer posição de compra de ações analisando o perfil de investidores de uma corretora. Essa manobra permite que tais dados saiam do crivo da LGPD, já que, conforme o seu art. 12, os dados anonimizados irreversíveis não são considerados dados pessoais.

21 Contratos inteligentes, ou *smart contracts*, são protocolos digitais que verificam ou impõem a negociação de um contrato ou o seu desempenho na execução sem a necessidade de terceiros, uma vez que tais transações são rastreáveis e irreversíveis.

22 *Blockchain* é uma tecnologia de registro distribuído e imutável para a gravação de transações, o rastreamento de ativos e a construção da confiança.

23 *Token* é uma unidade de valor emitida por uma organização. Uma organização cria um *token* no contexto de um modelo de negócios específico para poder incentivar a interação do usuário e distribuir recompensas por toda a rede de titulares de *token*.

24 Criptomoeda é um meio de troca baseado na internet que usa funções criptográficas para conduzir transações financeiras.

25 Processo empresarial de verificação da identidade de clientes, em que se analisa a adequação deles a partir de uma análise de potenciais riscos e ilícitos ao negócio comercial.

26 Processo implementado pela PSD2 que obriga os pagamentos eletrônicos sejam realizados com autenticação multifatorial, para fins de cibersegurança.

Conclusão

Verifica-se que é juridicamente possível a cessão de dados pelos seus titulares considerando o Open Banking e as normas brasileiras que permeiam seus agentes, a relação de cessão entre eles e a proteção de dados pessoais.

Para que a operacionalização da cessão de dados se adeque às normas vigentes, sugere-se aos cessionários que: (i) anonimizem os dados de clientes, de forma que não seja possível utilizar de processos que permitam a identificação do titular dos dados; (ii) obtenham o consentimento livre, inequívoco e informado do cliente, uma vez que, conforme o art. 10, § 3º da Resolução, apesar de o consentimento não poder ser obtido por contrato de adesão, formulário previamente preenchido ou de forma presumida, ele poderia ser obtido a partir de um *widget*²⁷ de consentimento que indique de forma clara quais informações estão sendo compartilhadas com quem por quanto tempo; e (iii) criem uma plataforma e um registro de transações dos dados do cliente para que ele possa acompanhar e se informar sobre os fins para que seus dados estejam sendo utilizados e verificar o legítimo interesse do cessionário.

Caso o cliente permita que o cessionário dos dados os ceda a terceiros, todas as etapas especificadas devem ser repetidas considerando a relação *business-to-business* (B2B), ou seja, com a anonimização, o consentimento, a plataforma e o registro adequados nas especificações acima para transações entre pessoas jurídicas, conforme o art. 9º, III e o art. 14 da Resolução, bem como o recente entendimento do STJ no REsp 1.758.799/MG.

Assim, respeitando os direitos e os deveres de ambos os negociantes, os benefícios oriundos da cessão de dados podem superar os custos de implementação do modelo. Isso porque a cessão de dados e, conseqüentemente, sua descentralização no mercado geram oportunidade de acesso ao crédito às pessoas que não tem ou nunca o tiveram. Isso fomenta a economia com redução de juros e de assimetria informacional, além da possibilidade de descontos em dívidas, portanto, gerando um novo mercado baseado em dados.

Do mesmo modo que o compartilhamento de dados pode gerar benefícios, como a redução de juros e melhores decisões de investimento pelo consumidor, pode gerar também malefícios, como uma informação adicional para fundos ligados a corretoras terem o padrão de investimento de consumidores, aumentando a assimetria informacional. Nesse contexto, quem receberá os dados compartilhados pelo consumidor estaria se beneficiando, enquanto o consumidor não ganharia benefícios.

No entanto, a preocupação de que os consumidores abandonariam a qualquer custo sua privacidade e impediria um hígido fluxo de informações não merece prosperar, uma vez que, com o compartilhamento de dados do Open Banking e a possibilidade da cessão de dados, estaria sendo aplicado um regime de utilidade pública e de obrigações essenciais, o que limita a capacidade de empresas dominantes abusarem de seu poder de mercado (KHAN, 2016, p. 803).

Conclui-se, portanto, que, com a cessão de dados, e exercendo a titularidade e sua autodeterminação informativa, o consumidor poderia reverter o lado negativo do compartilhamento de dados ao se beneficiar conjuntamente com quem os receberá, já que não apenas compartilharia, mas receberia um ativo nessa transação como um valor monetário ou porcentagem de ações da empresa. Tal transação agregaria ao sistema do Open Banking, uma vez que o empoderamento do consumidor sobre seus dados seria maior e mitigaria de certa forma a sua hipossuficiência perante também quem os receberá.

²⁷ *Widget* é um elemento de uma interface gráfica que pode exibir informações e/ou interagir com um usuário.

Referências

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Economia Bancária 2017. **Publicação anual do Banco Central do Brasil (BCB)**, 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/REB_2017.pdf. Acesso em: 14 jan. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional)**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, 18 de junho de 1986, Seção 1, p. 8809. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 5 de outubro de 1988, Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 fev. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, 12 de setembro de 1990, Seção 1, p. 1. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei complementar 105, de 10 de janeiro de 2001 (Lei do Sigilo Bancário)**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2001, Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcpro5.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002, Seção 1, p. 1. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 dez. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Diário de Justiça do dia 8 de setembro de 2004, p. 129. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf. Acesso em: 2 mar. 2020.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução 3.401 de 6 de setembro de 2006**. Dispõe sobre a quitação antecipada de operações de crédito e de arrendamento mercantil, a cobrança de tarifas nessas operações, bem como sobre a obrigatoriedade de fornecimento de informações cadastrais. Diário Oficial da União, 8 de setembro de 2006. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48214/Res_3401_v3_L.pdf. Acesso em: 19 fev. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591 (ADI 2.591)**. Relator originário: Min. Carlos Velloso, Relator para o Acórdão: Min. Eros Grau. Diário de Justiça do dia 29 de setembro de 2006. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855. Acesso em: 20 fev. 2020.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução 4.649, de 28 de março de 2018**. Dispõe sobre a prestação de serviços por parte de instituições financeiras a instituições de pagamento e a outras instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Diário Oficial da União, 2 de abril de 2018,

Seção 1, p. 24. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/8581149/doi-2018-04-02-resolucao-n-4-649-de-28-de-marco-de-2018-8581145. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução 4.656, de 26 de abril de 2018**. Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Diário Oficial da União, 30 de abril de 2018, Seção 1, p. 24-26. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_VI_O.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, 15 de agosto de 2018, Seção 1, p. 59. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Comunicado 33.455, de 24 de abril de 2019**. Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Diário Oficial da União, 26 de abril de 2020, Seção 3, p. 48. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/comunicado-n%C2%BA-33.455-de-24-de-abril-de-2019-85378506>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.758.799/MG (REsp 1.758.799/MG)**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico do dia 19 de novembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=103280907&num_registro=201700065219&data=20191119&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 2 fev. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Edital de Consulta Pública 73/2019, de 28 de novembro de 2019 (Proposta de Resolução)**. Divulga propostas de atos normativos que dispõem sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetalharAudienciaPage?o&pk=322>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular 3.979, de 30 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre a constituição e a atualização da base de dados de risco operacional e a remessa ao Banco Central do Brasil de informações relativas a eventos de risco operacional. Diário Oficial da União, 31 de janeiro de 2020, Seção 1, p. 90. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/circular-n-3.979-de-30-de-janeiro-de-2020-240824526>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Portaria 107.101, de 2 de março de 2020**. Constitui o grupo de trabalho para propor estrutura responsável pela governança do processo de implementação do Open Banking no País (GT Governança Open Banking) e dá outras providências. Diário Oficial da União, 3 de março de 2020, Seção 1, p. 28. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-107.101-de-2-de-marco-de-2020-245732371>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução Conjunta 1, de 4 de maio de 2020**. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Diário Oficial da União, 5 de maio de 2020, Seção 1, p. 34-38. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/>

downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51028/Res_Conj_0001_VI_O.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

CHESBROUGH, Henry, et al. Open innovation: Researching a new paradigm. **Oxford University Press on Demand**, 2006.

CROSMAN, Penny. Should banks be in the business of ‘surveillance capitalism’?. **American Banker**, 2017. Disponível em: <https://www.americanbanker.com/news/should-banks-be-in-the-business-of-surveillance-capitalism>. Acesso em: 13 fev. 2020.

ELMER, Greg. Profiling machines: Mapping the personal information economy. **MIT Press**, 2003.

ENGELS, Barbara. Data portability among online platforms. **Internet Policy Review**, 2016. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/data-portability-among-online-platforms>. Acesso em: 22 dez. 2019.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. EBA Consumer Trends Report 2018/19. **EBA Reports**, 2019. Disponível em: <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2551996/75e73a19-d313-44c9-8430-fc6eca025e8b/Consumer%20Trends%20Report%202018-19.pdf?retry=1>. Acesso em: 22 fev. 2020.

EVANS, David S. The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. **Yale Journal on Regulation**: Vol. 20: Iss. 2, Article 4, 2003. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol20/iss2/4>. Acesso em: 10 dez. 2019.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The industrial organization of markets with two-sided platforms. **National Bureau of Economic Research**, 2005.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Failure to launch: Critical mass in platform businesses. **Review of Network Economics**, v. 9, n. 4, 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/10127995.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. **National Bureau of Economic Research Working Paper 18783**, 2013. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w18783>. Acesso em: 9 jan. 2020.

FARRELL, Joseph; SIMCOE, Timothy. Four paths to compatibility. **Oxford Handbook of the Digital Economy**, 2012.

GRAEF, Inge, et al. Putting the right to data portability into a competition law perspective. **The Journal of the Higher School of Economics**, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2416537>. Acesso em: 22 dez. 2019.

HAGIU, Andrei. Strategic Decisions for Multisided Platforms. **MIT Sloan Management Review**, v. 55, n. 2, 2014.

HOFFMAN, David A. Intel Executive: Rein In Data Brokers. **The New York Times**, 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/07/15/opinion/intel-data-brokers.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

IBM SECURITY. 2019 Cost of a Data Breach. **Ponemon Institute Research Department**, 2019. Disponível em: https://www.ibm.com/downloads/cas/ZBZLY7KL?_ga=2.134781105.1373689445.1570151369-1799981008.1570151369. Acesso em: 3 jan. 2020.

- JONES, Rupert. Barclays to sell customer data. **The Guardian**, 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2013/jun/24/barclays-bank-sell-customer-data>. Acesso em: 3 mar. 2020.
- KERBER, Wolfgang; SCHWEITZER, Heike. Interoperability in the digital economy. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, v. 8, 2017.
- KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, 2016. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5785&context=ylj>. Acesso em: 16 dez. 2020.
- MATSAKIS, Louise. The Wired guide to your personal Data (and who is using it). **WIRED**, 2019. Disponível em: <https://www.wired.com/story/wired-guide-personal-data-collection/>. Acesso em: 13 jan. 2020.
- POSNER, Richard A. The economics of justice. **Harvard University Press**, 1983.
- ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. **Journal of the European Economic Association**, 2003.
- ROSS, Sheldon. Probabilidade: um curso moderno com aplicações. **Bookman Editora**, 2009.
- SHAO, Xiao. Competition of Banks as Two-Sided Markets. **IEEE**, 2014. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/6923766>. Acesso em: 7 jan. 2020.
- SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. Information Rules, A strategic guide to the network economy. **Harvard Business School Press**, 1998.
- STIGLITZ, Joseph E.; WEISS, Andrew. Credit rationing in markets with imperfect information. **The American Economic Review**, v. 71, n. 3, 1981.
- ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. **International Data Privacy Law**, v. 2, n. 3, 2012.