



MINISTÉRIO DA FAZENDA

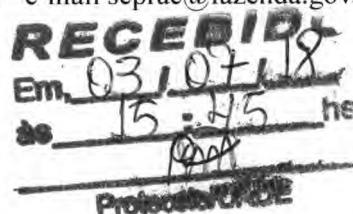
Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

Chefia de Gabinete

Esplanada dos Ministérios - Bloco P - Ed. Sede, Sala 211 - Bairro Zona Cívico-Administrativa

CEP 70 048 - 900 - Brasília/DF - (61) 3412-2360 - e-mail seprac@fazenda.gov.br

Ofício SEI nº 50/2018/GABIN/SEPRAC-MF



Brasília, 02 de julho de 2018.

Senhora Ana Luiza Mahon

Chefe de Gabinete do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE/MJ

Setor de Edifícios de Utilidade Pública Norte – SEPN, Entrepradra 515, Conjunto D, Lote 4,

Edifício Carlos Taurisano

70770-504 - Brasília/DF

**Assunto: Encaminhamento de denúncia ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para a abertura de investigação, nos termos do art. 66, §6º da Lei nº 12.529, de 2011.**

*Referência:* Ao responder este Ofício, favor indicar expressamente o Processo nº 10099.100151/2018-14.

Senhora Chefe de Gabinete,

Encaminho cópia do **Parecer SEI nº 1/2018/Gabin/Seprac-MF**, para a abertura de investigação, nos termos do art. 66, §6º da Lei nº 12.529, de 2011.

Anexos:

I - Petição (SEI nº 0817169);

II - Parecer (SEI nº 0817174);

Atenciosamente,

Documento assinado eletronicamente

THALIA LACERDA DE AZEVEDO GÊ ACAIABA DE MONTEZUMA

## Chefe de Gabinete



Documento assinado eletronicamente por **Thalia Lacerda de Azevedo Ge-Acaiaba de Montezuma, Chefe de Gabinete**, em 03/07/2018, às 09:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0828548** e o código CRC **EDF28FF8**.

Processo nº 10099.100151/2018-14.

SEI nº 0828548



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR EDUARDO PALMA PELLEGRINELLI, JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO PAULO**

A SECRETARIA DE PROMOÇÃO DA PRODUTIVIDADE E ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA vem, por meio da anexa nota,

-- com supedâneo no art. 138 do Código de Processo Civil,

-- tendo em vista, nos termos do art. 5º do Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018, ser a sucessora das atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico previstas, em especial, no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011,

-- nos termos deferidos pelo Ministro Luiz Fux na ADPF nº 449, ao entender, por meio de despacho irrecurável, que o art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, confere representatividade ao seu mandatário para ingressar em juízo, por conta própria, para realizar advocacia da concorrência,

SOLICITAR a sua participação, na condição de *AMICUS CURIAE*, no Processo Digital nº 1027396-67.2016.8.26.0100, em que é autor o Banco Bradesco e réu, o Guiabolso Finanças e Correspondente Bancário e Serviços Ltda..

Aproveito o ensejo para renovar os votos de mais elevada estima.

Brasília/DF, 27 de junho de 2018.

Documento assinado eletronicamente

ANGELO JOSÉ MONT ALVERNE DUARTE

Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência, Substituto



Documento assinado eletronicamente por **Angelo José Mont'Alverne Duarte, Secretário(a) de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência Substituto(a)**, em 02/07/2018, às 17:18, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0817169** e o código CRC **6212BCE2**.

---

Referência: Processo nº 10099.100151/2018-14

SEI nº 0817169



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência  
Chefia de Gabinete

## PARECER SEI N° 1/2018/GABIN/SEPRAC-MF

**Referência:** Processo Digital n° 1027396-67.2016.8.26.0100 (autor: Banco Bradesco S/A; réu: Guiabolso Finanças e Correspondente Bancário e Serviços Ltda.)

**Assunto:** Aplicações de finanças pessoais. Acesso a informações pessoais disponibilizadas em aplicações de *internet banking*. Expressa autorização do cliente para o acesso ao seu histórico bancário. Ausência de violação do dever de sigilo (art. 1º, §3º, V da Lei Complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2001). Receio quanto à responsabilidade da instituição financeira, em caso de falha de segurança. Medidas e propostas que ultrapassam a medida do razoável para garantir a segurança e coíbem a concorrência. Elevação dos custos de rival. Indícios de *sham litigation*. Medidas que visam afetar a viabilidade de *mavericks*. Pela improcedência dos pedidos. Encaminhamento de denúncia ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para a abertura de investigação, nos termos do at. 66, §6º da Lei n° 12.529, de 2011.

**Processo SEI n° 10099.100151/2018-14**

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. A lide tem a sua origem em março de 2016, quando o Banco Bradesco, ora autor, ajuíza ação de obrigação de não fazer e de fazer, com pedido liminar. A ação visa a que o Guiabolso, ora réu, abstenha-se de coletar os dados dos clientes do autor acessados por meio da sua aplicação de *internet banking* (acessada tanto por dispositivo móvel, quanto pelo navegador) e apague os dados já coletados.

2. O pedido fundamenta-se em alegações de:

- risco para a segurança;
  - a instituição financeira não saberia diferenciar o acesso por aplicações de ataques de fraude;
  - falhas de segurança na aplicação foram constatadas por serviços técnicos contratados pelo autor do Instituto Brasileiro de Peritos em Comércio Eletrônico e Telemática (IBP);
- elevação dos custos de administração do sistema pela instituição financeira;
- quebra de sigilo bancário:
  - não haveria autorização expressa do autor, tampouco do cliente;
- desrespeito ao contrato com a instituição financeira:
  - a senha de acesso é pessoal e intransferível;
  - ausência de notificação por escrito ao banco, autorizando o uso da conta pela aplicação de finanças pessoais;
- ausência de transparência da aplicação:
  - ausência de notificação do cliente quanto à possibilidade de usar o código *token* para realizar operações não autorizadas;
- concorrência desleal:

- o infração ao direito autoral sobre o banco de dados.

3. Ao indeferir a concessão da liminar, esse juízo esclareceu que a aplicação é amplamente conhecida no Brasil e conta com mais de um milhão de usuários, sendo, ainda, muito semelhante ao *Mint*, amplamente utilizados nos Estados Unidos da América. Aplicações congêneres teriam por objetivo proporcionar aos consumidores meio mais simples e eficiente de organização e planejamento das finanças pessoais. Assere, ainda:

“Por sua vez, os documentos de fls. 127/140 indicam que o consumidor é devidamente informado sobre o funcionamento do GuiaBolso, o que, aparentemente, constitui o grande diferencial e atrativo.

E as informações de fls. 123/124 indicam que o GuiaBolso apenas utilizaria a senha de acesso à internet, mas **não** a senha que possibilitaria a realização de transações bancárias.

Aliás, nesse ponto é importante salientar que o estudo técnico de fls. 142/192 aparenta parcialidade ao adotar a expressão ‘senha secreta’, (fls. 159) sem explicitar que **não** se trata da senha que possibilita movimentações financeiras.

Mais ainda, ao afirmar que ‘Sob o ponto de vista técnico, esse procedimento é **incorreto** porque a senha é secreta e somente deve ser apresentada a programas da própria instituição financeira...’ (fls. 159 n-grifado), os autores do estudo contratado extrapolam os limites de sua expertise, uma vez que a possibilidade ou não do GuiaBolso utilizar a senha voluntariamente pelos consumidores é a questão jurídica central deste processo

Não se ignora a relevância das alegações de fls. 01/54, sendo forçoso reconhecer a razoabilidade da preocupação do autor com a segurança dos seus sistemas, como o sigilo das informações armazenadas, com a possibilidade de fraudes e com eventual caracterização da responsabilidade civil solidária, por integrar a cadeia do fornecimento de serviços.

Entretanto, também não se pode ignorar que o réu aparenta ser pessoa jurídica idônea, que presta serviços úteis, com funcionalidades inovadoras”

4. A decisão destaca que as senhas foram fornecidas voluntariamente pelos clientes do GuiaBolso, que protocolos de segurança foram adotados pelo réu e que não foram demonstradas fraudes por meio da aplicação. Ademais, destaca que a interposição de *token* para reforçar a segurança de acesso à aplicação, em lugar de usar esse *token* para guarnecer operações não autorizadas, teria elevado – e não reduzido – a vulnerabilidade do sistema:

“Também não se pode ignorar que, aparentemente, para dificultar o acesso do GuiaBolso, o autor conscientemente teria passado a exigir a segunda senha (*token*) para que os seus clientes acessassem as informações bancárias, de forma que o próprio autor teria sido responsável pelo aumento da vulnerabilidade dos sistemas de segurança.”

5. Tendo em vista

- a natureza concorrencial da discussão realizada em sede do processo em epígrafe;
- que o art. 138 do Código de Processo Civil autoriza o magistrado a, considerando (a) a relevância da matéria, (b) a especificidade do tema objeto da demanda, ou (c) a repercussão social da controvérsia, de ofício, ou a requerimento das partes, ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar, ou admitir a participação, na qualidade de *amicus curiae*, de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada;
- a decisão monocrática do Ministro Luiz Fux na ADPF nº 449, ao entender, por meio de despacho irrecorrível, que o art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, confere representatividade ao seu mandatário para ingressar em juízo, por conta própria, para realizar advocacia da concorrência;
- que, nos termos do art. 5º do Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência é a sucessora das atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico previstas, em especial, no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; e
- a experiência dos técnicos da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – todos oriundos da extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico – na promoção da concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade, positivada no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011,

vimos, por meio da presente nota, apresentar os nossos subsídios ao presente processo, solicitando o ingresso da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência na condição de *amicus curiae*.

## 2 DA ATRIBUIÇÃO DE PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELA SECRETARIA DE PROMOÇÃO DA PRODUTIVIDADE E ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA

6. Na atual configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)[1], uma das competências da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência é “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade”. Essa atribuição decorre da leitura conjunta do art. 19, *caput*, da Lei nº 12.529, de 2011, que conferiu essa competência à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com o Decreto nº 9.266, de 2018, que extingue essa secretaria e confere as suas atribuições de advocacia da concorrência,

exceto no setor de energia, à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência daquele mesmo ministério.

7. No exercício da sua ampla prerrogativa legal de promoção da concorrência introduzida por lei em 2011, esta Secretaria tem aperfeiçoado a sua atuação junto ao Judiciário e outros órgãos julgadores, tornando-se mais ativa no patrocínio de cursos e seminários e levando subsídios econômicos e de análise econômica do direito para ações judiciais e em tribunais de contas que tenham elevado impacto sobre a concorrência. Exemplos recentes são a sua atuação como *amicus curiae* junto ao Supremo Tribunal Federal (na ADPF nº 449, na ADI nº 5956 e na ADI nº 5959) e no Processo REP-6/00004676 junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, assim como o seu pedido de ingresso, nessa mesma condição, no Recurso Extraordinário nº 1.054.110/SP e no Processo nº 0028488-96.2011.4.01.3400, que corre no Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

### 3 PRELIMINARMENTE

8. Cumpre salientar que, em função de o processo sob análise – que é de conhecimento público[2] – correr em segredo de justiça e em função de o segredo de justiça decorrer da perícia de dados sigilosos, esta Seprac/MF teve acesso, exclusivamente, à exordial e à decisão no pedido liminar de parcial antecipação de tutela. É exclusivamente a partir dos elementos de fato e de direito apresentados nessas peças processuais que o presente parecer deve ser analisado.

### 4 DO MÉRITO

9. Para fins didáticos, o parecer divide-se em seções temáticas. Primeiro, abordar-se-á o modelo de negócios do réu. Em segundo lugar, discutiremos os argumentos apresentados pelo autor. Por fim, apresentaremos a nossa conclusão, juntamente com as providências que julgamos que devam ser tomadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

#### 4.1 DA DESTRUIÇÃO CRIATIVA

10. O capitalismo é um constante processo evolutivo. Essa visão, enfatizada por Karl Marx, foi posteriormente adotada como ponto de partida para as conclusões de Schumpeter acerca da força inovadora que move a economia.

11. Como enunciado por Schumpeter[3], a realidade dos agentes econômicos não é estática: o seu hoje é o receio da concorrência que terá amanhã. E, justamente pelo receio perene dos agentes econômicos em estar um passo atrás, o capitalismo é movido por uma busca incessante pela inovação. Ao mesmo tempo em que promove o inovador e o coloca em uma posição temporária de monopólio, a inovação é a espada de Dâmoicles que pende sobre o seu trono, ameaçando o seu domínio.

“Não é necessário explicar que o tipo de competição que temos em mente não se faz sentir somente quando um concorrente esteja presente, mas também como uma ameaça constante da sua presença. Ela disciplina antes que ataque. O empreendedor sente-se ameaçado mesmo quando sozinho, ou quando, embora não esteja sozinho, autoridades governamentais falhem em identificar sinais de competição efetiva entre ele e outros agentes econômicos no mesmo mercado, ou em um mercado vizinho e, como consequência, concluem que as suas reclamações, sob investigação, a respeito da competição, são ilusórias.”[4]

12. Ao mesmo tempo, os negócios estabelecidos e que estão sendo superados pelas novas tecnologias procurarão formas de defesa – sejam formas lícitas, sejam formas concorrencialmente reprováveis.[5]

13. É natural que as novas tecnologias, ao inovar, tragam desafios que não estavam originalmente previstos no ordenamento jurídico. O regulador/legislador/julgador, nesse instante, depara-se com duas alternativas bem definidas: aplicar sobre a inovação as regras vigentes e aproximá-la do exercício da atividade estabelecida, ou repensar/flexibilizar as regras – ou até mesmo desregular -, incentivando mais inovação. Ao se tomar uma decisão tão simplória quanto a primeira, a autoridade pública consolida o poder de mercado de quem está no topo e reduz o bem-estar do consumidor. Primeiro, porque o poder de escolha do consumidor é tolhido. Segundo, porque, com menor pressão competitiva, os preços tornam-se mais elevados e o avanço da qualidade dos produtos, ou serviços é prejudicado. Terceiro, porque o consumidor se vê impedido de consumir um bem, ou um serviço que lhe dá maior utilidade – o que implica dizer que a decisão da autoridade reduziu o acesso do consumidor ao bem no qual ele percebe maior qualidade.

14. Daí que o caminho para tratar de serviços que não atendam às especificações previstas nas regras vigentes – justamente porque essas regras não foram escritas para eles, ou pensando neles (já que as possibilidades trazidas pela tecnologia são ilimitadas e incorporadas ao nosso cotidiano de forma crescente) – não deve, como regra, ser a sua coibição, mas a sua adequação à *mens legis*. E, quando a *mens legis* tratar de um cenário não mais condizente com a realidade, uma nova forma de disciplinar a realidade deve ser pensada.

15. Sob o ponto de vista da concorrência, a destruição criativa é o grande motor da economia. E, por isso, até mesmo nos casos em que o efeito da tecnologia sobre o mercado é mais desestruturador, como foi o caso do Uber, a experiência recomenda um feriado regulatório durante o qual o impacto sobre a economia e sobre o consumidor final é

mensurado. Antes, sob o ponto de vista concorrencial, quanto maior o impacto da inovação e o salto de bem-estar do consumidor, mais efetiva terá se provado a livre concorrência para a eficiência e para o desenvolvimento econômico. E, como antecipa Timothy Wu[6], é natural que a inovação mais dramática venha de alguém que, embora conheça um dado mercado, não esteja ligado a nenhum dos seus competidores atuais: é justamente esse distanciamento que permite ao inovador colocar em prática um aprimoramento pensando no impacto sobre o consumidor (ou na captação de clientes) sem se preocupar em conter o avanço tecnológico para preservar o equilíbrio de poder que será drástica e imprevisivelmente alterado com a inovação[7].

16. O presente caso deve ser lido no contexto das inovações tecnológicas no setor financeiro, com o surgimento e a proliferação das denominadas *fintechs*. Ao reduzir os custos de entrada, captação (tanto de recursos, quanto de clientela) e inundar o setor financeiro de vias alternativas de acesso ao crédito e prestação de serviços de pagamento, as *fintechs* têm revolucionado o setor, elevando a digitalização dos bancos virtuais, reduzindo os preços cobrados e gerando o potencial de redução dos juros. Mais do que isso, as plataformas digitais, por terem custos mais baixos – e por isso a doutrina especializada as chama de *mavericks* –, permitem a inclusão digital e a bancarização da população de mais baixa renda (caso de *fintechs* como Nubank), além de reduzir os custos de abertura do pequeno negócio (caso de facilitadores como PagSeguro UOL, assim como de adquirentes, ou credenciadoras de terminais de pagamento, ou máquinas de cartão de crédito, como SumUp).

17. É justamente por conta do efeito multiplicador dessas empresas de tecnologia e da habilidade de desconcentrar o setor financeiro que o Estado tem atuado para incentivar a sua proliferação, ao mesmo tempo em que cuida de criar regras mínimas que garantam a segurança adequada ao sistema financeiro. Além de regulações recentes do Banco Central do Brasil (Resoluções nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017, e nºs 4.656 e 4.657, ambas de 26 de abril de 2018) e de propostas desse regulador que estão sempre entrando na ordem do dia (como o edital de consulta pública 63/2018–BCB, de 26 de março de 2018, que disciplina a interoperabilidade entre arranjos de pagamento), também o Congresso Nacional está apreciando projetos de lei, como o PLP 441/2017 e o PLC 73/2018, que criam segurança institucional para o funcionamento das *fintechs*, ou permitem o compartilhamento de bases de dados, ou cadastros. Todas essas iniciativas de Estado visam, em particular, aumentar a oferta de crédito, reduzir a inadimplência e o *spread* bancário. *Fintechs* como o GuiaBolso já fazem isso, ao introduzirem mecanismos sofisticados de análise de crédito que lhes permitem reduzir os riscos de emprestar dinheiro e, por subsequente, reduzir – de forma sustentável e não artificial – o preço do dinheiro emprestado (ou, em outras palavras, a taxa de juros). Não fosse o bastante, aplicações de finanças pessoais exercem um importante papel de educar financeiramente a população, com o potencial de reduzir o sobreendividamento.

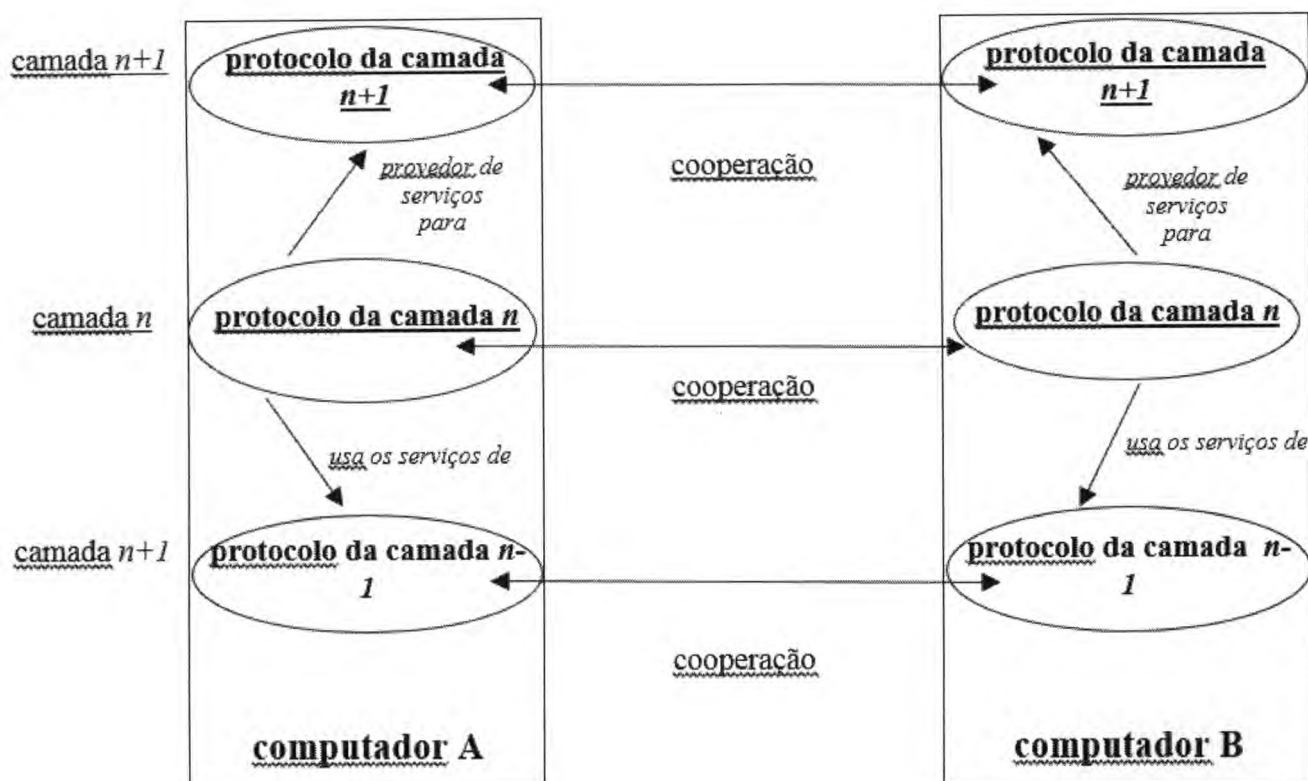
#### 4.2 PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS

18. Como se pode depreender do item anterior, as *fintechs* representam o tão esperado aparecimento de *mavericks* no mercado financeiro, trazendo o estado de “vendaval permanente” (*perennial gale*) de que falava Schumpeter e que é responsável por incentivar a inovação. Sob o ponto de vista estritamente concorrencial, a digitalização da economia tem permitido a redução de custos e a atomização de diversos mercados, transformando economias que antes eram locais em negócios com competidores globais[8]. No segmento financeiro, por exemplo, ao invés de dirigir-se sua agência bancária local, é possível contratar aplicações como TransferWise em qualquer lugar do mundo.

19. Ao mesmo tempo em que a rede mundial de computadores (*internet*) facilita a atomização da economia, ao reduzir os custos de acesso ao mercado e eliminar barreiras geográficas, a sua estrutura permite a manipulação das camadas superiores pelas inferiores. A estrutura da *internet* foi assim simplificada pela professora da faculdade de direito de Stanford Barbara van Schewick[9]:

#### Figura 1. Protocolos por camadas





20. A manipulação das camadas superiores pelas camadas inferiores (pelas quais transitam os dados que alcançam as camadas mais elevadas) é o cerne da discussão acerca da neutralidade de rede, em que o foco reside na capacidade de o detentor da infraestrutura manipular o fluxo de dados originando, ou terminando no seu concorrente, causando congestionamentos e uma experiência pobre para o consumidor. Segundo van Schewick[10]:

“Suponha que a arquitetura de um sistema permita à proprietária de um componente bloquear componentes complementares de outra inovadora, ou piorar a experiência do consumidor com eles. Uma inovadora independente com uma ideia para um componente complementar pode levar em consideração que o seu novo componente pode sofrer discriminação [no momento de investir na ideia]. Essa discriminação reduziria os seus lucros e levaria a que um negócio de outro modo rentável se tornasse não lucrativo. Apostando que a discriminação aconteceria no futuro, a inovadora independente deixa de inovar agora. Em contraste, uma arquitetura que não dê brechas para discriminar contra outros componentes nivela as condições de concorrência. Como os inovadores não terão que sopesar uma possível redução de lucros causada por discriminação, poderão esperar lucros maiores do que sob uma arquitetura que admita a discriminação. Desse modo, mais inovações por inovadores independentes serão lucrativas sob uma arquitetura que proíba a discriminação. Em sentido oposto, o proprietário de um componente dominante pode ter mais incentivos a inovar sob uma arquitetura que permita a discriminação, pois poderá lucrar mais bloqueando componentes complementares, ou piorando a experiência do consumidor com eles.

Considere o exemplo do Skype. O uso generalizado de aplicações de telefonia pela internet [VoIP] reduz os lucros que os provedores de redes extraem dos serviços telefônicos tradicionais. Tivessem os provedores de rede sido capazes de evitar que os seus usuários usassem VoIP em 2002, quando Niklas Zennström e Janus Friis estavam pensando em construir um aplicativo de VoIP baseado na arquitetura ponto-a-ponto (P2P), os inovadores poderiam ter desistido da ideia, com o receio de que os provedores de redes bloqueassem o seu aplicativo. Porque os provedores de acesso à internet não conseguiam detectar aplicações VoIP em 2002, Zennström e Friis não precisaram sopesar uma possível redução de lucros causada por discriminação, ou por exclusão.”

21. No exemplo do detentor da infraestrutura/criador da aplicação, a camada de aplicações é a camada superior, ou camada  $n+1$ , que funciona sobre a rede física do operador, ou camada  $n$  (daí as aplicações serem chamados de *over-the-top content*, ou OTT). No nosso caso, em que estamos falando de uma aplicação que funciona sobre a estrutura de outra, a aplicação GuiaBolso assume a posição  $n+1$ , ou *over-the-top*, com o caráter inovador, mas, ao mesmo tempo, assentada sobre uma arquitetura frágil.

22. A fragilidade da posição do inovador reside não apenas na arquitetura de rede, mas também em fatores históricos. O abuso da posição dominante com o objetivo de eliminar a concorrência oriunda de novas tecnologias é tema recorrente entre estudiosos da defesa da concorrência. Nenhum estudo foi, entretanto, tão impactante quanto a obra seminal do professor da faculdade de direito de Columbia Timothy Wu. A obra de Tim Wu é impactante porque demonstra como esse comportamento é esperado, também, entre empresas de tecnologia, com as empresas de tecnologia

já estabelecidas tentando evitar que sejam superadas pelos novos *mavericks*. Trata-se do efeito Kronos[11]: “os esforços envidados pela empresa dominante para consumir os seus potenciais sucessores ainda na sua infância”[12]. Segundo o autor[13]:

“(…) (...) É verdade que a internet naturalmente capta o poder da descentralização e desafia o poder central, mas diante de um determinado poder esse modelo, isoladamente, é uma defesa inadequada para aquilo que mais nos agrada na rede.

O dado objetivo é que a internet não é o fantasma infinitamente elástico que se comumente imagina, mas, pelo contrário, uma entidade tangível que pode ser danificada, ou encerrada. [Isso ocorre] Porque, embora a rede tenha sido concebida para conectar cada usuário em pé de igualdade, ela sempre dependeu de um número limitado conexões físicas, por fio, ou via espectro, e de interruptores operados por um número limitado de atores de cujo bom comportamento tudo depende.

Há um sombrio ponto baixo para a diversidade de conteúdo e de serviços que a internet nos trouxe, um que a deixa mais vulnerável à centralização, não menos. A internet, com o seu desenho extraordinariamente aberto, alcançou um momento no qual todas as demais redes de informação sobre ela convergiram como uma ‘supervia’, para usar a expressão dos anos 1990. Apesar de já ter havido distintos canais de telefonia, televisão, rádio e filme, toda forma de informação está agora fadada a ocorrer, crescentemente, por meio da rede mestra que pode aguentar praticamente todo tipo de tráfego de dados. Essa tendência, chamada ‘convergência’, foi universalmente aceita com algo bom, mas os seus riscos já são conhecidos hoje. Como toda operação política, social, cultural e econômica tem algum grau de digitalização hoje, não há como negar a existência de uma espantosa dependência de uma única rede e uma não menos vital urgência em se preservar a sua abertura em face de planos concentradores.”

23. Apesar de os textos citados se concentrarem na relação entre os detentores das redes de transmissão e os seus clientes imediatos – aplicações -, a analogia é clara: o componente (no nosso caso, a aplicação de *internet banking* do Bradesco) sobre o qual se sustenta o modelo de negócios de outro componente (no nosso caso, a aplicação de finanças pessoais do GuiaBolso) – sendo o primeiro transportador do insumo (dados) para o segundo e, ao mesmo tempo, seu concorrente – tem o poder de (e um incentivo a) criar um gargalo para o fluxo de dados para o seu competidor[14]. Quando um agente econômico é, concomitantemente, fornecedor e concorrente de um *maverick*, os incentivos para conter a inovação que pode revolucionar o mercado e tornar o seu modelo de negócios ultrapassado são incontáveis: os artificios anticoncorrenciais tornam-se uma luta pela sobrevivência, ou pela preservação do *status quo*, em (proveito próprio e em) detrimento do consumidor.

#### 4.3 DAS ALEGAÇÕES E DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DO AUTOR

24. Como antecipado, o autor visa a que o réu se abstenha de coletar os dados dos seus clientes – acessados por meio da sua aplicação de *internet banking* – e apague os dados já coletados. Para tanto, sustenta a ação em seis argumentos centrais

- risco para a segurança;
- elevação dos custos de administração do sistema pela instituição financeira;
- quebra de sigilo bancário;
- desrespeito ao contrato com a instituição financeira;
- ausência de transparência da aplicação; e
- concorrência desleal.

25. Os itens abaixo são dedicados a compreender as alegações sob o viés concorrencial e apreciar a sua plausibilidade.

##### 4.3.1 *risco para a segurança*

26. A bancarização – acesso a, ou uso de serviços financeiros formais, em particular de bancos – é um fenômeno que deve ser compreendido a partir de diferentes variáveis, estando a busca por segurança entre as mais relevantes. Sob o viés do prestador do serviço, a relevância dada à segurança pelo consumidor implica um custo em investimento no sistema e também a constante preocupação em aliviar a responsabilidade da instituição financeira quando a culpa é exclusiva do consumidor.

27. É, portanto, justificável que uma instituição financeira, ao constatar o acesso ao seu sistema e aos dados resguardados por sigilo bancário, preocupe-se em resguardar-se. As medidas adequadas e suficientes incluem a identificação de quem acessa e a notificação do acesso ao cliente: hoje os clientes já são notificados por meio de ligações telefônicas, avisos no dispositivo móvel, na conta de correio eletrônico, ou mesmo nas aplicações de *internet banking* acerca de operações suspeitas. Mais do que isso, ao identificar que o acesso foi autorizado pelo cliente e que a aplicação autorizada se limita a coletar informações do crédito do cliente, competiria à instituição financeira proceder à separação do acesso que a aplicação passou a ter aos dados financeiros do seu cliente do acesso – não autorizado – à realização de operações financeiras.

28. Em sentido diametralmente oposto, é possível que a instituição financeira busque restringir o acesso a

esses dados a todo custo – resguardando a exclusividade de acesso aos dados, em detrimento do bem-estar do consumidor. Nesse caso, ao invés de conferir maior segurança no acesso a operações específicas – como hoje fazem instituições financeiras como Itaú, Santander e Banco do Brasil –, passa-se a exigir uma senha adicional, por vezes randômica, já no acesso inicial à conta. Por não guardar proporcionalidade com o risco (de realizar operações não autorizadas) e por ter efeitos negativos sobre a concorrência no segmento de crédito, a medida é ilegal.

29. *A primazia da preocupação com o interesse da própria instituição em detrimento do bem-estar do cliente torna-se evidente quando a instituição financeira opta por impor uma senha adicional para acesso a dados cujo acesso foi autorizado pelo cliente, ao mesmo tempo em que não cria uma senha adicional para a realização de operações não autorizadas.* Nesse caso, o cliente que autorize o acesso aos dados da sua conta por terceiros abre necessariamente mão do nível adequado de segurança para as suas operações bancárias. Em outras palavras, a instituição financeira oferece o equivalente a uma venda casada (*construed tying*): o cliente só terá acesso a uma *segurança para operações sensíveis* (produto 1), caso se comprometa a adquirir os *produtos financeiros* daquela instituição (produto 2).

30. Esse segundo caso, que, segundo tomamos conhecimento, ainda representa a forma de operar do Bradesco[15], foi assim descrito pelo próprio autor (p. 21 da petição inicial):

“Importante consignar que, além das abordagens extrajudiciais, o autor tentou, sistematicamente, impedir que a ré continuasse a realizar os acessos irregulares aos seus sistemas, nos moldes expostos e comprovados retro (exigência do token), porém todas as suas tentativas restaram infrutíferas.”

31. Essa observação veio refletida na decisão desse juízo (p. 300 dos autos):

“Também não se pode ignorar que, aparentemente, para dificultar o acesso do GuiaBolso, o autor conscientemente teria passado a exigir a segunda senha (*token*) para que os seus clientes acessassem as informações bancárias, de forma que o próprio autor teria sido responsável pelo aumento da vulnerabilidade dos sistemas de segurança.”

32. Como se pode observar, o Bradesco incluiu mais uma senha de acesso – desta vez, uma senha randômica, que não poderia ser passada antecipadamente ao réu pelo cliente e afetaria o modelo de negócios do GuiaBolso – com o explícito propósito de impedir o acesso do réu ao seu sistema. Como bem concluiu esse juízo, a medida adotada pelo Bradesco levou a que todo cliente seu que optasse por contratar o GuiaBolso perdesse o nível adequado de segurança – uma barreira para acesso às operações financeiras – e, portanto, deixasse de contar com aquela que possivelmente é a mais importante razão para a bancarização: a segurança das operações.

33. A inadequação da resposta do autor à questão da segurança é um sério indicativo de que esta ação, assim como outras medidas práticas adotadas pelo Bradesco, não visava garantir a segurança dos seus clientes, mas impedir que qualquer cliente seu pudesse adquirir produtos, ou serviços de terceiros em mercados complementares (medida essa conhecida como *lock-in*). *A estratégia predatória – ou seja, voltada para eliminar rival – fica mais evidente, no presente caso, em razão de as medidas adotadas pelo autor elevarem a vulnerabilidade dos sistemas de segurança e, por essa razão, eliminarem a exclusão de responsabilidade da instituição financeira em função de culpa exclusiva do consumidor.*

34. Caso as medidas tomadas pelo autor visassem efetivamente garantir a segurança do correntista, o *token* teria sido implementado como uma segunda barreira para a realização das operações financeiras – e não como uma barreira ao *log in* na conta. Sabendo que os seus clientes têm optado por aderir aos serviços de uma plataforma de finanças pessoais que depende da interoperabilidade para ser viável, cumpriria ao autor garantir que o acesso franqueado fosse viabilizado e impedir o acesso às operações não autorizadas. A viabilidade dessa proposta e a desproporcionalidade da medida tomada – inclusive levando em consideração as preocupações do autor com segurança – podem ser vislumbradas no comportamento de bancos concorrentes, alguns inclusive já citados *supra*, os quais impuseram uma segunda senha apenas para a realização das operações financeiras não autorizadas.

35. A solução do Bradesco foi a oposta: adotando um sistema binário, impedia o acesso da aplicação concorrente às informações autorizadas pelo cliente, mas dava acesso pleno ao aplicativo que recebesse autorização somente para acessar os seus dados. Ao agir assim, o Bradesco, por um lado, expôs os seus clientes, mas, por outro, confirmou a confiança dos consumidores na segurança do sistema do GuiaBolso. Como já antecipava a decisão desse juízo:

“E os mais de um milhão de consumidores do GuiaBolso informaram suas senhas de acesso ao sistema bancário, de forma consciente e voluntária, o que não pode ser ignorado.

Ademais, além d[e] o GuiaBolso indicar a adoção de protocolos de segurança e de sigilo, não foram demonstradas eventuais fraudes por meio do seu aplicativo.”

36. Por fim, é importante ter em mente que, embora questões relacionadas à segurança devam ser avaliadas pelo regulador, o argumento da segurança não pode ser invocado com o objetivo de blindar a instituição financeira da concorrência, elevar os custos de mobilidade dos consumidores entre ofertantes de crédito e manter os juros e as tarifas bancárias a patamares supracompetitivos.

#### 4.3.2 *elevação dos custos de administração do sistema pela instituição financeira*

37. O avanço da tecnologia traz soluções inusitadas que incrementam o bem-estar do consumidor. Assim como o uso de aplicações sobre a rede das operadoras de serviços de telecomunicações eleva o custo de manutenção da rede e exige a sua expansão – a ser custeado pela elevação da arrecadação e, se necessário, pela cobrança do consumidor pelo uso da banda larga –, os custos pela adoção de novas soluções de segurança pela instituição financeira podem ser repassados ao consumidor final. A capacidade de elevar preços depende, porém, da elasticidade-preço do consumidor e do poder de mercado das instituições financeiras.

38. Como todo mercado de plataforma (ou de duas pontas), a instituição financeira pode tentar impor o custo sobre a aplicação que opera sobre o seu componente – da mesma forma que as operadoras de telefonia tentaram repassar o alegado custo para as aplicações que operam sobre a sua rede. Essa solução pode ser atraente para instituições financeiras e para operadoras de telecomunicações por duas razões: primeiro, os aplicativos podem ser menos elásticos a elevações de preços, permitindo o repasse integral dos custos. Nesse caso, os aplicativos, que costumam trocar serviços por dados do consumidor, talvez tivessem de mudar o seu modelo de negócios e passar a cobrar dos clientes.

39. Segundo, o repasse pode visar inibir a entrada de concorrentes e ter efeitos anticompetitivos significativos. Como os preços, em uma economia de mercado, não são regulados, o seu valor poderia ser estabelecido com o objetivo de comprimir as margens do competidor a jusante (*margin squeeze*), sem passar por nenhum escrutínio. Na melhor das hipóteses, uma quantidade pequena de ações antitrustes seria ajuizada, elevando a judicialização, ao mesmo tempo em que um número incontável de inovadores (ou de inovadores potenciais) sairia sumariamente do mercado, ou sequer investiria (v. citação a Barbara van Schewick *supra*). Isso é particularmente verdadeiro para mercados em que a elasticidade-preço é alta, como o mercado para bens supérfluos, ou em mercados que dependam da prolongada experimentação do consumidor para atrair investidores (*venture capital*) -- pois, nesses casos, o inovador não conseguirá repassar aos consumidores a elevação de custos.

40. Se, ao invés, o custo fosse repassado ao consumidor diretamente pela instituição financeira, ou pelo detentor da rede, o aumento nos preços levaria em consideração a perda de clientes próprios (*churn*) e seria considerada um ponto negativo a ser ponderado antes da tomada de decisão. Diversamente, no caso da compressão de margens do concorrente, a elevação de preços é vista como algo positivo por parte da instituição financeira, ou do detentor da rede, justamente porque essa elevação pode levar à perda de clientes – por parte do concorrente.

41. Essa prática é uma das razões que torna a neutralidade de rede tão cara à inovação na *internet*. Uma rede neutra impede o repasse dos custos para o concorrente inovador, dada a possibilidade de o repasse ser feito diretamente ao consumidor, com menor custos sobre a inovação. Isso implica dizer que a elevação dos custos de administração da rede pela instituição financeira deveria ser arcada, se necessário, pelos consumidores das instituições financeiras. No caso em apreço, o repasse desse custo para o GuiaBolso poderia ter efeitos exclusionários, em uma prática genericamente conhecida por elevação dos custos de rivais.

42. De qualquer modo, a discussão do repasse, embora resulte da alegação de aumento de custos, não é objeto desta ação: a economia de mercado admite que o autor repasse os seus custos – podendo a forma com que esse repasse aconteça ser objeto de ações específicas por parte dos prejudicados. O argumento do custo, entretanto, conforme se tentou demonstrar, é relevante para entender a motivação concorrencial por trás da presente ação.

#### 4.3.3 *ilegalidade: quebra de sigilo bancário*

43. O autor argumenta que o acesso aos dados bancários deveria ter sido autorizado por escrito pelo cliente e que ele – autor – não teria sido notificado da concessão do acesso pelo cliente. Em paralelo, o autor avoca-se a função de vigilância do acesso do GuiaBolso, com o objetivo de evitar que o réu faça uso ilícito das informações a que teve acesso.

44. O argumento não encontra respaldo legal. O *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, determina que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. Reza o §3º, V desse mesmo dispositivo que não constitui violação do dever de sigilo “a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados”.

45. É possível notar que a lei, ao conferir ao cliente o direito de compartilhar os dados financeiros brutos a seu respeito, também lhe assegura, indiretamente, propriedade sobre esses dados. Não cumpre, portanto, ao contrato de adesão da instituição financeira ditar os termos por meio dos quais os dados pessoais de propriedade do cliente poderão ser por ele compartilhados. A assinatura de contrato digital e a subsequente transferência da senha bancária é uma das formas corriqueiras pelas quais se operam o expresso consentimento do cliente e a transferência das informações.

46. Note-se que tampouco há óbice legal a que a revelação de informações sigilosas seja realizada diretamente pelo cliente, por meio da entrega de extrato impresso, ou digital. A lei não exigiu a intermediação, a anuência, ou a ciência da instituição financeira para a quebra do sigilo e essa conclusão vale tanto para o acesso das informações impressas, quanto das informações via *internet banking*.

47. A entrega da senha pessoal a terceiro, ou o uso da senha pessoal pelo próprio cliente para conferir acesso dos seus dados bancários a terceiro substitui com eficiência o papel atribuído pela economia tradicional à assinatura e ao

reconhecimento da firma pelo cartório. Entenda-se, porém, que a qualificação da senha bancária como pessoal e intransferível é uma ficção jurídica: resume-se a uma regra de responsabilidade (*liability rule*). O cliente não é proibido de transferir a senha, mas, se transferir, o risco de fraudes decorrentes do acesso à conta é só dele. Trata-se de hipótese típica de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, §3º, III CDC).

48. Em outras palavras, essa ficção jurídica reflete a isenção contratual de responsabilidade da instituição financeira que resguardou os dados do cliente, mas cujo cliente foi vítima de fraude por decorrência do acesso que ele concedeu, voluntariamente, a terceiros e cujo bloqueio não solicitado tempestivamente à instituição financeira. Mas em momento algum ela limita a habilidade que o cliente tem de transferir a senha para terceiro, arcando com os riscos – tal como ocorre com a procuração com firma reconhecida em cartório. Entender diversamente seria contradizer a praxe e limitar, desnecessariamente, a necessária dinâmica das relações de fato – uma vez que a certificação do acesso por procuração está mais sujeita a erros do que a certificação digital, cada vez mais consistente.

49. A senha é cotidiana e crescentemente utilizada como meio de autorização do cliente pelas instituições financeiras. Primeiro, essa é a dinâmica já aplicada aos cartões de crédito: até a chegada da identificação digital, os caixas eletrônicos dependiam apenas da senha para saques. Os desbloqueios de cartões de crédito operam-se por senha, inclusive por meio do *internet banking*. E até hoje as compras dependem somente das senhas para que a transferência interbancária seja processada. Os cartões emitidos pelas instituições financeiras aceitam, inclusive, vários adicionais, os quais proliferam os riscos de uso da senha por terceiros para processar operações financeiras de uma conta que tem apenas um titular. E até mesmo a solicitação de cartões de crédito tem-se operado, na prática, por meios ainda mais informais e menos seguros, como ligações telefônicas e pela troca de mensagens eletrônicas – ainda que as políticas dos bancos sejam, tantas vezes, expressamente contrárias à troca de mensagens fora dos ambientes dos aplicativos.

50. Segundo, *se senha bancária não serve como consentimento expresso, então a própria lógica do internet banking é irregular*. Os pagamentos feitos por meio de aplicativos de *internet banking* dependem exclusivamente de senhas. O mesmo vale para a autorização do débito direto automático (DDA) e para outros tantos débitos automáticos autorizados pelo cliente. A concessão de acesso por meio de aplicações – o consenso expresso pela senha – é praxe consolidada no mercado, em particular pelas instituições financeiras.

51. Terceiro, essa dinâmica está tão consolidada no meio financeiro que a proposta de cadastro positivo do PLP 441/2017 prevê que a notificação, a autorização e a desautorização do cadastro positivo serão eletrônicas. Está, ainda, presente no PLC 73/2018, que garante a emissão de duplicata sob a forma escritural mediante o lançamento, em sistema eletrônico, de escrituração gerido por quaisquer das entidades que exerçam a atividade de escrituração de duplicatas escriturais.

52. Por fim, uma breve análise das cláusulas contratuais invocadas pelo autor permite rejeitar o argumento de que o acesso aos dados bancários deveria ter sido autorizado por escrito pelo cliente, ou de que o autor deveria ser notificado da concessão do acesso pelo cliente. Pela análise das cláusulas trazidas à colação pelo autor, o contrato assinado pelo cliente não apresenta qualquer dispositivo que aborde a forma pela qual a quebra do sigilo bancário deva ser comunicada à instituição financeira. Antes, diversamente daquilo que pugna o autor, o GuiaBolso, enquanto destinatário das informações disponibilizadas pelo réu, não é agente do cliente e tampouco está autorizado a alterar dados cadastrais, ou a realizar operações financeiras na aplicação de *internet banking* do autor. *O GuiaBolso é, tão somente, um prestador de serviço que recebe informações bastante específicas sobre crédito e movimentação financeira, mas que não tem autorização para realizar nenhuma operação financeira em nome do seu cliente e que, por isso, não tem qualquer relação comercial com o autor.*

53. Diga-se, aliás, que o destinatário das informações do inciso V não difere, quanto à sua qualificação, dos demais destinatários de informações segundo esse mesmo art. 1º, §3º -- sejam instituições financeiras, birôs de crédito, ou a Secretaria da Receita Federal, entre outros. Por conseguinte, a arguição de que o autor deva ser notificado previamente e de que é necessária procuração escrita em nome do GuiaBolso, além de ir na contramão da celeridade necessária para as relações econômicas dinâmicas hodiernas, contradiz o expressivo uso de contratos assinados eletronicamente entre instituições financeiras e seus clientes, dando indícios de má fé por parte do autor.

54. Esses argumentos serão retomados e aprofundados na própria seção, que aborda o desrespeito ao contrato celebrado entre o autor da ação e os seus clientes.

#### 4.3.4 *desrespeito ao contrato com a instituição financeira*

55. Um argumento recorrente na petição do autor diz respeito ao desrespeito dos seus clientes ao acordo celebrado consigo. O primeiro problema com essa abordagem está em *processar o GuiaBolso pelo alegado descumprimento contratual de terceiros (clientes do banco)*. Alguns exemplos dessa abordagem podem ser encontrados nos excertos abaixo:

“Quando o cliente contrata os serviços do autor se submete à observância de obrigações contratuais, dentre as quais merecem destaque aquelas relacionadas à manutenção do sigilo de sua senha e a proibição de fornecimento a terceiros, conforme se infere das seguintes cláusulas do Regulamento para Abertura de Contas de Depósito, Produtos e Serviços Pessoa Física (doc. 15), sem prejuízo de outras de caráter

semelhante (...)"

"Ocorre que, em relação às atividades da ré GuiaBolso, referido *consentimento expresso por parte de seus clientes* nunca chegou ao conhecimento do autor." (p. 32 da exordial)

"Inclusive, o *cliente tem o dever de informar* o banco sobre qualquer alteração dos dados cadastrais e procurações outorgadas aos representantes (...)" (p. 32 da exordial)

56. Se processualmente a ação não faz sentido sob essa lógica, sob o ponto de vista de estratégia concorrencial a ação faz bastante sentido para elevar o custo de rival. Na prática identificada como *sham litigation* – como se pode vislumbrar em item dedicado especificamente a esse tipo de ilícito concorrencial -, o processo pode ser usado como uma arma (*sword*), não como uma defesa (*shield*). Nesses casos, a ação inepta (*frivolous*) é usada como forma de elevar incertezas para os investidores (*venture capitalists*), tirar o foco do negócio, impor custos com os quais uma *start up* muitas vezes não pode arcar e que drenam recursos os quais poderiam estar sendo direcionados para inovações e aprimoramentos do negócio do entrante.

57. O segundo problema na abordagem – já tratado no item anterior – diz respeito à ausência de provas de desrespeito ao contrato. A patente inexistência de infração a qualquer cláusula contratual suscitada pelo autor é, uma vez mais, forte indicativo de que a ação esteja sendo empregada com o propósito exclusivo de elevar os custos de rival e, portanto, como arma (*sword*) anticoncorrencial.

#### 4.3.5 ausência de transparência da aplicação

58. Segundo o autor da ação, o réu não traria aos clientes as informações necessárias acerca dos riscos incorridos ao se utilizar o serviço – incluindo a informação de que teria acesso a senha que lhe permitiria realizar transações não autorizadas pelo cliente.

59. Informações presentes nos autos permitiram a esse juízo rejeitar esses argumentos em sede liminar:

"Por sua vez, os documentos de fls. 127/140 indicam que o consumidor é devidamente informado sobre o funcionamento do GuiaBolso, o que, aparentemente, constitui o grande diferencial e atrativo.

E as informações de fls. 123/124 indicam que o GuiaBolso apenas utilizaria a senha de acesso à internet, mas **não** a senha que possibilitaria a realização de transações bancárias.

Aliás, nesse ponto é importante salientar que o estudo técnico de fls. 142/192 aparenta parcialidade ao adotar a expressão 'senha secreta', (fls. 159) sem explicitar que **não** se trata da senha que possibilita movimentações financeiras.

Mais ainda, ao afirmar que 'Sob o ponto de vista técnico, esse procedimento é **incorreto** porque a senha é secreta e somente deve ser apresentada a programas da própria instituição financeira...' (fls. 159 n-grifado), os autores do estudo contratado extrapolam os limites de sua expertise, uma vez que a possibilidade ou não do GuiaBolso utilizar a senha voluntariamente pelos consumidores é a questão jurídica central deste processo."

60. Dada a impossibilidade de acessar os pareceres técnicos juntados aos autos e tendo em vista tratar-se de posicionamento externado em decisão desse juízo, parece-nos necessário escorar-nos nesse entendimento para concluir que, uma vez mais, as alegações da autora não se sustentam e apenas incrementam os custos de rival.

61. O objetivo de elevar os custos de rival – seja por meio desta ação, seja por meio dos atos descritos na exordial – soa ainda mais claro diante da afirmação categórica (p. 21 da exordial) de que "o autor tentou, sistematicamente, impedir que a ré continuasse a realizar os acessos irregulares aos seus sistemas, nos moldes expostos e comprovados retro (exigências do *token*), porém todas as suas tentativas restaram infrutíferas". *Em razão de a segurança do sistema do réu ter sido auditado pelo juízo, parece-nos claro que o autor se ocupou de limitar a concorrência, em lugar de tomar medidas mais eficazes e com menor perda para o bem-estar do consumidor, como a imposição de senha token apenas para a realização de operações não autorizadas – medida, aliás, que foram adotadas por outros bancos, com citado alhures neste parecer.*

#### 4.3.6 concorrência desleal

62. Direitos de propriedade intelectual não têm fim em si mesmos: criam escassez artificialmente com o objetivo de incentivar investimentos em melhorias para o bem-estar. Como esclarecem Merges, Menell e Lemley no clássico *Intellectual Property in the New Technological Age*[16], as ideias são bens não rivais e, não fosse o objetivo de incentivar a aplicação prática da ideia, não faria sentido coibir o seu aprimoramento, ou a criação de trabalhos derivados por terceiros, bem como a competição entre diferentes fornecedores[17]:

"Ideias [enquanto bens não excludentes], porém, não guardam a característica da exclusividade. Se tomo conhecimento de determinada informação e conto para você, você não me privou do acesso a essa mesma informação. Antes, ambos a possuímos. O fato de que a posse e o uso das ideias são amplamente 'não-rivais' é crítico para a teoria da propriedade intelectual, porque isso significa que a justificativa econômica dada tradicionalmente para a propriedade tangível [bem excludente] não se encaixa na propriedade intelectual. No estado natural das coisas, não há o receio de sobreuso, ou sobredistribuição de uma ideia e não há receio de uma disputa acerca de quem a pode usar. Todos podem usar a ideia sem reduzir o seu valor. (...)

Os teóricos voltaram-se para outro lugar para justificar a exclusividade de direito sobre as ideias. Ao longo da história da humanidade, várias teorias foram postas em prática para justificar a proteção à propriedade intelectual. O principal fundamento para tal proteção nos Estados Unidos é o utilitarismo, ou os incentivos econômicos. (...)

(...) Em uma economia de mercado, indivíduos não investirão em invenções, ou em criações, a não ser que o retorno esperado exceda o custo. Para lucrar com a nova ideia, ou autoria, o criador deve poder aliená-la para terceiros, ou dar-lhe algum uso que lhe confira vantagem no mercado, como a redução dos custos de produção de bens. (...)

(...) Assim, a justificativa econômica para a propriedade intelectual reside não em compensar os criadores pelo seu trabalho, mas em garantir que eles (e outros criadores) tenham os incentivos apropriados para realizar atividades criativas.

Infelizmente, esse entendimento tem um custo. A concessão aos autores e inventores do direito de excluir terceiros do uso das suas ideias necessariamente limita a difusão dessas ideias e impede que muitos delas se beneficiem. (...) Especificamente sob esse viés, os direitos de propriedade intelectual parecem ir de encontro à livre concorrência: eles limitam a habilidade dos concorrentes para copiar, ou de algum modo imitar os esforços do primeiro a desenvolver a ideia. Esses direitos franqueiam aos detentores de direitos de propriedade intelectual praticar preços de monopólio, ou de outro modo limitar a concorrência, tal como pelo controle do uso do trabalho intelectual em outros produtos.

Como os direitos de propriedade intelectual impõem custos sociais sobre a sociedade, as leis de propriedade intelectual só podem ser justificadas pelo argumento do bem-estar social na medida em que gerem fortes incentivos à criação e à disseminação de novos trabalhos que superem os custos. Uma das razões pela qual os direitos de propriedade intelectual são limitados em abrangência, duração e efeito é, precisamente, o objetivo de equilibrar custos e benefícios. (...)"

63. O entendimento de que o direito de propriedade intelectual é finalístico e que o seu uso como uma arma (*sword*) para atacar o concorrente é defeso em lei está bastante claro na legislação brasileira. Assim é que a Nova Lei Antitruste Brasileira, ou Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, qualifica abusos do direito de propriedade intelectual como ilícitos concorrenciais:

"Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

(...)

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca." [destacamos]

64. Esses dispositivos aliam-se à leitura de outros desse mesmo art. 36, §3º:

"III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

(...)

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;"

65. Voto da ex-Conselheira Ana Frazão no caso Eli Lilly (Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91) explica, de forma bastante didática, como a lei brasileira disciplina o abuso do direito de propriedade intelectual:

"Algumas ponderações a respeito do tema podem ser extraídas de meu voto-vista proferido no Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08, que discutia a prática de *sham litigation* e de preço predatório pela 'Dystar' (Dystar Textilfarben GmbH e Dystar Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda), advertindo sobre as consequências anticoncorrenciais que podem decorrer do abuso da propriedade intelectual:

'Como todo direito de propriedade, a propriedade intelectual é excludente - isto é, exclui terceiros do uso e fruição do objeto do direito - e, por consequência, restringe a concorrência quando tem por objeto

bens incorpóreos de aplicação industrial. Por essa razão, o benefício que decorre da propriedade industrial, especialmente das patentes, deve ser interpretado de forma cuidadosa, a fim de evitar que traga ainda mais restrições concorrenciais do que aquelas que são inerentes à sua própria natureza e ao seu âmbito legítimo de proteção.””

66. Justamente porque a proteção à propriedade intelectual não é um bem em si mesmo, mas uma exceção à livre concorrência com um propósito bastante limitado – incentivar a inovação –, a simples coleta de dados de terceiros não recebe a proteção legal.

67. No caso de *software*, a proteção legal no Brasil tem sido conferida, a exemplo da lei norte-americana, por meio do direito autoral. Como explicam Merges, Menell e Lemley[18], apesar de os programas de computador terem sido criados para fins utilitários – o que lhes sujeitaria à legislação de propriedade industrial (patentes e segredos industriais) –, o Congresso norte-americano adotou, em 1980, com base na avaliação de especialistas reunidos de 1974-1978 na Comissão Nacional sobre Novos Usos Tecnológicos dos Trabalhos Autorais, a recomendação de que estariam melhor protegidos sob a legislação de direito de autor.

68. Em razão de a decisão ter sido tomada quando a indústria de *software* ainda se desenvolvia, o enquadramento foi especulativo. Entretanto, como descrevem os autores[19]:

“Uma linha muito liberal em favor da proteção autoral conferiria fortes monopólios a quem desenvolvesse sistemas operacionais que se tornassem padrões do setor e ao primeiro a escrever programas para aplicações específicas e inibiria, assim, outros criadores do desenvolvimento de programas e sistemas operacionais melhores. Uma linha muito conservadora permitiria que os esforços dos programadores fossem facilmente copiados, desencorajando qualquer criação que não seja uma melhoria modestamente incremental. A sabedoria do Congresso em incluir os programas de computador dentro do escopo da lei de direito autoral dependerá, assim, da linha que vier a ser adotada pelo Judiciário.”

69. O enquadramento da proteção dos programas de computador como direito autoral, no Brasil, adveio com a Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987. Essa lei veio a ser ab-rogada pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que manteve o mesmo tratamento. A Lei nº 9.609, de 1998, determina, no seu art. 6º, IV, que não constitui ofensa aos direitos do titular de programa de computador “a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu”.

70. De mesma data, a Lei nº 9.610 consolida a legislação de direitos autorais, servindo como uma lei geral. A lei geral, traz, no *caput* do seu art. 87, que o titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo a respeito da *forma de expressão da estrutura da referida base*. Por sua vez, o seu art. 8º, V determina que não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata aquela lei as informações de uso comum, tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas.

71. Tanto o tratamento da lei específica de programas de computadores, quanto a lei geral de direitos autorais trazem elementos balizadores da aplicação da legislação de propriedade intelectual a aplicações da rede mundial de computadores (*internet*), que, dadas as características peculiares e dinâmicas das relações digitais, deve ser ainda mais flexível. Como se pode depreender dos dispositivos legais acima citados, as leis se preocuparam em garantir a interoperabilidade entre os programas e em garantir o acesso a informações brutas dos clientes, ou usuários – para usar a terminologia corrente na *internet*. Note-se, ainda, que a sorte não seria melhor se a proteção se desse segundo a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996), em razão da ausência de novidade e da obviedade da tecnologia usada pelas aplicações de *internet banking*. Segundo o art. 8º desse diploma legal, “[é] patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

72. O desamparo da pretensão do autor em ver protegido o seu banco de dados brutos, sem qualquer tratamento que reclame proteção de propriedade intelectual, está patente não só nas leis mencionadas acima, quanto na dinâmica específica da regulação atual e da regulação proposta, seja para a *internet* em geral, seja para o setor financeiro, em específico.

73. Nesse sentido, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014) trata as informações brutas coletadas pelas aplicações como pessoais e esclarece que a interoperabilidade deve ser a regra. O art. 4º, IV prevê que “[a] disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados”. Por sua vez, o art. 7º, VII reza que o acesso à *internet* é essencial ao exercício da cidadania e confere ao usuário o direito de decidir pelo fornecimento a terceiros, ou não, dos seus dados pessoais. Esse mesmo princípio está presente no Projeto de Lei nº 4060, de 2012, recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados e que disciplina o tratamento dos dados pessoais. Ali, a propriedade pessoal dos dados brutos é confirmada pelo princípio da autodeterminação informativa (art. 2º, I), ao mesmo tempo em que o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação, assim como a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor fundamentam a disciplina da proteção dos dados pessoais (art. 2º, IV e V).



74. Não menos importante, esses princípios também regem as regras específicas do setor financeiro. Em primeiro lugar, a Lei Complementar nº 105, de 2011, autoriza o fim do sigilo bancário com o consentimento expresso dos interessados. Aqui, além da especialidade da lei (específica ao setor financeiro), fala-se de lei complementar e, portanto, hierarquicamente superior. A interoperabilidade é a tônica também de regras emanadas do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, como indicam a Resolução nº 4292, de 20 de dezembro de 2013 – que disciplina a portabilidade de operações de crédito realizadas por pessoas naturais –, a Resolução nº 4.649, de 28 de março de 2018 – veda aos bancos comerciais limitar ou impedir o acesso de instituições de pagamento a serviços de emissão de boletos e transferências bancárias - e o recente edital de consulta pública 63/2018-BCB, de 26 de março de 2018 – que dispõe sobre a interoperabilidade entre arranjos de pagamento.

75. Regulações recentes do Banco Central do Brasil -- Resoluções nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017, e nºs 4.656 e 4.657, ambas de 26 de abril de 2018 -, por sua vez, incentivam o desenvolvimento de *fintechs* – as quais dependem da interoperabilidade com dados brutos oriundos das instituições financeiras para algum dia deixarem a franja competitiva e fazerem pressão competitiva mais contundente sobre aquelas, com efeitos importantes sobre juros e tarifas. Finalmente, a proposta de cadastro positivo do PLP 441/2017 – oriunda do Senado e aprovada, com destaques, pela Câmara dos Deputados – prevê o compartilhamento de informações entre birôs de crédito e entre instituições financeiras e birôs de crédito; do mesmo modo, o PLC 73/2018, além de criar a duplicata eletrônica, visa garantir o compartilhamento dos registros.

76. Frise-se que a tônica do setor financeiro está em determinar o compartilhamento dos dados brutos, a critério do cliente – permitindo o acesso dos competidores ao insumo essencial para competir (informação) -, mas, ao mesmo tempo, em incentivar a competição entre as aplicações quanto à qualidade da informação tratada, de propriedade da plataforma.[20] É por isso que, se a informação bruta é de propriedade de cada indivíduo, os programas usados para a avaliação de risco de cada cliente pertencem a quem criou cada programa de score. Não à toa, os critérios para a avaliação de risco de cada birô de crédito não entram na interoperabilidade dos cadastros dos clientes, no projeto de lei do cadastro positivo, concorrendo os birôs conforme a robustez dos perfis construídos.

77. Contrariamente às leis e regulações pátrias, a preocupação do autor parece, uma vez mais, sustentar-se sobre a proteção contra a concorrência – não em conferir maior segurança ao sistema. Como expresso na p. 43 da exordial:

“De forma clara, denota-se que a requerida, sob o pretexto de atuar como um gerenciador financeiro, busca formar ampla base de dados com informações bancárias de clientes do autor para possível comercialização de serviços bancários de instituições financeiras concorrentes que venham a se tornar parceiras, conforme declarado à mídia (doc. 04), o que também pode configurar concorrência desleal, sob o viés de crescimento parasitário (...)”

#### 4.3.6.1 *experiência internacional*

78. Como recorda esse juízo (fls. 299 -- decisão), aplicações de finanças pessoais já existiam no exterior, quando o GuiaBolso tornou esse modelo de negócios popular também no Brasil. Mais importante, essas aplicações estão também presentes em países que protegem a propriedade de forma mais acentuada que o Brasil, como é o caso dos EUA.

79. Aplicações de finanças pessoais, como Mint e Betterment, passaram por situação similar nos Estados Unidos, onde instituições financeiras usaram, desde recursos tecnológicos até lobby legislativo, para restringir o acesso daquelas a informações sobre tarifas e taxas de juros[21]. Segundo reportagem do The New York Times[22], porém, tanto a legislação norte-americana, quanto a comunitária conferem a propriedade dos dados às pessoas[23]:

“As autoridades europeias têm decidido amplamente a favor de que são as pessoas, não as empresas, que detêm os registros digitais associados às suas contas. Como resultado, os bancos europeus estão, de forma geral, sendo forçados a facilitar que os clientes compartilhem os seus dados financeiros com quem quer que escolham.

Nos Estados Unidos, o Dodd-Frank Act direcionou, de forma geral, os bancos a disponibilizar registros eletrônicos disponíveis às pessoas. Mas há baixo detalhamento acerca de como esse acesso deve ser operado, na prática.”

80. Essa falta de detalhamento levou a que os bancos escondessem as taxas de juros e as tarifas cobradas. A medida adotada pelos bancos, ao tentar dificultar o acesso das aplicações às taxas e tarifas aplicadas a cada cliente – e não ao programa de avaliação de risco – comprova que a preocupação dos bancos não era com o sigilo dos dados dos clientes, ou com a propriedade intelectual sobre o programa de avaliação do crédito, mas com a concorrência direta com outras instituições financeiras, incluindo *fintechs*, em conta corrente e pagamentos (tarifas bancárias) e no mercado de crédito (taxas de juros).

81. A norma estadunidense a que faz menção a reportagem é o art. 1033 do Dodd-Frank Act: direito de acesso à informação pelo consumidor (*Sec. 1033. Consumer rights to access information*). Como se pode observar abaixo, o texto parece ser bastante claro quanto à obrigação de entregar dados eletrônicos e, até mesmo, o valor das tarifas bancárias e dos juros[24]:

[25]“(a) REGRA GERAL – sujeita às regras do Departamento de Proteção Financeira do Consumidor, uma instituição financeira deve disponibilizar ao consumidor, mediante pedido, informação sob controle, ou posse da instituição financeira que se refira ao produto, ou serviço financeiro disponibilizado ao consumidor, incluindo informação relacionada a qualquer operação, série de transações, ou à conta, incluindo custos, tarifas e dados sobre uso. A informação deverá ser disponibilizada eletronicamente em formato utilizável pelo consumidor.

(b) EXCEÇÕES – uma instituição financeira não precisa disponibilizar ao consumidor:

(1) informações comerciais confidenciais, incluindo algoritmo usado para chegar a escores de crédito, ou outros escores de risco, ou previsores;

(2) qualquer informação coletada pela instituição financeira com o objetivo de prevenir fraude, ou lavagem de dinheiro, ou detectar, ou relatar outra conduta ilícita, ou potencialmente ilícita;

(3) qualquer informação considerada confidencial por qualquer outro dispositivo legal; ou

(4) qualquer informação que a instituição financeira não possa encontrar no curso ordinário do seu negócio, com relação àquela informação.

(c) AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO PARA MANTER REGISTROS – nada neste artigo deve ser interpretado no sentido de impor à instituição financeira a obrigação de manter, ou preservar qualquer informação a respeito do cliente.

(d) formatos padronizados para os dados – O Departamento de Proteção Financeira do Consumidor pode impor padrões para as atividades das instituições financeiras com o objetivo de incentivar o desenvolvimento e o uso de informações padronizadas, incluindo a aplicação de arquivos legíveis, a serem disponibilizados para os clientes, nos termos deste artigo.”

82. Na União Europeia, o direito ao esquecimento (*right to be forgotten* -- RTBF), assim como a Regulação de Proteção dos Dados (General Data Protection regulation – GDPR) conferem amplo direito das pessoas sobre as informações, inclusive para pedir a eliminação de informação que não mais é atual – o que confere a convicção de que, também sob esse sistema jurídico, a propriedade dos dados pessoais pertence ao indivíduo[26].

## 5 DOS INDÍCIOS DE SHAM LITIGATION

83. *Sham litigation* – nome dado a ilícito concorrencial de origem na jurisprudência norte-americana e internalizado tanto pela doutrina especializada brasileira, quanto na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)[27] – ocorre quando o direito de petição aos órgãos públicos não serve a propósito externado no pedido, instrumentalizando, pelo contrário, a finalidade não declarada de restringir a concorrência (*the use of the right to petition as a sword*). O efeito anticoncorrencial decorre tanto da ameaça, ou do custo imposto ao concorrente pela simples interposição da ação, quanto do provimento do pedido por autoridade interessada – o que faz dessa decisão uma decisão para atender ao interesse privado (a autoridade é uma co-conspiradora e age em benefício de um agente econômico) e, destarte, uma decisão viciada. Usando as palavras do professor da faculdade de direito de Harvard Einer Elhauge[28], a imunidade constitucional de petição depende de a ação (caso de a ação em si ter um custo insuportável), ou de o julgamento ser privado (caso de a decisão ser tomada para beneficiar o autor do processo).

84. *Os argumentos apresentados nas seções anteriores indicam que o autor se insurge quanto a fatos claramente delineados na lei – seja quanto à propriedade intelectual, seja quanto ao direito de o cliente abrir mão do sigilo bancário. Em cada um dos seus argumentos é possível, ainda, identificar que a ação não se presta a assegurar a segurança dos clientes, pois as ações tomadas para elevar os custos do rival, como antecipado por esse juízo, tornaram o sistema vulnerável. Os fatos narrados pelo autor também deixam claro que, diversamente de outros bancos, o Bradesco buscou adotar medidas que elevavam barreiras ao modelo de negócios da ré, ainda que em detrimento da segurança que alega proteger por meio da ação.*

## 6 CONCLUSÃO

85. *Fintechs* têm o potencial de introduzir mais rivalidade no sistema financeiro. No segmento das finanças pessoais, aplicações como o GuiaBolso contribuem para a educação financeira do consumidor e, ao franquear o seu acesso a análises individualizadas de risco e comparar tarifas e taxas de juros de instituições financeiras concorrentes, permitem que o consumidor tenha acesso a crédito mais barato, ao mesmo tempo em que asseguram menor inadimplência. Trata-se de um jogo de ganha-ganha (estratégia *win-win*), em que ganham tanto os consumidores (mais crédito e maior controle sobre as suas próprias finanças), quanto os financiadores (menor inadimplência).

86. *As alegações do autor, apesar de fazerem referência à insegurança trazida pela aplicação da ré, demonstram que a estratégia adotada pelo Bradesco foi priorizar estratégias de elevação em custo do rival, mesmo quando implicassem a redução da segurança do cliente bancário que deveria proteger. Exemplo claro disso está na opção de elevar as barreiras para o acesso ao aplicativo, sem colocar uma proteção específica para as transações não autorizadas – colocando o consumidor diante de uma estratégia equiparável à venda casada: o cliente só terá acesso à segurança adequada para operações sensíveis (produto 1), caso se comprometa a adquirir os produtos financeiros daquela instituição (produto 2).*

87. Este parecer apresenta outras condutas anticompetitivas a que o Bradesco recorreu, como impedir que qualquer cliente seu pudesse adquirir produtos de terceiros em mercados complementares (*lock-in*), abuso do direito de petição (*sham litigation*), fechamento de mercado (*foreclosure*) e abuso da proteção da propriedade intelectual. E por acreditarmos que a presente ação tem por escopo limitar a concorrência da franja competitiva representada pelas *fintechs*, recomenda-se, com base nos documentos a que tivemos acesso, que o pedido seja indeferido.

88. *Por fim, tendo em vista o exposto ao longo deste parecer, encaminhe-se cópia deste parecer ao Cade, para a abertura de investigação, nos termos do art. 66, §6º da Lei nº 12.529, de 2011.*

[1] O SBDC é composto pelas sucessoras da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão vinculado ao Ministério da Justiça.

[2] Cita-se, entre outras, a matéria do periódico Folha de S. Paulo intitulada “Bradesco trava disputa contra aplicativo que coleta dados de clientes” (<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/11/1836147-bradesco-trava-disputa-contra-aplicativo-que-coleta-dados-de-clientes.shtml>).

[3] Capitalism, Socialism & Democracy. Taylor & Francis e-Library: 2003.

[4] “It is hardly necessary to point out that competition of the kind we now have in mind acts not only when in being but also when it is merely an everpresent threat. It disciplines before it attacks. The businessman feels himself to be in a competitive situation even if he is alone in his field or if, though not alone, he holds a position such that investigating government experts fail to see any effective competition between him and any other firms in the same or a neighboring field and in consequence conclude that his talk, under examination, about his competitive sorrows is all make-believe.” (Id., *ibidem*. P. 85. Tradução livre)

[5] “We have just seen that, both as a fact and as a threat, the impact of new things—new technologies for instance—on the existing structure of an industry considerably reduces the long-run scope and importance of practices that aim, through restricting output, at conserving established positions and at maximizing the profits accruing from them. We must now recognize the further fact that restrictive practices of this kind, as far as they are effective, acquire a new significance in the perennial gale of creative destruction, a significance which they would not have in a stationary state or in a state of slow and balanced growth. In either of these cases restrictive strategy would produce no result other than an increase in profits at the expense of buyers except that, in the case of balanced advance, it might still prove to be the easiest and most effective way of collecting the means by which to finance additional investment. But in the process of creative destruction, restrictive practices may do much to steady the ship and to alleviate temporary difficulties. This is in fact a very familiar argument which always turns up in times of depression and, as everyone knows, has become very popular with governments and their economic advisers—witness the NRA. While it has been so much misused and so faultily acted upon that most economists heartily despise it, those same advisers who are responsible for this invariably fail to see its much more general rationale.” (Id., *ibidem*. PP. 87-88. Tradução livre)

“All this is of course nothing but the tritest common sense. But it is being overlooked with a persistence so stubborn as sometimes to raise the question of sincerity. And it follows that, within the process of creative destruction, all the realities of which theorists are in the habit of relegating to books and courses on business cycles, there is another side to industrial selforganization than that which these theorists are contemplating. ‘Restraints of trade’ of the cartel type as well as those which merely consist in tacit understandings about price competition may be effective remedies under conditions of depression. As far as they are, they may in the end produce not only steadier but also greater expansion of total output than could be secured by an entirely uncontrolled onward rush that cannot fail to be studded with catastrophes. Nor can it be argued that these catastrophes occur in any case. We know what has happened in each historical case. We have a very imperfect idea of what might have happened, considering the tremendous pace of the process, if such pegs had been entirely absent. Even as now extended however, our argument does not cover all cases of restrictive or regulating strategy, many of which no doubt have that injurious effect on the long-run development of output which is uncritically attributed to all of them. And even in the cases our argument does cover, the net effect is a question of the circumstances and of the way in which and the degree to which industry regulates itself in each individual case. It is certainly as conceivable that an all-pervading cartel system might sabotage all progress as it is that it might realize, with smaller social and private costs, all that perfect competition is supposed to realize. This is why our argument does not amount to a case against state regulation. It does show that there is no general case for indiscriminate ‘trust-busting’ or for the prosecution of everything that qualifies as a restraint of trade. Rational as distinguished from vindictive regulation by public authority turns out to be an extremely delicate problem which not every government agency, particularly when in full cry against big business, can be trusted to solve.<sup>6</sup> But our argument, framed to refute a prevalent theory and the inferences drawn therefrom about the relation between modern capitalism and the development of total output, only yields another theory, i.e., another outlook on facts and another principle by which to interpret them. For our purpose that is enough. For the rest, the facts themselves have the floor.” (Id., *ibidem*. PP. 91-92. Tradução livre)

[6] The Master Switch. The rise and fall of information empires. Alfred A. Knoff: New York, 2010.

[7] “Let’s focus, first, on the act of invention. The importance of the outsider here owes to his being at the right remove from the prevailing currents of thought about the problem at hand. That distance affords a perspective close enough to understand the problem, yet far enough for greater freedom of thought, freedom from, as it were, the cognitive distortion of what is as opposed to what could be. This innovative distance explains why so many of those who turn an industry upside down are outsiders, even outcasts.

To understand this point we need grasp the difference between two types of innovation: ‘sustaining’ and ‘disruptive,’ the distinction best described by innovation theorist Clayton Christensen. Sustaining innovations are improvements that make the product better, but do not threaten its market. The disruptive innovation, conversely, threatens to displace a product altogether. It is the difference between the electric typewriter, which improved on the typewriter, and the word processor, which supplanted it.

Another advantage of the outside inventor is less a matter of the imagination than of his being a disinterested party. Distance “creates a freedom to develop inventions that might challenge or even destroy the business model of the dominant industry. The outsider is often the only one who can afford to scuttle a perfectly sound ship, to propose an industry that might challenge the business establishment or suggest a whole new business model. Those closer to—often at the trough of—existing industries face a remarkably constant pressure not to invent things that will ruin their employer. The outsider has nothing to lose.” (Id., *ibidem*)

[8] V. Lemley, M. A. IP in a World Without Scarcity (maio de 2015). 90 (2) NYU Law Review 460.

[9] Internet Architecture and Innovation. Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 2010. P. 52.

[10] “Suppose that a system’s architecture enables the owner of one component to block, or degrade the performance of, complementary components from another innovator. An independent innovator with an idea for a complementary component may anticipate that her new component might be discriminated against. This would lower her profits, and it might render an otherwise profitable innovation unprofitable. Expecting discrimination in the future, she does not innovate today. In contrast, an architecture that provides no opportunity to discriminate

against components provides a level playing field. Since innovators will not have to account for a potential profit reduction caused by discrimination, they can expect higher profits than under the 'discriminatory' architecture. Thus, more innovations by independent innovators will be profitable under an architecture that precludes discrimination. Conversely, the owner of a controlling component may have a greater incentive to innovate under a discriminatory architecture, since he may be able to realize higher profits by blocking or degrading the performance of complementary components.

Consider the example of Skype. Widespread adoption of Internet telephony applications reduces network providers' profits from conventional telephone service. If network providers had been able to prevent their users from using Internet-telephony applications in 2002, when Niklas Zennström and Janus Friis were thinking about building an Internet telephony application based on a peer-to-peer architecture, the innovators might have dropped the idea, fearing that network providers would block their application. But because Internet service providers were not able to detect Internet-telephony applications in 2002, Zennström and Friis did not have to take into account a possible profit reduction due to discrimination or exclusion." (Id., ibidem. PP. 215/216. Tradução livre)

[11] "Schumpeter's cycle of industrial life and death is an inspiration for this book. His thesis is that in the natural course of things, the new only rarely supplements the old: it usually destroys it. The old, however, doesn't, as it were, simply give up but rather tries to forestall death or co-opt its usurper—à la Kronos—with important implications. In particular Schumpeter's theory did not account for the power of law or the government to stave off industrial death, and (for our particular purposes) arrest the Cycle. As we shall see in future chapters, allying itself with the state, a dominant industrial force can turn a potentially destructive technology into a tool for perpetuating domination and delaying death." (Id., ibidem)

[12] "And so derives the Kronos Effect: the efforts undertaken by a dominant company to consume its potential successors in their infancy." (Id., ibidem)

[13] "(...) It is true that the Internet naturally harnesses the power of decentralization and defies central control, but in the face of a determined power, that design alone is no adequate defense of what we hold most dear about the network. The simple fact is that the Internet is simply not the infinitely elastic phantasm that it is popularly imagined to be, but rather an actual physical entity that can be warped or broken. For while the network is designed to connect every user with every other on an equal footing, it has always depended on a finite number of physical connections, whether wired or spectral, and switches, operated by a finite number of firms upon whose good behavior the whole thing depends.

There is a dark underbelly to the diversity of content and services that the Internet has brought us, one that leaves it more vulnerable to centralization, not less. The Internet with its uniquely open design has led to a moment when all other information networks have converged upon it as the one "superhighway," to use the 1990s term. While there were once distinct channels of telephony, television, radio, and film, all information "forms are now destined to make their way increasingly along the master network that can support virtually any kind of data traffic. This tendency, once called 'convergence,' was universally thought a good thing, but its dangers have now revealed themselves as well. With every sort of political, social, cultural, and economic transaction having to one degree or another now gone digital, this proposes an awesome dependence on a single network, and a no less vital need to preserve its openness from imperial designs." (Id., ibidem)

[14] "Discrimination can take various forms when a network traffics in information packets. For while the boatman may fail in his obligations by refusing you passage or charging you more than the next passenger, the keeper of an information network may also speed up or slow down your transmission, or give right of way to one over another stream of traffic, among other manipulations. The Internet's nature affords many options, but whatever may be the justification, a vibrant information economy cannot countenance discrimination at a level so basic as transmission on a public network." (Id., ibidem)

[15] Aspen, 2012. PP. 2-14.

[16] Tomamos conhecimento de que o Bradesco hoje ainda pede duas senhas aos seus clientes para acesso ao internet banking, sem cuidado específico com relação à realização de operações financeiras específicas.

[17] "Ideas, though, do not have this characteristic of excludability if I know a particular piece of information, and tell it to you, you have not deprived me of it. Rather, we both possess it. The fact that the possession and use of ideas is largely 'nonrivalrous' is critical to intellectual property theory because it means that the traditional economic justification for tangible property does not fit intellectual property. In the state of nature, there is no danger of overusing or overdistributing an idea, and no danger of fighting over who gets to use it. Everyone can use the idea without diminishing its value (...)

Theorists have therefore turned elsewhere to justify exclusive rights in ideas. Over the course of human history, numerous theories have been put forth to explain intellectual property protection. The principal basis for such protection in the United States is the utilitarian or economic incentive framework. (...)

In a private market economy, individuals will not invest in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so—that is, unless they can reasonably expect to make a profit from the endeavor. To profit from a new idea or work of authorship, the creator must be able either to sell it to others or to put it to some use that provides her with a comparative advantage in a market, such as by reducing the cost of producing goods. (...)

(...) Thus, the economic justification for intellectual property lies not in rewarding creators for their labor but in ensuring that they (and other creators) have appropriate incentives to engage creative activities.

Unfortunately, this approach comes at a cost. Granting authors and inventors the right to exclude others from using their ideas and so prevents many people from benefiting from them. (...) In this limited sense, then, intellectual property rights appear to run counter to free market competition: they limit the ability of competitors to copy or otherwise imitate the intellectual efforts of the first person to develop an idea. These rights enable those possessing intellectual property rights to charge monopoly prices or to otherwise limit competition, such as by controlling the use of the intellectual work in subsequent products.

Because intellectual property rights impose social costs on the public, the intellectual property laws can be justified by the public goods argument only to the extent that they do on balance encourage enough creation and dissemination of new works to offset those costs. One of the reasons that intellectual property rights are limited in scope, duration and effect is precisely in order to balance these costs and benefits. (...)

[18] Id., ibidem. P. 556.

[19] "Drawing the line too liberally in favor of copyright protection would bestow strong monopolies upon those who develop operating systems that become industry standards and upon the first to write programs performing specific applications and would thereby inhibit other creators from developing improved programs and computer systems. Drawing the line too conservatively would allow programmers' efforts to be copied easily, thus discouraging the creation of all but modest incremental advantages. The wisdom of Congress's decisions to bring computer programs within the scope of copyright law thus depends critically upon where the courts draw this line."

[20] A portabilidade e o compartilhamento de dados a critério do cliente são pilares da lei europeia de proteção de dados (*General Data Protection Regulation – GDPR*), que entrou em vigor em 25/05 último, e que é considerada por especialistas a legislação mais moderna na matéria de proteção de dados pessoais.

[21] V. Time Magazine. **Big Banks Are Attacking Personal Finance Apps Like Mint** (9/11/2015). Disponível em <http://time.com/money/4101961/banks-attack-mint-aggregators/> (<http://time.com/money/4101961/banks-attack-mint-aggregators/>). Acesso em 27 de junho de 2018.

V. **The Wall Street Journal. Big Banks Lock Horns With Personal-Finance Web Portals** (4/11/2015). (<https://www.wsj.com/articles/big-banks-lock-horns-with-personal-finance-web-portals-1446683450>).

[22] **Banks and Tech Firms Battle Over Something Akin to Gold: Your Data** (23/3/2017). Disponível em <https://www.nytimes.com/2017/03/23/business/dealbook/banks-and-tech-firms-battle-over-something-akin-to-gold-your-data.html>. Acesso em 27 de junho de 2018.

[23] “The European authorities have largely decided that people, not companies, own the digital records associated with their accounts. As a result, European banks are generally being forced to make it easy for customers to share their financial data with whomever they choose. In the United States, the 2010 Dodd-Frank Act broadly directed banks to make electronic records available to people. But there has been little detail on what that means in practice.”

[24] V. **The Wall Street Journal. Fintech Startups Want to Save One Key Page of Dodd-Frank: Companies argue Section 1033 preserves their right to pull data from customers’ bank accounts** (2/2/2017). <https://www.wsj.com/articles/fintech-startups-want-to-save-one-key-page-of-dodd-frank-1486035001>. Acesso em 27 de junho de 2018.

[25] “(a) *IN GENERAL.*—Subject to rules prescribed by the Bureau [Bureau of Consumer Financial Protection], a covered person shall make available to a consumer, upon request, information in the control or possession of the covered person concerning the consumer financial product or service that the consumer obtained from such covered person, including information relating to any transaction, series of transactions, or to the account including costs, charges and usage data. The information shall be made available in an electronic form usable by consumers.

(b) *EXCEPTIONS.*—A covered person may not be required by this section to make available to the consumer—

(1) any confidential commercial information, including an algorithm used to derive credit scores or other risk scores or predictors;

(2) any information collected by the covered person for the purpose of preventing fraud or money laundering, or detecting, or making any report regarding other unlawful or potentially unlawful conduct;

(3) any information required to be kept confidential by any other provision of law; or

(4) any information that the covered person cannot retrieve in the ordinary course of its business with respect to that information.

(c) *NO DUTY TO MAINTAIN RECORDS.*—Nothing in this section shall be construed to impose any duty on a covered person to maintain or keep any information about a consumer.

(d) *STANDARDIZED FORMATS FOR DATA.*—The Bureau, by rule, shall prescribe standards applicable to covered persons to promote the development and use of standardized formats for information, including through the use of machine readable files, to be made available to consumers under this section.”

[26] V. **Bloomberg. In Europe They’re Giving Users Control of Their Online Data** (20/3/2018). Disponível em <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-03-20/how-europe-s-gdpr-will-mean-your-data-belongs-to-you-quicktake>. Acesso em 27 de junho de 2018.

[27] O voto da ex-Conselheira Ana Frazão no caso Eli Lilly (Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91) traz um apanhado histórico da aplicação do instituto pela autarquia.

[28] Elhauge, E. (1992). **Making Sense of Antitrust Petitioning Immunity**. 80 Cal. L. Rev. 1177.

Brasília, 02 de julho de 2018.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

ROBERTO DOMINGOS TAUFICK

Assessor do Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

ANGELO JOSÉ MONT ALVERNE DUARTE

Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência, Substituto



Documento assinado eletronicamente por **Roberto Domingos Taufick, Assessor(a)**, em 02/07/2018, às 11:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Angelo José Mont'Alverne Duarte, Secretário(a) de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência Substituto(a)**, em 02/07/2018, às 17:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0817174** e o código CRC **AA0FAD8F**.

Referência: Processo nº 10099.100151/2018-14

SEI nº 0817174