



***Open Insurance* - Sistema de Seguros Aberto**



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Open Insurance - Sistema de Seguros **Aberto**

TAHIANA VIVIANI VIEIRA

NÚMERO DE ALUNA: 62418

**ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA MARIA PAULA DOS REIS VAZ
FREIRE**

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E
CIÊNCIA JURÍDICA, RAMO DE DIREITO E
ECONOMIA, ANO CURRICULAR DE
2019/2020, DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA - FDUL

LISBOA

2024

RESUMO

No atual ambiente econômico global, os dados tornaram-se fundamentais, figurando como um dos eixos centrais dos processos de negócio e decisão. Sua gestão eficaz fornece *insights* significativos sobre comportamento humano, preferências do consumidor e movimentos do mercado. Por isso, o compartilhamento de dados entre empresas tem o potencial multiplicador de sua disponibilidade, o que pode desencadear um aumento de produtividade dos mercados, ao revelar padrões ocultos, de modo a ampliar a competitividade, promover a inovação e minimizar as assimetrias de informação. Nesse contexto, o papel dos reguladores para viabilizar o fluxo de dados compartilhados, com proteção da privacidade, é crucial. Propostas recentes em torno do compartilhamento de dados em mercados financeiros culminaram no desenvolvimento do *Open Finance*, do *Open Banking* e do *Open Insurance*. No setor de seguros, os dados são vitais, pois auxiliam na precisa avaliação de riscos, na precificação de apólices e no desenvolvimento de produtos personalizados, o que possibilita um melhor atendimento das necessidades dos clientes. Assim, o compartilhamento dos dados nesse setor desponta como uma solução de aprimoramento dos produtos e serviços, o que pode impactar no equilíbrio competitivo do mercado. Diante disso, o presente estudo busca abordar o tema da partilha de dados no mercado de seguros e sua relação com a regulação do Estado no modelo do *Open Insurance*, que se configura como solução regulatória que promove o seu compartilhamento obrigatório entre empresas, com o devido consentimento do consumidor titular dos dados. A partir de tal sistema, o mercado é impulsionado a agir de forma colaborativa que dificilmente ocorreria de modo espontâneo, como pode ser inferido da análise do modelo brasileiro. No entanto, é importante frisar que os resultados concretos do *Open Insurance*, especialmente em relação à eficiência, concorrência apropriada e inovação, ainda não podem ser definitivamente avaliados, ante a implementação recente dos ambientes regulados de compartilhamento de dados no setor de seguros.

Palavras-chave: Compartilhamento de dados; Mercado de seguros; *Open Insurance*; Regulação.

ABSTRACT

In the contemporary global economic environment, data has assumed a fundamental role, emerging as a pivotal axis within business operations and decision-making processes. Effective data management furnishes profound insights into human behavior, consumer inclinations, and market dynamics. Consequently, the exchange of data amongst enterprises harbors the potential to amplify its accessibility, thereby catalyzing heightened market productivity through the revelation of concealed patterns, ultimately fostering enhanced competitiveness, innovation, and the mitigation of informational asymmetries. Within this framework, the regulatory function assumes critical importance in facilitating the flow of shared data while safeguarding privacy considerations. Recent initiatives of data sharing within financial sector have manifested in the conceptualization of Open Finance, Open Banking and Open Insurance. Particularly within the insurance market, data assumes a pivotal role by facilitating precise risk evaluation, policy valuation, and the curation of tailored products, thereby enhancing customer-centricity. Consequently, data sharing within this sector emerges as a strategic avenue for product and service improvement, consequently influencing market equilibrium. Taking into account these considerations, this study endeavors to explore the intricacies surrounding data sharing within the insurance market, particularly examining its interface with state regulatory frameworks within the Open Insurance paradigm. This regulatory solution advocates for mandatory data sharing, contingent upon the informed consent of the consumer data owner. Through such a framework, the market is induced towards collaborative endeavors that may not naturally occur, as evidenced by the analysis of the Brazilian model. However, it is imperative to underscore that the tangible outcomes of Open Insurance, notably regarding efficiency, equitable competition, and innovation, remain subject to ongoing evaluation, given the nascent implementation of regulated data sharing environments within the insurance sector.

Keywords: Data Sharing; Insurance Market; Open Insurance; Regulatory Framework.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta dissertação, que se desenvolveu durante o desafiador período pandêmico, representa uma conquista pessoal, que não teria sido possível sem o apoio de algumas pessoas que tive a grata oportunidade de conviver.

Assim, primeiramente, expresso minha gratidão e registro minha admiração pela Professora Doutora Paula Vaz Freire, que gentilmente aceitou me orientar nesse trabalho, o que fez de forma cuidadosa e qualificada, e cuja compreensão e apoio foram fundamentais para o preenchimento de lacunas e superação de obstáculos para a conclusão da dissertação.

Agradeço também aos colegas de mestrado, por compartilharem comigo suas experiências e por serem fontes de apoio mútuo ao longo dessa jornada. E à minha família, pela paciência nos dias de dedicação, pelo suporte nos dias de desânimo e pelos incontáveis exemplos, que busquei e busco seguir, deixo o meu mais profundo reconhecimento.

Por fim, não posso deixar de manifestar meu agradecimento à instituição profissional que faço parte, a Advocacia-Geral da União do Brasil, pelo incentivo à pesquisa e pela viabilização da busca pelo conhecimento fora do território nacional.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – DOS DADOS E DE SEU COMPARTILHAMENTO. (O QUE REGULAR?)	15
1.1 Dados como fonte de riqueza relevante.....	15
1.2 Dados pessoais: compartilhamento e proteção da privacidade	20
1.3 Atributos econômicos dos dados	28
1.4 Funções econômicas do uso dos dados	33
1.5 Riscos do uso dos dados nos mercados.....	41
1.6 Dados nos mercados de seguros.....	44
CAPÍTULO 2 – DA REGULAÇÃO (POR QUE E PARA QUE REGULAR?)	50
2. 1 Por que regular?	50
2.2 Justificativas para regulação do Open Insurance	56
2.3 Estímulo à concorrência.....	58
2.3.1 Essential Facilities	64
2.3.2 Regulação econômica setorial e direito da concorrência.....	70
2.4 Estímulo à inovação.....	75
2.4.1 Momento da regulação	80
2.5 Minimização da assimetria informacional.....	86
2.5.1 Seleção adversa e Risco moral	92
2.6 Proteção do consumidor, da privacidade e dos dados pessoais	96
2.7 Ampliação do mercado de seguros e pensões	101
2.8 Alinhamento das estruturas de governança.....	107
CAPÍTULO 3 – DO OPEN INSURANCE (COMO REGULAR?).....	111
3.1 Delineamento do <i>Open Insurance</i>	111
3.1.2 Antecedentes	111
3.1.3 Contornos, prismas subjetivos e normativos	117
3.2 Características do <i>Open Insurance</i>	121
3.2.1 Compartilhamento de dados e centralidade do consumidor.....	121
3.2.2 Perímetro regulatório	126
3.3 Riscos do <i>Open Insurance</i>	133
3.4 Modelo brasileiro.....	139
3.4.1 Arquitetura regulatória do sistema financeiro.....	142

3.4.2 Normativos vigentes e características do modelo.....	144
3.4.3 Análise e perspectivas do <i>Open Insurance</i> no Brasil.....	150
CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165

LISTA DE ABREVIATURAS

EIOPA - European Insurance and Occupational Pensions Authority (Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma)

ESG - Environmental, Social And Governance (Ambiental, Social e Governança)

API - Application Programming Interface (Interface de programação de aplicações)

DSP1 - Diretiva dos Serviços de Pagamento – Diretiva 2007/64/CE

DSP2 - Diretiva dos Serviços de Pagamento - Diretiva (UE) 2015/2366

CMA - Competition and Markets Authority (Autoridade de Concorrência e Mercados)

FCA – Financial Conduct Authority (Autoridade de Conduta Financeira)

TI – Tecnologia da Informação

CNSP - Conselho Nacional de Seguros Privados

SUSEP - Superintendência de Seguros Privados

BACEN - Banco Central do Brasil

CMN - Conselho Monetário Nacional

CVM - Comissão de Valores Mobiliários

INTRODUÇÃO

Os dados se tornaram componentes fundamentais na estrutura da economia global contemporânea. No atual cenário, a tecnologia digital reinventou a maneira como os dados são transmitidos e processados e, com isso, todas as organizações se tornaram organizações de informação. Uma administração eficaz dos dados, que envolve sua coleta e análise, pode proporcionar uma visão aprofundada das complexidades do comportamento humano, preferências do consumidor e movimentações de mercado. Este conhecimento permite que as empresas prevejam demandas de mercado, personalizem produtos e serviços, tomem decisões mais informadas e de maneira mais diligente e dinâmica, além de identificarem obstáculos e aumentarem a eficácia geral de suas operações.

Diante dessa visão, o compartilhamento dos dados entre empresas pode gerar um impacto significativo na produtividade dos mercados. Isso porque grandes quantidades de dados podem revelar tendências e padrões ocultos que só podem ser identificados por meio de uma análise em larga escala. Além disso, a partilha de informações tem o potencial de promover a competitividade ao proporcionar condições equânimes para todas as empresas. A competitividade catalisa melhores preços, qualidade e opções para os consumidores, enquanto incentiva as empresas a inovarem para se destacarem no mercado.

No mercado de seguros, o compartilhamento de dados não só é catalisador de melhores opções e inovações, mas também é fundamental para os processos centrais das seguradoras, de modo a permitir uma compreensão profunda dos riscos e possibilitar a oferta de produtos e serviços mais personalizados a seus clientes. Quanto mais dados compartilhados, mais precisa a análise do risco se torna.

Convém destacar que o mercado de seguros desempenha um papel crucial na economia. Diante de inúmeras incertezas do sistema econômico, o seguro surge como uma ferramenta essencial para mitigar riscos associados às ações desse sistema, o que viabiliza o crescimento econômico e proporciona um

ganho de bem-estar, ao permitir que sejam realizadas atividades com componente de risco associado.

O risco, frequentemente, leva atores econômicos a adotar estratégias como a contratação de seguros, que possibilita aos segurados a transferência de parte dos efeitos do risco para as seguradoras. Em troca de um prêmio pago à seguradora, o segurado recebe a garantia de compensação caso ocorra um evento de risco. Essa compensação, assim como o prêmio, é baseada em uma análise estatística dos riscos envolvidos e visa transferir os impactos econômicos do risco do segurado para a seguradora.

Nesse cenário, as seguradoras aplicam técnicas baseadas na mutualidade, que agrupam riscos semelhantes para gerenciá-los coletivamente. Tal estratégia permite que a seguradora transforme a incerteza em riscos calculáveis e se cria, assim, uma sensação de segurança. Desse modo, as empresas do mercado de seguros desempenham um papel de relevância social ao calcular prêmios baseados em métodos estatísticos e distribuir os custos entre os segurados.

Os contratos de seguro são complexos e os dados coletados são determinantes para a eficiência e desenvolvimento dos mesmos. Estas informações podem ser utilizadas para vários propósitos no mercado de seguros, tais como segmentação de risco, monitoramento de risco, detecção de fraude, aperfeiçoamento da jornada do cliente e personalização de produtos e serviços.

É imprescindível salientar que o mercado de seguros e pensões também está sujeito à intervenção regulatória do Estado. Isso ocorre principalmente devido às falhas de mercado, como externalidades e questões de informação assimétrica. Nesse sentido, a regulação no mercado de seguros concentra-se na garantia da solidez das empresas que operam nesse setor, além de tentar prevenir práticas abusivas que possam prejudicar os consumidores e combater a concentração de poder de mercado que pode restringir a concorrência. Assim, a regulação desse mercado busca assegurar justiça e equidade, além de promover inovação.

Diante de tudo isso, percebe-se que os dados dos clientes assumem uma importância especial no mercado segurador, pois toda sua estrutura depende fortemente de informações, o que torna os dados um insumo crucial nesse mercado. Entretanto, a posse desses dados por grandes empresas pode

impactar na concorrência, na inovação e na eficiência do mercado, e por tais razões convém analisar se o fluxo desses dados, por meio de seu compartilhamento, deve ser objeto de atuação dos reguladores estatais.

Em estudos antecedentes, que remontam à segunda década dos anos dois mil, identifica-se que o compartilhamento de dados no setor financeiro, que engloba seguros, banca e valores mobiliários (Calvão da Silva, 2001, p. 11), foi tratado no âmbito do mercado bancário, o que culminou com a proposição da implementação do *Open Banking* britânico e do regime de partilha de dados da Diretiva da União Europeia de serviços de pagamento revista (DSP2) (HM Treasury, 2014) (HM Treasury, 2015) (Competition and Markets Authority, 2015) (Competition and Markets Authority, 2016) (Competition and Markets Authority, 2017) (Open Banking Working Group, 2016) (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2015).

Mais adiante, os estudos e propostas, que tratam de setores específicos de mercado, passaram a girar em torno de um ambiente de compartilhamento de dados em contexto abrangente para todos os ramos do mercado financeiro, o que culminou atualmente com o desenvolvimento do modelo de *Open Finance* (Comissão Europeia, 2020) (Comissão Europeia, 2022) (Financial Conduct Authority, 2021) (Brasil, Banco Central do Brasil. Superintendência de Seguros Privados, 2022).

Ocorre que o mercado de seguros conta com peculiaridades, sobretudo aquelas decorrentes da interação dos dados com a estrutura dos produtos oferecidos e da sensibilidade dos dados circulantes, que dizem respeito a comportamentos e características singulares dos segurados e beneficiários. Em outras palavras, a assimetria informacional é componente do próprio mercado segurador, em especial na análise dos riscos, e a sensibilidade dos dados pode gerar questões específicas de discriminação, a exemplo dos seguros saúde, que potencialmente poderiam excluir do mercado determinados perfis diante do conhecimento de informações da vida privada dos clientes. Por essas razões, entende-se necessário explorar a temática da partilha dos dados nesse âmbito específico e sua relação com a regulação estatal, o que se busca no presente estudo por meio da análise do instituto do *Open Insurance* (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021) (European Insurance and

Occupational Pensions Authority, 2022) (Brasil, Conselho Nacional de Seguros Privados, 2021).

Pretende-se, assim, avaliar a temática do *Open Insurance* a partir da perspectiva do cenário europeu, por se encontrar na vanguarda da estruturação e regulação de sistemas de compartilhamento de dados no setor financeiro, e compreendê-la também com base na avaliação do modelo brasileiro, que durante o presente estudo esteve em fase de implementação. Vale pontuar que a conclusão da pesquisa se deu em agosto de 2022, com breve atualização em meados de 2023, sobretudo para avaliar o andamento da implantação do *Open Insurance* no Brasil.

Ressalta-se que o trabalho se ancorou na revisão literatura especializada sobre o assunto, em que pese não haver produção expressiva no que tange especificamente ao mercado de seguros. Nesse sentido, em um primeiro momento, focou-se nos textos normativos e na dogmática jurídica baseada da União Europeia. Em um segundo momento, foram levantados atos normativos legais e administrativos brasileiros, com o contraste, quando necessário e conveniente, com aquilo observado no continente europeu.

Ademais, para compreensão do objeto desse trabalho, foi necessário o recurso a conceitos, instrumentos e práticas de disciplinas das ciências sociais aplicadas, para além do Direito. Cuidou-se principalmente de utilizar conceitos da economia, das ciências da computação e da gestão. Nada obstante, não se trata propriamente de um trabalho multidisciplinar, posto que os instrumentos foram utilizados apenas quando e na medida em que úteis à análise das questões jurídicas enfrentadas.

Assim, para alcançar o objetivo geral do estudo de analisar o compartilhamento dos dados no mercado de seguros e sua relação com a regulação estatal, buscou-se compreender três eixos correspondentes aos capítulos que compõem a dissertação e que se estruturam em três prismas de questionamentos, inspirados em técnicas de gestão (Sinek, 2018), que são: o que, por que e como regular, pois todas essas perspectivas partem da hipótese de avaliação de eventual regulação.

O primeiro dos eixos trouxe o questionamento acerca do objeto que instigaria a regulação, no caso, os dados e seu compartilhamento no mercado de seguros. Nesse capítulo inicial tencionou-se avaliar a importância dos dados

e de seu compartilhamento no contexto econômico, seus atributos, funções, riscos, as especificidades no mercado de seguros e a relação da privacidade com sua circulação.

Na sequência, o capítulo central do estudo passou a analisar as justificativas para eventual intervenção regulatória estatal no compartilhamento de dados no mercado de seguros. Partiu-se da análise dos principais argumentos que podem fundamentar a utilização da sistemática do *Open Insurance*, relacionando-os com a adoção espontânea pelo mercado ou com a imposição estatal. Buscou-se compreender a possibilidade de se estimular a concorrência e, sobre esse aspecto, avaliar a relação da doutrina das *essential facilities* com os dados, além de analisar a distinção da utilização da regulação econômica setorial ou dos mecanismos de proteção da concorrência, para perceber quais contornos seriam mais adequados para fomentar o pretendido compartilhamento. Outro aspecto a se apresentar é a possibilidade de estímulo à inovação com o uso da sistemática, problematizando-se também a relação do momento de eventual regulação para melhor alcançar esse objetivo.

O capítulo segundo prossegue com a investigação da assimetria informacional e de suas peculiaridades no mercado de seguros, para aferir como o compartilhamento dos dados pode minimizar os aspectos assimétricos e avaliar seus potenciais impactos naquele contexto. E, como arremate, neste capítulo busca-se perquirir a relação da partilha dos dados com uma maior proteção dos consumidores, da privacidade e dos próprios dados, além de tratar sobre a eventual ampliação do mercado de seguros e pensões e perquirir sobre os benefícios da regulação para um alinhamento das estruturas de governança, de modo a reduzir os custos de transação da sistemática.

O terceiro capítulo traz a modelagem do *Open Insurance* ao tomar por base os sistemas de compartilhamento de dados no setor financeiro que o antecederam e o modelo em implantação no Brasil. A exploração da forma do *Open Insurance* intenta descrever alguns riscos e características que possam ser comuns ao instituto, consciente de sua variabilidade em razão da possibilidade de implementação em diferentes jurisdições. Nesse ponto, buscou-se expor alguns tipos de conformações da interação entre a sistemática e a regulação.

Neste último capítulo, apresentou-se o modelo brasileiro, não apenas ao situá-lo no contexto da arquitetura regulatória do sistema financeiro daquele país ou descrevê-lo a partir do normativo vigente, mas para trazer também um olhar crítico e de perspectivas sobre sua construção e sobre os processos de modificação de suas bases, que podem vir a demonstrar o acerto pela opção de adoção de um modelo de regulação estatal para guiar sua implementação.

Diante disso, aspira-se com a presente pesquisa explorar a sistemática do *Open Insurance*: Sistema de Seguros Aberto, que se constitui como o compartilhamento de dados relacionados ao mercado de seguros e que depende do consentimento explícito do consumidor a quem eles se relacionam, se forem de ordem pessoal. A pesquisa avalia a sistemática também sob o olhar da necessidade ou desnecessidade de implementação por meio da regulação estatal, o que se propôs fazer por meio dos capítulos acima descritos.

CAPÍTULO 1 – DOS DADOS E DE SEU COMPARTILHAMENTO. (O QUE REGULAR?)

1.1 Dados como fonte de riqueza relevante

Atualmente, a dependência das tecnologias da informação, da *internet* e dos dados encontra-se presente em quase todos os campos da economia, inclusive nos setores mais tradicionais. Essa interação com o universo digital pode ser compreendida como um impulso para o crescimento em um cenário econômico aparentemente, até então, estagnado (Srnicek, 2018, p. 12).

Nesse contexto, percebe-se que os dados assumem papel relevante no mundo atual, pois figuram como indutores da ampliação de conhecimento e da consequente redução das assimetrias informacionais, o que permite que as tomadas de decisão sejam aprimoradas, levando a transformações econômicas, sociais e políticas. Compreende-se, assim, a importância transversal dos dados na sociedade, pois quase todas as atividades econômicas vêm se beneficiando de seu potencial (Gallo;Vieira, 2022, p. 307).

É do senso comum referir que, do mesmo modo que a sociedade foi impactada no século passado pelo petróleo (The Economist, May 6th, 2017), nos tempos que ocorrem, os dados vêm conduzindo mudanças arrebatadoras na vida e no comportamento dos seres humanos. Os dados, assim como o petróleo, são valiosos, mas sem o devido refino, o que em uma analogia consistiria em sua coleta e análise, não poderiam ser utilizados. Tal proposição é frequentemente creditada ao matemático e empresário britânico Clive Robert Humby (The Guardian, Aug 23rd, 2013), embora não haja referência formal de que tenha sido apresentada em contexto público ou acadêmico.

Para aprofundar essa correlação, usualmente referida, no sentido de que os dados se assemelham a outras fontes tradicionais de riqueza e despontam como relevante elemento na economia, cabem aqui algumas conceituações prévias. Primeiramente, pode-se afirmar que o dado consiste na representação factual de ocorrências da natureza, de ações ou de características (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 7).

Assim como uma matéria-prima, os dados passam por coleta ou extração, que pode ser feita, por exemplo, através da captação por sensores. Passo seguinte, serão registrados em algum tipo de meio material, podendo ser

armazenados em meios digitais, codificados como uma sequência binária de zeros e uns, ou em meios analógicos, como registros em papel ou até mesmo em placas de pedra. Em sua maioria, precisam ser limpos e organizados em formato padronizado para poder ser utilizado de diversas maneiras. Portanto, a correlação com outras fontes de riqueza advém dessa característica dos dados como insumo a ser extraído, sendo a atividade dos usuários uma fonte natural de sua obtenção (Srnicek, 2018, pp. 42-43). Destacam-se também por propiciarem o desenvolvimento de novas infraestruturas e novos negócios, o que culmina em interferências na concorrência e desperta questões como saber quem deve se beneficiar de seu uso (Gallo; Vieira 2022, 307).

Em suma, os dados são a matéria-prima necessária aos novos processos de manufatura, enquanto a extração descreve a infraestrutura material e as relações sociais através das quais as empresas afirmam sua autoridade sobre os dados para poder utilizá-los. De outro lado, a “analítica” diz respeito aos sistemas computacionais muito especializados, também referidos como inteligência de máquina, para trazer a visão da floresta e não das árvores, tirando o foco da tecnologia em si e deslocando o olhar para o objetivo consistente no uso do que foi coletado (Zuboff, 2021, p. 86).

Merece também destaque a heterogeneidade dos dados, cuja variância é apreciada em muitas dimensões. Verifica-se, por exemplo, sua diversidade quanto ao sujeito a que se referem ou a quantidade de incorporação de processamento para registro (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 7). Classificam-se ainda pela forma de coleta, que pode ser voluntária, a exemplo dos formulários preenchidos pelo próprio sujeito titular, observada, como aqueles obtidos a partir do registro de geolocalização contido em dispositivos do usuário, ou inferida, cuja criação se dá secundariamente a partir de outros registros, como as pontuações de créditos individuais alcançadas pela conjugação de diversos dados. E se distinguem pela forma de uso, como por exemplo dados de nível individual, que se referem a um usuário específico, que diferem dos dados de nível individual agrupados e usados anonimamente. As variações ainda podem dizer respeito ao posicionamento na linha do tempo, como os dados históricos ou obtidos em tempo real. Além disso, a motivação para o seu fornecimento também comporta inúmeras finalidades, como o fornecimento de serviços

complementares a um produto ou serviço e até mesmo para treinamento de algoritmos (Crémer, de Montjoye; Schweitzer, 2019, p. 8).

Nos mercados, os dados podem ser coletados pelas empresas para incontáveis desígnios, podendo ser internos, ou seja, oriundos da própria relação com os clientes, ou externos ao desenvolvimento da atividade de determinada empresa, mas com relevante valor para a mesma, como, por exemplo, os dados profissionais, os interesses pessoais, os dados de direção ou localização, as informações de consumo em outros estabelecimentos, e até mesmo os dados de redes sociais ou antecedentes criminais. Nota-se que algumas espécies de dados podem ter fundamental importância em determinados setores, como o no caso dos dados pessoais¹ para o desenvolvimento de produtos de seguro baseados em comportamento (Joint Committee of the European Supervisory Authorities, 2016, p. 11).

Os dados se configuram como uma forma de informação, que se diferenciam das ideias, que são outro tipo de informação. Em uma avaliação prospectiva, as ideias enquadram-se como o conjunto de instruções para produzir um bem econômico, para completar uma tarefa, de certo modo poderia ser traduzida como uma espécie de fórmula, enquanto os dados são um fator de produção, um insumo utilizado para execução dessa tarefa, assemelhando-se, como já referido, às matérias-primas (Jones; Tonetti, 2019, p. 3). Percebe-se também a distinção através da observação pretérita, em que os dados não se confundem com conhecimento, uma vez que dados consistiriam na informação de que algo ocorreu, enquanto o conhecimento consistiria na informação do porquê ocorreu (Srnicek, 2018, p. 41) .

Outra característica que pode ser observada como traço distintivo dos dados e ideias é a forma de transmissão. Em regra, os dados armazenados em meios digitais podem ser transmitidos em questão de segundos, já as ideias dependem de investimentos em recursos de educação para serem propagadas. Entretanto, mesmo com características particulares de transmissibilidade, algumas ideias, como as de *machine learning*, são acessíveis ao público,

¹ Entendidos como “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)", conforme dispõe o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

enquanto dados criptografados e o *big data*² podem ser restritos (Jones; Tonetti, 2019, p. 4).

Convém pontuar que as informações, como gênero do qual os dados se configuram como espécie, também encontram associação com bens econômicos. Ao se considerar que a informação caracterizada como uma observação cujo resultado, se conhecido, afeta as estimativas de determinado evento, permite-se a identificação de seu valor econômico, pois há um potencial de lucros maiores em razão do observado. Essas informações podem ser coletadas através de pesquisas, mas também podem surgir no curso diário da vida econômica, como um subproduto de outras atividades econômicas (Arrow, 1962, p. 614).

O mundo atual tem concentrado suas forças na extração e uso dos dados, mas, em tempos passados, a importância dos dados se dava em menor grau, seja porque as tecnologias para coleta e armazenagem eram rudimentares, seja porque as rotinas das pessoas não eram documentadas e a maioria das relações se baseava na confiança.

No avançar do século XXI, a tecnologia para captar os dados de sua fonte natural vem se tornando cada vez mais barata e a digitalização das comunicações está a permitir o registro e armazenamento de modo extremamente simples e menos custoso. Diante das novas tecnologias, uma enorme quantidade de dados agora pode ser produzida, como subproduto das atividades econômicas e sociais. Assim, houve a migração dos dados como aspecto periférico dos negócios para um recurso cada vez mais central, cujo potencial encontra-se em massiva expansão para otimizar os processos de produção, trazer conhecimento sobre as preferências dos consumidores ou ainda permitir a criação de novos produtos e serviços (Srnicek, 2018, p. 43).

Outro aspecto tecnológico que intensificou a relevância dos dados foi o avanço das técnicas analíticas, que viabilizaram um processamento mais avançado, permitindo a extração de mais valor dos dados disponíveis. Em todos

² Muitas são as tentativas de definição do fenômeno *big data* e de atribuição de autoria ao termo, mas, de modo geral, pode-se afirmar que a ideia remonta ao final dos anos 1990 e início dos 2000 e permite sua associação a grande volume, variedade e velocidade de dados, que se ligam a formas econômicas e inovadoras de coleta, processamento e análise, que têm potencial de aprimoramento da tomada de decisões e da automação de processos. (Metcalf, Keller, & Boyd, 2016); (Laney, 2001).

os setores da economia houve a intensificação dos resultados através do uso de tecnologias, como a inteligência artificial, o aprendizado de máquina ou as análises preditivas, que transformaram os dados em insumos essenciais para modelos de negócios altamente lucrativos (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 3).

Nesse ponto, os dados se associam à alimentação dos algoritmos, que podem otimizar e dar flexibilidade ao processo produtivo. A própria análise de dados gera mais dados, perfazendo um círculo virtuoso, inclusive porque com o aprimoramento do processo produtivo ou a introdução de novos serviços ou produtos, mais interessados se associam ao extrator dos dados, gerando aumento quantitativo em sua coleta. Processo semelhante é o que ocorre no chamado efeito de rede, que se caracteriza pelo fato de que quanto mais numerosos sejam os usuários de uma determinada plataforma, mais valiosa ela se transforma para os demais, atraindo um maior número de usuários, fornecedores de dados. E diante das vantagens significativas que o uso dos dados possibilita e das pressões competitivas do capitalismo, é natural que essa “matéria-prima” se apresente como um novo recurso a ser extraído (Srnicsek, 2018, p. 44 e 47).

1.2 Dados pessoais: compartilhamento e proteção da privacidade

Diante das considerações acima apontadas, é possível perceber que os dados são a representação factual de determinadas ocorrências e que podem dizer respeito a aspectos da vida privada, como ações ou características dos indivíduos. Sob essa perspectiva, de se referirem ao que não é público, clama-se pelo resguardo dos aspectos privados dos dados.

Essa proteção da privacidade, como limite entre o que é do indivíduo ou dos outros, encontra justificativa, preliminarmente, em razão dos direitos da personalidade do ser humano e, de modo mais amplo, como suporte para a própria participação democrática livre de controles comportamentais originados de um histórico de dados. Ocorre que pode ser de interesse da sociedade que a coletividade tenha acesso aos dados, de forma transparente, para que possa estar municiada de informações para a tomada de decisão. E nesse ponto surge a complexidade e a sensibilidade da questão, que coloca em confronto o sigilo, para salvaguardar os direitos dos titulares, e a circulação legal dos dados pessoais.

Diante disso, convém pontuar que, apesar do uso pela doutrina e pela legislação da expressão proteção de dados, há uma antecedência à questão, pois não se almeja propriamente proteger o resultado da observação, que seria o dado, mas sim o objeto da observação, que são os aspectos da intimidade dos indivíduos. Por essa razão, é pertinente, para melhor enquadramento do aqui tratado, alcançar a compreensão da proteção jurídica à privacidade.

Preliminarmente, vale lembrar que essa preocupação não é recente. Ainda no século XVIII, o contexto social já incitava a reflexão jurídica acerca dos efeitos da comunicação pública sobre assuntos da vida privada, o que se materializava nas ações referentes às injúrias, como mencionou Ernst Ferdinand Klein, nos *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten*, 2 Bd., de 1788, onde sugeria que a privacidade pode ser apontada como critério para permissão ou vedação das publicações da imprensa. As demandas por injúria configuravam-se como instrumentos do direito civil para proteção dos aspectos da vida privada de publicações inapropriadas. Já no século XIX, o avanço da proteção da privacidade ganhou contornos mais complexos, que passavam pelas codificações penais da época,

pelos aspectos de diferenciações sociais decorrentes da confiabilidade e especialização de alguns segmentos da sociedade que demandavam maior proteção, bem como pelo desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação, como as cartas e mais adiante as fotografias, que traziam novas nuances aos limites da vida privada, como no caso emblemático do retrato fotográfico do Imperador Otto von Bismarck em seu leito de morte, em 1899. Nesse período, as reflexões jurídicas sobre a privacidade passaram a se distanciar das, anteriormente utilizadas, ações de injúria e rumaram para o papel de núcleo essencial do direito da personalidade, afastado do regime jurídico da propriedade tradicional, de modo a adequar a proteção do ser humano ao contexto que as novas tecnologias impunham. Assim, percebe-se que a proteção dos aspectos da privacidade do indivíduo é impulsionada pela relação entre o ser humano, as novas tecnologias e os novos modelos de negócios (Campos, 2021).

Nesse mesmo sentido, o aclamado artigo dos americanos Warren e Brandeis, de 1890, também descrevia a inquietação gerada pelo novo modelo de negócios jornalístico que se valia da inovação, então popularizada, da máquina fotográfica. Os autores, na oportunidade, partindo de precedentes de tribunais, delinearam o direito de ser deixado em paz, que não se conecta propriamente ao princípio da propriedade privada, mas ao de uma personalidade inviolável (Warren; Brandeis, 1890, p. 205). Além dessas observações, os autores apontam que, como qualquer direito, a privacidade também encontra limites, como a publicação do que seja de interesse público, citando como exemplo fatos da vida pública de pessoas da política ou a divulgação daquilo que seu titular consinta (Warren; Brandeis, 1890, p. 214 e 218).

A crítica a esses últimos autores aponta não somente o fato de não terem sido os pioneiros na criação de um direito à privacidade, pois, como visto anteriormente, essa proteção já era alvo de debates na Europa no século XVIII, inclusive na Revolução Francesa, que a identificava como decorrência da proteção à liberdade dos indivíduos³, mas também por defenderem a visão de

³ *“La liberté du peuple est dans sa vie privée ; ne la troublez point. Ne troublez que les ingrats et que les méchants. Que le gouvernement ne soit pas une puissance pour le citoyen, qu’il soit pour lui un ressort d’harmonie ; qu’il ne soit une force que pour protéger cet état de simplicité contre la force même...”* (Saint-Just, 1908, p. 507).

um grupo minoritário, que desejava desfrutar estritamente para si os frutos de sua atividade econômica e social. Diante dessa visão, o direito a ser deixado em paz foi sendo amplificado e a privacidade passou a ser considerada como um direito natural, vinculando tribunais e legisladores (Simitis, 1987, p. 731).

Ademais, como acima referido, dentro de um contexto democrático, as funções da privacidade não exigem que seja tratada como direito absoluto. Pelo contrário, sua natureza relativa associa-se à necessidade de sempre se buscar um cuidadoso equilíbrio de interesses, que oscila entre o esforço para amplificar a transparência e a preservação de algum grau de inacessibilidade (Simitis, 1987, p. 732).

Sobre esse aspecto de conexão com a democracia, convém destacar o raciocínio de que a privacidade se configura como condição de participação no cenário democrático. Isso por conta do papel central que os grupos desempenham na sociedade, em que as associações devem contar com o resguardo necessário de suas ideias e ações internas. Além disso, acadêmicos e cientistas, em uma sociedade democrática, necessitam ser livres para expressarem suas opiniões, ainda que divergentes das posições dominantes. Assim como deve ser preservado o sigilo do voto, inclusive passados. No âmbito governamental, do mesmo modo, deve-se conservar o equilíbrio entre o resguardo de aspectos institucionais e a transparência necessária para manter a conduta responsável dos governantes (Westin, 1967).

A transparência sobre assuntos da vida privada, alcançada e amplificada pelos meios tecnológicos, viabiliza o conhecimento preciso e sistematizado da história dos indivíduos, o que pode vir a ser incorporado em ações tendentes a induzir comportamentos. Por essa razão, a privacidade configura-se como pré-requisito para que a capacidade livre de atuação no discurso social seja desenvolvida, sem manipulações ou conduções. Quando não há privacidade, os estilos de vida particulares e as avaliações pessoais dos processos políticos desaparecem. Nessa linha, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha Ocidental (Volkszählungsurteil, 1983), com base na garantia fundamental dada ao indivíduo de decidir por si mesmo sobre a divulgação e uso de seus dados pessoais e em que restrições a esse direito à “autodeterminação informativa” só são permitidos no interesse geral, traçou linha de raciocínio no sentido de que os direitos garantidos constitucionalmente, como as liberdades de expressão,

associação e reunião, não podem ser plenamente exercidos quando há acesso irrestrito a dados pessoais e sem que se esclareça para quais propósitos as informações privadas são coletadas (Simitis, 1987, pp. 733-735).

No mesmo sentido, em caso do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Case of Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom, 2021), o Relator Especial das Nações Unidas apontou que o direito à privacidade merece proteção não apenas como um direito fundamental do indivíduo, mas como um direito conectado a outros direitos, como a liberdade de opinião e expressão, que dependem da privacidade para que possam ser usufruídos, pois eventuais sistemas de vigilância podem afetar a liberdade de formação de opinião.

De outro lado, pode ser de interesse da sociedade o acesso a dados da vida privada, sobretudo para que possa alcançar tomadas de decisões bem orientadas. Identifica-se, portanto, que a participação democrática se depara de um lado com a necessidade de preservação da vida privada e de outro a garantia das informações necessárias para conhecimento e posicionamento nos processos sociais. Verifica-se, assim, tratar-se de direitos não absolutos, que devem ser observados sob a ótica da convivência das liberdades, com a assunção de um limite incerto e condicionado a aspectos casuísticos entre a vida pública e a privada, que para ser definido depende da compreensão e da proporcionalidade dos motivos da coleta e, especialmente, das implicações na vida do sujeito titular dos dados (Case of Breyer v. Germany, 2020).

Como visto, a proteção dos dados pessoais tem sua importância atrelada ao respeito à vida privada dos indivíduos, e, como direito humano e liberdade fundamental que é, merece estar cercado de garantias. Essa construção como direito fundamental de autodeterminação informacional (Canotilho; Moreira, 2007, p. 551), projeção da personalidade, ainda que ligada a outras garantias como as de preservação da vida privada e da intimidade, pode ser delineada como um direito autônomo⁴, com tutela jurídica específica, a exemplo do que

⁴ Inclusive sendo facultado, em situações específicas, o direito ao “apagamento” dos dados, também denominado de “direito ao esquecimento”, a exemplo da previsão do art. 17, do Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2016, bem como da Lei portuguesa n.º 75/2021, de 18 de novembro de 2021. Sobre a perspectiva brasileira do “direito ao esquecimento”, ver o *leading case* do Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 1.010.606, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 11.fev.2021, que trata da ponderação dos princípios da liberdade de expressão e do direito à informação com a proteção da dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade (Supremo Tribunal Federal - Tema 786, 2021).

vem consagrado na Constituição da República Portuguesa, desde 1976, e na Constituição da República Federativa do Brasil, explicitado pela alteração inserida pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022, e em outros incontáveis instrumentos normativos, como a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção de Indivíduos em relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais, de 1981, ou da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 95/46/CE de Proteção dos dados pessoais, de 1995, substituída pelo Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2016⁵, ou ainda da Lei de Privacidade Norte Americana, aplicável à Administração Pública, de 1974.

Um aspecto pertinente de discussão se dá no que concerne ao tratamento adequado à pretendida proteção. Se devem ser aplicadas regras de responsabilidade ou regras de propriedade. Os estudos que tratam da dicotomia, em grande medida, servem-se dos trabalhos de Calabresi e Melamed sobre a distinção dos regimes (Calabresi; Melamed, 1972), para sustentação dos posicionamentos. De modo sucinto, pode-se afirmar que enquanto o direito de propriedade fixa o custo de violação da privacidade *ex ante* e sob o comando das partes envolvidas, assumindo que o interesse concedido aos proprietários redundará na solução mais eficiente e com baixos custos de transação, o regime de responsabilidade aplica-se a situações com elevados custos de transação, além de contar com fixação *ex post* dos custos de eventual violação e esta poderá ser definida por terceiro, o Estado (Araújo, 2007, pp. 262-264).

É nesse aspecto que a defesa da atribuição de direito de propriedade para o fim de preservação da privacidade encontra sustento. Para Lessig, a medida da privacidade é particular e o indivíduo, como proprietário, pode estabelecer, em uma lógica mercadológica, o preço de sua privacidade. Sob essa perspectiva, de outro lado, as regras de responsabilidade, que também podem proteger o direito, são menos conectadas ao valor individual da privacidade, pois não há a determinação pelo titular do bem e pode ser fixado em proporção maior ou menor ao que entende adequado. Seguindo esse raciocínio, a proteção à privacidade seria mais forte se as pessoas a concebessem como direito de

⁵ Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), J.O. 119, 4.5.2016, p. 1–88.

propriedade, de modo semelhante aos direitos autorais, pois teriam maiores incentivos para o consentimento ao uso da propriedade (Lessig, 2006, pp. 228-229).

Contudo, nem sempre o direito de propriedade será o método adequado para que se permita a apropriação privada dos benefícios sociais da informação (Posner, 1979, p. 10). Vale lembrar que dentre os vários propósitos para o emprego de regras de responsabilidade ao invés de propriedade, apontados por Calabresi e Melamed, está a inviabilidade da aplicação de avaliação de mercado para o direito, quando esta for ineficiente, como nos casos de indisponibilidade ou de elevado custo se comparado com uma avaliação coletiva (Calabresi; Melamed, 1972, p. 1110) (Posner, 1981, p. 70).

No caso aqui tratado de proteção da privacidade, seguindo a lógica de Lessig, surgiria a incumbência de se alcançar um preço de mercado para a circulação de dados pessoais. Diante disso, os críticos apontam que a proposta só aumentaria as falhas no mercado atual de dados pessoais, em razão das inúmeras deficiências desse mercado e suas dificuldades estruturais, que tornam sua autocorreção improvável. Sugerem, assim, a adoção de um regime misto de proteção da privacidade dos dados pessoais, mediante a inserção de elementos de responsabilidade e de propriedade ao direito que se pretende resguardar (Schwartz, 2000, p. 787).

Como visto, os dados pessoais recebem a proteção como direitos fundamentais, decorrentes da dignidade humana, e sua titularidade, sob tais condições, não é transacionável, todavia, convém destacar a característica da não rivalidade, que será mais bem explorada na sequência, em que o uso dos dados por um sujeito não o exclui aos demais, tampouco afeta sua titularidade. Assim, no que toca ao compartilhamento dos dados pessoais sob os contornos do presente estudo, a autonomia privada se afigura como necessária para avaliação pelo titular acerca do interesse em fazer circulá-los e sobre quem poderá acessá-los, dentro das condições e benefícios econômicos oferecidos pelo sistema onde será pactuada a autorização de uso das informações, para os fins consentidos. No caso em questão, supõe-se que haverá baixos custos de transação, ou seja, o ambiente trará fácil negociabilidade, e a fixação de preços não se dará conforme o valor individual estimado pelo sujeito de direito, já que a sistemática opera em condições previamente formatadas.

Passando a outro ponto, consistente na evolução temporal da proteção de dados pessoais, destaca-se que a essência das preocupações que a orbitam vem evoluindo ao longo dos anos. Toma-se como exemplo o cenário europeu, que contou com os primeiros diplomas legislativos ainda na década de 1970, quando o tema da proteção de dados surgiu em resposta ao processamento e armazenamento de dados por grandes corporações e pelo governo, e quando as inquietações se conectavam à ameaça de controle pelo detentor das informações, de modo semelhante ao concebido por Orwell⁶, em que todos são monitorados por todo o tempo. Um pouco mais adiante, a proteção de dados passou a estar intimamente ligada ao direito de privacidade individual, como direito do cidadão, tornando-se inclusive garantida em diversas constituições, pois o perigo encontrava-se no processamento de dados disperso, desenvolvido por qualquer pessoa e em todo lugar. Passo seguinte, a evolução das normas incorporou a autodeterminação informativa do titular dos dados e nessa abordagem enfatizou a participação ativa do indivíduo ao decidir por si mesmo sobre o acesso a seus próprios dados pessoais (Mayer-Schönberger, 1997, pp. 221-232).

Assim, percebe-se que os atos legislativos de proteção de dados tendem a espelhar os momentos distintos ao longo da trajetória histórica. Diante disso, nos dias atuais, os normativos vêm refletindo as principais questões relacionadas ao *big data* (Mayer-Schönberger; Padova, 2016, p. 334). Mas há muito mais a ser trabalhado nesse âmbito, pois o impacto do uso dos dados na vida dos seres humanos ainda é uma incógnita e, talvez, como menciona Harari, a regulação da titularidade dos dados seja a questão política mais importante de nossa era, pois, uma futura revolução tecnológica pode estabelecer autoridade aos detentores dos algoritmos, o que poderia vir a suprimir a liberdade dos indivíduos. Além disso, na visão do autor, os humanos poderão não ser capazes de sobreviver se não estiverem conectados à rede e se a humanidade quiser evitar toda a concentração da riqueza nas mãos de uma pequena elite, deverá estar atenta à regulamentação da propriedade dos dados (Harari, 2018, pp. 75-107).

⁶ Em referência à figura do “grande irmão” da obra de George Orwell intitulada 1984.

De fato, os grandes conjuntos de dados configuram-se como gatilhos de incertezas e preocupações, que podem viabilizar a criação de incontáveis mecanismos, até antes delineados apenas em obras de ficção científica. Tais inquietações são amplificadas quando esses dados são impulsionados por métodos de capitalismo de vigilância, que conseguem traduzir a experiência humana em dados comportamentais e que vão além da mera coleta de informações para o aprimoramento de produtos e serviços (Zuboff, 2021, p. 22 e 39). Não se conhecem os limites do que pode ser criado, por isso, a construção de mecanismos regulatórios se dá também com base em previsões das possíveis inovações.

Por fim, partindo da análise de um cenário atual, de todo o exposto, pode-se concluir que o direito à proteção dos dados, como corolário do direito à privacidade e dentro da perspectiva de sua disponibilização a terceiros, para obtenção de benefícios individuais e para a contribuição com o bem-estar social, apresenta-se como um dos valores jurídicos que norteiam as considerações de natureza econômica que se verão a seguir.

1.3 Atributos econômicos dos dados

Ao se pretender construir uma aproximação entre o Direito e a Economia, para bem compreender os incentivos orientadores da tomada de decisão pública racional, no que tange à solução normativa ora estudada, e nesse contexto trazer substrato para análise dos fundamentos de maximização, otimização e eficiência, convém destacar algumas características econômicas dos dados.

A primeira delas está no fato de que os dados podem se apresentar como um subproduto da atividade econômica, ou seja, seu surgimento pode ter origem no desenrolar das transações. Naturalmente, a atividade econômica não é a única fonte dos dados, pois estes podem ser obtidos através de pesquisas ou também de fatos externos às transações de mercado.

Assim sendo, ressalta-se que os estudos sobre a economia da informação indicam a essencialidade dos dados para a tomada de decisões econômicas. Isso porque o comportamento econômico dos agentes pode ser afetado em razão da informação disponível. Diante disso, vale citar que um exemplo da busca por informação na vida econômica é a descoberta dos preços, que operam fundamentalmente como elementos de escolha dos compradores. Percebe-se que em situações de produtos com qualidades distintas e no que diz respeito a indivíduos que não sejam desinformados por completo, os preços podem funcionar como veículos de informação. (Stigler, 1961, pp. 216-224) (Stiglitz, 1985, p. 25).

Ainda sobre a economia da informação convém pontuar que os dados têm grande relevância na determinação dos resultados econômicos e seu tratamento inadequado pode conduzir à ineficiência econômica e às falhas de mercado, como será melhor explorado no próximo capítulo nos apontamentos sobre assimetrias informacionais, seleção adversa e risco moral (Stiglitz, 1985, p. 23).

Os dados são, portanto, utilizados para previsão de eventos, mormente quando atrelados ao uso de tecnologias como de aprendizado de máquina e de inteligência artificial, que são capazes de prever, por exemplo, o aumento da demanda de determinada empresa, avaliando o fluxo de atividades dos compradores *online* ou até mesmo imagens de satélite do tráfego próximo ao estabelecimento comercial (Farboodi; Veldkamp, 2021, p. 2).

Além disso, os dados caracterizam-se por reduzirem a incerteza e, com base nisso, aumentarem a lucratividade. Mais informações podem aumentar a eficiência econômica e, ao se adquirirem mais informações do que outras empresas, haverá uma vantagem estratégica no mercado, o que não necessariamente aumentará o bem-estar social, pois a geração de valor comercial pode ficar restrita ao âmbito privado, como se verá mais adiante (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 11).

A extração e o compartilhamento dos dados podem reduzir atritos no mercado e facilitar as transações, assim como potencialmente interferem no bem-estar econômico do titular. Isso porque, a partir do conhecimento de determinadas informações pessoais, os titulares dos dados podem vir a sofrer com discriminações que repercutam no preço dos produtos ou até mesmo na disponibilidade deles, além serem expostos aos riscos de subtração de identidade e de desconhecimento sobre quem tem acesso a seus dados ou de como serão utilizados no futuro (Acquisti; Taylor; Wagman, 2016, p. 484).

Um atributo proeminente dos dados é que seu uso por um sujeito não reduz a disponibilidade para outros, o que significa que podem ser utilizados por qualquer número de empresas ou pessoas ao mesmo tempo, sem que haja seu esgotamento, ou seja, sem que haja uma redução da quantidade de dados disponíveis⁷. Essa chamada não rivalidade dos dados, que sob o aspecto tecnológico os torna infinitamente utilizáveis, implica na possibilidade de aumentos de retornos à sociedade, que se beneficiará em escala proporcional ao seu compartilhamento, pois mais usuários poderão fazer uso para ampliar a inovação e a eficiência (Jones; Tonetti, 2019, p. 1). De modo diverso que a maioria dos bens, as informações e os dados não são consumidos pelo seu uso, mas podem ter o uso simultâneo obstado por restrições artificiais, como por exemplo as intervenções legais (Posner, 1978, p. 1197).

Assim, por serem não rivais, o que viabiliza o uso simultâneo sem redução de sua disponibilidade, o acesso e o controle sobre os dados acabam sendo considerados uma questão de escolha. Além disso, parte da literatura os

⁷ Dentro dessa característica, afirma-se que, por essência, o mundo dos dados é totalmente abundante, embora existam iniciativas que busquem trazer a escassez para esse universo, como é o caso dos NFTs (tokens não fungíveis), que, através da criptografia, um objeto é individualizado e transformado em insubstituível.

identifica como sendo apenas parcialmente excludentes. Lembre-se que a não excludência de um bem se dá quando seu uso ou benefício não pode ser restringido àqueles que não contribuíram para sua produção. O sentido dessa característica estaria ligado ao fato de que, em regra, existe a necessidade de investimentos contínuos para evitar o acesso indevido aos dados, que pode se dar, inclusive, por meio de ataques cibernéticos. Esses investimentos só não seriam necessários se os dados fossem armazenados em um sistema *offline*, seguro e isolado, o que contaria com a desvantagem da redução de seu valor comercial. Percebe-se, nesse tocante, que emerge a necessidade de incentivos políticos para garantir a segurança adequada dos dados por aqueles que os armazenam, como por exemplo permitir que a restrição do acesso se configure como uma vantagem sobre seus concorrentes ou que haja a responsabilização pelo vazamento de dados de seus clientes, já que apenas o impacto na reputação por eventual violação não seria considerado suficiente para tal estímulo (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 16).

Considerando a possibilidade de uso simultâneo, aponta-se que a questão sobre quem deve ter acesso aos dados tem relevância maior do que a propriedade dos dados em si (Varian, 2018, p. 10). Contudo, ao se focar na relação entre acesso e propriedade, a definição acerca de a quem é deferida a propriedade dos dados, se públicos, se pertencentes aos consumidores ou se concedidos às empresas, pode influenciar no aludido acesso. Nesse ponto, estudos sugerem que a propriedade dos dados outorgada aos consumidores pode gerar alocações mais próximas do ideal, inclusive porque os sujeitos a quem se referem os dados ignoram o desejo das empresas por lucro e poder de mercado e, portanto, tendem a permitir um acesso mais amplo (Jones; Tonetti, 2019, p. 5 e 32). De outro lado, a propriedade conferida às empresas teria impacto no direito de privacidade dos titulares dos dados ou, por medo do processo de destruição criativa, que será detalhado adiante, poderia vir a gerar o encastelamento dos dados pelas próprias empresas, evitando a concessão de acesso aos concorrentes, o que não seria eficiente para as trocas (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 5).

Entretanto, a atribuição da propriedade aos consumidores também pode conduzir à limitação de acesso aos dados, pois nem sempre os consumidores receberão incentivos que os levem a abdicar de parte de sua privacidade para

permitirem o compartilhamento. Por vezes, o consumidor, em sua tomada de decisão, pode entender que os benefícios advindos da customização de um produto ou da contribuição para a criação de um mercado mais eficiente, que incrementa o bem-estar da coletividade, não compensam os custos da interferência em sua privacidade. De outro lado, a substitutibilidade dos dados, ou seja, a possibilidade de utilização de informações de outros indivíduos para formação da grande massa de dados, principalmente quando anonimizados, pode minorar o seu valor sob a ótica do adquirente.

Convém pontuar, no que se refere à privacidade, que embora existam múltiplos sentidos para o termo (Posner, 1981, p. 405), é possível assumir que todas as definições se relacionem com os limites entre o público e o privado, ou seja, que digam respeito à linha divisória entre a esfera do indivíduo e dos outros. A economia de dados traz em sua essência os *trade offs* entre esses limites, que variam subjetivamente entre os indivíduos. Além disso, considerando que informação é poder, o controle sobre as informações pessoais afeta o equilíbrio entre os participantes. Acrescenta-se a esse aspecto o fato de que as interações no mercado de dados, geralmente, baseiam-se na ausência de consentimento totalmente informado dos indivíduos, pois os consumidores raramente estão completamente cientes das consequências do compartilhamento dos dados. Assim, sob uma avaliação econômica, não é possível concluir, sem perquirir sobre um contexto específico, se a proteção à privacidade tem impactos positivos ou negativos ao bem-estar social. (Acquisti; Taylor; Wagman, 2016, pp. 443-446).

Na reflexão de Posner, a manutenção de excessiva privacidade pode ser vista como redutora da eficiência do mercado, pois a ocultação de informações dos indivíduos pode trazer impactos no mercado e por consequência aos demais consumidores. Em uma análise estritamente econômica, o autor enfatiza que os beneficiários das legislações que protegem a privacidade acabam sendo aqueles que têm características que levariam a discriminações (Posner, 1981, p. 407). De outro lado, a sociedade pode se beneficiar quando determinadas informações são ocultadas, como nos casos eliminação de registros visando à reintegração de criminosos juvenis na sociedade, que podem vir a trazer resultados positivos de valor social (Acquisti; Taylor; Wagman, 2016, p. 446).

Como se percebe, a coleta e o compartilhamento de informações trazem consequências variadas ao mercado, podendo inclusive vir a gerar uma elevação dos custos àqueles que não abdicarem de sua privacidade, se dentro de um contexto de alto compartilhamento pelos demais. Diante disso, para que o mercado opere de forma eficiente, os benefícios do compartilhamento devem ser sopesados com os eventuais danos que surgem da redução da privacidade, que não deve ser entendida estritamente como a vedação ao compartilhamento, mas como o controle do titular dos dados sobre o que é compartilhado. Assim, casuisticamente, diversas combinações de intervenções regulatórias, incentivos econômicos e soluções tecnológicas poderiam garantir o equilíbrio com o objetivo de ampliar o bem-estar social (Acquisti; Taylor; Wagman, 2016, p. 484).

1.4 Funções econômicas do uso dos dados

O emprego dos dados na economia tornou-se particularmente interessante quando seu custo de coleta e armazenagem passou a ser inferior ao auferido com seu uso. No atual cenário, conforme identificado pela literatura, os dados contam com dois papéis principais, um estaria relacionado ao uso dos dados como *inputs* na produção e sua conseqüente contribuição para a inovação. Outra função estaria no deslocamento de informações entre os agentes econômicos, cujas interações seriam afetadas (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 9).

A busca pelo entendimento da preferência dos consumidores, para que se possa oferecer produtos mais direcionados e com preços adequados, não é nova, mas a amplitude com que os dados vêm sendo acumulados nos dias atuais é inédita e passa a permitir que as empresas compreendam as demandas, hábitos e necessidades dos clientes, e, sobretudo, para que desenvolvam inovações, o que pode vir a consolidar a posição de destaque no mercado das empresas que detêm amplo acesso aos dados (Furman, 2019, p. 23).

Como visto, os dados dentro de suas múltiplas funções servem para alimentação de algoritmos e se configuram como insumos no processo produtivo, o que amplifica o potencial de lucro das empresas. Ao mesmo tempo, podem ser gerados como subprodutos do funcionamento dos negócios, característica essa que faz com que as empresas estabelecidas tenham cada vez mais acesso aos dados e uma conseqüente vantagem competitiva (Crémer; Montjoye; Schweitzer, 2019, p. 24).

É possível, portanto, associar os dados a entradas no processo produtivo, à medida que sua introdução pode afetar as estimativas de determinado evento. Essa criação de conhecimento pode ser direcionada à produção contínua de um determinado bem, mediante o aprimoramento de seus processos ou qualidades, ou permitir o desenvolvimento de um novo produto ou serviço, inclusive mediante aplicação da análise de dados.

Nesse sentido, vale compreender a dinâmica da inovação gerada pelo uso dos dados e sua inserção no ambiente competitivo. De plano, registra-se que a inovação pode ser definida como o processo ou o produto novo ou melhorado, que se diferencia significativamente dos anteriores e que tenha sido

efetivamente disponibilizada aos usuários ou colocada em uso pelo agente gestor do novo processo (Organisation for Economic Cooperation and Development, 1997, pp. 20-21).

O economista e cientista político austríaco Joseph Schumpeter (1883-1950) realizou o estudo da inovação como elemento central do desenvolvimento econômico capitalista, a partir da avaliação do fenômeno caracterizado por novas combinações que surgem descontinuamente e que não são frutos de ajustes contínuos e lentos, ou seja, distinguem-se do mero aprimoramento (Schumpeter, (1934) 2004, p. 65).

Esse conceito de novas combinações foi por ele sistematizado em cinco situações: introdução de um novo bem ou qualidade desse bem; introdução de um novo método de produção; abertura de um novo mercado; conquista de nova fonte de matéria prima; e a realização de nova organização de algum setor, como por exemplo a criação de uma posição de monopólio (Schumpeter, (1934) 2004, p. 66).

As mudanças econômicas, na visão do referido autor, são iniciadas pelos produtores, sejam incumbentes ou novos entrantes, e, por sua vez, os consumidores são conduzidos, passando a desejar coisas novas, diferentes das que já estão habituados (Schumpeter, (1934) 2004, pp. 65-66). Nesse contexto, as inovações externas consistem na entrada no mercado de um novo produto, desenvolvido por uma empresa externa ao mesmo. Por sua vez, as internas se referem a uma empresa que já se encontra em um determinado mercado introduzindo um produto melhorado. A literatura ressalta a importância da inovação externa, pois frequentemente rompe com o modelo posto, propiciando avanços (Wu, 2012, pp. 317-318), e possivelmente conta com natureza disruptiva (Christensen, 1997, p. 28).

Convém ressaltar que as inovações disruptivas alteram drasticamente os mercados, distinguindo-se dos meros incrementos, pois trazem mudanças não previstas e que ocorrem de forma irregular, impactando na atividade de empresas estabelecidas, com a redução ou até mesmo a eliminação de sua participação nos mercados (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2015, pp. 2-3). Esse fenômeno se dá pelo fato de que quando um incumbente inova é provável que não se distancie daquilo que já produz, para que não haja perda sobre seus investimentos anteriores. Além disso, o impulso

necessário da inovação interna, em regra, depende de um desafio externo, com exceção dos casos em que se queira reduzir custos ou produzir melhorias para que seus clientes continuem consumindo (Wu, 2012, pp. 317-318). Disso emerge a importância do incentivo à inovação descentralizada, permitindo que empresas pequenas e externas ao mercado inovem de forma evolutiva e não planejada (Wu, 2012, p. 316).

Nesse contexto, Schumpeter argumenta que o fenômeno da inovação, ao romper os padrões existentes, dá aos empreendedores um monopólio temporário no mercado em que se inserem e gera um lucro extraordinário, por um lapso temporal, até que os demais concorrentes alcancem as inovações, o que fará com que os lucros retornem à normalidade (Schumpeter, (1942) 2003, pp. 83-86). O desejo pelo lucro originado na posição de monopolista temporário gera a competição motivada pela inovação e funciona como força propulsora do progresso econômico mais poderosa do que a concorrência de preços. A esse fluxo de inovações, que se desenvolve em ciclos, o autor atribuiu a denominação de processo de destruição criativa (Schumpeter, (1942) 2003, pp. 83-86), constituindo-se como uma reorganização que elimina as ineficiências do mercado.

Para adequada compreensão, convém trazer à baila alguns exemplos históricos, que denotam a natureza cíclica do fenômeno da inovação disruptiva, em que as empresas que em determinado momento se aproximaram do monopólio dentro de seus mercados, em outra ocasião e devido à inovação alheia, perderam essa posição, como é o caso da General Motors, IBM, Xerox, Kodak, Microsoft, Sony, Blackberry, Nokia, entre outras (Chang, 2015, p. 308).

Percebe-se, desse modo, que a inovação traz consigo a destruição de alguns privilégios políticos e econômicos, em razão da transição de um padrão antigo para um novo. Por essa razão, não é difícil compreender que o processo de destruição criativa gere resistência, pois consiste em uma ameaça à estabilidade dos incumbentes, em que os trabalhadores têm seus empregos ameaçados e os empresários deixam de ter lucros (Acemoglu; Robinson, 2019, p. 183).

Na obra intitulada de “Porque Falham as Nações”, os economistas Daron Acemoglu e James Robinson apresentam exemplos históricos de resistência ao novo, pois, em que pesem os benefícios do crescimento econômico, a oposição

a ele possui a sua própria lógica e coerência, já que alguns participantes do sistema perderão sua posição, resistindo à alteração do que está posto, como foi o caso dos chamados ludistas que se opuseram à industrialização no século XVIII (Acemoglu; Robinson, 2019, p. 90).

Um ponto significativo a ser observado, no que diz respeito à função dos dados como insumo a ser utilizado no desenvolvimento de inovações, refere-se à relação entre a inovação e o desenvolvimento, já que as teorias de abordagem schumpeteriana, evolucionista e neoclássica indicam a inovação como ponto central do crescimento econômico, em razão do impacto sobre a produtividade das empresas (Bank for International Settlement, 2011, pp. 7-8).

Em que pese a complexidade da mensuração da inovação como fonte de crescimento (Bank for International Settlement, 2011, p. 21), pesquisas demonstram o aumento da produtividade como decorrência da inovação. A NESTA - *National Endowment for Science, Technology and the Arts* – implementou um Índice de Inovação para o Reino Unido (Haskel, *et al.*, 2011, p. 43), ao desenvolver metodologia de medição do impacto da inovação no crescimento da produtividade. Na avaliação, indicou uma ampliação da produtividade em cerca de dois por cento entre os anos de 2000 e 2008, atribuindo-se à inovação sessenta e três por cento desse aumento (Bank for International Settlement, 2011, p. 18).

Especificamente no que se refere ao uso de dados para as empresas aprimorarem a eficiência de seus processos de produção, fazerem previsões sobre as tendências de mercado e customizarem produtos e serviços, alguns estudos sugerem que aquelas que inovam com base no uso de dados tem um desempenho superior e se beneficiam de crescimento de produtividade entre cinco e seis por cento maior do que aquelas que não se utilizam dos mesmos recursos (Brynjolfsson; Hitt; Kim, 2011, p. 5).

Convém registrar que há quem mencione que o impacto das inovações no nível de produtividade vem diminuindo, se comparado com os demais momentos históricos dos avanços tecnológicos, como o advento das máquinas a vapor e da eletricidade. De acordo com Robert Gordon, as inovações desde o ano 2000 concentraram-se em uma sucessão de dispositivos de entretenimento que apesar de facilitarem ações humanas, não trazem economia de mão de obra, o que impactaria no crescimento (Gordon, 2012, pp. 13-14).

Porém, não se pode negar que a inovação gere alterações no padrão de vida da humanidade e estimule o desenvolvimento econômico, ainda que atualmente a produtividade tenha crescido em dimensão diversa do que ocorreu passado (Gordon, 2012, p. 2). Ademais, há consenso de que a produção fundada em atividades constantes conta com ganhos menores do que aqueles obtidos pela inovação (Hovenkamp, 2012, p. 751).

Diante disso, emergem duas premissas. A primeira diz respeito ao fato de a inovação baseada no uso dos dados gera maior crescimento do que a movimentação do mercado pela clássica concorrência de preços. E a segunda é que restrições à inovação podem ser danosas ao desenvolvimento econômico (Hovenkamp, 2012, p. 751).

Contudo, o crescimento econômico relacionado aos dados pode ser limitado, ou seja, os ganhos de eficiência encontram um patamar máximo em que a ampliação do quantitativo de dados acumulados não gerará mais variação. Nesse aspecto, a acumulação de dados assemelha-se à de capital, pois sozinhos, sem o progresso da inovação, não são capazes de impulsionar o crescimento (Farboodi; Veldkamp, 2021, p. 4).

Um outro papel a ser avaliado é que os dados podem alterar as condições informacionais entre os agentes econômicos, viabilizando a construção de transações mais eficientes. Vale lembrar que a ausência de disponibilidade das informações necessárias ao processo decisório desafia os modelos de economia clássicos, configurando-se como uma imperfeição que prejudica a eficiência do mercado. Nesse ponto, convém abrir um breve parêntesis para tratar da racionalidade dos agentes no processo decisório.

A linha de pensamento da economia neoclássica ou tradicional pressupõe que o ser humano é ilimitadamente racional, por conhecer todas as informações pertinentes sobre suas decisões e calcular o peso das diferentes opções de resultado que potencialmente se deparam. Presume-se que todas as escolhas sejam lógicas e sensatas. Apoiando-se nessas premissas, os economistas tiram conclusões sobre qualquer objeto de análise, desde leis até políticas públicas (Ariely, 2008, p. 239).

Assim, para essa linha de raciocínio, todas as decisões são geradas com base em conceitos precisos do valor dos bens, serviços e a quantidade de bem-estar que possivelmente produzirão, porque compreende o ser humano como

sendo dotado de racionalidade e informações irrestritas. Com isso, constrói-se em teoria um ambiente em que todos os agentes buscam a maximização e otimização de suas experiências, levando em consideração custos e benefícios, incorrendo no menor custo possível (Ariely, 2008, p. 240).

Os economistas tradicionais concordavam que nem sempre a racionalidade ilimitada dos agentes econômicos de seus modelos estava imune aos erros, mas os desconsideravam por entenderem como aleatórios, ignorando as ideias de racionalidade limitada, que, apesar de realista, era vista como um conceito sem importância (Thaler, 2016, p. 40).

Ainda nas primeiras décadas do século XX, George Katona estudou as influências cognitivas na economia, demonstrando, com base em estudos empíricos, como fatores humanos interferem na tomada de decisão (Katona, 1945, p. 157). Avaliou que, para os teóricos da economia, a racionalidade não é realista e não se aplica a todos os comportamentos econômicos. No entanto, ponderava que para tais teóricos isso não era considerado fator relevante (Katona, 1975, pp. 217-218).

No mesmo período, Herbert Simon, cientista político, construiu seus trabalhos em diversas áreas da ciência, desde a computação, passando pela psicologia, estatística, economia e administração (Heyck, 1975). Estudou a fundo o comportamento e constatou através de experimentos que o ser humano conta com racionalidade limitada. Registra-se que não defendia a irracionalidade, mas admitia limites à racionalidade humana frente a determinados cenários, como os de complexidade, incertezas ou deficiência de informações (Simon, 1978).

Foi responsável, também, pelo desenvolvimento das primeiras máquinas de inteligência artificial (Heyck, 1975), identificando que os seres humanos buscam atalhos decisórios, baseados em padrões de julgamentos ou experiências e que, em face desses atalhos, cometem erros de modo sistemático. Desenvolveu, em conjunto com cientistas da área da computação, máquinas que reproduziam o comportamento humano na tomada de decisões, partindo do princípio de que a máquina pudesse reproduzir também os atalhos e os equívocos (Simon, 1961, p. 115).

Na concepção de Simon, identifica-se a ideia de racionalidade limitada em razão da admissão de que o tomador de decisão conta com restrições cognitivas, sejam de processamento, sejam de informação ou da precisão das mesmas,

tomando por base as capacidades reais da mente humana (Simon, Bounded Rationality, 1978).

Diante disso, é possível afirmar que a amplificação do acesso aos dados, proporcionada pelo desenvolvimento das tecnologias atuais, que permite a coleta em grande volume e sua análise, de modo a viabilizar a reprodução do processo decisório, pode ter impacto nas restrições cognitivas do tomador de decisão, inclusive em razão do uso de máquinas que processam dados e figuram como suporte para análise dos problemas.

Diferentemente do que foi construído nos modelos econômicos tradicionais, que pressupõem que todos os participantes têm informações simétricas, que lhes permitem tomar decisões ótimas e maximizadoras de bem-estar, as relações de mercado podem apresentar assimetrias informacionais, em que uma das partes pode ter conhecimento mais aprofundado sobre o objeto da transação do que a outra. Tal cenário configura uma falha de mercado e traz impactos sobre o comportamento racional dos agentes, altera a estrutura de preços e pode até mesmo criar uma ausência de transações, em razão da impossibilidade de se alcançar um preço razoável (Akerlof, 1970, p. 490).

Nesse ponto, convém destacar as consequências típicas das assimetrias informativas: a seleção adversa e o risco moral. A primeira ocorre quando um agente possui mais informações que a outra parte e conta com incentivo para se comportar de maneira que seja prejudicial à parte desinformada, antes da transação. Por exemplo, no mercado de seguros, indivíduos com maior risco de reivindicar um seguro têm mais probabilidade de comprar uma apólice, o que pode resultar em prêmios de seguro mais altos para todos, pois a companhia de seguros pode não ter todas as informações necessárias para avaliar adequadamente o risco de cada cliente individualmente.

Já o risco moral é uma consequência posterior à transação. Depois de se comprometerem com uma transação, os agentes podem ter o incentivo para alterar seu comportamento de maneiras que sejam prejudiciais à outra parte, já que esta última não pode monitorar perfeitamente ou impor efetivamente as obrigações contratuais. Seguindo o exemplo dos seguros, após a compra de uma apólice de seguro, os segurados podem se comportar de maneira mais arriscada, pois sabem que serão protegidos financeiramente em caso de perda.

Isto pode levar a mais sinistros de seguro e a um aumento dos prêmios de seguro para todos.

Ambas as situações (seleção adversa e risco moral) podem levar a preços desequilibrados, comportamento ineficiente e potencialmente à ausência de transações. Diante disso, são necessários mecanismos de mitigação, como a coleta de mais dados, contratos mais detalhados ou regulamentação governamental, para reverter ou minimizar essas falhas no mercado.

Identifica-se, portanto, a importância do acesso a dados, como, por exemplo, aqueles de natureza corporativa ou pessoal, que trazem em seu bojo informações sobre os agentes econômicos e que podem impactar nas assimetrias informacionais porventura existentes em determinado mercado. Nesse sentido, surgem soluções como a customização de produtos ou serviços, em razão do conhecimento das características dos consumidores, ou, ainda, viabiliza-se que os próprios consumidores, com maiores informações, estejam aptos a fazerem escolhas mais adequadas às suas necessidades. Emerge, assim, do acesso a dados, o potencial de concretização de transações mais eficientes (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 11).

1.5 Riscos do uso dos dados nos mercados

Do contexto analisado, percebe-se que o uso dos dados tem impacto nas estruturas de mercado existentes. Assim, sem pretender esgotar as possíveis interferências que sua utilização maciça vem ocasionando, convém destacar uma primeira preocupação que diz respeito à concentração acentuada do poder de mercado, já que o acesso aos dados tem o potencial de estimular o crescimento das empresas e, com isso, viabilizar a coleta de cada vez mais dados. Em regra, mercados não concentrados e competitivos acabam por fornecer bons resultados, com preços baixos ao consumidor, alta qualidade de produtos e serviços, além de inovação contínua, que serve de impulso à manutenção do crescimento (Furman, 2019, p. 24). Ocorre que o acúmulo maciço de informações pessoais e a vigorosa aplicação da análise sobre elas podem ampliar o poder de mercado, prender consumidores e blindar o acesso aos dados de modo a criar barreiras de entrada para os novos participantes, que não dispõem desse insumo, ou até mesmo embaraçar a manutenção em atividade dos concorrentes menores (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2016, p. 4). Ressalva-se, porém, que estruturas de mercado mais concentradas, eventualmente, podem não ser prejudiciais ao bem-estar social, desde que o mercado permaneça dinâmico, com bons preços e alinhado à inovação (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 22).

Além dos impactos na concentração de poder de mercado, a proliferação de dados, especificamente no setor financeiro, pode trazer implicações para estabilidade sistêmica, no sentido de que perturbações em uma instituição podem ter repercussão em todo o sistema financeiro, em razão da interdependência entre todos os seus componentes. Assim, um efeito negativo em uma empresa pode gerar um expressivo contágio em todo o sistema, sobretudo no que tange aos riscos de ataques cibernéticos, potencializados pelo intenso armazenamento de dados, que podem afetar a confiança nos serviços ou comprometer diretamente as operações do setor (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 34).

Nesse sentido, o *Financial Stability Board - FSB* aponta aspectos relevantes relacionados ao uso de dados no mercado financeiro, aos quais as autoridades devem direcionar suas preocupações. Para o *FSB*, a terceirização

dos serviços relacionados aos dados, que inclui a computação em nuvem e a segurança cibernética, são pontos de atenção para a estabilidade de todo o sistema (Financial Stability Board, 2017, p. 30). Assim, em uma situação hipotética de ataque cibernético contra uma única empresa terceirizada de armazenamento de dados, o que é agravado pelo fato de que as instituições financeiras tendem a contratar os mesmos provedores de serviços, o impacto dessa ação pode se alastrar de forma sistêmica.

Não é demais destacar que, em razão do papel central da tecnologia da informação nas organizações e no crescimento econômico, que se baseiam em inteligência artificial e em serviços de nuvem, o risco cibernético é alvo de intensa preocupação, tendo sido direcionado ao topo da agenda dos reguladores do setor em todo o mundo, pois pode gerar graves perdas financeiras ou danos reputacionais, em razão de falhas em tecnologia da informação ou ataques maliciosos (Aldasoro; Gambacorta; Giudici; Leach, 2020, p. 2) e da franca dependência dos serviços de armazenagem de dados (Harrop; Kearney; McQuaid, 2020). Além disso, a terceirização merece monitoramento contínuo e avaliação da adequação das ferramentas regulatórias utilizadas, para mitigar riscos de concentração, operacionais e sistêmicos (Comissão Europeia, 2018, p. 44).

Vale ressaltar que, apesar da possibilidade de terceirização, as empresas prestadoras dos serviços ou produtos se mantêm como responsáveis pelo cumprimento de suas obrigações, não as transferindo aos terceiros contratados para oferecer serviços de infraestrutura. Nesse sentido, a Comissão Europeia exemplifica que no regulamento quadro de combate ao branqueamento de capitais, não cabe aos entes regulados a delegação de responsabilidade aos prestadores de serviços externos (Comissão Europeia, 2019, pp. 2-3).

Deixando a abordagem específica do setor financeiro e retornando ao cenário amplo do uso de dados na economia, outra interferência que releva pontuar é o risco de fragmentação das estruturas de política de dados, que envolvem aspectos de governança, abordagens sobre os direitos a eles inerentes, além da tecnologia de armazenagem, que, caso não haja coordenação, pode inviabilizar o fluxo de compartilhamento e impedir ganhos potenciais das atividades transfronteiriças. Isso porque à medida que os países

adotam abordagens muito diferentes, amplia-se o risco de fragmentação internacional (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 35).

1.6 Dados nos mercados de seguros

Avaliados os efeitos dos dados na esfera econômica e nos mercados de modo geral, convém verificar suas interações com o mercado de seguros, que, em razão de seus contornos particulares, confere destacada importância para o acesso à informação. Portanto, de início e em breves linhas, buscar-se-á identificar alguns delineamentos da atividade seguradora, tomando como ponto de partida a noção de risco.

O sistema econômico é movido por diversos impulsos, dentre eles as decisões acerca da realização de ações que contenham um componente de risco associado, que estão atreladas à própria capacidade de gerenciar tais riscos. Essas ações arriscadas acabam por servir de força propulsora para o movimento do sistema, o que por consequência oportuniza o crescimento econômico, a melhoria da qualidade de vida e o progresso tecnológico (Bernstein, 1996, pp. 1-3).

Nesse ponto, convém destacar que Frank Knight apresentou uma distinção importante entre "risco" e "incerteza" em seu livro de 1921 "Risk, Uncertainty, and Profit". De acordo com Knight, enquanto ambos os conceitos envolvem algum grau de desconhecimento sobre o futuro, eles são fundamentalmente diferentes na natureza desta ignorância e em como os agentes podem se preparar para ela. O risco é definido como uma situação em que os futuros possíveis são desconhecidos, mas as probabilidades desses futuros podem ser conhecidas ou estimadas. Ou seja, mesmo que não possamos prever com certeza um resultado específico, somos capazes de atribuir probabilidades a diferentes desfechos (Knight, 1921).

Por outro lado, a incerteza figura como uma situação em que não só os futuros possíveis são desconhecidos, mas também as probabilidades desses futuros são desconhecidas ou inestimáveis. Essencialmente, a incerteza ocorre quando não temos informação suficiente para atribuir probabilidades confiáveis aos diferentes resultados. Em suma, a distinção entre risco e incerteza ressalta como o desconhecimento sobre o futuro pode ser de naturezas diferentes, cada uma requerendo diferentes estratégias de resposta (Knight, 1921).

O risco, definido como um evento incerto que não depende exclusivamente da vontade das partes (Picard; Besson, 1938, p. 19), quando

repelido pelos sujeitos, induz à implicação comportamental consistente no pagamento de valores para evitar impactos em seu patrimônio decorrentes da concretização de resultados indesejados. Essa tomada de decisão se materializa de diversas formas, tais como a redução do preço a pagar, na hipótese de se buscar a compra de um ativo de risco, o que funcionaria como uma espécie de desconto pelo risco; ou no autosseguro, que envolve uma despesa para minimizar determinada contingência, como no caso de se efetuar uma reserva de quantia para atender eventual ocorrência futura; e, por fim, na contratação de seguro com uma empresa seguradora (Cooter; Ulen, 2012, p. 47).

Assim, como as decisões dos agentes econômicos podem abranger a incerteza, que em sua maior parte pode ser vista como custo, há uma tendência dos seres humanos em evitar tal custo ou buscar minimizá-lo, conforme as preferências de cada um e com variação de acordo com o maior ou menor grau de aptidão para fazer face aos riscos. Essa aptidão está atrelada ao conhecimento e à especialização para a gestão de tais riscos, o que é comercialmente desenvolvido pelas seguradoras. O seguro é distinto da opção pela absorção dos custos exatos da materialização do risco, pois no seguro há um custo reduzido e certo, enquanto na absorção do risco o custo é bastante mais elevado, mas é mantida sua incerteza. Com isso, na opção pelo seguro, há um ganho de bem-estar do segurado, o que permite que desenvolva atividades com componente de risco associado, que poderiam não se realizar se não fosse a possibilidade de contratação de seguro (Mackaay; Rousseau, 2015, pp. 129-131)

Um conceito de seguro amplamente reproduzido, diante da generalidade, pois se aplica a todas as suas espécies, e da tecnicidade, por considerar sua existência obrigatoriamente atrelada a um negócio organizado, é o trazido por J. Bernard, em "*Theorie et pratique des assurances terrestres*", de 1924, p. 73, que o define como uma operação pela qual a uma parte, o segurado, pagador de um prêmio a título de remuneração, é prometida, para si ou para terceiro, em caso de realização de um risco, uma vantagem por parte de outrem, a seguradora, que, assumindo um conjunto de riscos, os indeniza nos termos da lei das estatísticas (Picard; Besson, 1938, pp. 7-8).

Verifica-se, assim, que o contrato de seguros conta com função indenizatória e com característica de aleatoriedade, estruturando-se na

transferência dos efeitos econômicos de um risco, que pode ser definido também como a probabilidade de ocorrência de um evento potencialmente danoso, futuro e de concretização incerta (Poças, 2008, p. 13). De mais a mais, calha referir que, tecnicamente, não parece adequado mencionar que se opera uma transferência do risco, posto que o segurador apenas substituirá o segurado suportando as consequências patrimoniais no caso de materialização do risco contratado (Vasques, 1999, p. 92).

Ademais, cumpre esclarecer que o valor do prêmio não é fixado intuitivamente pelo segurador, mas por meio de métodos estatísticos e é através deles que a empresa seguradora pode calcular também a importância de suas obrigações, assim como fazer a previsão seus gastos, que serão repartidos entre os segurados, como se verá a seguir. Acerca do prêmio, pontua-se ainda que o mesmo é integrado por duas partes distintas, sendo a primeira trazida pelas análises estatísticas e a segunda composta pelos valores necessários à manutenção da empresa. No que tange ao aspecto estatístico, a parcela que compreende o prêmio é o valor do risco, o que permite enfrentar exatamente a despesa líquida do sinistro, caso futuramente venha a se concretizar, sem que a seguradora tenha lucro ou prejuízo. Essa análise de técnica estatística sobre a probabilidade de ocorrência de sinistros leva em consideração, dentre outros elementos, a observação de situações anteriores, mediante avaliação do número de hipóteses em que o risco é realizado, em relação a todos os casos considerados (Picard; Besson, 1938, pp. 72-73).

Disso se pode aferir que a técnica utilizada nos seguros é inseparável da própria ideia de seguro. E ela repousa essencialmente na existência da mutualidade, que se configura como um agrupamento de riscos da mesma natureza em que a empresa poderá efetuar a repartição e a compensação de acordo com as leis da estatística. Esse mutualismo dos riscos é necessário para que as seguradoras possam eliminar o acaso e criar a segurança (Picard; Besson, 1938, p. 106). Pode-se afirmar, portanto, que o seguro é a tecnologia que opera a transformação de uma incerteza em um risco calculável (Freire, 2020, p. 560).

Ponto relevante a ser tratado é que o contrato que assegure um risco isoladamente, ou seja, quando se limite a um único risco e partes únicas, não se configura como seguro, mas como mero deslocamento dos efeitos do risco para

aquele que o assumiu, desse modo, compromete apenas o patrimônio alheio e não representa qualquer vantagem, até mesmo porque a liquidação do sinistro dependeria da solvência daquele que se obrigou a assegurar. Nesse caso, a operação se aproximaria do jogo ou aposta e permanece aleatória (Picard; Besson, 1938, p. 107). Essa aleatoriedade estaria configurada no ganho do segurador, no caso de não ocorrência do sinistro, ou na perda, ocorrida em caso de concretização do risco coberto (Cordeiro, 2013, p. 32).

Além disso, a empresa organizada para aceitar contratos de seguro, ou um segurador profissional, figura como elemento essencial⁸ para o desenvolvimento dos seguros e da técnica da mutualidade (Picard; Besson, 1938, pp. 10-11). E todos os participantes do contrato de seguro lucrarão, se houver uma estimativa correta dos riscos envolvidos pelos sinistros e se os prêmios forem calculados adequadamente, com base em uma carteira alargada de seguros (Cordeiro, 2013, p. 32). Isso porque, ao segurar um grande número de pessoas, uma companhia de seguros pode prever o valor total dos sinistros (Cooter; Ulen, 2012, p. 47).

Nessa linha, conclui-se que, para que o acaso seja eliminado e seja criada a segurança, o seguro exige em sua constituição o agrupamento dos riscos, pois a atividade seguradora pressupõe um elevado número de segurados, cujos riscos serão geridos em massa, para a constituição de fundos para o pagamento de eventuais indenizações. Por isso, pode-se afirmar que não se trata apenas de mero deslocamento de risco, mas de pulverização, para que, havendo a ocorrência do sinistro, aquele que foi acometido seja devidamente compensado (Picard; Besson, 1938, p. 108).

Assim, a atividade seguradora acaba por desempenhar uma forma contratualizada de distribuição de riqueza, pois se diluem na maioria os prejuízos suportados por uma minoria. Essa redistribuição é associada à função social do seguro e se fundamenta na análise técnica dos riscos e na fixação da parcela que cada um dos segurados irá suportar. Prosseguindo nesse raciocínio, essa

⁸ Picard e Besson consideram que se configuram elementos essenciais, sem os quais o seguro não poderia existir: o risco, o prêmio e o serviço prestado pela seguradora, e elementos técnicos relativos à seguradora, designadamente, a indenização de riscos de acordo com as leis da estatística (Picard; Besson, 1938, p. 8). Por outro lado, José Vasques considera que a técnica da seguradora não se configura como elemento essencial do contrato de seguro, como conceito jurídico, fundado na relação ente seguradora e segurado, distinto da noção econômica do seguro (Vasques, 1999, p. 93).

função social se intensifica quando se observa sob o prisma de estímulo ao desenvolvimento de atividades individuais ou empresariais que contem com forte componente de risco associado (Vasques, 1999, p. 22).

No que concerne aos aspectos técnicos, vale ressaltar que a probabilidade da ocorrência de um evento é calculável, como acaso que é, pela lei dos grandes números, que ensina que as observações feitas em um grande número de casos produzem resultados quase idênticos. Dentro da atividade técnica, faz-se necessário agrupar os riscos de modo homogêneo, com fundamento em análises estatísticas precisas, o que opera como condição de igualdade entre os membros do grupo, para que haja equilíbrio e justiça na sistemática da mutualidade. Do mesmo modo, a frequência sobre a ocorrência dos eventos também é fundamental para a análise técnica. Essa frequência diz respeito não ao segurado individualmente considerado, mas à massa de segurados. E é preciso um certo número de sinistros para que se possa determinar a importância dos prêmios, já que de um sinistro isoladamente é impossível traçar uma hipótese para futuro, pois apenas fenômenos que ocorrem em intervalos mais ou menos próximos podem permitir o estabelecimento de uma lei aproximada para cada caso, para que se estabeleça uma estatística suscetível de ser utilizada de forma eficaz (Picard; Besson, 1938, pp. 111-117).

Feitas essas observações no intuito de delinear a atividade seguradora, pode-se afirmar que as seguradoras se constituem como especialistas na coleta e armazenagem das informações, bem como na produção de conhecimento, construído com base naquelas informações, sobre a frequência, gravidade e variação de determinadas ocorrências (Freire, 2020, p. 561).

Conclui-se, portanto, que os dados são ativos essenciais para o desenvolvimento da atividade seguradora. Primeiramente, porque, quando anonimizados, os dados a serem utilizados no mercado de seguros permitem formar uma massa relevante para os cálculos estatísticos e para o aprimoramento da própria atividade, ou seja, o seu conjunto traz suporte para a definição da incidência do risco. Essa definição toma corpo ao se avaliar o histórico de ocorrências de determinados fatos em relação a certas circunstâncias, tais como os locais de incidência e as características pessoais dos indivíduos envolvidos, de modo a estabelecer a probabilidade de sua ocorrência, para fins de desenvolvimento da tecnologia de seguro.

De outro lado, os dados também podem ser individualmente considerados, quando se relacionam a um cliente específico. A partir desses, no contexto do processo de subscrição, a seguradora pode melhor classificar o risco de determinado consumidor, o que permite seu correto agrupamento no *pool* de riscos semelhantes, para bem organizar a mutualidade, de modo justo e equilibrado, e para viabilizar uma melhor definição do prêmio. Além disso, ao se fazer uso dos dados individuais, podem ser criados produtos customizados, para atender às necessidades específicas dos clientes. Do mesmo modo, a precificação do produto pode levar em conta as informações obtidas sobre o comportamento dos usuários particulares, o que viabiliza às seguradoras a utilização de soluções que avaliam a exposição individual ao risco, conforme são obtidos dados referentes à conduta dos clientes, e em contrapartida podem refletir proporcionalmente nos preços dos prêmios a maior ou menor exposição a esses riscos.

Ademais, o conhecimento dos dados, sejam eles individuais ou anonimizados e agrupados, tem o potencial de permitir a identificação de realidades cujos riscos ainda não estão cobertos, conduzindo à criação de novos produtos e serviços, com a conseqüente ampliação do mercado.

Outro uso relevante dos dados no mercado de seguros é aquele que se relaciona à detecção de fraudes, sobretudo na regulação do sinistro, que é o processo que tem por escopo examinar as causas e circunstâncias de determinado evento, para fins de enquadramento nos termos do contrato. Nesses casos, os dados são de fundamental importância para melhor elucidação do contexto a ser analisado pelas seguradoras, o que traz maior transparência e segurança nas decisões acerca das repercussões financeiras.

Por fim e não menos relevante, destaca-se que os dados podem também servir aos consumidores, para que possam aprimorar sua experiência como usuários e identificar os produtos e serviços que melhor se adequem às suas necessidades. Assim como podem ser úteis aos reguladores e supervisores, para fins de avaliação de aspectos de solvência, da situação financeira e de conformidade das empresas seguradoras.

CAPÍTULO 2 – DA REGULAÇÃO (POR QUE E PARA QUE REGULAR?)

2. 1 Por que regular?

Considerando o fenômeno da utilização dos dados abordado no capítulo anterior, que projeta questões que impactam no alcance da eficiência econômica e da maximização do bem-estar social⁹, convém agora desenvolver a análise dos aspectos que podem justificar a utilização do Sistema de Seguros Aberto, *Open Insurance*, como solução regulatória jurídico-econômica para as disfunções que emergem do uso de dados no mercado de seguros e pensões.

De início, convém ressaltar que as regras jurídicas, atualmente, têm disciplina sobre o mercado e, a depender do contexto histórico, essa intervenção do Estado, que não se afigura como fenômeno estático, conta com fluxos e refluxos de maior ou menor ingerência, a depender dos posicionamentos das maiorias políticas no momento (Moncada, 2018, p. 8). Contudo, mesmo sem adentrar nos aspectos históricos referentes aos grandes paradigmas de estrutura dos Estados na economia, insta mencionar que a atuação pública nesse âmbito se sustenta na busca pelo correto funcionamento do mercado. Assim, pode-se afirmar que a regulação, que objetiva dotar o mercado de maior eficiência, é essencial, mas deve ser tratada com cautela, sobretudo no que diz respeito à escolha de sua forma e amplitude, assim como na observância dos custos sociais, sendo que esses não poderão ser superiores aos das distorções que visam corrigir (Freire, 2008, p. 44 e 48).

Ademais, a regulação pública da economia emerge como medida indireta de intervenção com vistas a determinar, controlar ou influenciar o comportamento dos agentes econômicos, sem que haja a atuação direta do Estado como produtor de bens ou serviços no mercado, isto é, não se baseia na propriedade, mas no Direito, com a formulação de normas. Essa atuação regulatória do Estado direciona-se à alteração dos comportamentos dos agentes em comparação com o curso natural de decisões que tomariam em caso de inexistência da interferência pública (Santos; Gonçalves; Marques, 1995, p. 223).

⁹ Cabe aqui breve distinção jurídica dos conceitos de bem-estar social e eficiência. Enquanto o primeiro conta com dimensão valorativa relacionada às escolhas socialmente adequadas e consubstanciada em opções de política legislativa, o segundo configura-se como axiologicamente neutro e é observado a partir do prisma dos resultados do funcionamento do mercado, extraído da relação entre meios e fins. (Freire, 2008, pp. 771, 892 e 893).

De modo geral, na missão de gerar comportamentos social e economicamente desejáveis, que maximizem o bem-estar da sociedade, encontram-se as leis e os regulamentos, que trazem a imposição de condutas; ou os incentivos econômicos, que podem se dar na forma de estímulos como os subsídios e a tributação; ou ainda a informação, que não conta com o caráter cogente dos outros instrumentos, configurando-se como uma condução branda. Como exemplo desses mecanismos, observam-se as leis criminais que proíbem a lesão corporal ou a compra de certas drogas, que se configuram como políticas que assumem a forma de mandatos ou proibições e contam com punições ao descumprimento. Já os subsídios para adoção de fontes de energia renováveis ou os impostos sobre o tabaco caracterizam-se como políticas de incentivos ou desincentivos econômicos. Assim, sob o prisma da influência do Estado, pode-se afirmar que a regulação abrange todas as ações estatais voltadas a influenciar negócios e comportamentos (Baldwin; Cave; Lodge, 2012, p. 3).

No que diz respeito à busca pelo correto funcionamento do mercado, que orienta a atuação regulatória, e levando em consideração estudos econômicos tradicionais, parte-se do pressuposto que os mercados buscam um equilíbrio geral e uma concorrência abstratamente perfeita (Freire, 2008, p. 37). Esses seriam baseados na informação também perfeita, na atômidade, característica que permite a presença muito agentes econômicos e suas decisões serão vistas como diluídas no todo das interações do mercado, sendo quase impossível a imposição de suas preferências, e na fluidez, que conduz à percepção e reação adequadas às condições objetivas do mercado, o que traz liberdade para a fixação de preços, de negociação, bem como de entrada e saída (Santana, 1993, pp. 20-21), (Araújo, 2021, pp. 312, 319 e 675). Disso tudo, pode-se identificar que eventuais percalços no atingimento dos referidos objetivos, que orientam o alcance do equilíbrio geral e da concorrência abstratamente perfeita, constituem-se como falhas de mercado. Sob uma perspectiva ortodoxa, essas falhas apresentam-se como razão para intervenção do Estado, isso porque sua existência prejudica o alcance da máxima eficiência e do bem-estar social e, portanto, o Estado pode deflagrar sua atuação no intuito de corrigir as distorções, para tornar os mercados mais eficientes (Posner, 1981, p. 74).

Todavia, diante da elevada complexidade para o alcance do equilíbrio geral em um contexto real da economia, a atuação do Estado pode se direcionar

à criação de ferramentas de equilíbrio parcial, que tencionem o atingimento do maior valor econômico total. Nesse sentido, a escolha dos instrumentos concretizadores da regulação não terão por objetivo a absoluta eliminação das ineficiências econômicas, mas apenas sua minimização, até o limite em que as vantagens, oriundas da diminuição das perdas de bem-estar social, igualem os custos regulatórios marginais (Freire, 2008, p. 85). De acordo com o critério de eficiência de Kaldor-Hicks ou potencial de Pareto, em tese, no desenho de tais instrumentos, os “vencedores” de uma determinada mudança política, deveriam poder compensar os “perdedores”, para que todos fiquem em uma melhor situação (Freire, 2008, p. 88 e 918), (Viscusi; Vernon; Harrington, 1995, p. 74) (Posner, 1980, p. 244).

De certo modo, a atuação estatal serviria aos referidos propósitos de maximização, contando com custos menos elevados, já que o Estado tem a vantagem de ter um baixo custo de transação institucionalmente fixado¹⁰, pois sua estrutura é mantida pela coletividade. Soma-se a isso o fato de que a atuação do mercado na correção de suas falhas pode não ser suficientemente ágil, eis que, por vezes, encontra-se desprovida de interesse na correção, e pode se apresentar excessivamente custosa, o que faz emergir a importância das soluções jurídicas para melhoria da eficiência, seja na estruturação do mercado, com o estabelecimento de partida de condições relativamente padronizadas do exercício de certas atividades ou durante seu desenvolvimento, mediante a verificação de comportamento concreto dos agentes.

Nesse sentido, o Estado, para que possa perseguir concretamente seus objetivos, pode fazer mais do que editar uma lei geral, com duração alongada no tempo, para só depois cuidar dos conflitos individuais que porventura surjam. O modelo de Poderes Judiciário e Legislativo adequava-se ao baixo intervencionismo estatal, que se preocupava em pequena medida com o gerenciamento da realidade e com os conflitos sociais. Contudo, com a crescente complexidade da sociedade, que se torna a cada dia mais exigente, ao pleitear o que antes não o fazia, como a proteção dos consumidores, o controle do poder econômico ou democratização do acesso aos serviços, o

¹⁰ De outro lado, em análise sobre as falhas de governação, Posner menciona: “The conception of government as a costless and dependably effective instrument for altering market behavior has also gone by the boards.” (Posner, 1974, p. 350).

Estado passa a intervir mais, através do gerenciamento e planejamento constantes, o que se faz pela contínua edição e reedição de normas e aplicação concreta pelos órgãos administrativos. É nesse cenário que surgem os reguladores, que normatizam de modo mais específico e instável do que ocorria no passado, com a capacidade de dirimir conflitos individualizados ou coletivos¹¹ (Sundfeld, 2000, p. 28 e ss.).

Em suma, a regulação se configura como o mecanismo de alteração de comportamentos, que visa a conduzi-los com a intenção de produzir resultados precisamente delineados e que pode abranger mecanismos de estabelecimento de padrões, coleta de informações, bem como a modificação de conduta (Black, 2002, p. 20). Em que pese a ausência de definições claras sobre regulação e o fato que a abrangência do termo acaba por implicar na adoção de conceitos abstratos, para fins do presente trabalho, será utilizada uma definição comumente adotada de regulação, que consiste no estabelecimento de normas vinculantes, monitoramento e sanção, devidamente exercidas por atores do setor público sobre as atividades econômicas do setor privado (Koop; Lodge, 2015, p. 22), cujos motivos para intervenção vão além das tradicionais falhas de mercado, podendo se basear em outras justificativas como direitos fundamentais e questões de ordem social (Baldwin; Cave; Lodge, 2012, p. 15).

Nesse sentido, a regulação pode se sustentar em variados pilares, manifestando-se tanto em objetivos declaradamente econômicos, como a disciplina do acesso ao mercado e de sua estruturação ou as questões relacionadas ao controle de concentração empresarial, o controle de tarifas e preços, a repressão às infrações contra a ordem econômica, quanto pode se orientar para o alcance de outros objetivos, como o resguardo dos direitos de gerações futuras, manifestado nas questões ambientais e urbanísticas, que indiretamente também geram efeitos econômicos (Sundfeld, 2000, p. 18) (Paz Ferreira; Morais, 2009, p. 24).

Como bem sintetizado por Paz Ferreira e Morais, a regulação jurídico-econômica consiste no processo jurídico de intervenção indireta na atividade

¹¹ Ver também: (Posner, 1974, p. 350), "legislatures cannot continuously regulate a complex area; they must delegate much of the regulatory function either to the courts or to administrative agencies. In the area of economic regulation the legislative choice has generally been the administrative agency rather than the court".

econômica, incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação das atividades e das condições de seu exercício, para garantir seu funcionamento equilibrado, em razão de determinados objetivos públicos (Paz Ferreira; Morais, 2009, p. 22).

Trazendo esses aspectos para o objeto do presente trabalho, calha ressaltar que o mercado de seguros e pensões também se encontra sujeito à interferência do Estado na livre iniciativa, geralmente gerida em linhas conservadoras. As justificativas clássicas para a regulamentação do setor também se baseiam nas falhas de mercado, como as externalidades e os problemas graves de informação assimétrica. As partes nos contratos de seguros não são negociadores de igual peso no mercado, a iliteracia dos consumidores é elevada, já que não têm acesso ao conhecimento necessário para avaliação do risco financeiro das seguradoras e contam com dificuldades de compreensão adequada dos termos dos contratos. Soma-se a isso o fato de que, em muitos casos, os contratos são de longa duração, cujo pagamento terá grande importância na vida do segurado ou beneficiário. De outro lado, algumas seguradoras podem colocar em risco excessivo, inclusive em razão de conflitos entre agente e principal, os valores reservados para garantir o risco da massa de consumidores. O conjunto desses fatores justifica a regulação, que acaba por proteger a parte contratante mais fraca (Kimball, 1961, pp. 522-523), (Klein, 2012, p. 177).

Em suma, as justificativas regulatórias nesse mercado baseiam-se na exigência de solidez das empresas que nele operam, por ser essencial à própria existência do negócio, fato esse que passou a ser alvo de maior atenção após a crise financeira de 2008. Nesse sentido, o risco sistêmico despontou como fonte de preocupação, por surgir das ligações entre as empresas no sistema financeiro ou nos mercados, em que a falha de uma ou mais participantes pode gerar um efeito cascata com impactos em todo o sistema ou mercado. Além disso, a regulação busca evitar práticas abusivas que possam vir a prejudicar os consumidores e combater a concentração do poder de mercado, que restrinja a concorrência, resultando em barreiras de entrada, preços mais elevados e lucros excessivos, tudo isso reforçando o incentivo à eficiência do sistema. Por fim, à medida que o contrato de seguros adquire mais importância na sociedade e que as técnicas regulatórias adquirem mais sofisticação, outros propósitos sociais

aliam-se às justificativas tradicionais da regulação do setor. (Kimball, 1961, pp. 523-524), (Klein, 2012, p. 177 e 196).

2.2 Justificativas para regulação do Open Insurance

As falhas prejudiciais à eficiência do mercado de seguros e pensões justificam a intervenção estatal consistente na regulação do setor. No que tange especificamente às perturbações ocasionadas pelos dados, relatadas no capítulo anterior, uma das soluções regulatórias possíveis consiste na implementação de regras jurídicas que conduzem à adoção de compartilhamento dos dados entre as empresas atuantes no mercado. Esse compartilhamento configura-se como a base do sistema de seguros aberto – *Open Insurance*.

Assim, considerando o novo cenário econômico, que faz uso dos dados de modo intenso, o que vem alterando o balanceamento das forças de mercado, considerando também que o setor de seguros e pensões é tradicionalmente regulado, como os demais que fazem parte do sistema financeiro, o Estado, como ente regulador, pode vir a atuar para criar, fomentar ou balizar o estabelecimento de um ecossistema de compartilhamento de dados que amplie a competitividade e, como consequência, o bem-estar social, inclusive pelo estímulo à inovação.

Nesse sentido, dentre as principais questões que fundamentam a utilização da referida abordagem, encontram-se o necessário incentivo à inovação e o combate à excessiva concentração de poder de mercado, que, além de impactar na própria inovação, prejudica os consumidores e o desenvolvimento. De outro lado, o objetivo de correção das assimetrias informacionais, já perseguido pelo mercado em questão, tende a ser fortalecido com a implementação da sistemática de *Open Insurance*, assim como outras questões transversais, que orbitam o universo dos dados, podem se beneficiar do sistema aberto, como a garantia de privacidade dos usuários, o alinhamento de estruturas de governança, com a padronização de APIs e o controle de riscos cibernéticos. Outrossim, a implantação da sistemática volta-se também para ampliação do mercado de seguros e pensões, de modo a potencializar todos os benefícios por ele gerados, sobretudo a expansão da transferência dos efeitos econômicos dos riscos na sociedade.

Como visto anteriormente, os dados contam com a característica da não rivalidade, o que permite seu emprego ilimitado, em que o uso por um sujeito

não reduz a disponibilidade para os outros. Ocorre que, por razões de privacidade de seus titulares e pela propriedade das empresas sobre a estrutura de coleta e armazenagem desses dados, há uma espécie de escassez provocada. Em outras palavras, os dados são abundantes no sentido de sua existência, mas esse cenário de limitação advém da necessidade de preservação da privacidade, que conduz à criação de mecanismos de armazenagem desses dados de modo isolado, fato que é aproveitado pelas empresas que, no intuito de ampliar sua parcela de mercado, utilizam-se dessa escassez provocada para reforçar seu poder.

Em contrapartida, a cooperação entre empresas, seja ela voluntária ou imposta, serve para o equacionamento de problemas como a escassez (Salomão Filho, 2019). Nesse sentido, a interação cooperativa se caracteriza como um dos meios mais relevantes para se alcançar a maximização do bem-estar privado (Freire, 2008, p. 887).

Assim, em face do contexto dos dados, o Direito pode vir a determinar, estimular ou balizar a cooperação tendente ao compartilhamento de dados entre as empresas participantes do mercado, com o objetivo de minimizar a referida limitação de acesso à informação. Porquanto, para que todos possam formular livremente suas escolhas, é fundamental a vasta distribuição do conhecimento a todos os entes da sociedade, tal qual o dilema do prisioneiro (Salomão Filho, 2008, p. 96). Isso porque a estratégia individual de retenção de dados – seja pelo cliente, seja pelas empresas - pode representar uma opção pior do que o comportamento de seu compartilhamento, que visa à maximização da utilidade coletiva.

Como arremate a este tópico preambular, convém destacar que a regulação associada à criação de um ambiente cooperativo deve estar atenta à necessidade de convivência continuada, ou seja, é fundamental a criação de desestímulos aos agentes especuladores, que não têm preocupação com a continuidade da relação, pois após alcançarem o lucro desejado, retiram-se do jogo. Essa ausência de compromisso serve de desincentivo à cooperação, inclusive quando voluntária (Salomão Filho, 2008, p. 103).

2.3 Estímulo à concorrência

No capítulo 1, anunciou-se que o cenário do uso intenso de dados na economia gera preocupações sobre a possível concentração acentuada do poder de mercado, que pode ser dar em razão do estabelecimento de eventual dinâmica cíclica estabelecida pela retroalimentação dos dados, extraídos como insumos do próprio processo produtivo e que serviriam para atrair mais e mais consumidores, de modo aproximado ao que se verifica no efeito de rede das plataformas¹².

Como visto anteriormente, não se está a afirmar que a concentração de poder de mercado seja, em qualquer hipótese, maléfica, entretanto, quando houver prejuízo ao bem-estar social e, em especial, ao consumidor, como, por exemplo, ante a operação a preços elevados, a restrição de qualidade ou quantidade de produtos ou a ausência de alinhamento à inovação, identifica-se a ineficiência da concentração. Diante disso, o compartilhamento dos dados, como fruto da sistemática do *Open Insurance*, pode figurar como instrumento de estímulo à concorrência no intuito de sanar as falhas detectadas.

Nesse sentido, de início, vale pontuar que o problema da escassez relativa dos meios aptos a saciarem as necessidades econômicas encontra no mercado, e em suas respectivas leis, os instrumentos viabilizadores de solução. Por sua vez, o mercado, como forma de organização social, para que seja eficiente, necessita de uma estrutura em que a concorrência se faça presente, de modo a premiar as combinações produtivas que melhor adequem os meios aos fins pretendidos (Santana, 1993, pp. 18-21).

Em termos simplistas, a concorrência caracteriza-se pela pressão constantemente imposta sobre as empresas para que ofereçam os melhores produtos com os melhores preços, pois se assim não agirem, poderão perder os clientes para outras empresas. Dessa competição, beneficiam-se em primeiro plano os consumidores, mas também as empresas, que se rivalizam pelo mérito, e, em última análise, o país, pois essa dinâmica induz à ampliação da inovação,

¹² Os efeitos de rede referem-se aos ganhos usufruídos pelos consumidores de um produto ou serviço quando mais consumidores fazem uso dele. Um exemplo do efeito em questão é a externalidade positiva que se manifesta para os usuários de uma plataforma social, no caso da ampliação do número de contas dessa rede (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2019, p. 6). Assim, quanto mais numerosa e valiosa se torna essa plataforma, mais usuários passam a fazer parte dela.

da eficiência alocativa de recursos, da qualidade dos bens e serviços oferecidos e induz ainda à redução dos preços. Disso tudo, pode-se afirmar que emerge um direito dos cidadãos à concorrência, que lhes favorece com uma maior oportunidade de efetuar escolhas, com maior qualidade, bem como com menores preços (Rosa, 2018, pp. 175-177).

Conforme já referido, essa concorrência abstratamente perfeita, ou seja, configurada como um ideal a ser observado, tem como componentes a atomicidade e a fluidez. Em vista disso, diz-se que o cenário concorrencial será imperfeito quando os referidos elementos se encontrarem prejudicados, o que pode vir a afetar, entre outros aspectos¹³, o sistema de formação de preços, à medida que determinadas empresas dominantes contem com poder sobre a fixação dos mesmos, em maior ou menor grau, de modo que, em certo sentido, ditem as leis do mercado (Santana, 1993, pp. 18-30), limitando a liberdade dos demais agentes.

Nessa toada, o primeiro relatório sobre a política de concorrência da Comunidade Econômica Europeia anotou que a concorrência é o maior incentivador da atividade econômica e deve ser garantido a todos os participantes a mais ampla liberdade de ação possível, pois esta viabiliza o ajuste contínuo das estruturas de oferta e demanda, para que se possa satisfazer e aprimorar as necessidades individuais e coletivas da sociedade (Comunidade Econômica Europeia, 1972, p. 11).

Por seu turno, a concentração do poder de mercado pode apresentar como resultado a limitação da expressão das preferências de seus participantes e a restrição da capacidade de mudança e crescimento da sociedade. O crescimento acaba por ser tolhido porque a demanda dos consumidores não é percebida e, por não ser identificada, deixa de funcionar como catalisadora do desenvolvimento. Por outro lado, a mudança também fica prejudicada, pois a concentração não permite o conhecimento dos problemas e dos objetivos almejados pela sociedade. Diante disso, a proteção da concorrência proporciona a descoberta das melhores opções para o consumidor, que, em face das opções abundantes e liberdade de escolha, identificará a solução mais adequada às suas necessidades (Salomão Filho, 2003, pp. 8-9).

¹³ Como a quantidade de produtos oferecidos ou investimentos em inovação.

Assume-se, portanto, que a dominação ou concentração de poder de mercado tem o condão de prejudicar a eficiência¹⁴, sendo esta, para fins pragmáticos no presente trabalho, compreendida a partir do critério de Kaldor-Hicks ou potencial de Pareto¹⁵. Assim, considerando que a eficiência é um importante valor, no sentido de que, embora não seja a única medida do bem-estar social, configura-se como seu componente central, é forçoso concluir pela essencialidade da implementação de políticas que coíbam práticas anticoncorrenciais (Posner, 2001, p. 2 e 23).

As políticas de concorrência buscam encorajar o melhor uso possível dos recursos disponíveis, para que a economia seja favorecida de forma ampla e, em particular, em benefício do consumidor, que por meio das regras da concorrência poderá ampliar seu bem-estar, mediante melhoria nas informações, incremento da quantidade e qualidade de bens disponíveis, além da redução dos preços. Note-se que, em determinadas circunstâncias, as forças do mercado não são suficientes para obtenção dos resultados adequados, por estarem envolvidas em muito atraso ou inaceitáveis custos sociais ou, até mesmo, porque as decisões das próprias empresas não permitem as mudanças necessárias. Nesses casos, recorre-se à intervenção estatal para direcionamento das decisões no sentido de encontrarem soluções econômicas e sociais ótimas (Comunidade Econômica Europeia, 1972, p. 17).

As decisões direcionadas pelas normas de defesa da concorrência, como visto, têm como norte as razões de eficiência econômica. Contudo, não parece ser neste conceito que as normas concorrenciais devam sustentar sua formulação, interpretação ou aplicação, mas sim na ideia de bem-estar, à qual as considerações de eficiência devem estar funcionalizadas. Nessa linha, a proteção e reforço do ambiente concorrencial se afigura como meio adequado para o acréscimo de bem-estar econômico, pois proporciona uma melhor

¹⁴ Não é demais repisar que nem sempre as concentrações serão ineficientes, a exemplo das economias de escala que se sustentam em empresas mais bem dimensionadas ao invés de optarem pela pulverização entre diversos agentes menores, que podem vir a operar com preços mais elevados. Ver: (Posner, 2001, p. 9) e (Santana, 1993, pp. 24-25).

¹⁵ A análise da eficiência de acordo com o critério ótimo de Pareto corresponde à alocação de recursos em um formato tal que ninguém possa melhorar sua situação, sem a piora da situação alheia. De outro lado, o critério de Kaldor-Hicks, também denominado de critério da eficiência potencial de Pareto e fundado no princípio da compensação, admite que de uma alteração ocorram perdas, quando os benefícios obtidos por uns sejam suficientes para compensar eventuais prejuízos dos outros (Freire, 2008, p. 89); (Posner, 1980, p. 244).

alocação de recursos, viabilizando, sob o prisma do consumidor, o alcance de preços menores e uma gama maior de inovações, e, sob o prisma dos produtores, a ampliação do lucro. (Freire, 2008, pp. 884-885 e 893).

Em casos de concentração de poder de mercado, o incentivo ao fortalecimento do ambiente concorrencial, como forma de correção de eventual desvirtuamento do curso maximizador de bem-estar, pode ser dar por meio de normas que determinem o compartilhamento dos dados dos clientes obtidos no desenvolvimento das atividades empresariais, isso porque a falta de acesso a determinados conjuntos de dados pode se configurar como um impeditivo da entrada de novas empresas no mercado ou, até mesmo, para a permanência de determinadas incumbentes, que tenham o acesso de algum modo restringido (Joint Committee of the European Supervisory Authorities, 2016, p. 12).

A abordagem regulatória de determinação do compartilhamento de dados dos clientes entre as empresas, diante do acima explicitado, parece ter capacidade para interferir e ampliar o ambiente concorrencial, por permitir uma maior pulverização dos dados, que deixam de figurar como um insumo tão exclusivo, e com essa dispersão dos dados entre os diversos agentes, mais empresas passarão a ter potencial competitivo e novas poderão entrar no mercado, o que estimulará a pressão competitiva interna e externamente.

Há que se ponderar que o processo concorrencial é dotado de assimetrias de informação e estratégias empresariais, desse modo, a referida intervenção regulatória pode trazer impactos na dinâmica do mercado, tendo o potencial de deslocar os consumidores entre as empresas, assim como de atrair novos. As incumbentes, que se beneficiam da dinâmica existente, podem ter a tendência de resistir às alterações, por receio inclusive do processo de destruição criativa, que pode vir a se estabelecer em razão das potenciais inovações e pelo temor de perda de sua posição de mercado. Percebe-se, portanto, que as empresas parecem não ter interesse em compartilhamento espontâneo dos dados, mesmo sem deter a titularidade deles. Soma-se a isso o fato de haver um custo para as empresas referente à coleta e armazenamento dos dados, o que pode trazer ainda mais aversão ao compartilhamento. Assim, em razão da resistência das empresas dominantes em compartilharem espontaneamente os dados, figura como coerente buscar a atuação do Estado no cenário observado.

Assim, ainda que haja impacto no equilíbrio estático do mercado, trazendo perdas momentâneas para algumas empresas, calha ressaltar que o mercado é essencialmente dinâmico e a cooperação entre as participantes do mercado, mediante o compartilhamento de dados, tende a tornar o conjunto mais produtivo, inclusive com a ampliação da oferta, com a inserção de novos produtos e serviços, bem como pela atração de novos clientes. Ademais, o ponto fundamental desse equilíbrio dinâmico é que os efeitos são potencialmente vantajosos aos consumidores, como a diminuição dos preços e o aumento nas opções. Esse benefício conduz à transformação de suposto desequilíbrio em uma hipótese de equilíbrio jurídico, fundada em aspectos valorativos (Salomão Filho, 2013, p. 231).

Prosseguindo. No âmbito do mercado de seguros e pensões, o acesso aos dados dos clientes assume particular importância pois o conhecimento das características dos consumidores faz parte do próprio negócio, já que a precificação dos produtos oferecidos depende em boa medida dessas informações, como analisado no capítulo precedente. Portanto, os dados figuram como importantes insumos neste mercado e sua detenção, de forma mais amplificada do que em outros setores, é componente relevante na formação do poder de mercado, pois as empresas que os detêm em maior escala passam a ditar as regras do jogo. Quanto maior o poder, mais consumidores são atraídos e mais dados são coletados. Esse ciclo pode conduzir à excessiva concentração e esta pode barrar o desenvolvimento, uma vez que não surgem estímulos para inovar ou trazer condições mais adequadas aos consumidores. Diante desse cenário de desajuste da concorrência, a intervenção regulatória surge como instrumento válido para equilibrar o campo de jogo.

Esse nivelamento da concorrência, no âmbito do sistema financeiro, em que um dos objetivos da regulação consiste na proteção da chamada poupança popular, ou em linhas singelas, na segurança dos valores dos consumidores confiados às instituições desse mercado, figurará também como reforço ao sistema regulatório. Isso porque a excessiva concentração de empresas pode aumentar os riscos aos recursos tidos em guarda, pois o tamanho das instituições é diretamente proporcional à dimensão e seriedade dos prejuízos que podem ocorrer por sua quebra ou dificuldade. Consequentemente, a

proteção da concorrência também figura como um componente relevante da regulação prudencial (Salomão Filho, 1999, p. 54).

De outro lado, quanto mais concorrenciais forem os mercados, mais trocas serão realizadas e, por consequência, o bem-estar será amplificado, tendo em vista que as riquezas são geradas nas trocas. Destarte, normas regulatórias que incentivem a concorrência e a realização de um maior número de contratos ganham relevância no mercado de seguros, pois a sociedade poderá desenvolver mais atividades com a adequada partilha dos efeitos dos riscos, assim como será viabilizado o potencial de minimização dos efeitos lesivos da seleção adversa¹⁶, uma vez que mais empresas estarão interessadas no fornecimento de produtos aos melhores consumidores (Freire, 2020, p. 559 e 566).

Avançando no raciocínio, a amplificação das trocas nesse mercado pode trazer efeitos benéficos à própria estrutura dos seguros, que se baseia no mutualismo, já que esse se sustenta na dispersão do risco, que deixa de ser individualmente considerado, para ser tratado coletivamente, de modo a substituir o acaso, pela segurança, com base nas previsões moldadas pela lei dos grandes números, permitindo a repartição das perdas globais entre os vários componentes do grupo, que se beneficiará de eventual incremento no número de participantes.

¹⁶ A ser trabalhada em tópico seguinte.

2.3.1 Essential Facilities

Analisados os efeitos dos dados como gatilhos para concentração de poder de mercado prejudicial ao bem-estar social e a sugestão de uso da abordagem regulatória de compartilhamento dos dados, no ambiente do *Open Insurance*, como forma de correção da disfuncionalidade, passa-se agora a avaliar alternativamente a possibilidade de aplicação da doutrina das *essential facilities* como instrumento de concessão de acesso a esses dados.

A doutrina em questão busca proteger a concorrência, garantindo o acesso aos bens essenciais para participação no mercado. A essencialidade se refere a dois aspectos. Primeiramente, o insumo deve ser essencial para que os concorrentes sobrevivam no mercado. De outro lado, esse recurso não pode estar disponível de outras formas, tampouco pode ser duplicado. Diante disso, o compartilhamento da *facility* deve ser fundamental para o aprimoramento da competitividade do mercado, não como meio de garantir a sobrevivência de um participante em especial, mas como forma de impactar globalmente aquele mercado. (Areeda; Hovenkamp, 2002, pp. 198-199 e 203).

A doutrina das *essential facilities* surgiu nos Estados Unidos da América, no julgamento da Suprema Corte no caso *Terminal Railroad*, de 1912, em que uma associação de companhias ferroviárias adquiriu todas as pontes e infraestruturas de terminais sobre o rio Mississippi que davam acesso à cidade Saint Louis.

A Corte entendeu que o acordo associativo vedava qualquer outro meio razoável de entrada na cidade, configurando-se como uma restrição ilegal, e, ao invés de impor a dissolução da associação, como solicitado pelo requerente, o governo americano, apresentou como solução a determinação aos membros da associação para que viabilizassem aos concorrentes a propriedade conjunta e o controle das infraestruturas, colocando-os em condições de igualdade em termos de benefícios e encargos, ou, caso não houvesse interesse do concorrente em partilhar a propriedade, que fosse-lhe concedido acesso em termos justos e razoáveis (United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 1912, pp. 409-411).

Ao longo dos anos, a doutrina tem sido recepcionada e adaptada pelas diversas jurisdições ao redor do mundo, figurando como relevante instrumento

de direito concorrencial. Apesar de inicialmente ter sido relacionada apenas a infraestruturas físicas, como as pontes das estradas de ferro, com o tempo, seu uso foi sendo alargado para outros tipos de insumos dos mercados, o que conduziu sua aplicação também a bens intangíveis protegidos por direitos de propriedade intelectual em algumas situações específicas (Graef, 2016, p. 245); (Pitofsky; Patterson; Hooks, 2002, pp. 452-454).

O aproveitamento da doutrina para compreensão dos dados como bens essenciais também tem sido estudado, pois esses são considerados, atualmente, como importantes insumos para o desenvolvimento de produtos e serviços de boa qualidade e, caso não estejam prontamente disponíveis no mercado, só podendo ser obtidos por meio do atendimento aos clientes, poderão se apresentar como vantagem competitiva para os incumbentes e como barreira de entrada para os novos entrantes e potenciais competidores (Graef, 2016, p. 251). A possibilidade de concessão de acesso aos dados com fundamento na doutrina das *essential facilities* precisa ser examinada com base em um conjunto de critérios e, sobretudo, faz-se necessário avaliar a conduta da empresa detentora dos dados e seu resultado, sendo preciso que haja o efetivo abuso da dominância de sua parte e que os concorrentes tenham sua posição substancialmente afetada (Fia, 2021, pp. 195-196).

Dentre os requisitos que permitem um delineamento da doutrina para fins de avaliação de sua aplicabilidade em geral, convém destacar os frequentemente mencionados pela academia, apresentados na primeira oportunidade em que a doutrina foi formalmente citada por um órgão julgador americano, em 1983, no caso *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, julgado pela Corte de Apelação do Sétimo Circuito de Justiça, em que foram delineados os quatro pontos elementares traçados pela jurisprudência até ali desenvolvida, consistentes em: (1) controle do bem essencial por um monopolista; (2) a impossibilidade de um concorrente de duplicá-lo de forma prática ou razoável; (3) a recusa na concessão de acesso a um concorrente; e (4) a viabilidade para o fornecimento do bem essencial (*MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, 1983).

No que tange ao controle de uma *essential facility* por um monopolista, Areeda e Hovenkamp mencionam que se a parte dominante, atual ou potencialmente monopolista de um mercado definido, não contar com o poder

sobre a definição da produção ou dos preços, eventual aplicação da doutrina, em que a parte seja forçada a conceder o acesso à infraestrutura essencial, a manobra não irá reduzir o atual ou potencial poder de monopólio, já que esse não existe, tornando-se descabida a medida (Areeda; Hovenkamp, 2002, p. 205). Do mesmo modo, se não existem barreiras de entrada, a sustentação da utilização da referida doutrina perde força, uma vez que a entrada de participantes no mercado é o caminho preferencial para a ampliação da competitividade (Areeda; Hovenkamp, 2002, p. 206).

Com fundamento nas construções jurisprudenciais norte-americanas, que se sustentam no *Sherman Act, Section 2*, Areeda propôs que a leitura do conceito de *essential facilities* fosse pautada por limites, dentre os quais, a consideração de que não há obrigação geral de compartilhamento do bem essencial, entendendo que o acesso a ele deve ser facultado apenas em situações excepcionais (Areeda, 1989, p. 852). De outro lado, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias parecia considerar, ao abrigo do artigo 86, atual artigo 82, do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, que existe um dever de fornecimento das empresas em posição dominante, quando o insumo essencial tiver efeito significativo sobre a concorrência (Lang, 1994, pp. 522-524). Percebe-se, portanto, que as interpretações da doutrina passam por divergências, conforme a jurisdição de aplicação, cabendo inclusive uma aparente concepção europeia mais ampla do que a americana, no que concerne à empresa detentora da “*facility*”, em que o abuso da posição do controlador poderia ser perpetrado em uma situação de mera dominância do mercado, não se restringindo apenas aos casos de monopólio ou pretensão monopólio, como decorre da interpretação do *Sherman Act*.

A impossibilidade de duplicação do bem deve ser aferida por razões de ordem prática, em que as características do próprio insumo não permitem sua realização, ou por ausência de razoabilidade em sua reprodução, como nos casos em que os custos são altamente elevados para o desenvolvimento de cópias (Areeda; Hovenkamp, 2002, p. 202). Nesse ponto, cabe lembrar que os dados são caracteristicamente não rivais, pois seu uso por um não reduz a disponibilidade para utilização por outros sujeitos. Entretanto, o acesso pode ser restringido, por meio de barreiras, como o seu armazenamento em sistemas isolados. Ademais, percebe-se imensa complexidade na avaliação de uma base

de dados, que se encontre totalmente isolada, para fins de aplicação da doutrina das *essential facilities*, pois, sem que se conheça o conteúdo desse grande conjunto de dados, a aferição da possibilidade ou não de sua duplicação é tarefa extremamente árdua. Nesse sentido, o desconhecimento prévio do conteúdo de uma base de dados tem efeito limitativo, inclusive, para que se possa identificar quais produtos e serviços podem ser criados a partir do acesso àquele insumo e para a aferição da própria importância dos dados e qual seu impacto na concorrência, que é ponto fundamental de aplicação da doutrina.

Nesse tocante, convém destacar que os dados têm a possibilidade de serem anonimizados e agregados em grandes conjuntos pelas empresas que os coletam e sob esse prisma podem ser vistos como objeto de direitos *sui generis* ou até mesmo de propriedade intelectual. De outra banda, os dados pessoais, referentes a consumidores específicos, contam com tutela de direitos fundamentais. Essa distinção é relevante para a compreensão da proteção dada ao bem que se pretende avaliar o preenchimento do requisito de possibilidade de concessão de acesso, sob o manto da doutrina ora estudada, sobretudo no que diz respeito à legitimidade da recusa de fornecimento pela empresa detentora dos dados (Graef, 2016, p. 358).

Assim, tendo em vista que os dados se constituem como uma fonte de poder de mercado, especialmente quando os participantes desse mercado, ou potenciais participantes, não têm a capacidade de coletá-los por si próprios, as empresas que os detém recusam-se a conceder o acesso às demais (Parlamento Europeu, 2018, p. 89) (Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2016, p. 9). Nesse tocante, várias justificativas à negativa de acesso são formuladas. No que se refere aos bancos de dados, argumenta-se pela impossibilidade de aplicação da doutrina das *essential facilities* à propriedade intelectual, já que sua proteção demanda a preservação da exclusividade, como meio necessário para a criação de incentivos para a inovação (Lipsky Jr.; Sidak, 1999, p. 1219).

Além disso, para fins de enquadramento nos contornos da doutrina, os grandes conjuntos de dados, sem que seja identificado o seu conteúdo de antemão, como visto anteriormente, podem ser entendidos como ativos substituíveis e dificilmente indispensáveis, pois atualmente técnicas avançadas de coleta permitem a criação de grandes e valiosos bancos de dados a um custo

razoável. Portanto, nesses casos, a doutrina das *essential facilities* não parece se afigurar como adequada ou vantajosa para viabilização do acesso (Parlamento Europeu, 2018, p. 88) (Fia, 2021, p. 15).

De outro lado, os dados pessoais demandam o consentimento de seu titular como condição de obtenção, assim, a recusa de determinada empresa detentora pode se sustentar na justificativa legítima de preservação da privacidade, caso não haja a aquiescência do indivíduo a quem os dados se referem. Parece haver aqui também a inadequação da aplicação de instrumentos de direito da concorrência, como a doutrina em questão, que visam ao combate de comportamentos excludentes e predatórios.

Em sentido semelhante, releva pontuar que o direito da concorrência não se caracteriza como um instrumento adequado para a solução do problema de acesso de modo sistemático, já que só pode ser obtido a título excepcional, como recurso em caso de abuso de posição monopolística ou dominante no mercado, sendo aplicado por instrumentos *ex post* (Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2016) p. 9.

Não se pode negar que se os problemas de acesso se acumularem e suscitarem preocupações relacionadas com concorrência e inovação, como falhas de mercado, que afetem seu bom funcionamento, sustenta-se a necessidade de introdução de uma regulação especial de acesso, que faça referência ao direito da concorrência, como por exemplo a previsão de portabilidade contida no artigo 20 do Regulamento (UE) 2016/679 (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2016), ou de modo ainda mais específico as regulamentações de determinados segmentos de mercado, como o presente caso de estudo voltado ao mercado segurador, que cuidam do acesso aos dados em um contexto particular, que fornece uma solução sistemática e cria segurança jurídica de antemão (Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2016, p. 10).

Essas medidas de portabilidade e interoperabilidade podem envolver ainda vários objetivos, como proteção e empoderamento do consumidor, de modo que os impactos na concorrência podem variar. Contudo, a regulamentação *ex ante*, seja setorial específica ou transversal, pode ter uma abordagem preferível à teoria das *essential facilities*, particularmente, quando o setor conta com um regulador previamente estruturado. E isso também encontra

embasamento por conta da atuação menos custosa, mais rápida ou mais preventiva do que as medidas de direito da concorrência (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2021, p. 44).

Outro aspecto positivo da não utilização preferencial da abordagem das *essential facilities* para a viabilização de acesso aos dados encontra-se no fato de que o estabelecimento prévio do compartilhamento permite a identificação dos custos e benefícios da coleta e armazenamento dos dados, pois as empresas conseguem mensurar de modo adequado se haverá efetivo retorno no investimento de captação das informações, ao consideraram que tal insumo será acessado também por seus concorrentes.

Diante disso, a doutrina das *essential facilities* e a abordagem regulatória do *Open Insurance*, por conjectura, têm por tronco comum a justificativa da preservação da concorrência, embora a última conte com um universo de fundamentos mais amplo. Todavia, não é possível identificar que a correção de abuso concretamente verificado se assemelhe a uma regulação estrutural do mercado, que tem efeitos em todas, ou potencialmente em todas, as empresas do setor, independentemente da comprovação de sua situação de dominância, ou monopólio, e de abuso concreto desse, tampouco de averiguação das razões que levam à recusa na concessão de acesso. Por fim, diferentemente da aplicação do remédio de direito concorrencial, na implementação da sistemática do *Open Insurance*, não apenas se faculta o acesso ao insumo essencial, como se incentiva o consumidor ao compartilhamento dos dados, ante os benefícios que lhe podem ser conferidos.

2.3.2 Regulação econômica setorial e direito da concorrência

Diante do estudo acerca da aplicabilidade da doutrina das *essential facilities* como instrumento de viabilização de acesso aos dados considerados indispensáveis ao exercício das atividades no mercado de seguros, ainda cabem breves observações sobre os contornos da distinção da regulação econômica setorial do direito da concorrência, no que tange à busca pela minimização ou eliminação dos aspectos que embaraçam o mercado concorrencial.

Primeiramente, é oportuno destacar que a regulação emerge como alternativa às leis antitruste perante os aumentos de poder de mercado, que se configuram como falha de mercado justificadora da intervenção do Estado, pois permitem a determinados agentes a exploração do mecanismo de preços em proveito próprio, que de certo modo ditam as regras desse mercado e desincentivam as trocas e a produção, e cujas atitudes abusivas, não raro, extravasam para o domínio das práticas antissociais em prol da maximização do lucro (Araújo, 2021, p. 117 e 749).

Como visto, a opção por uma regulação *ex ante* para o estabelecimento, de partida, das condições padronizadas de compartilhamento de dados no mercado de seguros pode se configurar como preferível à aplicação da abordagem de direito da concorrência consistente na doutrina das *essential facilities*. Em geral e de modo linear, tende-se a contrapor a intervenção regulatória, com aplicação *ex ante*, à aplicação das normas da concorrência, relacionadas à atuação *ex post*, pois essa atuação se propõe a avaliar o comportamento das empresas nos casos concretos, para identificar o alinhamento com os valores de mercado e de proteção da concorrência (Paz; Morais, 2009, p. 22).

Contudo, na prática, a linha divisória pode não ser tão evidente, pois as atribuições das autoridades encarregadas da aplicação do direito da concorrência e dos reguladores setoriais acabaram se alterando ao longo do tempo. Exemplo disso são as atuações das autoridades de concorrência, em diversas jurisdições, que se utilizam de instrumentos como a concessão de liminares para restringir futuros comportamentos das empresas. Ao lado disso, por vezes, esses mesmos órgãos, aproveitando-se de análises setoriais, emitem alertas sobre a existência de obstáculos à concorrência ou imprimem

orientações futuras, na forma de diretrizes, o que se constituiria como uma intervenção *a priori*, ainda que contestada. De outro lado, os reguladores setoriais, quando atuam na resolução de disputas, também contam com operações *a posteriori*. Percebe-se, portanto, que, na prática, a correlação entre o momento, *ex ante* ou *ex post*, e o tipo de atuação, de regulação econômica ou de direito da concorrência, não é absolutamente estanque (Perrot; Bacache-Beauvallet, 2017, p. 9).

Assim, os eventuais obstáculos à concorrência, essa não como um objetivo em si, mas como uma ferramenta para se alcançar a eficiência econômica, podem ser superados ou mitigados por intervenções regulatórias setoriais ou por meio de instrumentos de defesa da concorrência, de modo substitutivo, ou ainda mediante atuação pública que combine ambas as formas de intervenção, de modo complementar. De toda forma, as escolhas locais sobre a forma de interação desses instrumentos muitas vezes ocorrem sob desenhos sofisticados e complexos (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2021, pp. 2-3).

Em uma linha temporal, pode-se afirmar que há um pêndulo que oscila entre a rivalidade e complementariedade na interação entre antitruste e regulação, como no caso em que a Suprema Corte Norte-Americana, que vinha aplicando predominantemente as leis antitruste, mudou seu ponto de equilíbrio, e passou a acatar a regulação, onde já existe uma estrutura regulatória em funcionamento, com fundamento em razões de custos e especialização, por entender que os benefícios proporcionados pela aplicação de leis anticoncorrenciais, nesses casos, tendem a ser diminutos (Colangelo, 2020, p. 915).

Além disso, a repartição de funções entre autoridades responsáveis pela implementação das medidas também tem contornos variáveis a depender da opção de cada país. Exemplo disso são os reguladores de alguns setores do Reino Unido, como os de energia e telecomunicações, que são responsáveis tanto pela regulação *ex ante*, quanto pela implementação da política de concorrência *ex post*, enquanto na França, há uma delimitação estrita dos papéis dos reguladores setoriais e da Autoridade de Concorrência, cuja atuação se dá em todo o mercado, de modo transversal (Perrot; Bacache-Beauvallet, 2017, p. 8).

De modo geral, afirma-se que a preferência por intervenções de regulação econômica justifica-se quando o mercado não responde adequadamente às falhas identificadas, sobretudo quando tais falhas sejam relacionadas a aspectos que exorbitem o âmbito da concorrência, já que aos reguladores setoriais é conferida uma maior gama de objetivos do que às agências antitruste, e onde sejam possíveis intervenções, ao menos em tese, mais eficazes na implementação melhorias de bem-estar (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2021, p. 3). Portanto, a definição entre a proteção antitruste ou a regulação dependerá dos *trade-offs* de cada caso concreto, pendendo a escolha para a solução que forneça os maiores benefícios (Colangelo, 2020, p. 918).

Um ponto a se observar é que quanto mais bem delineados e precisos forem os deveres regulatórios, menor será o espaço percebido para a aplicação das normas antitruste (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2021, p. 4). Além disso, existem falhas de mercado que demandam a intervenção pública regulatória e essa atuação de reconhecimento das falhas e implementação de medidas corretivas é atribuída, em primeira análise, aos entes legislativos e executivos e não às cortes. Desse modo, a atuação antitruste, ainda que entenda que a regulação é excessiva ou imprudente, em regra, não irá intervir no domínio regulatório (Hovenkamp H. , 1999, p. 702).

Nos setores de atividades em que as condições de mercado criam densas e duradouras barreiras de entrada e que o direito da concorrência não as remedia por si só, a regulação *ex ante* acaba também sendo imprescindível. Assim, quando se identifica que a contenção de acesso será temporária, pode fazer sentido confiar às autoridades da concorrência a tarefa de tutelá-la, entretanto, onde se espera que a limitação de acesso tenha características permanentes, o regulador setorial pode ser mais capacitado à tarefa. Nesse sentido, de acordo com um documento de trabalho da OCDE de 1999, a viabilização do acesso aos insumos necessários ao desenvolvimento das atividades produtivas às empresas capazes de deles fazerem uso de modo eficaz, pode ser atribuído como missão aos reguladores setoriais (Organisation for Economic Cooperation and Development, 1999, p. 8) (Perrot, 2002, p. 86) (Perrot; Bacache-Beauvallet, 2017, p. 5).

Especificamente no que se refere à realidade atual dos mercados, no que concerne ao uso dos dados, cuja velocidade dos avanços desponta como característica, há que se observar que a utilização de investigações antitruste de longa duração pode ser inadequada ao dinamismo necessário para solucionar os aspectos anticompetitivos que podem vir a despontar. Do mesmo modo, a intervenção dos reguladores específicos do setor se dará quando for imperativa a utilização de uma supervisão altamente detalhada, pois essa se encontra fora das atribuições dos órgãos de atuação antitruste (Colangelo, 2020, pp. 916-918). Isso porque os reguladores setoriais geralmente intervêm com mais frequência e exigem um fluxo contínuo de informações das entidades supervisionadas, ao passo que as autoridades da concorrência se encontram mais vinculadas às reclamações, coletando informações nos casos concretos (Organisation for Economic Cooperation and Development, 1999, p. 8).

No que se refere às informações, em que pese uma maior proximidade com o mercado regulado, o que oportuniza o fluxo contínuo de informações, a tomada de decisão dos reguladores setoriais, responsáveis pelo desenho do mercado, conta com forte componente de incerteza sobre as condições do mercado e informações assimétricas face aos operadores. Ao contrário, as autoridades de concorrência, em tese, não lidam com situações de incerteza, pois atuam diante de situações concretas e podem observar comportamentos (Perrot; Bacache-Beauvallet, 2017, p. 9).

Assim, a depender do cenário identificado em cada jurisdição, a entidade responsável pela implementação de medidas que tencionem sanar a excessiva concentração de poder de mercado e as barreiras de entrada construídas com base na detenção de dados poderá variar entre reguladores setoriais ou autoridades da concorrência. Entretanto, em linhas gerais, ao ser identificado pontualmente algum caso concreto dessa natureza que prejudique os valores concorrenciais, justifica-se a intervenção da autoridade da concorrência. Por outro lado, se um mercado supervisionado por uma entidade reguladora estruturada e extremamente dinâmico, que exige agilidade na resposta à questão de concentração de poder, sobretudo se essa for robustecida pela detenção de dados, demandar a correção de possíveis falhas que interfiram no ambiente concorrencial, a implementação das medidas corretivas necessárias, como a determinação de compartilhamento de dados, pode ser tarefa atribuída

ao regulador setorial. Mesmo porque somente a ele são atribuídas funções distintas daquelas que tenham fundamento concorrencial, como, por exemplo, as preocupações com a proteção dos consumidores ou as de ordem prudencial e sistêmica, como as endereçadas aos reguladores do mercado de seguros.

2.4 Estímulo à inovação

Fazendo referência aos delineamentos apresentados no capítulo introdutório, convém repisar que os dados servem como *inputs* para a produção e, de tal forma, configuram-se como fontes para a inovação (Carrière-Swallow; Haksar, 2019, p. 9), sobretudo na atividade seguradora, cujo negócio tem como cerne a produção de conhecimento, que pode ser alcançado a partir do acesso aos dados. Nesse sentido, a multiplicação das conexões que amplifiquem a obtenção de dados pelas empresas que operam no setor de seguros majora a disponibilidade de matéria-prima para o desenvolvimento do potencial inovador.

Outrossim, importa ressaltar que a inovação se constitui como um objetivo central das empresas participantes de um mercado competitivo, pois a busca por seu desenvolvimento encontra incentivo no desejo de obtenção de lucros excepcionais, mesmo que efêmeros, pois, sem ela, remanesce apenas a possibilidade de lucro normal, que se vincula a um cenário de equilíbrio e possível estagnação (Araújo, 2021, pp. 867-868). Em vista disso, o uso dos dados como insumo para o funcionamento dos mercados tende a figurar como estímulo para o crescimento econômico em um cenário de aparente ausência de progresso (Srnicek, 2018, p. 12).

Esclareça-se que nesse contexto da destruição criativa, de concorrência “schumpeteriana”, o referido lucro extraordinário é alcançado por aquele que traz a inovação para o mercado, seja ele incumbente ou entrante, pois com a introdução de um novo produto ou serviço, que se diferencia dos demais existentes, haverá um monopólio temporário, até que os demais concorrentes se coloquem em um mesmo patamar. Esse processo projeta a inovação ao papel central do desenvolvimento econômico capitalista, pois traz um dinamismo muito mais intenso ao mercado do que a tradicional concorrência de preços, o que incentiva a busca por respostas mais eficientes, fundadas na criatividade, que encontra espaço na investigação e aprendizagem, para o desenvolvimento de inovações em momento à frente de seus concorrentes (Araújo, 2021, pp. 868-869).

Percebe-se, por sua vez, que esse potencial criativo, quando atrelado a um ecossistema como o *Open Insurance*, deparar-se-á com vasto material para aprendizagem e conseqüente desenvolvimento, pois, ao ser nutrido por dados,

será estimulado por esse novo universo sem precedentes de informações que encontrará à disposição. Assim, verifica-se que os dados e a inovação contam com uma interdependência, já que, de um lado, a capacidade inovadora alimenta-se de informações para ser gerada e, por outro lado, como já ressaltado, a acumulação dos dados, sem a inovação, não é capaz de sozinha impulsionar o crescimento econômico.

Esse aprendizado a partir dos dados, para fins de inovação, pode ser dar por meio de algoritmos que viabilizem às empresas seguradoras a personalização de seus produtos, adequando-os às necessidades dos consumidores, além de permitir o aprimoramento da precificação dos seguros, inclusive mediante utilização de dados comportamentais dos clientes, e da avaliação dos riscos, podendo se utilizar de previsões construídas a partir de extenso volume de dados, assim como a diminuir os erros nos processos de detecção de fraudes (Śmietanka; Koshiyama; Treleaven, 2021, p. 2).

Além disso, as inovações podem estar centradas na criação de novos produtos construídos com base em demandas antes não verificadas, mas descortinadas pela avaliação das informações que passam a ser obtidas. Dessa forma, a maior circulação dos dados e a intensificação do potencial inovador poderá viabilizar a oferta de seguros a uma parcela da população antes não alcançada, pois não existiam no mercado produtos que atendessem às suas necessidades, ou cujo perfil de risco impunha prêmios muito elevados e, por vezes, impeditivos de aquisição, como por exemplo os seguros para automóveis para motoristas de pouca idade ou os seguros de saúde para indivíduos de idade avançada. Do mesmo modo, as inovações, impulsionadas pelo uso dos dados, poderão permitir a cobertura de novos riscos, que passam a ser mais bem compreendidos à medida que são acessadas informações mais abrangentes a seu respeito (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2019, p. 46)

Todavia, releva pontuar que o universo das possíveis inovações trazidas pela análise de dados no mercado de seguros ainda não é totalmente conhecido, pois nem todas as potencialidades já foram exploradas. Tangenciando também esse aspecto, dos limites da inovação baseada em dados, o potencial inovador pode ser confrontado com a definição de quais dados podem ser efetivamente utilizados pelo setor, pois imagine-se, por exemplo, que as seguradoras passem

a fazer inferências a partir dos dados comportamentais coletados de redes sociais e traçam perfis de risco de acordo com essas informações. Nesses casos, há que se perquirir acerca da veracidade e da legalidade dessas inferências, até mesmo porque os algoritmos que as constroem podem estar assentados em padrões discriminatórios. Em face disso, há quem mencione, inclusive, a possibilidade de implementação de um processo para avaliação dos resultados propostos pelos algoritmos, em que ao sujeito objeto de análise deva ser facultado contraditório e ampla defesa (Leal, 2020, p. 101) (Crawford; Schultz, 2014, p. 128).

Assim, superados os apontamentos sobre o potencial inovador no contexto em análise, convém destacar que a depender da moldura conferida à regulação, a inovação será fomentada ou não. Desse modo, uma construção regulatória que viabilize a circulação dos dados potencializa as virtudes criativas das empresas participantes do mercado, pois se deixa de reter o insumo com um produtor, que pode ter sua capacidade inovadora limitada, e permite-se que os demais participantes explorem suas possibilidades, ampliando seu acesso àqueles que têm diferentes potenciais inventivos. Em vista disso, é pertinente mencionar que determinados desenhos regulatórios, por vezes, favorecem mais as firmas reguladas do que o público em geral. De acordo com George Stigler, o Estado pode, com a regulação, auxiliar ou prejudicar determinadas atividades empresariais (Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 1971, p. 3) e, do mesmo modo, pode impulsionar ou não as inovações, uma vez que as regras são passíveis de moldar os incentivos.

Nesse mesmo sentido, Knut Blind pondera que a regulação é identificada como um elemento que influencia a atividade de inovação, destacando que a literatura empírica ressalta que os impactos na inovação variam conforme o tipo de regulação ou a perspectiva de implementação. Exemplifica que a regulação que promova maior circulação de informações no mercado pode fomentar a inovação, ao reduzir as assimetrias informacionais e permitir que os produtores promovam soluções inovadoras (Blind, 2012, p. 25).

Ademais, deve-se evitar que a regulação, ou sua ausência, funcione como verdadeiro escudo protetor, com movimentos que refreiem a disponibilização de inovações e gerem restrições de entrada de caráter meramente protetivo dos

incumbentes, sob pena de flagrante captura regulatória para atender aos interesses de manutenção da posição de mercado existente.

A par disso, um aspecto a ser levado em consideração pelo regulador na escolha da política regulatória com vistas a estimular a inovação é a percepção de que as inovações externas, trazidas por novos participantes, contam com elevado potencial incentivador para as demais empresas já estabelecidas no mercado também buscarem seu potencial criativo. Assim, modelos regulatórios que conduzam a restrições à participação de agentes externos no mercado precisam se escorar, dentro de uma perspectiva de ponderação de direitos, na proteção de algum valor mais relevante do que a inovação, pois se estará a afastar o potencial estímulo trazido por agentes externos.

Destarte, a avaliação da proporcionalidade dos valores tutelados pela regulação em face da inovação deve ser baseada em parâmetros constitucionais, legítimos e sem discriminações desproporcionais ou restrições artificiais ao mercado, uma vez que não se identificam benefícios sociais nesse tipo de conduta. O desenho regulatório, nesses casos, pode levar à proteção de valores, por exemplo, de segurança dos consumidores, de garantia de direitos fundamentais individuais, como a proteção de dados, ou coletivos, como o meio ambiente, ou ainda de busca pela higidez do sistema financeiro (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2015, p. 3).

Quanto a esse ponto, ainda que se argumente a existência de eventual deslealdade no compartilhamento de dados com aqueles que nada têm a compartilhar, com fundamento em uma suposta necessidade de reciprocidade, não parece essa ser a razão para inviabilizar a entrada de novas empresas no mercado, pois, sem os dados oriundos da atividade seguradora, os novos participantes terão significativas dificuldades para acessar o mercado e desenvolver as inovações, sobretudo em razão da importância desses insumos (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2020, p. 37).

Ressalta-se que não se está a tratar aqui do enfoque da reciprocidade para inclusão ou não de dados externos, como aqueles obtidos da relação dos consumidores com outras empresas, como as redes sociais, eis que tal tema é de extrema sensibilidade, diante dos riscos de privacidade, de controle de comportamentos e, em um cenário extremo, até mesmo de desnaturação da atividade seguradora, ante o descortinamento da incerteza em determinados

tipos de eventos¹⁷, e exige ampla reflexão para fins de definição de se e quais dados externos podem ser utilizados pelo mercado.

Em suma, pode-se afirmar que a sistemática do *Open Insurance*, além de estimular a inovação por fomentar a circulação de dados e viabilizar que mais empresas acessem esses valiosos insumos, também incentiva a entrada de novos agentes no mercado ou de terceiros que venham a prestar serviços para este, fator que também contribui para instigar a busca pelo desenvolvimento de soluções inovadoras. É através do conhecimento da realidade, inclusive das preferências de consumidores, que se proporciona o desenvolvimento do que antes não existia. Dessa forma, conforme forem definidas as condições para acesso e utilização dos dados, pode-se estimular ou não a criação de inovações. Portanto, um desenho regulatório que permita o uso dos dados por um maior número de empresas tem o potencial de incentivar as atividades criativas no sentido de fazer surgir inovações, que, ao fim, maximizam o bem-estar de toda a sociedade, por contar com produtos e serviços mais adequados às suas necessidades e com menores preços, ou seja, de modo a ampliar sua utilidade.

¹⁷ As novas oportunidades trazidas pelo uso dos dados podem vir a questionar o sistema de partilha e distribuição de riscos, tornando-se uma ameaça ao mercado segurador. Isso porque a evolução dos algoritmos pode trazer uma previsão individualizada do risco de cada consumidor e, com isso, a possibilidade de se pagar o preço adequado às suas características, sem ter que subsidiar os demais membros do grupo de riscos comuns. A técnica do seguro fundamenta-se na partilha da incerteza, que decorre do fato de não se saber qual risco vai se materializar no futuro, questão essa que a lei dos grandes números não resolve, mas apenas minimiza (Cevolini; Esposito, 2020, p. 3).

2.4.1 Momento da regulação

Do que se analisou até aqui, pode-se referir que as atuais configurações da coleta dos dados, de sua armazenagem e de seu tratamento, aprimoradas pelo uso da tecnologia, são distintas do que foram no passado, pois conferem significativos impactos na estrutura dos mercados, à medida que o acesso aos dados pode interferir no poder dominante. Nesse contexto, diferentemente dos contornos apresentados no tópico anterior, em que se visualizou o compartilhamento de dados no ecossistema do *Open Insurance* como fator de estímulo à inovação, no presente tópico, pretende-se trazer algumas considerações sob o prisma de que o compartilhamento de dados entre empresas do setor de seguros pode ser visto, em si mesmo, como uma inovação.

Partindo dessa premissa, convém destacar que algumas iniciativas recentes vêm surgindo nesse segmento. Ao lado das intervenções públicas, conduzidas pelos reguladores, como resposta às tendências anticompetitivas da economia dos dados (Zetsche; Arner; Buckley; Weber, 2019, p. 25), despontam também iniciativas pontuais, em determinados países, que partem de atores privados, como a plataforma *Free Insurance Data Initiative* – FRIDA –, desenvolvida no mercado segurador alemão, com fundamento na portabilidade prevista no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia – RGPD - (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2016), que visa a estabelecer um padrão de interface que sirva ao compartilhamento para todo o setor e que conta, atualmente, com vinte empresas parceiras (Free Insurance Data Initiative, 2022), de um universo de mais de quatrocentas empresas seguradoras domésticas em operação naquele mercado (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2022).

É o caso também de uma associação de seguradoras da Irlanda, que cobre mais de 90% do ramo automotivo, a *Insurance Ireland (Member Association) Company Limited by Guarantee*, e que administra uma plataforma de compartilhamento de dados entre as empresas do setor, a *Insurance Link*. Com relação a essa iniciativa, em maio de 2019, a Comissão Europeia passou a investigar a conduta e concluiu que referida entidade desempenha práticas que restringem o acesso de outras seguradoras ao sistema de compartilhamento, incluindo aquelas que estavam sediadas em outros estados-membros, o que

gerou, para aquelas que foram impedidas de acessar ao sistema, desvantagem concorrencial e obstáculo à entrada no mercado, já que os dados da *Insurance Link* permitem uma melhor avaliação de risco e precificação das apólices (Comissão Europeia, 2022).

Em face disso, no intuito de sanar os achados da Comissão Europeia, a associação privada ofereceu vários compromissos para viabilizar o acesso não discriminatório a todas as empresas requerentes, o que abrange também critérios justos para a cobrança de uma taxa de participação, tudo sob a fiscalização de um comitê, independente e constituído para tal fim, e sob a ameaça de imposição de sanção, consistente em multa, para o caso de descumprimento do pactuado. Em julho de 2022, a proposta foi aceita pela Comissão Europeia que, por sua vez, supervisionará o cumprimento dos compromissos, o que fará através de um administrador que ficará responsável, por dez anos, pelo monitoramento da implementação e conformidade da adoção das medidas (European Commission, 2022).

No referido caso, com fundamento no artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que veda acordos anticoncorrenciais e decisões de associações de empresas que impeçam, restrinjam ou distorçam a concorrência (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2016), as autoridades europeias vêm buscando sanar os riscos e descompassos concorrenciais da implantação de um sistema inovador, que, ao que parece, poderia ter sido antecipadamente pautado pelos reguladores, sem que fosse necessária a criação de uma supervisão particularizada para uma plataforma, que perdurará por uma década.

Nesse ponto, convém rememorar que a construção teórica, que envolve a relação entre a regulação e o cenário impactado pelos novos sistemas, destaca o descompasso entre ritmos de evolução, apresentando a atuação estatal como um elemento lento diante da velocidade das inovações (Moses, 2014, p. 18 e 19). Entretanto, nem sempre o passo atrás da regulação configura-se como uma situação problemática. Isso porque, por vezes, não cabe a antecipação de trajetórias tecnológicas que poderão nunca vir a ocorrer, sendo conveniente regular os cenários atuais ou de um passado recente (Moses, 2011, pp. 787-788).

A inovação sempre trará mudanças e, dessa forma, imporá novos problemas legais e regulatórios, fazendo-se necessária a busca por medidas que minimizem os riscos de danos e protejam os valores considerados relevantes em um panorama sociotécnico em constante mutação (Moses, 2014, pp. 18-19). Disso emerge a necessidade de gerenciar novos danos ou riscos em potencial, mediante novos regramentos, inclusive em razão de possível incerteza na aplicação das normas existentes às novas situações ou ainda na possível superinclusão, subinclusão ou obsolescência da regulação em vigor às novas práticas (Moses, 2007, p. 8).

Percebe-se, assim, que dentre as decisões a serem tomadas para sanar os efeitos do descompasso regulatório ante as mudanças, destaca-se aquela sobre o momento de regular (Koops, 2010, p. 317). De um lado, emerge a opção de se efetuar uma tentativa quase instantânea de adequação da inovação à norma, de outro, avalia-se a possibilidade de postergação da atuação regulatória para a ocasião em que se atinja a estabilização dos avanços e dos impactos nas relações sociais. É o que a doutrina denomina de dilema de Collingridge, que consiste no confronto entre regular a inovação em seus estágios iniciais, cuja dificuldade é o desconhecimento sobre eventuais consequências que justifiquem tal controle, ou buscar a regulação em momento posterior, quando as consequências são aparentes, mas a intervenção torna-se laboriosa e cara, porque a nova conformação passou a ser bem disseminada e integrada na sociedade. Assim, o desafio apresentado é lidar com as incertezas de informação, em uma regulação inicial, ou de poder e eficácia, em momento posterior (Van Asselt; Vos; Fox, 2010, p. 262).

Além dos custos da regulação prematura referentes à incerteza de não conseguir prever o desenvolvimento da inovação, há também o risco de irreversibilidade das medidas, no caso de se constar futuramente que nenhuma regulação era necessária (Baldwin; Cave; Lodge, 2012, pp. 22-23) (Wu, 2011, p. 1851), resultando em possível desperdício de recursos, inclusive no que tange aos custos diretos de conformidade.

Por outro lado, a regulação tardia pode ser inaplicável, uma vez que pode ocorrer uma acomodação social, que dificultaria ou inviabilizaria seu regramento. Além disso, a postergação pode trazer como custo a perpetuação da violação de valores fundamentais, tais como a proteção a direitos, a eficiência dos mercados,

a prevenção a discriminação, a solidariedade social ou a justiça distributiva (Baldwin; Cave; Lodge, 2012, pp. 22-23).

A doutrina que se dedica ao estudo da interação da lei com a inovação tende a sugerir que a regulação deva se dar em estágio inicial, quando seu desenvolvimento não causou impactos significativos, pois a situação é mais maleável e pode ter eficácia na proteção de valores relevantes eventualmente postos em risco pela inovação (Butenko; Larouche, 2015, pp. 17-19).

De outra banda, efetuar a regulação em momento futuro, quando mais informações sobre a inovação estejam disponíveis e seus efeitos sejam conhecidos, pode acarretar na ineficiência regulatória, pois o impacto do novo recurso se encontraria consolidado, o que dificultaria a alteração do *status quo* e embarçaria eventuais restrições que se façam necessárias para a proteção de valores em risco (Moses, 2014, p. 7). Associa-se a esse fenômeno a expressão *too big to ban*, em alusão à expressão *too big to fail* do mercado financeiro, relacionada aos casos de inovações que geraram significativos impactos na sociedade e cuja regulação tornou-se mais complexa, em razão dos elevados custos da proibição da atividade.¹⁸

Disso se conclui que o compartilhamento de dados entre empresas é um fato atual e uma inovação que interfere na dinâmica das relações de mercado, que têm sido altamente impactadas com a realidade que o universo de dados as impõe. Esse processo de troca de informações, quando conduzido exclusivamente pelos agentes de mercado, sem qualquer intervenção regulatória, aponta para riscos, já identificados empiricamente, dentre os quais o de utilização da sistemática como instrumento para a materialização de acordos e práticas anticompetitivas, constituídas por meio de subterfúgios estruturais, como a cobrança de taxas de participação desproporcionais, que inviabilizariam por completo o acesso de algumas empresas à plataforma, ou o estabelecimento de requisitos contratuais que desincentivem a participação de outros agentes, a exemplo da limitação de participantes conforme suas

¹⁸*Too big to ban* em tradução livre: demasiadamente grande para ser banido. Expressão que pode ser usada para exprimir situações de mudanças sociais tão impactantes, em que a inovação opera por um espaço de tempo na chamada zona cinzenta, sem regulação, e que no momento que se pretende regular, percebe-se que a nova tecnologia tomou tamanha proporção social, que dificulta sua limitação ou banimento. Expressão utilizada pelo veículo de mídia especializada em tecnologia – Wired, em artigo sobre o caso Uber (Wohlsen, 2014).

características de porte financeiro, de inserção em *sandbox* regulatório ou de localização, ou ainda o impedimento da obtenção de dados por empresas terceiras que, agindo em nome dos consumidores, possam prestar serviços de interesse do setor.

Nessas conjecturas, após constituído o funcionamento das plataformas e eventualmente materializados os danos à estrutura do mercado, às demais empresas e, por consequência, aos consumidores, as normas antitruste podem servir para sanar eventuais desalinhamentos concorrenciais concretamente identificados, contudo, os danos já terão ocorrido e podem, até mesmo, ser irreversíveis, ou seja, as demais empresas do mercado já terão sido lesadas em sua liberdade de atuação pelas práticas restritivas dos responsáveis pelo compartilhamento, o que pode trazer prejuízos ao bem-estar coletivo.

Além disso, a depender do tempo que tal prática de compartilhamento esteja estabelecida, quando identificados os danos, os responsáveis pela adoção da sistemática inovadora poderão ter amplificado seu poder de mercado a ponto de ser excessivamente árduo e custoso o caminho para realização dos necessários ajustes no sistema em funcionamento. Por hipótese, imagine-se que, de partida, seja definido um método de troca de informações demasiadamente oneroso, que só seja custeável por grandes empresas, nesse caso, o compartilhamento tende excluir aquelas que tenham um orçamento mais limitado, o que eventualmente pode se configurar como uma prática anticompetitiva, que, com o avançar do tempo, pode conferir àqueles que comandam o compartilhamento o alargamento da capacidade de influenciar decisões, inclusive as dos reguladores. Assim, ao se recorrer a uma regulação posterior, quando a estrutura de compartilhamento já esteja arraigada, pode-se encontrar o complicador de resistência à criação de balizas essenciais ao bom funcionamento do mercado.

Em vista disso, por já serem conhecidos alguns riscos da implantação do processo de compartilhamento de dados conduzido exclusivamente por um grupo de empresas, retorna-se à reflexão sobre a necessidade de estabelecimento de uma regulação *ex ante*, que poderia delinear uma estrutura mais equilibrada e eficiente para esse novo mundo (Hielkema, 2022, p. 6). Portanto, parece pertinente a construção de um arcabouço regulatório

condizente com o momento presente, uma vez que certos riscos do sistema de compartilhamento segmentado já são conhecidos.

2.5 Minimização da assimetria informacional

As assimetrias informacionais são um elemento comum nas interações de mercado. Diante disso, o fornecimento de informações entre as partes tende a se dar em medida adequada para propiciar o incremento nas trocas, pois se reconhece que sua obtenção pode representar importantes custos (Stiglitz, 2000, p. 1441). Nessa linha, como em qualquer processo decisório, identifica-se que não é possível que sua busca se eternize no tempo, o que torna necessário um momento de interrupção da recolha e uma conformação com o conjunto alcançado, para que se possa prosseguir com a decisão.

Especificamente no que tange aos contratos de seguro, a coleta de informações é atividade complexa, mas dotada de grande relevância, pois havendo um conjunto de dados insuficiente, pode-se rumar à ineficiência, considerada sua importância nas decisões relacionadas à contratação (Araújo, 2007, pp. 282-283) (Araújo, 2021, p. 898). Assim, as informações são entendidas como fundamentais para a formação e o desenvolvimento eficientes dos contratos de seguro e, em especial, aquelas referentes aos riscos, como elemento essencial, que é, desse tipo contratual. Tal essencialidade desponta da própria estrutura institucional da atividade (Poças, 2013, pp. 86-87), já que o seguro se baseia na reunião ou socialização dos riscos (Mackaay; Rousseau, 2015, p. 151).

Nesse sentido, calha mencionar que no mercado segurador, além dos problemas informacionais tradicionais dos consumidores de qualquer mercado sobre a qualidade dos produtos e serviços oferecidos, as empresas também sofrem com a distribuição assimétrica da informação. Isso ocorre porque os segurados ou pretensos segurados conhecem suas atitudes e riscos, enquanto as seguradoras não contam com informações sobre as características do risco de seus clientes, pois se houvesse esse conhecimento, diferentes apólices seriam oferecidas, com diferentes prêmios, com base na probabilidade de ocorrência de cada sinistro. Ocorre que, na prática, o prêmio é calculado pela probabilidade média de ocorrência do sinistro, em que se realiza uma segmentação homogênea dos grupos com base em inferências extraídas das informações acessíveis, ante a impossibilidade de distinção precisa dos riscos particulares (Porrini, 1998, p. 2).

Portanto, de um lado está o pretense segurado que, além da escassez informacional presente em qualquer mercado, configurada pelo desconhecimento sobre a qualidade do produto ou serviço ofertados, padece de iliteracia diante das restrições de informações sobre a complexa atividade securitária, já que esse conhecimento específico faz parte do próprio negócio. De outro lado, as empresas não alcançam a cognição necessária acerca do risco que irão subscrever, pois as informações encontram-se na esfera privada dos segurados. Em razão disso, nesse ponto, o segmento segurador vem desenvolvendo novos instrumentos de acesso aos dados, como se verá a seguir, para minimizar a assimetria informacional. Tais instrumentos operam junto dos incentivos à revelação, que podem se dar, por exemplo, por meio de cláusulas contratuais penalizadoras do não fornecimento ou do fornecimento incorreto da informação.

Cumprе registrar, no que tange ao alcance de informações para o desenvolvimento da classificação do risco, que se figura razoável empregar certa suavização aos contornos da busca por esses dados. Como já referido, há custo para se desvelar a informação, de tal modo que a movimentação não será compensatória se tais custos forem superiores aos benefícios alcançados com a segmentação a ser efetuada. Nesse sentido, nem sempre é conveniente e lucrativo buscar o máximo de informações, sobretudo nos chamados seguros de massa, que acabam por despertarem nas seguradoras um certo conformismo com o princípio da mutualidade, que se satisfaz com a relação entre os prêmios cobrados de modo equivalente por classe de riscos, nas quais os segurados de riscos homogêneos estarão agrupados (Lima Rego, 2010, pp. 139-141). Por outro lado, parece adequada a manutenção de algum grau de dispersão e subsidiação cruzada, em que os segurados de menor risco subsidiam os de maior risco, para que se possa assegurar a manutenção do lucro da atividade seguradora, que pode ser colocado em causa no caso de se alcançar uma informação exaustivamente detalhada (Freire, 2020, pp. 568-569).

Ao se passar para um detalhamento das espécies de informações que circulam na esfera em questão, vale ressaltar que os dados relevantes para a atividade securitária podem ser pessoais, que são aqueles que dizem respeito a um indivíduo identificável e, por interferirem no direito à privacidade dos consumidores, demandam seu consentimento para uso, ou seja, sua

disponibilização deve ser voluntariamente autorizada pelo sujeito a quem se referem. Tradicionalmente, tais dados são obtidos por meio de formulários para avaliação de riscos, preenchidos diretamente pelo titular, categorizando-se como dados fornecidos ou ofertados, a exemplo dos dados demográficos, como idade, sexo¹⁹, ocupação, estado civil. De outro lado, também na classe de dados pessoais, vem ganhando proeminência aqueles de ordem comportamental, cuja captação se dá de modo indireto, pela observação dos hábitos dos consumidores, como os extraídos de dispositivos *wearable* ou de telemetria. Há que se destacar que esses dados observados não se confundem com os inferidos, que são as correlações feitas a partir dos dados brutos (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2019, pp. 9-10), e para os quais, por demandarem esforço para serem desenvolvidos, pode ser construída proteção como direito de propriedade intelectual (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2021, p. 11).

Assim, vale anotar que, por razões de preservação do direito à privacidade, a entidade seguradora deve contar com a colaboração do cliente para o fornecimento de informações que lhes dizem respeito. Em geral, a empresa não irá avaliar o risco sem esse auxílio do proponente, que, tradicionalmente, para o efeito, fornece as informações relevantes à seguradora (Poças, 2013, p. 119). Nesse ponto, destaca-se que existem incentivos para que o titular forneça corretamente as informações, pois, assim como há interesse das empresas seguradoras em identificarem adequadamente os riscos, há interesse dos consumidores de terem a melhor categorização, para que não paguem desnecessariamente por um risco mediano que não corresponde ao seu (Araújo, 2021, p. 893).

Atualmente, essas informações vêm sendo utilizadas para fins de precificação e subscrição em um nível cada vez mais granular. Como identificado pela Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma – EIOPA, muitas empresas vêm extraindo dados de dispositivos de *internet* das coisas em seus negócios, sobretudo da telemetria no segmento de seguros de

¹⁹ Em 2011, no processo C-236/09, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que as seguradoras não são autorizadas a utilizar os dados referentes a gênero para fins de precificação ou subscrição ("Association Belge des Consommateurs Test-Achats" ASBL e outros contra "Conseil des ministres", 2011).

automóveis, em que a coleta inclui a geolocalização, a quilometragem percorrida, as freadas bruscas, os tipos de estradas, tudo isso associado ao dia e hora de rodagem daquele condutor específico, o que possibilita a realização de inferências sobre perfil dos consumidores, ao se cruzarem com os dados externos como, por exemplo, a velocidade da via, identificando, por exemplo, se determinado segurado respeita ou não as regras de condução. No mesmo sentido, os seguros de saúde utilizam-se de dispositivos *wearable* para coletar informações do consumidor, como as atividades físicas desenvolvidas ao longo do dia, os batimentos cardíacos, as calorias gastas, que podem ser usados tanto para o desenvolvimento de novos produtos e serviços, quanto para precificação e subscrição de riscos e regulação de sinistros (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2019, p. 12).

Nessa toada, os dados comportamentais podem ser utilizados para trazer uma gama de seguros mais acessíveis, pois a partir deles realizam-se avaliações de riscos e se oferecem descontos ou recompensas, como os sistemas *pay as you drive*, que se baseiam na quilometragem percorrida, ou *pay how you drive*, que se fundamenta na atribuição de uma pontuação ao consumidor, conforme desempenha sua condução. Dentre os benefícios gerados pela utilização da metodologia de seguros baseados no uso estão, por parte das empresas, a criação de modelos preditivos mais bem ajustados, o que leva à redução dos custos com sinistros, à melhor tomada de decisão e à maior satisfação dos clientes. Por outro lado, os consumidores se beneficiam com um melhor controle sobre seu prêmio e o recebimento de *feedbacks*, que podem ser valiosos para o aprimoramento de seu comportamento, seja de condução, seja de estilo de vida (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2019, pp. 19-20).

Desse modo, os dados comportam diversos usos no mercado de seguros, tais como a segmentação do risco, o que impacta na precificação e subscrição no processo de contratação, o monitoramento do risco, até mesmo com a sugestão de medidas preventivas a serem tomadas pelo consumidor, as detecções de fraudes, as práticas automatizadas de *marketing* e distribuição direcionados ao segmento específico do cliente, a otimização da jornada do cliente, inclusive com o uso de geolocalização para informação imediata da ocorrência do sinistro, ou a customização, ou personalização, de produtos e

serviços (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2019, p. 45).

Percebe-se, portanto, o incentivo para as seguradoras cada vez mais fazerem uso dos grandes conjuntos de dados, em razão da possibilidade de refinamento de seus preços, para a obtenção de maiores lucros, e até mesmo pela viabilidade de minimização da seleção adversa e do risco moral, adiante explorados. Entretanto, vale um parêntesis para deixar registrado que, no contexto das novas classificações de risco e produção de outras correlações entre os dados coletados e a segmentação produzida, o uso desses grandes conjuntos pode impor prejuízo discriminatório para alguns grupos vulneráveis (Swedloff, 2014, p. 372).

Verificada essa perspectiva da minimização da assimetria informacional no mercado segurador, há que se identificar que todo o esforço empreendido tenderá a ser potencializado com o compartilhamento dos dados, obtidos pelos mais diversos e legítimos meios, entre todas as seguradoras, uma vez que se viabilizará um efeito multiplicador, em que os dados passarão a formar uma grande rede, o que amplificará a transparência das informações para todos os participantes do mercado.

Em suma, um ambiente que viabiliza e estimula a circulação dos dados em maior escala serve de importante instrumento para a minimização das assimetrias informacionais na relação securitária, em razão da agregação de informações, a exemplo da formação do histórico comportamental dos consumidores, que, a depender de sua autorização, poderá ser construído pela conjugação de dados extraídos do relacionamento com diferentes empresas. E, como visto, com a redução das assimetrias, os cálculos estatísticos tenderão a serem mais precisos, o que conduz à melhoria da precificação e o desenvolvimento de um sistema mutualístico de seguros mais barato e mais eficiente.

Por fim, embora não seja o foco principal do ecossistema do *Open Insurance*, cujo objetivo encontra-se mais atrelado ao compartilhamento dos dados dos clientes, nada impede que no escopo de dados a serem condensados naquele ambiente também se encontrem aqueles referentes às sociedades participantes, como por exemplo os produtos ofertados, os pontos de venda, os intermediários registrados, os canais de atendimento e demais informações para

que sejam apresentadas aos consumidores de modo agregado, pois parece relevante contar com uma divulgação padronizada dos produtos de seguro (Wortham, 1986, p. 889), sobretudo para facilitar a jornada dos consumidores na contratação e permitir uma melhor comparação entre o que lhe é oferecido no mercado.

2.5.1 Seleção adversa e Risco moral

No universo dos contratos de seguros, desponta a atenção aos fenômenos da seleção adversa e do risco moral, ambos associados aos problemas de assimetria informacional, dado que emergem da detenção de mais informações sobre certas questões por parte do segurado em relação à seguradora (Wortham, 1986, p. 844). Uma primeira distinção entre os dois diz respeito ao momento contratual em que se opera o fenômeno em questão. Enquanto a seleção adversa tem incidência na fase pré-contratual, em sua formação, o risco moral opera *ex post*, como comportamento oportunista que recai sobre o desenvolvimento do contrato (Freire, 2020, p. 572).

A seleção adversa, bem delineada por Akerlof em artigo que tratou da assimetria informativa *ex ante*, relaciona diferenças de qualidade com incertezas em sua avaliação. Em um dos exemplos trazidos pelo autor, referente a carros usados, apresenta-se uma diferença de qualidade muito grande entre o pior e o melhor carro usado, sem que o comprador saiba de qual categoria se trata o bem a ser adquirido e que lhe é ofertado a um preço médio (Akerlof, 1970, pp. 489-490). No que diz respeito ao mercado de seguros, as incertezas, em regra²⁰, pairam sobre o risco a ser coberto pelas seguradoras, pois, como visto, os pretensos segurados detêm mais informações do que as seguradoras, no que tange às suas condutas definidoras dos riscos.

Em razão dessa limitação de informações, estabelece-se um preço médio para riscos de diferentes gradações, englobando os melhores e piores riscos, sendo que os primeiros, se eventualmente houvesse informações completas, contariam com um valor abaixo do preço médio e os últimos estariam acima do ofertado. Assim, considerando que a contratação dos seguros, salvo nos seguros obrigatórios, é de livre disposição dos consumidores (Akerlof, 1970, p. 493), os pretensos segurados de baixo risco podem deixar de contratar e se autossegurarem, pois contam com baixos incentivos para a contratação, caso percebam a discrepância do produto de seguro oferecido em relação ao seu patamar de risco. De outro lado, aqueles que contem com riscos mais elevados

²⁰ Há também o problema da seleção adversa inversa, que incide sobre a qualidade das apólices oferecidas pelos seguradores, em que os segurados não conseguem distinguir os bons dos maus produtos de seguro (Freire, 2020, p. 569).

terão incentivos para contratar, ao identificarem a redução do preço em relação ao risco assegurado. E isso também ocorre porque aqueles que acreditam que irão utilizar o seguro têm maiores chances de contratação do que aqueles que veem como remota a possibilidade de ocorrência do sinistro (Wortham, 1986, p. 844).

Desse modo, o tratamento uniforme dos riscos segurados induz à seleção adversa, que tem como efeito o aumento do custo do seguro e, em última análise, ao desaparecimento do mercado. Isso porque tal fenômeno obriga os clientes de baixo risco a subsidiarem os de alto risco, até o ponto em que os primeiros não têm mais incentivos para contratar, pois o mercado deixa de ser atraente, o que pode elevar o preço médio, para que as seguradoras possam cobrir os custos e garantirem seus lucros, permanecendo apenas os maiores riscos, e conseqüentemente levar mais clientes com os riscos menores a abandonarem o mercado (Porrini, 2015, p. 447). Nesse sentido, percebe-se a falha de mercado, caracterizada pela externalidade negativa causada pelos indivíduos de alto risco aos indivíduos de baixo risco, que se encontram em situação pior do que aquela que seria construída sem a presença de segurados de alto risco, contudo, esses últimos não estão em situação melhor do que estariam em isolamento (Rothschild; Stiglitz, 1976, p. 629).

Verifica-se, portanto, o potencial que a ampliação do acesso aos dados tem para minimização dos efeitos da falha de mercado em questão, o que é intensificado por meio do ecossistema do *Open Insurance* que permite a captação de informações oriundas da relação entre o segurado e outras empresas seguradoras. Isso ocorre porque, diante da obtenção de mais e melhores²¹ informações, abre-se a possibilidade para o aperfeiçoamento da classificação e segregação dos riscos, que aprimoram a decisão das

²¹ No processo decisório, a qualidade das informações coletadas tem relevância maior do que a quantidade (Lima, 2010, p. 140) (Finance Innovation, 2015, p. 159). Especificamente no que diz respeito à sistemática do *Open Insurance*, a ampliação do acesso às informações tem forte viés qualitativo, uma vez que as empresas, em tese, tendem a coletar os dados que possam efetivamente trazer um impacto econômico que compense os custos de coleta. Assim, pode-se afirmar que a ampliação de acesso aos dados proporcionada pelo ecossistema tenderá a trazer não apenas mais informações, como as melhores informações, pois coletadas pelas demais seguradoras com objetivos específicos e com reverência ao lucro.

Essa questão é objeto de destaque nos estudos que avaliam a estruturação do sistema *Open Finance* no Reino Unido, em que há sugestões de imposição da obrigação às empresas de garantirem que todos os dados circulantes sejam atuais, completos e precisos (Financial Conduct Authority, 2021, p. 29).

seguradoras quanto a quem segurar, quais coberturas oferecer e quanto cobrar de cada segurado (Wortham, 1986, p. 846), formando agrupamentos de indivíduos com níveis semelhantes de risco, com fundamento em princípio de equidade ou justiça atuarial, o que viabiliza a mitigação das ineficiências causadas pela seleção adversa (Freire, 2020, pp. 572-573).

O fenômeno do risco moral da seguradora, por sua vez, tem incidência *ex post*, caracterizando-se por uma falta de cuidado, em razão da prévia contratação, pois frequentemente o fato de estar coberto por seguro faz com que o segurado atue com menos zelo com relação aos fatos que podem ocasionar o sinistro (Martinez, 2006, p. 58). Assim agindo, o comportamento do segurado pode afetar a probabilidade do resultado (Wortham, 1986, p. 845). De outra banda, a seguradora não conta com informações sobre o comportamento de seus clientes, pois esse não pode ser monitorado a um custo razoável, o que faz com que os segurados não tenham incentivos para atuar de modo a evitar os sinistros, prevenindo-os, ou reduzir seus custos, quando existe a possibilidade de influência sobre a magnitude do sinistro. Nesse sentido, o risco moral exacerba a seleção adversa, pois aumenta o risco, desincentivando os segurados de baixo risco a permanecerem no mercado (Porrini, 2015, p. 447) (Stiglitz, 1985, p. 27).

Os incentivos aos segurados para o emprego de um nível ótimo de precaução podem ser construídos na modelação dos contratos, mediante a previsão de punições pela falta de diligência ou de benefícios, como a instituição de prêmios reduzidos, caso sejam adotados comportamentos adequados, o que pressupõe o monitoramento de condutas durante a execução do contrato. Atualmente, como visto, as seguradoras têm estimulado os segurados a aderirem a padrões de conduta mais zelosos, em razão do emprego de mecanismos de extração de dados oriundos da telemetria ou de dispositivos *wearable*. Além disso, a minimização do risco moral pode se dar com a partilha dos riscos entre segurado e seguradora, nesse sentido, um dos mecanismos tradicionalmente empregados para minorar os efeitos do risco moral consiste na aplicação de franquia, que faz com que o segurado se torne mais cauteloso nas condutas, em razão da possibilidade de ser onerado financeiramente em caso de concretização do sinistro (Freire, 2020, p. 571).

Assim, também no que se refere ao risco moral, identifica-se que o sistema de compartilhamento de dados entre as companhias de seguros, o *Open Insurance*, tem o potencial de minimização de seus efeitos, pois o monitoramento de certas ações dos segurados, que tenham impacto no pagamento dos prêmios, serve de incentivo ao consumidor para se afastar de situações de agravamento do risco ou potencialmente concretizadoras do sinistro. Indo mais além, percebe-se que o compartilhamento dos dados maximiza os efeitos do monitoramento, à medida que se cria a consciência de que os dados coletados estarão transparentes e acessíveis também para empresas que futuramente possa a vir contratar. Além disso, essa possível vigilância constante com efeitos presentes, com a empresa cujo contrato encontra-se em curso, ou futuros, com as demais participantes do ecossistema, pode vir a criar, em razão dos *feedbacks*, melhores hábitos, como a condução de veículos de modo mais prudente ou a migração para um estilo de vida mais saudável, de modo a se intensificar a minimização dos riscos morais.

2.6 Proteção do consumidor, da privacidade e dos dados pessoais

Como visto até aqui, alguns valores jurídicos permeiam e sustentam a análise do instrumento regulatório ora estudado. Nesse sentido, percebe-se que a proteção da privacidade e dos dados pessoais, apreciados no capítulo anterior, encontram-se ao lado da tutela do consumidor, como direitos fundamentais que podem ser fortalecidos pela implantação da sistemática de *Open Insurance*.

O direito de defesa do consumidor, reconhecido por muitos Estados como direito fundamental e cuja proteção conferida sustenta-se em argumentos como a eficiência econômica, os direitos individuais ou o direito ao desenvolvimento, tem como cerne as desigualdades, inclusive informacionais, existentes na relação com os fornecedores, que impactam na liberdade de escolha de produtos e serviços por parte dos consumidores. Nesse contexto, é relevante a tomada de decisão dos demais atores da economia, sejam da esfera pública, sejam da esfera privada, que pode potencialmente afetar os consumidores (United Nations Conference on Trade and Development, 2017, pp. 2-3).

Sob o recorte do Direito europeu, observa-se que o Tratado de Roma não trazia em sua versão original, de 1957, a preocupação com os consumidores. Contudo, com o passar dos anos, verificou-se que a Comunidade deveria estar atenta não apenas aos objetivos econômicos, mas voltar suas preocupações também para a melhoria das condições de vida de seus cidadãos, o que envolvia a preocupação com a tutela dos consumidores, nos âmbitos de proteção da saúde e segurança, dos seus interesses econômicos, de reparação de danos, de informação e literacia, além da viabilidade de representação (Cordeiro, 2012, pp. 53-54). Atualmente, encontra-se consagrado nos artigos 12, 114, nº 3, e 169 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia um elevado nível de proteção dos consumidores a ser levado em consideração, inclusive, nas demais políticas e ações da União (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2016).

Atenta a essas dinâmicas, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece de modo expresso, em seu artigo 38, a garantia de um nível elevado de proteção aos consumidores a ser observado pelas políticas adotadas pela União (Parlamento Europeu, Conselho e Comissão da União Europeia, 2016). Por sua vez, a Constituição portuguesa figurou como a primeira

Constituição europeia a incluir de modo explícito a proteção e os direitos dos consumidores (Canotilho; Moreira, 2007, p. 780 e ss.). Seguindo a mesma linha, a Constituição brasileira, no artigo 5º, inciso XXXII, prevê que incumbe ao Estado a promoção da defesa dos consumidores, o que também é constitucionalmente previsto como princípio fundamental da ordem econômica, artigo 170, inciso V (Brasil, 1988).

Em nível específico, cabe destacar que a defesa do consumidor do mercado de seguros é preocupação de autoridades nacionais e supranacionais, a exemplo da EIOPA, a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma, à quem incumbe a proteção de valores públicos de estabilidade do sistema financeiro, transparência dos mercados e produtos, bem como proteção dos tomadores de seguros e dos membros e beneficiários de regimes de pensões, cabendo-lhe especificamente o reforço à proteção dos consumidores, conforme se extrai do artigo 6, 'f', do Regulamento que estabelece sua criação (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2020).

Ainda que de forma demasiadamente simplista, não é excessivo destacar que a contratação de seguros, como serviços financeiros que são, envolve a participação de consumidores, entendidos como pessoas singulares que atuam de acordo com seus objetivos, sendo que estes não estão inseridos em sua atividade comercial ou profissional (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2018) ²².

Dessarte, no que concerne à implementação do *Open Insurance*, em primeiro lugar, destaca-se que a inovação impulsionada pela sistemática figura como benéfica aos consumidores, pois com ela viabiliza-se a introdução de novos produtos e serviços no mercado ou estimula-se o aprimoramento da qualidade, o que vai ao encontro de seus anseios, no sentido de adquirir melhores bens e produtos para si. Além disso, a inovação serve de estímulo à

²² Outras Diretivas Europeias com definição semelhante de consumidor: Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, e Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores. No Brasil, discutiu-se sobre a aplicabilidade do conceito de consumidor aos contratos relacionados ao sistema financeiro, o que restou pacificado pela ADI 2591-1/DF, que confirmou a constitucionalidade da incidência do conceito e das normas de defesa do consumidor também aos contratos de seguro.

concorrência, que pode servir de fator de redução de preços, o que também é favorável aos interesses dos consumidores. Em suma, o melhor funcionamento do mercado, com a ampliação da concorrência e com o estímulo à inovação, figura como uma primeira camada de ampliação do bem-estar dos consumidores.

Além disso, a criação de um ecossistema de compartilhamento de dados entre as empresas que atuam no mercado de seguros também pode trazer benefícios aos consumidores na medida em que se amplia a possibilidade de escolha entre fornecedores, diante do controle a eles ofertado sobre a concessão de acesso aos seus dados, que lhes confere o poder de identificar os custos e benefícios da interferência sobre sua privacidade e suas informações pessoais, o que se constitui como um empoderamento do titular dos dados, sobretudo no que toca à eleição de quem irá lhe fornecer o produto ou serviço de seguro. Com isso, evita-se o aprisionamento, ou *lock-in*, alargando-se a liberdade dos consumidores, pois a sistemática facilita a opção de contratação com outras empresas, sem que se opere o custo de reprodução de dados já produzidos no contexto da relação anterior com uma das seguradoras. Verifica-se, assim, a mitigação da situação de desigualdade dos clientes em relação às empresas, em razão da utilização do compartilhamento de dados como mecanismo compensatório da vulnerabilidade dos consumidores, que adquirem mais poder com a partilha da riqueza gerada pelos dados, que inclusive poderão usufruir de serviços com valor agregado fornecido por terceiros (Article 29 Data Protection Working Party, 2017, pp. 4-5) (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2021, p. 47 e 49) (Graef; Husovec; Purtova, 2018, p. 1365).

Outrossim, a sistemática ora analisada funciona como estímulo ao próprio compartilhamento dos dados, majorando os benefícios acima delineados, uma vez que se edifica uma estrutura facilitadora da circulação, atrelada a um segmento específico de mercado, no presente caso, o setor de seguros, que difere da portabilidade pontual e segmentada, garantida em diplomas legislativos gerais e não setoriais, cujo acesso aos dados demanda, a princípio, impulsionamento individual dos consumidores, sem que haja uma rede e linguagem padronizadas previamente estabelecidas.

Ainda que se discuta se a autorização de compartilhamento²³ constitui-se como parte do direito fundamental à proteção de dados (Graef; Husovec; Purtova, 2018, p. 1363 e 1366), é imperioso consentir que funciona como instrumento de reforço à garantia desse direito, ao passo que fomenta o respeito à privacidade e à autonomia da vontade do consumidor. Nesse sentido, o ecossistema do *Open Insurance*, cujos alicerces são a preservação da privacidade, a titularidade dos dados e o empoderamento do consumidor, e cuja operação conta com a previsão de implantação medidas de segurança cibernética para o compartilhamento e de rastreamento de eventuais vazamentos, tende a reforçar a proteção da circulação dos dados.

Sobre esse mesmo ponto, vale lembrar que proteção da privacidade²⁴ e dos dados pessoais já contam com meios próprios para sua garantia, seja por meio de proteção constitucional, seja por previsões legais, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados do Direito europeu ou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira. Assim, não se pretende que o compartilhamento dos dados, desenvolvido dentro da sistemática do *Open Insurance*, inove na proteção, pois não se está a introduzir um novo instrumento, mas sim que ele corrobore a garantia existente, ao exigir o consentimento dos titulares para que se compartilhe aquilo que lhe diz respeito. Desse modo, haverá o fortalecimento da privacidade e o resguardo dos dados pessoais, ainda que incidente sobre apenas uma parcela específica desses direitos, que concerne à preservação das informações pessoais obtidas para fins de contratação de produtos de seguro.

Como arremate, insta mencionar que a promoção pelo Estado da defesa dos consumidores por meio da implantação da abordagem regulatória de compartilhamento de dados encontra-se em alinhamento e complementariedade com os objetivos de defesa da concorrência, pois conjuga a proteção dos titulares de dados com a preocupação em manter o bem-estar dos consumidores de forma ampla, ao passo que salvaguarda o processo competitivo, a

²³ Embora a autorização para compartilhamento de dados por seu titular no bojo de um ecossistema de mercado, como o *Open Insurance*, diferencie-se da portabilidade conferida aos titulares pelas legislações de proteção de dados, por ser a primeira restrita a um setor específico e estar voltada ao aprimoramento do mercado e a última conferida de modo amplo a todos os dados de ordem pessoal e “agnóstico de propósito” (Graef, Husovec, & Purtova, 2018, p. 1369), para fins do presente estudo, far-se-á a aproximação dos institutos naquilo que se assemelham.

²⁴ A privacidade é tomada aqui como um conceito antecedente e mais amplo, pois pode ou não ser registrada nos dados pessoais.

concorrência e a economia de modo global (Graef; Husovec; Purtova, 2018, pp. 1388-1389).

2.7 Ampliação do mercado de seguros e pensões

A tomada de decisões no contexto social leva em consideração os possíveis cenários vindouros a serem materializados em face das opções adotadas. Ocorre que, com tantas incertezas, caracterizadas por sua impossibilidade de mensuração, sabe-se muito pouco sobre o futuro. Mas ainda que o universo de acontecimentos não seja completamente decifrável, em certo grau, os riscos, diferentemente das incertezas, podem ser medidos a partir de estimativas. Assim, com base na observação de eventos similares ocorridos no passado, busca-se prever a probabilidade de incidência de determinado risco no futuro, que, como anteriormente pontuado, constitui-se na tecnologia, ou na edificação técnica, do seguro (Knight, 1921, pp. 199-211).

Nesse contexto, recorda-se que os riscos seguirão existindo, contudo, suas consequências podem ser administradas, através da repartição proporcional, entre os componentes do grupo de segurados sob o mesmo risco, dos efeitos econômicos advindos da realização dos sinistros (Cooter; Ulen, 2012, p. 47).

Vale destacar que a percepção acerca do risco varia a cada indivíduo, podendo figurar como uma predileção pela incerteza em face da certeza, o que se delinea como a afinidade com o risco, ou pela indiferença sobre a certeza ou não acerca de decréscimos futuros, tida como a neutralidade ao risco, ou ainda a percepção individual pode se caracterizar pela repulsa à incerteza no que tange aos eventos vindouros, o que se configura como a aversão ao risco (Freire, 2020, p. 559). A importância do mecanismo de seguros sobreleva no cenário, comum à maioria das pessoas, de aversão ao risco, já que os indivíduos avessos verterão quantias no intuito de evitar ter que enfrentar resultados indesejáveis, podendo até mesmo preferir uma renda mais baixa a uma renda incerta maior, justamente para que possam evitar os efeitos do que lhes aflige (Cooter; Ulen, 2012, pp. 45-47). Essa postura, que pode levar ao pagamento de prêmios de seguro superiores à possível perda futura, encontra suas raízes em padrões históricos evolucionários, pois os organismos que dão prioridade ao tratamento das ameaças em detrimento das oportunidades, quando se encontram em situações que apresentam opções mistas contendo tanto o risco da perda quanto

a oportunidade de ganho, acabam por ter uma maior chance de sobrevivência (Kahneman, 2012).

Nessa toada, pode-se afirmar que o domínio da análise das probabilidades para fins de administração dos riscos, inserida na cobertura securitária, viabilizou o progresso da humanidade, pois decisões arriscadas puderam ser tomadas para concretizar atividades que geraram avanços no estado das coisas. A construção de pontes, usinas de eletricidade ou a erradicação de doenças são alguns exemplos do potencial impulsionador da atividade seguradora no contexto da sociedade contemporânea. Em suma, essa capacidade de administrar os riscos permite que opções mais ousadas sejam adotadas, o que incentiva o sistema econômico a ir mais além (Bernstein, 1996, pp. 1-3).

Além do caráter incentivador das atividades socialmente relevantes que contêm forte componente de risco, como referido no capítulo antecedente, a atividade seguradora exerce importante função de distribuição equitativa, entre uma maioria, dos efeitos econômicos dos sinistros sofridos por uma minoria, fato a que se associa uma espécie de função social do seguro, em razão da redistribuição de riqueza, uma socialização das perdas, que emerge da contratação. Essa característica da atividade seguradora acaba por ser mais fortemente evidenciada nos seguros obrigatórios, sem os quais os lesados teriam maiores dificuldades para serem compensados financeiramente pelo acometimento dos sinistros (Vasques, 1999, p. 22).

Ainda no que diz respeito aos seguros obrigatórios, vale destacar que os mesmos têm o potencial de desempenhar uma função limitadora do desenvolvimento de determinadas atividades que representem um risco muito elevado para a sociedade. Essa função de *gatekeeping*, ou seja, de controlador do acesso a determinadas atividades, possui ampla importância social, à medida que evita que aqueles que contem com excessivo potencial de concretização de sinistros deixem de desenvolver a atividade que possa desencadear esse risco, e essa função se materializa em razão da negativa de cobertura pelas seguradoras (Freire, 2020, p. 562).

Além disso, as cláusulas dos contratos de seguro podem moldar comportamentos socialmente relevantes, como é caso das exclusões contratuais explícitas dos riscos, ou seja, da definição de inexistência de garantia para

determinado risco, a exemplo da previsão, nos seguros de automóveis de ausência de cobertura para veículos sinistrados conduzidos por pessoa em estado de embriaguez ou que fez uso de substâncias tóxicas²⁵. Nesses casos, verifica-se o benefício à coletividade fomentado pela atividade seguradora, tendo em vista o desincentivo ao desenvolvimento de condutas lesivas socialmente, como o uso de álcool e drogas, em paralelo à minimização dos riscos.

De outro lado, o instrumento do contrato, quando empresas figuram como pretensas seguradas, pode apresentar exigências de acesso à contratação relacionadas a questões ambientais, sociais e de governança (*environmental, social and governance - ESG*)²⁶, reduzindo o valor dos prêmios a serem pagos como forma de incentivo à adoção de medidas que tutelem aquelas preocupações ou, em um cenário extremo, negando o seguro àquelas que não cumpram com determinadas condições. Tais disposições poderiam vir a ser construídas como exigências regulatórias impostas às empresas atuantes no mercado, levando em consideração a expressiva relevância da atuação securitária, no que concerne à gestão dos riscos, para o desenvolvimento das atividades econômicas, fato que confere poder aos seguradores para

²⁵ O exemplo trazido pretende apenas demonstrar o potencial socialmente benéfico da contratação de seguros, sem, entretanto, adentrar na avaliação sobre eventual abusividade ou ilegalidade das referidas cláusulas.

²⁶ Assim como no setor bancário, o mercado de seguros também vem aderindo à tendência das finanças sustentáveis. A conjugação das atividades financeiras com esse tipo de preocupação manifesta-se em diversos campos de atuação, como por exemplo na área prudencial, em que os investimentos para manutenção dos fundos garantidores devam ter um olhar atento para aspectos de *ESG*; assim como pelo cuidado com a gestão dos riscos socioambientais; ou de responsabilidades de *ESG* no gerenciamento das próprias empresas (Comissão Europeia, 2018) (Comissão Europeia, 2021). Além dessas, outras iniciativas no setor financeiro tencionam incentivar a adoção de condutas zelosas com valores *ESG*, como é o caso da contratação de produtos financeiros com cláusulas que contenham exigências de caráter ambiental, social ou climático, no intuito de mitigar tais riscos, a exemplo do requisito regulatório inserto na Resolução do Conselho Monetário Nacional (Brasil) n.º 4.943, de 2021, que altera a Resolução n.º 4.557, de 2017, que dispõe sobre as estruturas de gerenciamento de riscos e de capital e a política de divulgação de informações de instituições financeira. No mesmo sentido, a Circular da Superintendência de Seguros Privados (Brasil) n.º 666, de 2022, que trata de requisitos de sustentabilidade, a serem observados pelas sociedades seguradoras, também prevê que as empresas devam implantar, sempre que possível, metodologias de precificação e subscrição de riscos que levem em consideração o empenho dos clientes na gestão dos riscos de sustentabilidade.

Cada vez mais se tem percebido que há significativo poder das instituições financeiras sobre o comportamento de seus clientes. Um exemplo claro desse poder seria a possibilidade de recusa de empréstimo a mutuários que não cumpram com exigências de *ESG* (Light & Skinner, 2021, p. 1901 e 1949). Do mesmo modo e dado o potencial de incentivo na economia, parece ser possível construir padrões regulatórios para o mercado de seguros que imponham as mesmas condições mínimas para contratação.

incentivarem comportamentos como contrapartida à cobertura a ser oferecida, minimizando as falhas de outros mercados.

Ademais, a cobertura dos riscos pelas empresas de seguros evita, de certo modo, que a sociedade arque com os reflexos patrimoniais decorrentes da concretização de eventos danosos, além disso, a compensação pelos infortúnios por meio dos seguros privados tende a ser mais célere do que a que seria conduzida pela esfera pública. Um exemplo clássico desse alívio da carga estatal é a contratação de proteção privada de saúde, que reduz a demanda do sistema público (Freire, 2020, p. 562).

Disso tudo, percebe-se que o mercado de seguros gera fortes externalidades positivas, ao passo que seu funcionamento materializa benefícios que ultrapassam a esfera dos contratantes, ensejando a ampliação do bem-estar de toda a coletividade. Nesse sentido, a contratação de seguros viabiliza a assunção de riscos, franqueando o desenvolvimento de incontáveis atividades que proporcionam o progresso da sociedade, desde um simples deslocamento de pessoas em automóveis, até a operação de usinas nucleares, que podem inclusive ter papel de importância em momentos de crise energética. Além disso, o mercado de seguros pode reduzir a carga estatal na cobertura de acidentes, o que também ultrapassa os benefícios aos contratantes, assim como pode funcionar como *gatekeeper* de determinadas atividades²⁷, sobretudo quando imposta a sua obrigatoriedade, além de incentivar e moldar comportamentos, de forma a consubstanciar valores relevantes à sociedade, a exemplo do funcionamento como fator de estímulo à adoção de práticas *ESG*.

²⁷ O conceito de *gatekeeper* ou guardião se refere a um papel desempenhado pelas seguradoras, como facilitadoras ou promotoras de atividades econômicas, ao se mitigar os riscos associados a elas. As seguradoras, por sua natureza, estão envolvidas na gestão de riscos e podem atuar como *gatekeepers* ao influenciar o comportamento dos indivíduos e organizações em relação à redução de riscos. Tal papel é exemplificado ao se avaliar um projeto de construção. Nele, as seguradoras podem cobrir uma ampla gama de riscos e proporcionar a confiança necessária para que os responsáveis avancem com o projeto, conscientes da proteção contra possíveis perdas financeiras.

De outro lado, as seguradoras podem optar por não oferecer cobertura para certas atividades se considerarem os riscos inaceitáveis ou se não puderem precificá-los adequadamente. Isso pode acontecer, por exemplo, em setores como o nuclear, onde os riscos são extremamente elevados e complexos de quantificar. Em alguns casos extremos, a falta de cobertura de seguro disponível pode até impedir completamente o desenvolvimento de certas atividades, especialmente se os investidores considerarem os riscos muito grandes para assumir sem proteção adequada ou se as autoridades públicas definirem que a atividade só poderá ser desenvolvida se os riscos estiverem garantidos por contrato de seguro. Assim, a função de *gatekeeper* das seguradoras pode estar associada ao impedimento do desenvolvimento de certas atividades.

Por conseguinte, a promoção do crescimento do mercado de seguros²⁸ traz consigo a ampliação dos benefícios que a sociedade alcança a partir de seu funcionamento. Assim, em última análise, todos os mecanismos que de alguma forma possam contribuir com a promoção dessa expansão do setor acabam por ter o potencial de incremento do bem-estar social. É o caso do compartilhamento de dados no contexto da sistemática do *Open Insurance*, que, como visto, tenciona estimular a competitividade, fomentar a entrada de novos *players*, assim como promover a inovação. Nesse sentido, em um contexto amplo, estima-se que o compartilhamento de dados da esfera privada possa gerar benefícios sociais e econômicos em valores entre 1% e 4% dos produtos internos brutos, a depender do escopo dos dados e de seu grau de abertura, isso porque o acesso e o compartilhamento dos dados ainda não alcançaram todo o seu potencial, em razão da relutância na concessão do acesso (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2019, p. 11 e 60).

Por fim, vale aqui breve nota acerca do compartilhamento de dados nos seguros de saúde e eventual perspectiva de ampliação do mercado. Nesses casos, o compartilhamento de dados referentes à saúde dos segurados pode levar à negativa de cobertura para certos tipos de riscos identificados em razão da maior quantidade de informações. Exemplo disso podem ser as inferências decorrentes dos dados captados por dispositivos *wearable*, que potencialmente poderiam determinar certos perfis de segurados que não despertariam interesse do mercado em oferecer cobertura.

Diante disso, eventual regulação, no caso do seguro de saúde, não se basearia em uma questão econômica, mas em aspectos normativos e políticos para garantir ou não que os custos com a saúde permaneçam sendo socializados, ou seja, a premissa regulatória de eventualmente vedar a circulação de dados não levaria em consideração a perspectiva de ampliação do

²⁸ O setor de seguros no Brasil, nos últimos anos, vem apresentando forte crescimento, o que se atribui ao desenvolvimento de iniciativas relacionadas ao uso da tecnologia, como a implantação do sistema de registro de operações (SRO), que condensa o registro informatizado de todas as operações do mercado, as duas edições de *Sandbox*, que se constitui como um ambiente regulatório experimental que viabiliza a entrada de novos *players*, além do início da implementação do *Open Insurance*. De acordo com levantamento realizado pela empresa *i4pro*, as empresas que fazem uso de soluções digitais apresentaram um crescimento médio de cerca de 40%, enquanto a média do mercado de seguros brasileiro, no período de janeiro a maio de 2022, foi de 17,5%, comparado ao mesmo período do ano anterior (Superintendência dos Seguros Privados (Brasil), 2022) (Revista Apólice, 2022).

mercado, sobretudo se a saúde for constitucionalmente prevista como direito de todos. Assim, percebe-se que a análise econômica do direito em questão se dá em uma perspectiva descritiva, dado que a todos deve ser garantido o direito à saúde, pois se busca a medida mais eficiente para que todos tenham acesso a seguro saúde de maneira viável, o que é feito por uma escolha política.

2.8 Alinhamento das estruturas de governança

A proposta de criação de um ecossistema de compartilhamento de dados no mercado de seguros, em que ao menos o seu balizamento seja atribuído a normas regulatórias, apresenta, além dos fundamentos até aqui verificados, a ideia de alinhamento ou harmonização das estruturas de governança, no sentido de que seja tecnicamente viabilizada a troca de informações, por meio de sistemas de informática, por todos os participantes, sem que eventual impossibilidade de interoperabilidade sirva de justificativa futura para impedimento do acesso a qualquer potencial integrante. Com isso, busca-se a definição prévia das regras de circulação de dados, fundadas na transparência.

Esse também é um motivo para o regulador encontrar espaço para antecipação na proposição de desenvolvimento de um ecossistema, justamente para evitar iniciativas isoladas, que venham a trazer elevados custos de adequação futura da interoperabilidade dos sistemas. Isso porque, caso sejam concebidas iniciativas segmentadas, seja de um pequeno grupo de empresas, seja de um segmento específico, como por exemplo um padrão definido apenas para as empresas de seguro de automóveis, em momento futuro, quando todas as seguradoras, independentemente do ramo de cobertura oferecida, pretenderem intercambiar os dados, podem se deparar com a impossibilidade técnica de compartilhamento ou, ao menos, a incidência de expressivos custos de adaptação das estruturas.

Tal fragmentação de estruturas, como visto no capítulo antecedente, também pode ocorrer em um plano internacional, de modo a inviabilizar os ganhos de atividades transfronteiriças. Por essas razões, a regulação nacional ou supranacional, que preveja um sistema de compartilhamento de dados com alinhamento das estruturas de governança, pode vir a sanar os descompassos nesse âmbito (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 32) (Bank for International Settlements, 2020, p. 43). Destaca-se, nesse aspecto, que não se está a tratar exclusivamente da questão das interfaces técnicas de fluxo de dados e suportes de armazenamento, mas também da taxonomia adotada para organização dos dados, da segurança conferida ao sistema e dos aspectos de interesse dos supervisores.

O ecossistema do *Open Insurance* deve funcionar com base no compartilhamento dos dados no mercado de seguros, por meio de interfaces de programação de aplicações, originariamente denominadas de *Application Programming Interface – API*, que se configuram como um conjunto de solicitações estandardizadas e de padrões estabelecidos por um sistema, para que outros sistemas usem seus serviços, o que poderia ser comparado analogicamente à maneira correta de pedir uma informação, e despontam como uma técnica que permite às organizações a transferência de dados, de forma segura e controlada (Orenstein, 2000).

Diante desse contexto, a definição de padrões para as interfaces de programação de aplicações no contexto do *Open Insurance* surge como facilitador do compartilhamento de dados e tende a reduzir custos desnecessários. Além disso, essa padronização deve se pautar por objetivos de promoção da segurança na circulação das informações, de garantia de interoperabilidade, de eficiência e de usabilidade por todos os envolvidos (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2020, p. 37).

Relevante ainda referir que os supervisores do mercado de seguros tendem a fazer uso da tecnologia para o desenvolvimento de soluções de supervisão inovadoras e eficientes, de modo a torná-la mais flexível e responsiva, o que se denomina de *SupTech*. Alinhado a isso, o requisito fundamental para o desenvolvimento dessas ferramentas de supervisão é o acesso a dados relevantes, sobretudo os diversos daqueles extraídos de relatórios já utilizados, como os oriundos do projeto europeu de Solvência II (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2020, p. 1 e 5). Assim, os dados oriundos do *Open Insurance* podem ser úteis na formatação de ferramentas *SupTech*, inclusive com a possibilidade de acesso, em tempo real, das informações referentes aos produtos e serviços de seguros, o que pode permitir um monitoramento de conformidade com os padrões regulatórios, através a utilização de APIs padronizadas, sem que seja necessário solicitar e verificar o fornecimento de dados para fins de supervisão (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2020, p. 34).

Sob outro prisma, convém destacar que, nos setores financeiros, sobretudo por trabalharem com dados pessoais e sigilosos, não basta apenas o alinhamento das interfaces técnicas para viabilizar o fluxo de dados, faz-se

necessário também o estabelecimento de uma classificação uniforme das informações que serão compartilhadas (Premchand; Choudhry, 2018, p. 25).

Nesse sentido, convém lembrar que o mercado de seguros faz uso de ampla gama de dados, que comportam inúmeras classificações, a exemplo dos diferentes níveis de processamento e meios de transmissão ou das diferentes titularidades, formas de captação ou características de sensibilidade, o que implica em tratamentos jurídicos diferenciados.

Dentro desse universo que comporta uma multiplicidade de características, verifica-se, por exemplo, que conforme a titularidade de dados, haverá ou não a necessidade de exigir o consentimento do titular para sua utilização, como é o caso das previsões contidas no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia – RGPD - (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2016) ou na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil – LGPD - (Brasil, 2018), no que diz respeito aos dados pessoais. Já no que tange à forma que são originados, em que podem ser fornecidos pelo sujeito a quem dizem respeito o ou observados, traz indícios da conscientização e do controle que seu titular possa ter sobre eles, o que já não acontece com os dados inferidos, que podem importar em uma restrição de acesso em razão de eventual proteção da propriedade intelectual de quem os trabalhou. De outro lado, quando os dados forem suficientemente anonimizados e agregados, poderão ter um acesso mais facilitado. Logo, percebe-se que os mecanismos de controle sobre a transmissão dos dados serão diferentes em cada um dos casos. (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2019, pp. 25-26).

Diante disso, em razão da exigência de observação dos diferentes regimes jurídicos e tratamentos para cada espécie de dado, emerge a necessidade criação de uma taxonomia padronizada, para definição de como os dados são posicionados em cada categoria, mesmo porque nem sempre haverá consenso sobre a classificação a ser utilizada, o que pode impactar em sua circulação (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2019, pp. 25-26).

Por outro lado, uma estrutura de governança bem projetada tende a reforçar a segurança cibernética, ao permitir um maior controle da circulação dos dados. O sistema padronizado viabiliza a ampliação de seu monitoramento e o

reforço da rastreabilidade de eventual vazamento de dados²⁹. Nesse ponto, é oportuno destacar a necessidade da criação de regras precisas de responsabilização para os casos de compartilhamentos não autorizados de dados, violações de sigilo, perdas financeiras ou outros impactos decorrentes do desvirtuamento dos objetivos do compartilhamento no ecossistema do *Open Insurance* (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2020, p. 37).

Portanto, o alinhamento das estruturas de governança do sistema de compartilhamento é fundamental para viabilização do acesso aos dados, inclusive para que possam ser proporcionadas condições justas e igualitárias de participação de todos os interessados, ante a previsibilidade, segurança aos direitos envolvidos, transparência e redução de custos.

A essencialidade da regulação, nesse caso, estaria na harmonização dessas estruturas, que pode se dar pelo consentimento do regulador com um padrão uniforme proposto pela indústria ou até mesmo, em casos mais extremos, pela determinação pelo próprio regulador da forma de funcionamento da governança do ecossistema. Iniciativas isoladas, que porventura construam uma base com determinadas APIs e taxonomia, que não venham ser aceitas no futuro pelo regulador, por motivos, por exemplo, de falta de segurança ou de valores de implantação elevados e excludentes dos demais participantes do mercado, podem implicar em custos demasiadamente altos para correção ou adequação ao modelo de circulação de dados. Por outro lado, estruturas previamente definidas ou assentidas pelo regulador permitem que os participantes do mercado e os terceiros que almejem prestar serviços a esse mercado possam se adaptar à linguagem compatível. Essa transparência e previsibilidade são fundamentais para evitar que a resistência ao compartilhamento, por razões reais de tentativa de restrição da concorrência, seja travestida de impossibilidade técnica.

²⁹ Aspecto técnico narrado por especialistas em segurança cibernética nas reuniões de implantação do OPIN-BR.

CAPÍTULO 3 – DO *OPEN INSURANCE* (COMO REGULAR?)

3.1 Delineamento do *Open Insurance*

Ultrapassada a construção que traz fundamentos para a utilização de um sistema de seguros abertos, registra-se que termo *Open Insurance* não conta com uma acepção uniforme, já que não há estudos acadêmicos ou técnicos suficientes sobre o tema, em razão de seu desenvolvimento relativamente recente. Entretanto, sob um viés prático, pode ser entendido como sendo o compartilhamento de dados relacionados com o mercado de seguros, por meio de APIs, e que, quando aqueles forem de ordem pessoal, sua circulação será baseada no consentimento explícito do consumidor. Essa concepção, de caráter bastante amplo, é a considerada pela EIOPA e procura abranger tanto dados pessoais, quanto não pessoais (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 11).

Diante disso, em complemento à ampla definição acima apresentada, convém esmiuçar alguns aspectos relevantes para a compreensão do *Open Insurance*, tomando como ponto de partida os demais institutos que deram origem à sua criação, como o *Open Banking*, ou que se beneficiarão de sua implementação, como as *InsurTechs*, e outros pontos que orbitam o universo de compartilhamento de dados no mercado financeiro, assim como os elementos jurídicos que o embasam, além das percepções de sua configuração sob o prisma de cada um dos sujeitos proximalmente envolvidos pela sistemática.

3.1.2 Antecedentes

Para melhor entendimento do fenômeno do *Open Insurance*, alguns passos históricos merecem ser revisitados, sobretudo aqueles relacionados à construção da sistemática do *Open Banking* no cenário europeu, como modelo precursor do compartilhamento de dados em serviços financeiros. Nesse sentido, convém rememorar que o Parlamento o Conselho Europeu e editaram, em 2007, a primeira Diretiva dos Serviços de Pagamento (DSP1) – Diretiva 2007/64/CE -, no intuito de proporcionar condições equitativas de concorrência, harmonizada com a proteção do consumidor e com a participação de não-bancos, no âmbito dos serviços financeiros de pagamento do mercado interno

da União Europeia. Posteriormente, alinhada à cláusula de revisão contida no referido regramento, a Comissão Europeia, em julho de 2013, publicou proposta para a edificação da segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento (DSP2) (Open Banking Working Group, 2016, p. 81) (Competition and Markets Authority, 2016, p. 62).

Insero desse cenário, em setembro de 2014, por solicitação do *HM Treasury*, foi elaborado relatório de avaliação do setor bancário do Reino Unido, que concluiu que a ampliação do acesso aos dados financeiros tem potencial para aprimorar a concorrência naquela esfera e sugeriu a criação de APIs padronizadas para facilitar o compartilhamento de dados entre os bancos estabelecidos e terceiros (HM Treasury, 2014, p. 90) (Open Banking Working Group, 2016, p. 8). Além disso, o mesmo relatório trouxe o compromisso de investigar a melhor forma de se fornecer um padrão aberto de APIs no setor bancário e maximizar seu potencial, assim como de avaliar se a abertura dos dados poderia trazer benefícios aos consumidores, de modo a contribuir para que o Reino Unido permaneça na vanguarda da tecnologia financeira e inovação (HM Treasury, 2015, p. 3).

Nesse mesmo contexto, em novembro de 2014, a *Competition and Markets Authority* (CMA) do Reino Unido lançou uma pesquisa de mercado para avaliar a oferta de serviços bancários de varejo para clientes pessoa física e para pequenas e médias empresas. Aquela Autoridade de Concorrência identificou que, de acordo com o histórico de investigações que vinham sendo feitas no setor, os temas que mais se destacavam eram o nível de concentração no mercado, a existência de elevadas barreiras de entrada e as dificuldades para os clientes fazerem escolhas de produtos e de fornecedores. A partir disso, a CMA iniciou a verificação dos impedimentos à capacidade dos consumidores de escolherem e trocarem de produtos e de fornecedores, que resultariam em baixos incentivos à competição, além da alta concentração de mercado e das barreiras de entrada, que conduziriam a resultados piores aos clientes (Competition and Markets Authority, 2015, pp. 3-4).

Passo seguinte, em agosto de 2015, o governo do Reino Unido lançou uma iniciativa, em estreita colaboração com os bancos e empresas de tecnologia financeira, o *Open Banking Working Group* (OBWG), para construir um desenho uniforme de API aberta para o setor bancário, como um padrão de *Open*

Banking para o país, bem como seu cronograma de implantação, ao abrigo dos contornos da DSP2 da União Europeia, no intuito de impulsionar a concorrência e inovação, beneficiar clientes e desenvolver o setor de *FinTechs*. Isso tudo seria, no entender dos idealizadores, vantajoso à nação, já que os benefícios de APIs abertas ultrapassariam a mera facilitação da escolha de contas. (Competition and Markets Authority, 2015, p. 9) (Competition and Markets Authority, 2016, p. 36) (Open Banking Working Group, 2016, p. 3).

Em novembro de 2015, após amplos estudos e consultas, foi publicada a Diretiva Europeia dos Serviços de Pagamento revisada (DSP2) – Diretiva 2015/2366/UE - que introduziu a regra segundo a qual os prestadores de serviços bancários de pagamento devem permitir que terceiros obtenham acesso aos dados sobre as contas dos clientes, por meio de APIs, desde que tenha havido o consentimento explícito dos clientes titulares dos dados, trazendo alinhamento do regramento setorial específico da DSP2 ao regime de proteção de dados do RGPD. Nesse ponto, o regramento trazido pela DSP2 busca o aumento da segurança nos pagamentos e da proteção ao consumidor, além do fomento à inovação, sobretudo em razão do acesso de terceiros aos dados (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 9).

Tal construção parece ter se dado em razão do fato de os formuladores de políticas públicas entenderem que os operadores bancários históricos vinham desfrutando de uma função de *gatekeeper* no que concerne aos dados de transações e não estavam dispostos a compartilhá-los com potenciais concorrentes, de modo que surgimento espontâneo de uma solução de mercado parecia improvável de acontecer (Borgogno; Manganelli, 2021, pp. 125-127).

Nesse ponto, o novo regramento europeu, ao reconhecer que os dados financeiros são insumos valiosos, teve por objetivo funcionar como instrumento de abertura do mercado, com a descentralização do poder e com o fomento à inovação, além de buscar fortalecer os direitos e reforçar a proteção do consumidor. Além disso, insta mencionar que o cenário de surgimento da DSP1 foi bastante diverso do de sua alteração, a DSP2, já que, naquele tempo, não eram antevistos os significativos impactos das *FinTechs*. Por conseguinte, a segunda Diretiva veio complementar e atualizar as regras veiculadas na primeira

e traz como destaque, sobretudo para fins do presente estudo, a pavimentação do caminho para a construção do *Open Banking* (Bispo, 2020, pp. 586-587).

O aprimoramento trazido pela DSP2 tem relação com o desenvolvimento do fenômeno disruptivo das *FinTechs*, que se constitui, de acordo com a designação apresentada pelo *Financial Stability Board*, como inovação tecnológica nos serviços financeiros que pode resultar em novos modelos de negócio, aplicações, processos ou produtos com um efeito relevante na prestação desses serviços (Financial Stability Board, 2017, p. 7).

A essência da operação de *FinTechs* está no uso de tecnologias inovadoras, geralmente baseadas em plataformas com as quais o usuário final interage usando um dispositivo conectado à rede mundial de computadores, mediante oferta de um produto ou serviço mais elaborado ou menos dispendioso, em razão da análise de *big data* e de mecanismos de aprendizado de máquina (Bouyala, 2016, p. 12). Diante da larga abrangência do conceito de *FinTech*, destaca-se que os campos de atuação são variados, alcançando todas as esferas do setor financeiro, desde os serviços bancários, passando pelas atividades de seguros, fundos de pensão, consultoria de investimento, serviços de pagamento e infraestruturas de mercado (Parlamento Europeu, 2017, p. 58).

Vale ressaltar que, em que pese o florescimento das *FinTechs* a partir da crise financeira de 2008, o fenômeno de inovação no setor financeiro não é recente e parte da doutrina distingue três fases históricas de desenvolvimento, cujos marcos temporais seriam a criação do cabo de telégrafo transatlântico, em 1866, o estabelecimento do *Inter-Bank Computer Bureau* no Reino Unido, em 1968, e a grande crise financeira de 2008 (Arner; Barberis; Buckley, 2015, p. 4 e ss.), cujo período posterior foi marcado por inúmeras mudanças na vida social, dentre elas a desconfiança dos consumidores nos bancos tradicionais (Mccarthy, 2015).

A crise de 2008 consolidou o ponto de virada das *FinTechs*, ao inserir um novo grupo de atores aplicando tecnologia aos serviços financeiros, pois antes a tecnologia era utilizada apenas por participantes tradicionais do mercado, e esse movimento catalisou o desenvolvimento do setor (Arner; Barberis; Buckley, 2015, p. 15) na medida em que as inovações externas desestabilizaram as posições de mercado, com a ampliação da concorrência e com o impulso para introdução de novos produtos, serviços e modelos de negócios.

Esse fenômeno de uso intensivo da tecnologia nos serviços financeiros não se limitou à esfera bancária, mas alcançou também o setor de seguros, que, do mesmo modo, passou a fazer uso da inovação tecnológica para o desenvolvimento de produtos, serviços e modelos de negócios, nas denominadas *InsurTechs* (Parlamento Europeu, 2017, p. 60), que podem ser consideradas como um subgrupo de *FinTechs* (Wilamowicz, 2019, p. 215).

Assim, no segmento das *InsurTechs*, como já delineado no capítulo anterior, a coleta e o tratamento dos dados permitem a identificação de padrões que aprimoram os cálculos probabilísticos, com novas formas de avaliação de risco, e auxiliam na personalização de produtos, o que contribui para amplificação eficiência e da dinâmica concorrencial do setor de seguros (Autoridade da Concorrência (Portugal), 2018, p. 6 e 51). Em comparação aos demais setores financeiros, os seguros permitem o acesso a uma maior quantidade de dados e essa dimensão também pode potencializar as oportunidades de as novas firmas virem a desafiar significativamente as seguradoras tradicionais (Lin; Chen, 2020, p. 3).

Feitos esses breves apontamentos evolutivos e conceituais sobre *FinTechs* e *InsurTechs*, no intuito de trazer um panorama do cenário em que se inseriam e se inserem os desenvolvimentos do *Open Banking* e do *Open Insurance*, retoma-se a narrativa histórica para o momento em que a CMA conclui sua investigação aprofundada sobre os setores de contas, em 2016, quando identificou que os bancos não tinham incentivos para reter ou competir por clientes (Competition and Markets Authority, 2015, p. 3) (Competition and Markets Authority, 2016).

Essa inexistência de incentivos está atrelada às altas barreiras de entrada tradicionalmente existentes que impedem a participação de novos concorrentes no setor. Nesse ambiente protegido, os incumbentes tendem a cobrar elevados preços, a reduzir a inovação ou, até mesmo, a qualidade. Diante desse cenário, a CMA fez uso de uma medida semi-regulatória da caixa de ferramentas antitruste britânica, consistente na adoção de uma solução personalizada ao achado, para interceder na origem do problema constatado. Tal ferramenta traz o reconhecimento de que as distorções na concorrência nem sempre poderão ser tratadas com fundamento nos artigos 101 e 102 do TFUE (Borgogno; Manganeli, 2021, p. 130).

A solução personalizada, trazida pela CMA em coordenação com as empresas e demais entidades britânicas, como o Tesouro, o Banco da Inglaterra e a Autoridade de Conduta Financeira (FCA), foi a determinação aos nove maiores bancos da Inglaterra e da Irlanda do Norte para definirem um padrão de *Open Banking*, conjuntamente com os participantes menores do mercado e terceiros provedores de serviços, por meio de APIs através das quais serão compartilhados dados. Para tanto, foi criada uma entidade de implementação e foram definidas fases de execução do projeto, a ser desenvolvido no decorrer dos anos seguintes. Dentre as tarefas a serem cumpridas, estava prevista a de compartilhamento e divulgação de informações sobre preço e qualidade dos produtos, assim como o detalhamento dos termos contratuais, com o objetivo de viabilizar a comparação entre os produtos oferecidos e permitir aos consumidores uma melhor avaliação acerca dos contratos que pactuam, para aprimorar a tomada de decisão sobre a mudança de provedor bancário. (Borgogno; Manganelli, 2021, pp. 128-129) (Competition and Markets Authority, 2016, p. 441) (Competition and Markets Authority, 2017).

Posteriormente, esse modelo europeu foi replicado em outras jurisdições que identificaram problemas semelhantes de concorrência no setor, como Austrália, Canadá, Cingapura, Japão, México, dentre outros. As autoridades australianas, por exemplo, optaram por estabelecer um direito geral de portabilidade de dados aos consumidores bancários, seguindo lógica similar, os demais países também definiram o uso de APIs para o compartilhamento de dados e acesso aos sistemas (Financial Stability Board, 2019, p. 9) (Borgogno; Manganelli, 2021, p. 131).

Como se observa, a DSP2, atualmente em revisão³⁰, pavimentou o caminho para o compartilhamento de dados no setor financeiro e abriu espaço para o desenvolvimento de produtos melhores e mais bem direcionados às necessidades dos clientes, que continuam a ter total controle sobre seus dados. Em face disso, a Estratégia em matéria de Financiamento Digital para a União Europeia, de 2020, anunciou que a Comissão lançaria, em 2022, uma proposta

³⁰ Nesse ponto, convém inserir a atualização de que se encontra em análise a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços de pagamento e aos serviços de moeda eletrônica no mercado interno que altera a Diretiva 98/26/CE e revoga as Diretivas (UE) 2015/2366 e 2009/110/CE, apresentada em junho de 2023, a chamada DSP3.

legislativa para criação do *Open Finance*, que se refere ao acesso aos dados de clientes, com seu devido consentimento, para utilização em produtos e serviços financeiros, que não apenas bancários ou de pagamento. A proposta é a ampliação do modelo existente no *Open Banking* para uma vasta gama de produtos do setor financeiro (Comissão Europeia, 2020).

Ao se partir dessas premissas e associá-las aos produtos e serviços do segmento de seguros e pensões, em que os dados também se configuram como elementos essenciais à vantagem competitiva, ao fomento à inovação e à resposta ágil às expectativas dos clientes, o sistema *Open Insurance* também desponta como solução regulatória que, conforme definido pela Autoridade Europeia para Seguros e Pensões Ocupacionais, consiste no acesso e partilha de dados pessoais e não pessoais relacionados a seguros, comumente por meio de APIs (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 11).

3.1.3 Contornos, prismas subjetivos e normativos

Como se observa das iniciativas descritas no tópico anterior, o setor financeiro encontra-se em processo de migração de um cenário de opacidade institucionalizada para um cenário de transparência e abertura. Nesse contexto, o *Open Insurance* pode ser considerado parte dessa tendência maior ou adquirir contornos próprios, pois os seguros se diferem dos produtos bancários em vários aspectos. O primeiro deles relaciona-se à riqueza dos dados que orbitam o universo dos seguros, pois atrelados às mais diversas coberturas de riscos da sociedade, o que perpassa inclusive dados pessoais de saúde e dados sensíveis. Também associados aos variados riscos, o quantitativo de produtos de seguros e o correspondente potencial de criação é mais amplo do que no setor bancário. Além disso, diferentemente de outros setores financeiros, não há no âmbito europeu regulamentação relacionada à partilha de dados de seguro, o que leva à carência de padronização e sobretudo de interoperabilidade. E, por fim, a jornada dos clientes de seguros contam com poucas interações com as empresas, restringindo-se, na maioria das vezes, ao momento da contratação e eventuais reclamações (Standaert; Muylle, 2022, p. 645).

Por ser um instituto novo e contar com poucos estudos acadêmicos ou literatura especializada, não há uma definição uniforme sobre *Open Insurance*.

Todavia, não apenas o reduzido tempo de existência torna seu desenho impreciso, isso porque seus contornos variam a cada jurisdição que busca implementá-lo. Nesse sentido, no contexto europeu, não se vincula a uma base legislativa como a DSP2 voltada a pagamentos, o que também embaraça sua definição. De outro lado, sua perspectiva pode ser distinta para cada sujeito que o observa. Assim, por exemplo, pode comportar diferentes acepções para os consumidores, para a indústria e para o regulador (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 11).

O acesso e a partilha, entre seguradores ou terceiros interessados, dos dados dos consumidores relacionados a seguros, como as coberturas, os objetos segurados, o histórico de eventos e até mesmo os dados extraídos de dispositivos de geolocalização ou internet das coisas dos clientes, é o prisma observado pelos próprios consumidores. Os incentivos à utilização do sistema, por meio de seu consentimento, estão relacionados à possibilidade de compararem os produtos oferecidos por concorrentes e, conseqüentemente, facilitarem sua experiência como clientes e a migração para outras empresas, além da perspectiva de acesso a produtos e serviços customizados e mais adequados às necessidades, bem como a redução dos preços, em razão do aumento da concorrência e da ampliação da detecção de fraudes, decorrente do processamento sistemático de dados (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 24). Pode-se afirmar que a sistemática traz o empoderamento do consumidor, que pode usufruir do direito de portabilidade e de controle dos próprios dados, além de fazer escolhas mais bem informado para alternar entre negócios ou utilizar plataformas simultaneamente (Furman, 2019, p. 3).

Ainda que o consumidor seja o foco preponderante da iniciativa, sob a ótica da indústria, a inovação baseada em dados e a participação dos chamados terceiros interessados, como empresas de tecnologia que podem oferecer serviços que impulsionem o mercado, a exemplo dos mecanismos de comparação, mostram-se como foco do *Open Insurance*. Tais fatores podem levar à ampliação da concorrência, à redução dos custos e ao aumento da rentabilidade. Esses últimos, além de surgirem como decorrência das inovações, que passam a ser aceleradas, podem se dar em razão ampliação da detecção de fraudes e das soluções para as assimetrias informacionais atreladas ao

conhecimento sobre o comportamento dos segurados e às características de risco dos clientes (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 24) (Porrini, 2017, p. 13).

Do mesmo modo, os reguladores cumprem com os seus objetivos de fomentar o desenvolvimento do mercado através do estímulo à inovação e à concorrência, imbuídos do espírito de nivelamento do campo de jogo, ao buscarem a implementação do *Open Insurance*. Por outro lado, os mecanismos de supervisão podem ser aprimorados, ao aliar o uso daqueles dados às novas tecnologias – *Suptech* – em busca da eficiência no monitoramento dos entes supervisionados, a exemplo do recebimento em tempo real dos dados das contratações, o que permitiria a checagem de queixas dos consumidores, sem que o ente de supervisão tenha que solicitar tais informações (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 12) (Standaert; Muylle, 2022, p. 644).

Diante disso, sem partir de conceitos já atribuídos ao *Open Banking*, percebe-se que a pouca literatura que trata do tema, quando dirigida ao mercado, busca atrelar as funções da sistemática ao conceito. É o caso da Accenture, que identifica o *Open Insurance* como sendo a prática entre as seguradoras de compartilharem e consumirem informações dos clientes, desde que por eles autorizados e relacionadas a seguros, por meio de APIs que viabilizam a circulação desses dados em um ecossistema, que inclui atores de dentro e de fora da indústria de seguros. Conectadas ao conceito trazido pela Accenture, estão as funções de trazer maior valor aos clientes, que podem obter experiências, serviços e preços melhores e mais adequados ao seu perfil, e, por outro lado, de facultar à indústria alternativas às receitas já auferidas pelas empresas (Accenture, 2021, p. 3).

Do mesmo modo, a Superintendência de Seguros Privados do Brasil, reguladora do setor de seguros e pensões, aponta as funções do uso da sistemática como parte da conceituação, mas traz como enfoque a centralidade do consumidor, ao definir o *Open Insurance* como a possibilidade de os consumidores de produtos e serviços daquele setor permitirem o compartilhamento de suas informações, de modo seguro, ágil e padronizado, no intuito de trazer-lhes benefícios (Superintendência de Seguros Privados, s.d.). Nessa ótica, o proprietário dos dados, como aquele que se relaciona ao risco,

decide pelo compartilhamento e permite o aumento da eficiência nos processos internos relacionados a seguros e a expansão do próprio mercado (Standaert; Muylle, 2022, pp. 646-647).

A conceituação trazida pela EIOPA, já citada no tópico anterior, não aponta para as funções da utilização da sistemática e está restrita à definição de partilha e uso de dados relacionados a seguros por meio de APIs (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 11).

Ao se partir para a avaliação conceitual de um instituto mais amplo que se relaciona à circulação de dados atrelados a produtos e serviços financeiros relevantes, o *Open Finance*, identifica-se que a Autoridade de Conduta Financeira do Reino Unido, em pesquisa referente ao tema, também parte do pressuposto que os dados são de propriedade do cliente e, com isso, a reutilização dos dados por terceiros provedores dependeria do consentimento informado desse cliente e sua circulação ocorre em um ambiente seguro e ético (Financial Conduct Authority, 2021, p. 13).

Ainda sobre o *Open Finance* ou Finança Aberta, vale destacar a definição apresentada pela Comissão Europeia, que trata como o acesso de um terceiro provedor, externo à relação entre empresa e consumidor, aos dados desse último e mediante seu consentimento. Essa iniciativa, assim descrita no convite à apresentação de contributos para avaliação de seus impactos, foi apresentada como a próxima etapa da política da União Europeia em matéria de dados do setor financeiro, após o acesso aos dados das contas de pagamento previsto na DSP2 (Comissão Europeia, 2022, p. 1).

Diante dessa brevíssima revisão de literatura e em um esforço descritivo, sem trazer as funções da implementação do *Open Insurance* para sua conceituação, define-se a linha mestra do instituto como a partilha de dados de produtos de seguros, mediante autorização do proprietário, que ocorre entre seguradoras e terceiros, e seu processamento se dá por meio de APIs. Nesse ponto, a sistemática do *Open Insurance* padroniza as trocas, o que tende a reduzir os custos de transação. Além disso, os insumos circulantes podem ser os dados pessoais ou não pessoais e a autorização conferida por seu proprietário para o compartilhamento adquire traços de obrigatoriedade, à medida que as empresas detentoras desses dados deverão partilhá-los conforme definido pelo consumidor.

3.2 Características do *Open Insurance*

Por ser um instituto em construção e ainda em fase de estudos em muitas jurisdições, parece arriscada a pormenorização de características uniformes, mas, para fins de discussão acadêmica, é possível e necessário identificar aspectos comuns da sistemática, com vistas ao aprofundamento de sua definição. Nesse sentido, entende-se relevante a análise das seguintes características mais proeminentes e aproximadas de um tronco comum. Partindo de um contexto do mercado de seguros, a primeira seria a de partilha de dados, inclusive sob a ótica de sua padronização, já a segunda diz respeito à indicação do consumidor como o centro das preocupações do *Open Insurance*. Além desses contornos mais facilmente definidos, os estudos da sistemática passam pela discussão sobre o papel do regulador como parte de sua composição, pelo impacto da definição do escopo de dados e, por fim, pelo debate sobre a característica de abertura de acesso aos dados a terceiros.

Como visto anteriormente, os seguros apresentam particularidades que conduzem à análise de suas características sob uma ótica particular. Tal fator restou bem explicitado nas respostas à consulta sobre *Open Insurance* realizada pela EIOPA, cuja divulgação do resultado ocorreu no início do ano de 2023, em que os entrevistados apontaram uniformemente que as premissas utilizadas pela DSP2 podem servir para aprendizagem dos reguladores, mas que não é possível copiar integralmente a diretiva, pois os seguros não comportam um padrão de produtos, como no setor bancário, já que o universos dos riscos é bastante variado, além de serem dotados de aspectos de sensibilidade. Outro ponto bastante destacado sobre os contornos próprios, é que os seguros não são contratados na mesma frequência dos serviços bancários, já que os prazos de duração são mais alongados e as transações envolvem relações de mutualização do risco, o que traz complexidade à estrutura, pois não apenas importam em mensuração, mas também na mitigação do risco (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2022, p. 11).

3.2.1 Compartilhamento de dados e centralidade do consumidor.

A característica mais proeminente das chamadas sistemáticas *Open* do mercado de finanças, como o *Open Banking*, *Open Insurance* e *Open Finance* é o compartilhamento de dados. A circulação de dados nesse mercado inclui-se como prioridade para a transformação e inovação no setor. Nesse sentido, a União Europeia, até 2024, buscará delinear um quadro jurídico sólido para autorização da partilha e reutilização dos dados dos clientes, desde que estes últimos estejam cientes das implicações da circulação. Tal orientação conecta-se à estratégia europeia em matéria de dados, em que a Comissão Europeia aponta que haverá benefícios às pessoas, empresas e interesse público em geral, assegurando ganhos de eficiência, a partir do acesso mais alargado aos dados. Pretende-se que o incremento da partilha amplie a eficiência nas transações entre empresas e aprimore os produtos do setor, a partir do conhecimento das necessidades dos consumidores, o que permitirá a personalização e adaptação desses produtos, além da facilitação do acesso aos mesmos (Comissão Europeia, 2020, pp. 14-16).

Sobre esse aspecto, vale destacar que a eficiência econômica é frequentemente atrelada, dentre outros fatores, à minimização das assimetrias informacionais. Como visto anteriormente, a ampliação do acesso às informações, com a consequente redução do risco moral e da seleção adversa, tem a aptidão para gerar efeitos positivos aos mercados. Do mesmo modo, minimiza a concentração do poder de mercado, o que potencialmente gera benefícios aos consumidores (Carvalho, 2020). Assim, o compartilhamento de informações no mercado de seguros acabaria por servir como instrumento de aprimoramento desse mercado, tanto para a criação de valor, como para suas funções tradicionalmente relevantes à operação de seguros, que se conectam ao conhecimento dos riscos cobertos. Nesse contexto, o *Open Insurance*, no que tange à criação de valor, enfatiza a conexão das tradicionais empresas seguradoras com as de tecnologia, o que pode viabilizar a inovação de produtos e serviços e agregar valor ao mercado (Xiao; Liu; He, 2022, p. 611).

Evidenciados os potenciais benefícios da característica de partilha dos dados, cumpre ressaltar que para que se possa alcançar a efetiva circulação, o primeiro passo necessário é o consentimento de seu titular para que haja a transferência ou portabilidade dos dados. Além disso, também é fundamental que os sistemas das empresas sejam interoperáveis para permitir a circulação

de tais dados, sem que haja custos de transação que neutralizem os benefícios do compartilhamento. Percebe-se que o aspecto jurídico da autorização do titular para a circulação e reutilização de seus dados aponta para outra característica da sistemática do *Open Insurance*, consistente na centralidade do consumidor, que além de aceitar a operação, deve ser resguardado em seu direito de privacidade, inclusive porque a troca e utilização de informações deverá estar restrita aos fins para os quais foi estritamente autorizada. De outro lado, emerge em um prisma antecedente à própria partilha, novamente, a importância da informação, já que apenas a partir do conhecimento das consequências da circulação dos dados é que o seu titular poderá com ela anuir.

Ademais, a circulação das informações, atrelada ao direito à portabilidade dos dados, que viabiliza aos consumidores a alternância entre diferentes provedores de serviços, fundamenta-se também em considerações de direito antitruste, mas sua aplicabilidade independe da existência de posição de mercado dominante de um controlador dos dados. Nessa linha, a DSP2, que trata de serviços de pagamentos, reforça a necessidade de circulação e reutilização dos dados, para sanar aspectos concorrenciais e criar um ambiente voltado à inovação, com alto nível de produtos e serviços colocados à disposição dos consumidores, bem como para garantir a segurança cibernética, a estabilidade financeira e a proteção de dados (Zetsche; Arner; Buckley; Weber, 2019, p. 19).

Por outro lado, em um contexto transversal da economia, ou seja, com aplicabilidade ampla para todos os setores, o Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD - europeu permite a portabilidade e interoperabilidade de dados, mediante consentimento proferido pelo titular de dados pessoais que lhe digam respeito, para que o responsável pelo tratamento os transmita por meios automatizados (União Europeia, 2016). Do mesmo modo, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira também confere ao consumidor o direito de portabilidade, para que partilhe seus dados pessoais com outro fornecedor de produto ou serviço, mediante expressa manifestação, desde que tais dados não tenham sido anonimizados (Brasil, 2018).

Percebe-se que a obrigatoriedade do compartilhamento dos dados, sustentada no consentimento expresso de seu detentor, pode se dar em âmbito setorial, para um determinado ramo de atividade, como no caso da previsão da

DSP2, ou de modo amplo em todos os setores, o que restou delineado no RGPD (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 28). Para tanto, a padronização dos dados que serão objeto de circulação também se mostra como aspecto essencial para permitir seu intercâmbio. Todavia, parece relevante pontuar que tal padronização tende a ser mais facilitada na esfera de entidades regulamentadas setorialmente, como no caso de mercados de atividades específicas, em razão da possibilidade de prévia articulação do supervisor, bem como pelas características similares dos dados circulantes em determinado ramo de atuação.

Desse modo, a implantação de uma sistemática independente, como o *Open Insurance*, por reguladores setoriais do mercado de seguros, tem o potencial de reduzir as tensões operacionais e de incentivar o compartilhamento, à medida que a portabilidade se dá em um sistema estruturado, com interfaces que conversam entre si. Além disso, a regulamentação da circulação dos dados voltada especificamente ao setor de seguros, mostra-se atenta à sensibilidade dos dados desse mercado, cujas características diferem dos demais. Nota-se que tal sensibilidade pode impactar no próprio consentimento para compartilhamento, pois os consumidores podem se sentir receosos de serem discriminados e prejudicados por sua condição pessoal revelada para fins de contratação e, potencialmente, posta em circulação e disponibilizada para reutilização das demais empresas.

Sobre esse aspecto, menciona-se a proposta de estudos sobre o resguardo de um direito ao não compartilhamento, para que os consumidores que optarem pelo não compartilhamento, não tenham desvantagens em relação àqueles que compartilham (Financial Conduct Authority, 2021, p. 29). Destaca-se que a sistemática de compartilhamento pode acabar por inviabilizar a proteção dos riscos daqueles que não anuírem com a circulação de seus dados, podendo tornar a proteção excessivamente cara, já que aos que revelarem seus dados poderá haver uma redução do preço dos produtos, pois as informações podem aprimorar o cálculo atuarial do risco.

Nesse ponto, não é demais destacar que a proteção de dados se distingue da privacidade, já que o primeiro consiste em um direito positivo do titular, que se materializa na circulação adequada dos dados, caracterizada, dentre outros aspectos, pela ciência de quais dados serão utilizados e para qual finalidade. Já

a privacidade emerge como direito negativo de seu titular, pois a partir dela garante-se o resguardo da vida privada.

A decisão sobre o compartilhamento ou não dos dados passa, portanto, por razões de privacidade, o que traz ao consumidor uma ponderação sobre diluir os efeitos dos seus riscos, mediante contratação de seguros, a um preço razoável, mas com o custo de descortinar aspectos de sua vida privada, ou, por outro lado, resguardar sua privacidade e contratar um seguro por um preço mais elevado, quando para si for economicamente viável, ou ainda deixar de participar do sistema mutualístico de distribuição de riscos, assumindo para si o ônus de arcar com as consequências da materialização do evento, para garantir que seus dados não circulem e não tenha sua privacidade afetada. Portanto, a reflexão sobre a proteção dos consumidores que não queiram compartilhar seus dados deve também estar presente na formatação de sistemas dessa natureza.

Todas essas ponderações também se mostram relevantes, em razão do fato de os modelos *Open* terem o potencial de alterar todo o ecossistema dos mercados, porque até sua implementação os dados são mantidos de forma absolutamente isolada nas empresas incumbentes e a abertura para sua circulação tem o potencial de alterar os eixos de poder de mercado, assim como pode trazer impactos aos consumidores, até mesmo limitando seu acesso a produtos e serviços e, especificamente quanto aos seguros, excluindo-os da proteção dos riscos, o que em última análise pode levar à limitação da realização de atividades que sejam amplamente arriscadas, mas relevantes à sociedade (O'Leary; Nagle; O'Reilly, Papadopoulos-Filelis; Dehghani, 2021, p. 5899).

Outro tópico a ser observado no contexto da característica aqui tratada é a proteção dos dados que, embora não esteja inserida entre as obrigações centrais dos reguladores setoriais, emerge como ponto relevante no *Open Insurance*, já que o consumidor é o centro da sistemática, que só opera com seu consentimento específico e se justifica por tê-lo como destinatário final, e merece ser resguardado em seus direitos. Como decorrência dessa proteção, emerge o direito à reparação, em caso de lesão pela circulação dos dados indevida, distinta de sua finalidade, e os sistemas de resolução de disputas, que podem ocorrer por questões relacionadas à proteção dos dados dos consumidores ou por problemas de qualidade de dados transferidos de uma empresa a outra, já que estes devem ser atuais, completos, verificáveis, relevantes e precisos, para

fins de circulação (Financial Conduct Authority, 2021, p. 29) (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, pp. 31-32) (Parlamento Europeu, 2017).

Por fim, além do desenvolvimento de uma estrutura ética de proteção ao consumidor, o conhecimento sobre as finalidades da circulação, de suas consequências e das responsabilidades dos diferentes intervenientes na circulação dos dados, é fundamental para que os titulares tenham confiança na segurança dos dados e para que se sintam engajados para utilização do modelo. Assim, o compartilhamento pode ser estimulado pelo conhecimento dos benefícios da participação no *Open Insurance*, que passam pela disponibilidade das empresas de efetivamente oferecerem produtos e serviços mais adequados às necessidades dos clientes e a preços mais atraentes. (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 31). Portanto, para o sucesso da iniciativa, as etapas de implantação do modelo também devem seguir um ritmo condizente com o do interesse dos consumidores em aderirem ao sistema, interesse esse incentivado pelo conhecimento de seus benefícios (Financial Conduct Authority, 2021, p. 30) (Parlamento Europeu, 2017).

3.2.2 Perímetro regulatório

No que se refere à relação da regulação com o *Open Insurance*, pode-se afirmar a existência de inúmeras modelagens e perímetros regulatórios, com variações que vão desde a autorregulação pelos agentes do mercado, até uma modelagem estatal que defina o detalhamento do compartilhamento dos dados. Desse modo, não se percebe uniformidade quanto à exigência de atuação dos reguladores estatais como uma característica distintiva do *Open Insurance*, já que iniciativas exclusivas do próprio mercado podem adquirir contornos similares à sistemática.

Como é sabido, o Estado não é fonte única do direito, já que este pode emergir de uma pluralidade de fontes, inclusive das leis dos negócios ou do mercado (Hespanha, 2019, pp. 24-25). Nessa toada, a regulação das relações econômicas é capaz de se estabelecer entre os agentes de mercado, que frequentemente se organizam em entidades associativas de determinado setor e que coordenadamente podem criar regras e controles próprios para o

desempenho das atividades. Essa dinâmica, denominada de autorregulação (Black, 1996, pp. 26-28), pode vir a contar com a validação estatal prévia, a partir de uma delegação, ou pela chancela estatal em momento posterior, com o reconhecimento dos atos dos agentes ou, ainda, se desenvolver de forma espontânea entre as empresas.

Esse foi o caso, por exemplo, da associação irlandesa, já citado no presente estudo, que implementou uma estrutura de compartilhamento de dados, entre as empresas de seguro associadas, o *Insurance Link*. Nesse caso, houve investigação pela Comissão Europeia, que concluiu pela existência de desvantagem concorrencial e obstáculo à entrada no mercado daquelas empresas que não participavam do arranjo associativo. Tal fato gerou para a associação alguns compromissos obrigatórios, que deverá cumprir por um prazo de dez anos, e que tencionam responder às objeções trazidas pela Comissão, a exemplo do estabelecimento de acesso ao sistema *Insurance Link* dissociado da adesão à entidade, mediante critérios transparentes, objetivos e não discriminatórios.

De outro lado, os órgãos e entidades integrantes da estrutura do Estado podem figurar como agentes indutores de condutas, restringindo ou condicionando comportamentos. Nesse sentido, os mercados de seguros se inserem em uma estrutura regulatória de autorização e regramento do funcionamento das empresas de do setor. Assim, ao se partir da preexistência de um arcabouço regulatório atrelado às operações de mercado, parece decorrência natural que a circulação de dados conte com parâmetros regulatórios mínimos, que se conectem às especificidades do setor e que vão além das normas transversais de proteção de dados.

Além disso, há que se ter em mente a eventual relutância do mercado em viabilizar a circulação dos dados de forma voluntária, abrangente e com um escopo de dados que não limite a inovação e o desenvolvimento de produtos voltados às necessidades dos consumidores. Somam-se a tal relutância, ainda, os riscos de acordos anticoncorrenciais, que podem prejudicar o desempenho dos agentes que não participem do arranjo de circulação de dados. Tais fatores serviriam de justificativa para a intervenção regulatória estatal, ainda que em patamares mínimos.

Pesquisa realizada pela EIOPA sobre o *Open Insurance*, em que os entrevistados expressaram sua opinião sobre se o impulso para a adoção do modelo deveria partir da indústria ou por intervenção regulatória, quase a metade dos respondentes opinou pela combinação de impulsos da indústria e dos reguladores. O objetivo da citação da referida pesquisa é mencionar que não surpreende o resultado das respostas oriundas das empresas de tecnologia, que não concordam com um impulso exclusivo da indústria de seguros (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2022, p. 12). Parece, assim, estar-se diante de um indício de que a regulação serviria de incentivo também à inovação, à medida que empresas de tecnologia dificilmente participariam do ecossistema se o *Open Insurance* se esses fosse impulsionado exclusivamente pelo mercado.

Assim, sobre o aspecto da existência ou não da atuação estatal nesse contexto, a título exemplificativo e em uma perspectiva similar à do *Open Insurance*, vale destacar algumas combinações regulatórias existentes no *Open Banking*. Inicialmente, citam-se as jurisdições de Reino Unido e Austrália, que implementaram a sistemática por meio de atos governamentais, envolvendo reguladores, e basearam a estrutura em padrões regulatórios e legais. Já em um patamar mais brando de regulação e em um arranjo de maior intersecção com o mercado, Japão e Cingapura delinearam regulações facilitadoras da implementação da sistemática, mediante a padronização, pelo regulador, das APIs e do escopo de dados, em alinhamento com os participantes do ecossistema. Por fim, em um arranjo distinto, nos Estados Unidos o *Open Banking* é impulsionado pelo próprio mercado (Leong, 2020, pp. 445-446) (Tooth, 2020, p. 8).

De fato, a ausência de regulação ou a adoção de uma abordagem autorregulatória pode trazer custos mais baixos para adoção de soluções. Contudo, pode haver prejuízos à proteção do consumidor, além de insegurança jurídica e fragmentação do mercado, a partir da segregação das empresas que optem ou não pelo arranjo de compartilhamento, o que pode inclusive prejudicar a qualidade dos dados, que podem não ser representativos das necessidades dos consumidores, resultando em produtos inadequados. Ademais, a supervisão pode se tornar extremamente complexa e a mera expectativa dos clientes de contarem com produtos a preços mais baixos e customizados pode não ser

suficiente para estimular a adoção do compartilhamento dos dados pelo mercado. Por outro lado, se o regulador impuser a obrigatoriedade da partilha dos dados, haverá mais transparência quanto ao processo e poderá ser adotada uma implantação faseada e alinhada ao ritmo de adesão dos consumidores, além de viabilizar a abertura dos dados a terceiros, como as empresas de tecnologia, com a segurança de se manter uma supervisão menos complexa e adequada às peculiaridades do mercado. Portanto, um sistema regulado, ainda que minimamente, permitiria um monitoramento padronizado sobre sua constituição e poderia fazer com que os consumidores tivessem maior interesse em compartilharem seus dados (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 28) (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2022, p. 13).

Desse modo, em continuidade ao presente estudo do *Open Insurance*, passam-se a considerar apenas os cenários com algum grau de interferência regulatória na formação e desenvolvimento do instituto. Nessa linha, certos aspectos podem ser elencados como passíveis de atenção regulatória, que podem contar com maior ou menor intervenção.

O primeiro aspecto a ser delineado é a padronização, que tem por objetivos a redução dos custos de transação e o incentivo à adesão à sistemática, e que comporta um alinhamento do regulador estatal com as empresas em intensidade variável, a depender da jurisdição que a implemente. Nesse contexto, o estabelecimento de padrões comuns referentes à interoperabilidade, às APIs, à taxonomia dos dados, à jornada do cliente e à segurança, pode facilitar a entrada de novas empresas no mercado, com serviços inovadores, e criar familiaridade para os agentes de mercado e confiança dos clientes quanto ao compartilhamento de seus dados (Financial Conduct Authority, 2021, pp. 25-26) (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2022, pp. 12-13).

A padronização ou coordenação é essencial ao sucesso de iniciativas de compartilhamento de dados. Citam-se como exemplos os casos dos padrões de interoperabilidade dos e-mails, que surgiram em razão da cooperação entre empresas, e da portabilidade de números de telefone, que também exige padronização, mas que só foi possível em razão de intervenções regulatórias. Do mesmo modo, o *Open Banking* do Reino Unido figura como exemplo de

sucesso de regulação que cuidou da padronização de aspectos técnicos, o que viabilizou o acesso aos novos entrantes e previsibilidade às empresas estabelecidas (Furman, 2019, pp. 5-6). Além disso, a padronização pelo regulador permite a comparabilidade dos dados oriundos das diversas empresas e amplifica a garantia de integridade dos mesmos (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2022, p. 14).

Outro aspecto que pode ser tratado pelo regulador é o escopo dos dados que serão postos em circulação no ecossistema, que pode incluir desde os dados básicos do consumidor, respeitadas as normas de proteção, as informações sobre os produtos, os dados de consumo, os canais de atendimento, os dados públicos, como os geoespaciais e climáticos, dentre outros. O escopo de dados será distinto em cada sistemática implementada, mas sempre contará com a anuência do titular de dados pessoais para sua circulação (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2022, p. 14).

Novamente, percebe-se a importância da intervenção regulatória, pois se a definição sobre quais dados comportarão o compartilhamento for realizada apenas pelas empresas estabelecidas, haverá o risco de não serem partilhados aqueles que sejam efetivamente relevantes ao aprimoramento do mercado, ou seja, aqueles que agreguem valor para a atividade econômica. Assim, sob a tutela do regulador poderá haver o cuidado com a formatação de um escopo de dados relevante, que justifique os custos de implementação do sistema, bem como o resguardo de aspectos concorrenciais e de inovação, e com uma discussão ampla sobre os riscos da utilização indevida dos dados, que venha a causar prejuízos a direitos, como os de privacidade e de propriedade intelectual.

Ademais, outro tema que pode ser objeto de atenção da regulação é a viabilização do acesso de terceiros aos dados. Como pontuado acima, em um ambiente de compartilhamento de dados impulsionado apenas pelos participantes tradicionais do mercado de seguros, dificilmente seria permitida a participação de empresas que não operem naquele mercado por autorização do ente estatal. Diante disso, a depender da modelagem adotada, tal acesso poderá ser viabilizado por opção do regulador. Nesse sentido, a segunda diretiva europeia dos serviços de pagamento, a DSP2, permite que terceiros obtenham acesso aos dados sobre as contas dos clientes, no intuito de tornar os serviços mais seguros, garantir a inovação e a concorrência (European Insurance and

Occupational Pensions Authority, 2021, p. 8). Do mesmo modo, a iniciativa brasileira do *Open Insurance* também viabiliza a terceiros o acesso aos dados circulantes no ecossistema, mediante consentimento dos clientes, terceiros esses que, naquela jurisdição, são prestadores de serviços de agregação de dados, painéis de informação e controle, as denominadas sociedades processadoras de ordem do cliente, que dependem de credenciamento do regulador para participação no ambiente como facilitadoras das relações securitárias (Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados, 2021).

Nesse ponto, vale ressaltar que os terceiros, ao aderirem à sistemática, passam a se submeter às normas e à fiscalização e supervisão do ente estatal, o que confere segurança aos consumidores, ante a possibilidade de rastreabilidade do percurso de circulação dos dados e da possibilidade, até mesmo, de exclusão do sistema, em caso de violação de direitos. Tais vantagens aliam-se ao estímulo à inovação, pois permite-se que empresas com exercício de atividades distintas das operações do mercado agreguem soluções aos produtos e serviços de seguros.

Vale ressaltar que as novas tecnologias têm o potencial de trazer benefícios ao setor financeiro de modo geral, o que abrange o setor de seguros. A Autoridade da Concorrência de Portugal aponta para a necessidade de serem mitigadas as barreiras de entrada às iniciativas promotoras da inovação, pois essas estão atreladas à redução de custos, a partir, por exemplo, da desintermediação de serviços, e também se conectam ao aumento do bem-estar dos consumidores e à ampliação da concorrência. Ademais, o acesso aos dados, que possui grande relevância no setor de seguros, não pode servir de barreira à operação de empresas inovadoras no mercado (Autoridade da Concorrência (Portugal), 2018, pp. 7,8,52,57)

Percebe-se, portanto, que dentro de um perímetro regulatório variável, incontáveis aspectos poderão fazer parte da modelagem da regulação, como a delimitação dos sujeitos participantes do ecossistema, a estrutura de governança que cuida do desenvolvimento da sistemática, o gerenciamento dos riscos operacionais, o tratamento dos instrumentos de reparação, a divisão equitativa de custos de manutenção do aparato entre participantes, de modo a não afetar a concorrência, e até mesmo o faseamento das etapas de desenvolvimento, para

que a implementação caminhe alinhada com as expectativas e com a confiança dos consumidores (Financial Conduct Authority, 2021, pp. 11-12).

3.3 Riscos do *Open Insurance*.³¹

A Autoridade Europeia para Seguros e Pensões Ocupacionais considera que existe potencial para a sistemática do *Open Insurance* para consumidores, indústria e reguladores, se a implantação da sistemática for tratada com o cuidado devido para que encontre um equilíbrio entre a proteção de dados, do consumidor, estímulo à inovação, estabilidade financeira e proteção da concorrência (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 7).

Nesse tocante, percebe-se que a pretensão de equilíbrio entre os interesses envolvidos pode evidenciar fragilidades em variados aspectos que atingem a implementação da sistemática. Desse modo, a ampliação da partilha dos dados, associada ao uso da tecnologia, apesar dos benefícios, descritos no segundo capítulo, não está imune a riscos. Alguns deles encontram-se associados à dinâmica do mercado, como o risco de concorrência desleal, outros se impõem como decorrência da maior circulação dos dados, como aqueles ligados à privacidade e à segurança dos dados pessoais ou à discriminação algorítmica, outros ainda surgem como consequência do uso da tecnologia, como os riscos cibernéticos (Lin; Chen, 2020, p. 14).

No que se refere aos riscos associados à dinâmica do mercado, que demandam atenção da regulação, percebe-se que eventual opção por um padrão de *Open Insurance* que seja caro, complexo ou mesmo com restrição à participação de determinadas empresas, como as autorizadas a funcionar em *sandbox* regulatório, pode gerar um risco de concentração de mercado, para aqueles participantes que tenham acesso a maior volume de dados. Do mesmo modo, a depender do escopo dos dados que circulem no ecossistema, se, por exemplo, for permitido às empresas participantes do *Open Insurance* que agreguem dados externos oriundos de seus demais modelos de negócios, pode haver concorrência desleal das grandes empresas de tecnologia, caso seja admitida sua participação, em razão do universo de dados a que possuem acesso. (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 23)

³¹ Algumas ideias desenvolvidas neste tópico encontram maior detalhamento no relatório apresentado pela autora da dissertação no Seminário de Regulação Económica e Direito dos Mercados Financeiros, do ano de 2019, sob o título “*Sandboxes* e o desafio da regulação de *FinTechs*”.

(Financial Conduct Authority, 2021, p. 16) (Bank for International Settlement, 2022, p. 126).

Sobre a preocupação de congregação com dados externos, tais como aqueles oriundos de redes sociais, as empresas estabelecidas nos setores financeiros têm apontado para a necessidade de existência de reciprocidade de dados, para que não haja um desnivelamento das condições de concorrência, pois se as tradicionais participantes do mercado têm a obrigação de compartilhar os dados oriundos das transações por elas levadas a efeito, as novas concorrentes, como *start-ups* e *big techs*, também deveriam partilhar os seus, sob pena de apresentarem uma forte vantagem competitiva. Contudo, antes de se exigir a reciprocidade, parece fundamental definir quais dados podem ser utilizados no setor para delimitação do risco e correspondente precificação para fins de contratação de um produto de seguro. Assim, deve-se, por exemplo, decidir sobre a possibilidade de ampliação do escopo para permitir a utilização de dados não financeiros, como aqueles oriundos de mídias sociais ou de hábitos de compras em outros setores (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 37).

De fato, as novas tecnologias podem ampliar a quantidade de informações disponíveis sobre o comportamento dos consumidores, possibilitando o acesso a dados antes inacessíveis, e, de tal modo, aprimorar a avaliação dos riscos decorrentes de tais comportamentos, que se pretendem ver cobertos com a contratação do seguro. No entanto, a preocupação sobre o nivelamento da concorrência, assim como a não discriminação de determinados segmentos de consumidores, devem ser alvo de percepção cautelosa e adoção de medidas por parte dos reguladores e supervisores do mercado de seguros, sobretudo para coibir condutas repelidas pelos ordenamentos jurídicos.

Dentro dessa linha, considerando o uso de dados como pilar do desenvolvimento das novas tecnologias e cujo valor econômico desperta interesses, os reguladores devem estar atentos também à necessidade de uso adequado desses dados, com a preservação da finalidade para os quais foram coletados e da privacidade dos usuários, bem como seu uso ético (Bank for International Settlements, 2020, p. 43). O volume da circulação de dados é proporcional ao risco de sua violação, que pode estar associado à obtenção de conhecimento não autorizado de aspectos da vida dos consumidores, incluindo

questões referentes à saúde, sexualidade, visão política, localização, situação financeira, dentre outros pormenores da vida de uma pessoa. Tais fatores devem despertar atenção dos reguladores, com a adoção de regras claras, inclusive com a previsão de multas aos responsáveis por eventual violação (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, pp. 6, 22-23).

Como se sabe, a contratação de seguros, por suas características, traz a necessidade de assimilação de dados pessoais. Diante disso, o consumidor acaba por fornecer as informações a fim de viabilizar a contratação. Ocorre que tal dinâmica, ainda que conte com a anuência dos consumidores, demanda penetração na vida privada. E quanto a esse aspecto surge a reflexão sobre a ampliação dos riscos à privacidade a partir da partilha dos dados na sistemática do *Open Insurance*. A privacidade, como direito humano dotado de proteção específica, pode ser afetada por diferentes tipos de riscos, como os de qualidade dos dados pessoais, que podem estar imprecisos quando da circulação, ou aqueles relacionados à forma de coleta dos dados, que pode vir a se concretizar sem a anuência do titular ou por vigilância excessiva, e até mesmo os riscos de discriminação algorítmica (Xiao; Liu; He, 2022, p. 612) (Rowland; Macdonald, 2005, pp. 303-304).

Com efeito, tais riscos não são criados pela implementação de uma abordagem de partilha sistematizada de dados dentro do setor de seguros, mas o acesso a um maior volume de informações dela decorrente, além de ampliar os riscos, em razão do incremento no quantitativo de dados disponíveis, pode fomentar a criação de soluções tecnológicas baseadas em dados, que potencialmente também ampliam tais riscos. Desse modo, a qualidade e a forma dos dados circulantes são objetos de atenção, assim como o processamento dos mesmos, já que diferentes algoritmos aplicados sobre um mesmo conjunto de dados têm o potencial de gerar diferentes resultados, o que torna essencial a avaliação sobre como se dá o processamento, para que se evite a discriminação ou a exclusão financeira (Bank for International Settlements, 2020, p. 43) (Lima Rego, 2022, pp. 3-5) (Furman, 2019, p. 111).

O acesso ampliado às informações descortina características que podem qualificar determinados consumidores como portadores de perfil de risco desinteressante à indústria de seguros ou que até seja interessante, mas sob a contrapartida de prêmios excessivamente elevados. Nesse sentido, como já

destacado no segundo capítulo, dados mais granularizados e combinados com mecanismos de inteligência artificial permitem às empresas criarem mais faixas diferenciadas de valor, conforme o risco identificado. Isso tudo pode levar à exclusão de certos segmentos de consumidores, notadamente os mais vulneráveis, como idosos, de baixa renda ou de saúde frágil, o que deve ser levado em consideração pela regulação do setor, ao exigir tratamento transparente, ético e não discriminatório dos dados, quando do fomento de sua partilha, e pelas seguradoras, que devem ser cautelosas nas classificações de risco, baseando-as em evidências amplamente aceitas pela comunidade científica (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2022, pp. 22-32) (Financial Conduct Authority, 2021, pp. 16-19) (Lima Rego, 2022, pp. 22-23) (Porrini, 2017, p. 6) (Furman, 2019, p. 15) (Fliche; Yang, 2018, p. 16).

Nesse contexto, dentre os desafios da regulação também se destaca a compreensão sobre a utilização de novas tecnologias, cabendo o encorajamento ao entendimento sobre seu uso e avaliação dos potenciais riscos e oportunidades associados (Comissão Europeia, 2019, pp. 42-43). Afirma-se, assim, que é preciso compreender para poder orientar no interesse dos consumidores e da própria estabilidade do setor (Rosalino, 2019, p. 14). Emerge, portanto, a necessidade de se estabelecer parâmetros para a explicação e a interpretação do uso de inteligência artificial e tecnologias associadas, para que haja transparência no que diz respeito ao processo de tomada de decisão, em que se permita a compreensão dos dados e dos critérios utilizados, e para que haja confiança no sistema (Comissão Europeia, 2019, p. 38).

Detalha-se essa preocupação referente aos riscos decorrentes do uso dos dados com o exemplo do reforço dos vieses pelos algoritmos, que podem levar a tratamentos injustos, como nos casos de limitação de contratação em razão da origem dos consumidores ou nos modelos que levem em consideração o histórico dos clientes, o que poderia prejudicar os jovens, por não contarem com registros suficientes. Do mesmo modo, o uso dos dados e dos algoritmos podem construir ambientes indesejáveis de segregação ou bolhas, oferecendo os mesmos produtos e serviços a perfis semelhantes, o que limitaria a oferta de inovações (Fliche; Yang, 2018, p. 16).

Esse risco envolve ainda a questão da opacidade no desenvolvimento da inteligência artificial e do aprendizado de máquina, que se fundamentam em

dados e a partir deles constroem algoritmos, que produzem uma decisão. A opacidade consiste em não se saber precisamente como se alcança determinado resultado a partir dos dados (Burrell, 2016, p. 1). O desafio incide em evitar que a decisão tomada com o uso dessa tecnologia produza resultados que apresentem padrões de discriminação em produtos e serviços no setor de seguros, que são os chamados vieses algorítmicos, que podem inclusive ser intencionalmente utilizados (Finlayson, et al., 2019, p. 1288). Por essa razão, é fundamental que os supervisores, quando necessário, exijam explicações detalhadas sobre o funcionamento de processos ou modelos de inteligência artificial e aprendizado de máquina que potencialmente apresentem expressivo impacto na proteção dos consumidores, como os casos de injusta discriminação ou exclusão e de riscos à privacidade (Parlamento Europeu, 2017) (Comissão Europeia, 2019, p. 41) (Porrini, 2017, p. 14).

Prosseguindo nos apontamentos sobre os riscos de implementação do *Open Insurance*, convém destacar que a sistemática, por estar fundamentada no uso de tecnologia, encontra-se suscetível aos riscos relacionados à infraestrutura tecnológica. De fato, o papel central da tecnologia da informação na partilha de dados no setor de seguros, por meio do uso de sistemas baseados em inteligência artificial e em serviços de nuvem, traz consigo a exposição ao risco cibernético, que pode gerar perdas financeiras ou até danos reputacionais em razão de falhas em TI ou ataques maliciosos (Aldasoro; Gambacorta; Giudici; Leach, 2020, p. 2) (Comissão Europeia, 2018, p. 18).

Os riscos cibernéticos se associam a eventos, como falhas ou ataques, que podem ocorrer na estrutura de armazenamento, de modo a tornar vulneráveis os dados circulantes. Assim, percebe-se, em primeiro plano, um risco de lesão à privacidade dos titulares dos dados, mas também pode ser colocada em risco a própria confiabilidade do sistema. Ressalta-se que os riscos cibernéticos não se resumem aos ataques, configurados como as ações orientadas à determinado fim, mas podem se constituir como falhas, ou seja, as ocorrências fortuitas que afetam a estabilidade do aparato tecnológico, de armazenamento em nuvem ou da integridade dos suportes, que podem gerar interrupções momentâneas, perturbando o funcionamento das operações e podendo corromper as informações que circulam no ecossistema (Brasil. Banco

Central do Brasil, 2018, pp. 52-56) (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 23).

No mesmo contexto, as empresas, visando a obter acesso imediato à tecnologia e melhorar sua eficiência, socorrem-se de terceiros para a prestação de serviços, sejam estes relacionados à própria cadeia de valor, como por exemplo análise do risco a ser coberto, sejam relacionados à infraestrutura, como a computação em nuvem. De tal modo, a terceirização é outro componente de preocupação decorrente do uso de novas tecnologias e merece monitoramento contínuo e avaliação da adequação das ferramentas utilizadas, para mitigar riscos de concentração, operacionais e sistêmicos (Comissão Europeia, 2019, p. 44). Entretanto, apesar da possibilidade de terceirização, é possível que as entidades reguladas se mantenham como responsáveis pelo cumprimento de suas obrigações, não as transferindo aos terceiros contratados para oferecer serviços de infraestrutura. Nesse sentido, a Comissão Europeia exemplifica que no regulamento quadro de combate ao branqueamento de capitais, não cabe aos entes regulados a delegação de responsabilidade aos prestadores de serviços externos (Comissão Europeia, 2018, pp. 2-3).

Diante disso, é possível identificar que o *Open Insurance*, sobretudo em razão da utilização da tecnologia como pilar de sustentação de seu funcionamento e pela amplificação da circulação de dados, que carrega consigo os aspectos de privacidade dos titulares e o valor econômico de tais dados, pode gerar riscos de diversas naturezas. Assim, as salvaguardas necessárias aos riscos dependerão da formatação da sistemática, que pode variar de acordo com o tipo de dados circulantes, se pessoais ou não, da escolha dos participantes do ecossistema, se permite o acesso a terceiros ou não, das exigências de infraestrutura, dentre outros aspectos adotados pelos diferentes modelos nas diferentes jurisdições. Desse modo, em um contexto de análise abstrata do instituto, a enumeração de riscos só pode ser meramente indicativa, apesar de poderem ser destacados potenciais riscos gerais, como acima explicitado (European Insurance and Occupational Pensions Authority, 2021, p. 22).

3.4 Modelo brasileiro³².

Como visto até aqui, os chamados sistemas abertos possuem como característica fundamental o compartilhamento de dados de maneira padronizada, o que é feito geralmente por meio de APIs, que se configuram como uma interface ou um conjunto de regras que facilita a comunicação entre diferentes bases de dados. Contudo, a prática de trocar dados entre plataformas não é inovação ou exclusividade dos sistemas abertos, sendo uma abordagem utilizada antes mesmo da concepção estruturada desses sistemas, inclusive por empresas participantes do mercado de seguros brasileiro de forma individualizada, resultando em padronização limitada ao escopo específico daqueles que optam por compartilhar dados dentro de determinadas condições predefinidas.

Esse tipo de iniciativa segmentada tem por objetivo modernizar o atendimento, os serviços e os produtos, buscando liderança competitiva e inovação, características que estão interligadas. De fato, em razão da importância dos dados na sociedade atual, seu compartilhamento consentido tem o potencial de gerar efeitos benéficos tanto para os criadores, quanto para aqueles que consentiram e com reflexos positivos para a sociedade. Entretanto, o desenvolvimento particularizado de APIs pode limitar o crescimento criativo sugerido, ao deixar de beneficiar tanto os que consentiram com a exposição de dados, quanto a sociedade em geral, uma vez que o acesso será restrito às empresas pactuantes, o que pode estimular a concentração de poder econômico, além de não voltar a atenção à proteção de dados e do consumidor, tampouco cuidar da padronização da linguagem para viabilizar a partilha de dados com outros participantes.

Portanto, ao se confrontar as iniciativas de compartilhamento de dados entre empresas, fundadas em acordos privados, com o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que esses modelos cruzam em alguma medida as funções constitucionais do Estado no desenvolvimento da ordem econômica, que incluem atuar como agente normativo, fiscalizador, incentivador e planejador,

³² Algumas das ideias apresentadas neste tópico foram tratadas, sob outro enfoque, em artigo escrito em coautoria pela autora sob o título “*Open Insurance* e resolução de conflitos” (Gallo; Vieira, 2022).

baseado nos princípios da livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor e de tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (Brasil, 1988).

Assim, diante das previsões constitucionais e da legislação recente, a citar a denominada Lei da Liberdade Econômica, de 2019 (Brasil, 2019), a Lei Geral de Proteção de Dados, de 2018 (Brasil, 2018), e a Lei Complementar que institui o Marco Legal das *Startups*, de 2021 (Brasil, 2021), o Brasil adotou a criação de sistemas abertos, integrando-os ao ecossistema denominado *Open Finance*, que inclui iniciativas precursoras como o *Open Banking* e, mais recentemente, o *Open Insurance*.

Nesse contexto, vale destacar que, no ano de 2021, o Brasil ficou posicionado como o 17º colocado no cenário mundial de mercados de seguros, no que se refere à aferição do volume de prêmios totais, participando com 0,9% da totalidade de movimentações globais. Já em 2022, o Brasil se posicionou como 13º maior mercado, com 1,1% da representação global. Isso indica pouco mais de vinte por cento de crescimento do volume dos prêmios, aferido em dólar, e da parcela de participação no mercado global (Swiss Re Institute, 2023).

A partir da afirmação acima descrita, percebe-se o crescimento do mercado brasileiro de seguros no período indicado, o que é corroborado pela análise do supervisor (Brasil. Superintendência de Seguros Privados, 2022) (Brasil. Superintendência de Seguros Privados, 2023). Em que pese não esteja no escopo do trabalho identificar a causa do crescimento que impulsionou o ganho de quatro posições na classificação global, infere-se que, dentre outros fatores, a ampla revisão regulatória (Brasil, 2019), inclusive com a inserção de mecanismos inovadores, como o *Sandbox* regulatório (Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados, 2020), o *Open Insurance* (Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados, 2021) e o Sistema de Registro de Operações (Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados, 2020), implementada pelo ente normativo, pode ter contribuído para tal evolução.

Convém pontuar, ainda, que a Lei da Liberdade Econômica (Brasil, 2019) propôs um esvaziamento da interferência do Estado nas atividades econômicas, dando tom aos dispositivos constitucionais que tratam dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do livre exercício da atividade econômica e do papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. E, dando

cumprimento a essas diretrizes, a Presidência da República editou um Decreto, chamado vulgarmente de “revisão”, para revisar e consolidar todos os atos normativos inferiores a decreto editados por entidades da administração pública (Brasil, 2019).

É desse cenário que partiu o pacote de revisões regulatórias nos mais variados setores de atividades econômicas brasileiras e no qual se inserem as alterações adotadas no mercado de seguros, com vistas à flexibilização da regulação, para viabilizar a criação de produtos e serviços adequados às necessidades dos consumidores, o aprimoramento da concorrência leal entre as seguradoras e o encorajamento ao investimento e inovação, por haver maior clareza na regulação.

Os objetivos da alteração normativa relacionados à melhoria do atendimento ao consumidor, da concorrência, da transformação digital e da redução dos custos de transação também foram catalisadores da criação do *Open Insurance*. E, ainda que pareça antagônico ao propósito de diminuição da interferência do Estado brasileiro, traçado pelo legislador em 2019, de fato, as ideias não se opõem, mas se complementam, uma vez que a iniciativas de sistema aberto, após determinada e delineada pelos entes normativos estatais, conta com uma gestão compartilhada pelos participantes do mercado e, ao fim e ao cabo, amplia a liberdade de atuação das seguradoras, sejam elas incumbentes ou entrantes, na medida em que o mercado se expande com base na circulação de um maior volume de dados e em regras flexíveis.

Por fim, é relevante destacar que o sistema de compartilhamento, que funcionará atrelado às relações jurídicas securitárias, de previdência privada e capitalização, não implica em inovação legal, mesmo porque os entes estatais que conduziram sua implementação, o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, descritos e situados com maior clareza a seguir, não detêm competência legislativa. Assim, as normas que conferem sustentação jurídica ao *Open Insurance* encontram-se em conformidade com os princípios constitucionais que regem a ordem econômica e com os aspectos trazidos pelas inovações legislativas mencionadas anteriormente.

3.4.1 Arquitetura regulatória do sistema financeiro

A arquitetura regulatória do sistema financeiro brasileiro fundamenta a distribuição de responsabilidades entre os órgãos envolvidos com base nos setores econômicos e respectivas atividades. O Brasil segue o modelo de abordagem setorial, ao distribuir competências entre supervisores distintos para os mercados bancário, de seguros e de valores mobiliários.

O paradigma adotado apresenta como aspecto positivo a rastreabilidade dos arcabouços legislativos e regulatórios, conforme o setor tratado, já que cada um conta com requisitos específicos trazidos, inclusive, por instituições internacionais, como o Comitê de Basileia no que concerne à supervisão bancária. Além disso, o modelo setorial permite a especialização e a acumulação de conhecimento acerca das atividades desenvolvidas. Contudo, diante da falta de clareza nas fronteiras entre diferentes atividades do mercado, a exemplo da combinação entre atividades bancárias e de seguros, essa abordagem apresenta o risco de supervisão inadequada das complexas interações entre setores distintos (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2017, p. 11).

Convém pontuar a título ilustrativo que, em contraponto ao modelo setorial adotado pelo Brasil, a supervisão do sistema financeiro pode ser organizada de acordo com os diferentes objetivos e ferramentas políticas, como as supervisões microprudencial, macroprudencial e de conduta de mercado, e a resolução, mediante atribuição dos objetivos a autoridades distintas, mas de modo integrado no que se refere aos setores de banco, seguro e valores mobiliários. Isso porque o modelo setorial, embora visto como benéfico para especialização, pode apresentar problemas de coordenação e conformidade. Assim, a escolha entre as diferentes abordagens reflete a heterogeneidade dos objetivos da regulação financeira e os custos envolvidos quanto aos vários fatores, tais como impacto na conformidade, economias de escala, risco de captura (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2017, pp. 12-14).

O modelo brasileiro, fundado na distribuição setorial de responsabilidades, difere-se da tríade tradicional de supervisores, pois distribui as competências entre cinco entes, com o setor bancário e de valores mobiliários separado entre supervisores próprios, nos moldes tradicionais, mas com o

desdobramento do setor de seguros e pensões em três blocos distintos, em razão da separação de atribuições próprias ao setor geral de seguros e da inclusão de outros dois específicos para os seguros de assistência à saúde e para a previdência complementar fechada.

No que tange às atividades desenvolvidas no setor bancário, que envolve moeda, crédito, capital e câmbio, tem-se que os bancos e caixas econômicas, as cooperativas e crédito, as administradoras de consórcios, as corretoras e distribuidoras, além de outras instituições bancárias (Brasil, 1964), bem como as instituições de pagamento (Brasil, 2013) são supervisionadas pelo Banco Central do Brasil – BACEN -, conforme diretrizes gerais definidas pelo Conselho Monetário Nacional - CMN. Por sua vez, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM - disciplina e fiscaliza as atividades do setor que cuida da emissão, negociação, intermediação, distribuição, administração de carteiras, custódia, consultoria e análise de valores mobiliários no mercado, assim como a negociação e intermediação no mercado de derivativos, das bolsas de valores e das bolsas de mercadorias e futuros, conforme orientações do CMN (Brasil, 1976), sendo este também o ente normatizador de parâmetros gerais para o setor.

Já no que diz respeito às atividades de seguros e pensões, como visto, a estrutura se desdobra em órgãos específicos de normatização e supervisão. Nos segmentos de seguros privados, de previdência complementar aberta³³ e de capitalização³⁴, as diretrizes gerais são normatizadas pelo Conselho de Seguros Privados – CNSP - e compete à Superintendência de Seguros Privados a regulação e supervisão do setor que engloba as seguradoras e resseguradoras, as entidades de previdência complementar aberta e as sociedades de capitalização (Brasil, 1966) (Brasil, 1967) (Brasil, 2001). De outro lado, o segmento de previdência complementar fechada tem como órgão normativo o

³³ Previdência complementar aberta é o plano de reforma (aposentadoria) ou pensão, que aceita a participação do público em geral. Diferencia-se da previdência complementar fechada, que o participante deve contar com vinculação específica como ser funcionário de determinada empresa, servidor público ou integrante de associação ou entidade de classe. O Regime de Previdência Complementar brasileiro encontra previsão na Constituição da República Federativa do Brasil, art. 202, e é disciplinado pelas Leis Complementares à Constituição nº 108 e nº 109, ambas de 2001.

³⁴ Espécie de contrato de depósito que permite ao depositante concorrer a prêmios e cujas sociedades ofertantes dos títulos de capitalização encontram-se disciplinadas no Brasil pelo Decreto-lei nº 261, de 1967.

Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC - e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC – como supervisor (Brasil, 2001).

Vale ainda ressaltar que os seguros privados de assistência à saúde, por serem entendidos como portadores de características que os diferenciam de atividades exclusivamente financeiras, subordinam-se às normas e à regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Brasil, 1998).

Diante desse cenário, o CNSP, como órgão normatizador, cujas orientações constituem-se em diretrizes gerais, e a SUSEP, como órgão fiscalizador e regulador das especificidades do funcionamento do mercado de seguros, previdência complementar aberta e capitalização, instituíram no ordenamento brasileiro, no ano de 2021, o Sistema de Seguros Abertos (*Open Insurance*), por meio da edição da Resolução CNSP nº 415, de 20 de julho de 2021, e da Circular SUSEP nº 635, de 20 de julho de 2021, que serão analisadas, naquilo que pertinente, no próximo tópico.

Após o início da implementação do sistema, em meados de 2022, alinhamento entre CMN, BACEN, CNSP e SUSEP estabeleceu a interoperabilidade entre os participantes dos sistemas *Open Banking*³⁵ (Brasil. Conselho Monetário Nacional. Banco Central do Brasil, 2020) e *Open Insurance*, no chamado *Open Finance* (Brasil. Banco Central do Brasil. Superintendência de Seguros Privados, 2022).

3.4.2 Normativos vigentes e características do modelo

Em julho de 2021, após processo de amadurecimento normativo, com amplo debate com o setor envolvido, o CNSP editou a Resolução nº 415, que estabelece as diretrizes para a implementação do Sistema de Seguros Aberto (*Open Insurance*) pelas sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar e sociedades de capitalização, inclusive aquelas que

³⁵ Na oportunidade de definição da interoperabilidade com o *Open Insurance*, o *Open Banking* brasileiro já havia passado por alteração de sua denominação para *Open Finance*, para poder alcançar produtos financeiros de modo amplo. Todavia, para fins de estudo e para boa compreensão do cenário existente, optou-se por utilizar o termo inicial, “*Open Banking*”, adotado no momento da implantação do projeto, para melhor delimitar o setor efetivamente abrangido na oportunidade. Registra-se que desde a formatação das sistemáticas de banco e seguros abertos, os órgãos já tratavam da perspectiva de interoperabilidade futura.

se encontrem no ambiente de *Sandbox* regulatório da SUSEP³⁶. O objetivo é promover o compartilhamento padronizado de dados e serviços³⁷, mediante abertura e integração de sistemas no setor normatizado pelo CNSP.

De modo aproximado ao modelo proposto pelas CMA, FCA e demais autoridades britânicas na determinação de definição de um padrão *Open Banking* pelos nove maiores bancos da Inglaterra e Irlanda do Norte (Competition and Markets Authority, 2017), a participação no ecossistema do modelo brasileiro também é obrigatória para as empresas de maior porte, assim definidas por categorização do regulador, e voluntária para as menores ou em regime de *Sandbox*. Essas últimas, uma vez manifestada a intenção em participar do *Open Insurance*, passam a ter os mesmos direitos e obrigações das que contam com participação compulsória.

De outro lado, permite-se o ingresso no ecossistema de compartilhamento de dados, além das sociedades integrantes do setor supervisionado, também entidades terceiras, não integrantes do grupo de supervisionadas, mas credenciadas pela SUSEP, que processam ordens dos clientes interessados em adquirir produtos do mercado, as denominadas sociedades processadoras de ordens, que devem ter como objeto social exclusivo a referida atividade. Esse serviço de processamento de ordens encontra-se relacionado às atividades de agregação de dados, elaboração de painéis de informação e controle – *dashboards* -, transmissão de ordem dada pelo cliente para iniciação de movimentações como a contratação de produtos, o resgate ou a portabilidade de planos de previdência, os avisos de sinistro, dentre outras. Ressalta-se que, de acordo com o normativo brasileiro, tais sociedades somente poderão efetuar operações mediante consentimento expresso dos clientes e sem que retenham recursos pagos ou recebidos em nome deles, ressalvada a remuneração pelo próprio serviço prestado.

³⁶ *Sandbox* regulatório é um ambiente controlado e facilitador, especialmente estabelecido pelas autoridades reguladoras, onde as empresas têm a liberdade de experimentar e inovar em produtos, serviços ou modelos de negócios. Dentro deste espaço seguro, as empresas podem conduzir testes de suas inovações sem se sujeitar de imediato a todas as regulamentações que se aplicariam normalmente à atividade em questão. O modelo de *Sandbox* regulatório do setor de seguros brasileiro foi implementado pela Resolução CNSP N° 381, de 04 de março de 2020. (Financial Conduct Authority 2015, 2) (Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados, 2020).

³⁷ Refere-se ao compartilhamento de dados para prestação de serviços de iniciação de movimentação (Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados, 2021).

Como visto anteriormente, a opção por permitir a participação de terceiros não supervisionados é uma decisão do regulador e que conta com inspiração no modelo de admissão de prestadores de serviço de iniciação de pagamento da DSP2 e do *Open Banking* do Reino Unido. Aparentemente, o intuito do regulador é o de potencializar a introdução de inovações por participantes externos ao mercado que têm o potencial de trazer soluções relacionadas a ele, em modelos de negócios distintos, sem que isso os transforme em entes supervisionados, mas com a segurança proporcionada pelo credenciamento das sociedades interessadas em atuarem no ecossistema, nos exatos moldes traçados pelo regulador, que conta com o poder extremo de eventual descredenciamento, em caso de conduta inadequada.

Registra-se que, diferentemente do normativo europeu que trata dos prestadores de serviços de iniciação de pagamento – DSP2 -, cuja orientação traz a exigência de subscrição de um seguro de responsabilidade civil para o funcionamento dessas empresas, quando desenvolverem exclusivamente tais atividades e em razão dos riscos atrelados à operação, o normativo brasileiro delega à SUSEP a definição dos requisitos exigíveis das sociedades processadoras de ordem do cliente, inclusive no que se refere à capacidade financeira e ao desenho de segurança cibernética. De fato, os incidentes de segurança, que possam vir a lesar os clientes, exigem mecanismos de prevenção e de responsabilização em caso de materialização de danos. E, nesse sentido, o modelo brasileiro parece direcionar à busca pela reparação dos eventuais lesados, com base na saúde financeira da empresa credenciada.

O normativo, ao anunciar os princípios norteadores das atividades a serem desenvolvidas no *Open Insurance*, destaca a relevância do tratamento não discriminatório ao lado da segurança, qualidade e privacidade dos dados. E, ainda no rol de princípios, aponta para a reciprocidade do compartilhamento de dados entre as empresas participantes.

Ademais, o regulador brasileiro elencou expressamente os objetivos pretendidos com a sistemática, com destaque para a centralidade do cliente, que deve ser o principal beneficiado, sobretudo porque o *Open Insurance* tenciona tornar o compartilhamento padronizado, preciso, conveniente, ágil e seguro para os titulares dos dados, e também promover a cidadania por meio da inclusão financeira. São descritos ainda, como objetivos, a promoção da inovação, da

eficiência do mercado e da concorrência, que não destoam das justificativas da regulação apontadas no capítulo 2, além da interoperabilidade com o *Open Finance*, novidade trazida em alterações do normativo no ano de 2022.

No que se referem aos dados que circularão no ambiente, o CNSP delimitou um escopo mínimo de compartilhamento obrigatório, cujo detalhamento ficou a cargo da SUSEP. Tal escopo abrange os dados abertos de seguros, que dizem respeito aos canais de atendimento e às características dos produtos, e os dados pessoais de seguros, atinentes aos detalhes do cadastro dos clientes, incluindo os dados públicos e excetuados aqueles sensíveis³⁸ e os escores³⁹ de perfil e comportamento. Incluem-se nos dados pessoais de seguros também os referentes às movimentações e às apólices, bilhetes e outros instrumentos da contratação.

Esse escopo mínimo, ou seja, o conjunto mínimo de dados a serem obrigatoriamente compartilhados por todos os participantes, pode ser ampliado por proposta das entidades participantes. Desse modo, a regulamentação do *Open Insurance*, por parte do ente estatal, delinea a estrutura básica de compartilhamento, ao padronizar e determinar a circulação dos dados. Contudo, após induzido o comportamento dos participantes do mercado pelo regulador, com a determinação de compartilhamento obrigatório, aqueles podem vislumbrar benefícios na ampliação do escopo de dados e definir, por vontade própria, quais serão as novas informações intercambiáveis com o consentimento dos clientes.

Como abordado em tópicos anteriores, deste capítulo e do capítulo 2, a possibilidade de utilização de padrões discriminatórios de consumidores, desenvolvidos a partir de inferências construídas com base em perfis e comportamentos, mostra-se como um risco atrelado à circulação de dados. Diante disso, ao se excepcionar do escopo do compartilhamento tanto os dados

³⁸ Definidos no art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira como aqueles relacionados à intimidade e à vida privada, tais como as convicções religiosas, origem racial ou étnica, questões atinentes à saúde, à genética ou à vida sexual, dentre outros relacionados aos indivíduos. Previsão semelhante, denominada de categorias especiais de dados pessoais, encontra-se descrita no art. 9º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados europeu.

³⁹ Escore é um método, construído com base em modelos estatísticos, que leva em consideração diversas variáveis e se materializa com a atribuição de pontuação a um determinado consumidor. No Brasil, encontra sustento no art. 43 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e nos arts. 5º, 6º, 7º e 7º-A da Lei nº 12.414/2011 e na Súmula nº 550, do Superior Tribunal de Justiça.

sensíveis, quanto as pontuações de consumidores, pretende-se minimizar a possibilidade de incidência de práticas discriminatórias.

Além disso, sob o ponto de vista das empresas do setor, a elaboração de escores dos consumidores podem conter elementos de segredo industrial, pois as informações produzidas podem gerar vantagens competitivas e inovação. Diante disso, as empresas não pretendem publicizar os métodos baseados em algoritmos e técnicas particulares de avaliação de risco para o estabelecimento dessas pontuações. Desse modo, o normativo brasileiro, ao excluir os resultados dessas análises do compartilhamento e deixar em circulação apenas os dados brutos coletados, também se alia ao anseio das seguradoras de preservarem suas criações.

No que se diz respeito ao consentimento do cliente, o normativo exige que se refira a finalidades determinadas, que contenha prazo de validade e que discrimine os sujeitos envolvidos, os dados e os serviços que serão objeto de compartilhamento. Para a devida proteção do cliente, o consentimento deverá ser expresso, sendo vedados contratos de adesão ou formulários previamente preenchidos com aceite. Além disso, as sociedades deverão assegurar a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer tempo, sendo vedada a proposta de revogação pelas empresas, exceto nos casos de fraude identificada.

Como especificado anteriormente, embora o regulador tenha determinado o compartilhamento, estabelecido seus participantes e definido um escopo mínimo de dados, a implementação do sistema será conduzida pelas próprias sociedades participantes, seguindo um processo faseado, sequencial, que envolve a determinação de compartilhamento de dados em etapas distintas. A operação da sistemática teve início em 2021, com a divulgação de dados abertos, que incluem informações sobre canais de atendimento e produtos. Na etapa seguinte, em 2023, houve o compartilhamento dos dados pessoais de seguros, abrangendo informações relacionadas ao cadastro dos clientes e suas movimentações. Por fim, até 2024, o sistema passará a incluir o compartilhamento de serviços de iniciação de movimentação, que englobam os procedimentos iniciais associados à contratação dos produtos.

O arcabouço do compartilhamento, gerido pelas sociedades participantes, é sustentado por uma estrutura de governança, que define, além dos direitos e

obrigações dos participantes e os aspectos relativos ao ressarcimento de despesas de operação de modo equitativo entre as entidades, também os procedimentos operacionais e padrões tecnológicos, com detalhamento de elementos essenciais ao funcionamento da sistemática, tais como o formato para a troca de dados, os canais de encaminhamento de demandas pelos clientes, bem como os mecanismos para resolução de disputas.

Pois bem. Até aqui, foram descritas e analisadas as diretrizes para a implementação do Sistema de Seguros Aberto estabelecidas pelo CNSP na Resolução nº 415, de 2021. Contudo, com base nessas linhas gerais, a SUSEP apresentou o detalhamento da regulamentação, com a edição da Circular SUSEP nº 635, também em 2021. Esse normativo da SUSEP discrimina a estrutura inicial responsável pela materialização do sistema, composta pelas sociedades participantes, e os prazos intermediários das fases de implantação.

Além disso, a circular imputa à própria SUSEP a responsabilidade pela definição dos pormenores dos requisitos técnicos e dos procedimentos operacionais para o funcionamento da sistemática, por meio da elaboração de manuais atinentes ao modelo de APIs, aos serviços prestados pela estrutura de governança do *Open Insurance*, aos requisitos de segurança e à experiência do cliente. E, por fim, a circular traz em seu último anexo a especificação do escopo mínimo de dados, com o detalhamento dos elementos imprescindíveis de cada uma das espécies de dados a serem compartilhados.

Após a edição dos normativos do CNSP e da SUSEP, em 2021, duas revisões se sucederam, nos anos de 2022 e de 2023, com alterações voltadas ao ajuste temporal dos prazos de implementação, inclusive aqueles referentes ao funcionamento da estrutura definitiva de governança em substituição à estrutura inicial, responsável pelo estabelecimento das bases de operação do sistema. A data da conversão das estruturas foi inicialmente definida para 2022 e, atualmente, encontra-se postergada para 2024.

Ademais, as revisões buscaram delinear adequações à nova realidade advinda do sistema *Open Finance*, em que se definiu a interoperabilidade não apenas com o *Open Banking*, como inicialmente previsto, mas com o ambiente mais amplo do *Open Finance*, posteriormente inaugurado. Foram também inseridas alterações pontuais, referentes a aspectos particulares, a exemplo da exclusão do sistema de empresas que comercializam os seguros de grandes

riscos, por se tratar de mercado limitado e específico, que não se amoldaria aos objetivos da implantação do *Open Insurance*, ou da exclusão do compartilhamento dos dados de registros feitos por dispositivos eletrônicos utilizados pelo cliente, de modo conectado ou embarcado, em razão da preocupação das seguradoras sobre o segredo industrial que estaria atrelado à interpretação de tais dados, embora haja riscos mais relevantes referentes à privacidade dos usuários. Além disso, houve nova formulação do desenho das entidades terceiras participantes da sistemática, ou seja, aquelas que não se incluem entre as supervisionadas, pois a concepção inicial não se acomodava integralmente aos anseios dos atores do mercado, como se verá a seguir.

3.4.3 Análise e perspectivas do *Open Insurance* no Brasil

Ao passo que o *Open Insurance* representa uma oportunidade para terceiros inovadores, como as *insurtechs* e as *big techs*, as parcerias estratégicas e a relação deles com as seguradoras tradicionais podem trazer novos contornos para a dinâmica competitiva e para a evolução do setor. Para esses terceiros, incluindo intermediários, o sistema de seguros aberto oferece benefícios potenciais, permitindo a oferta de produtos e preços personalizados para sua própria base de clientes. Essas ofertas podem ser fundamentadas em uma análise detalhada de riscos ou em processos de interação e conformidade mais eficientes, especialmente se forem baseadas em padrões de troca de dados com as seguradoras. Ressalta-se que as seguradoras consolidadas frequentemente carecem das capacidades necessárias para aproveitar as oportunidades compartilhamento de dados e, por tal razão, as parcerias com as sociedades terceiras assumem relevância, emergindo como uma fonte de vantagem competitiva no setor de seguros (Standaert; Muylle, 2022, pp. 660-661).

Diante desse cenário, a Resolução CNSP nº 415, de 2021, trazia a previsão de participação no *Open Insurance* das chamadas sociedades iniciadoras de serviço de seguro⁴⁰, que como representantes dos clientes

⁴⁰ IX - sociedade iniciadora de serviço de seguro: sociedade anônima, credenciada pela Susep como participante do *Open Insurance*, que provê serviço de agregação de dados, painéis de informação e controle (*dashboards*) ou, como representante do cliente, com consentimento dado

poderiam prestar serviços de iniciação de movimentação e, para que pudessem ser credenciadas pela SUSEP como participantes do sistema de seguros aberto, deveriam se enquadrar como instituição financeira iniciadora de transação de pagamento, conforme as regras do *Open Banking* ou ter como objeto social exclusivo o serviço de iniciação de movimentação do *Open Insurance*.

A revisão dessa regulamentação, ocorrida por meio da Resolução CNSP nº 450, de 18 de outubro de 2022, trouxe a alteração da nomenclatura dos terceiros participantes do sistema de seguros aberto, que eram denominados de sociedades iniciadoras de serviço de seguro e passaram para sociedades processadoras de ordem do cliente⁴¹ e que deixaram de ser descritas como aquelas que prestam serviços de iniciação de movimentação e passaram a ser aquelas que desenvolvem meras atividades de execução de meio de transmissão da ordem dada pelo cliente para os serviços de iniciação de movimentação, ou seja, ao que parece, deixam de iniciar os serviços de seguro e passam apenas à função de operacionalizar o meio para tal desiderato.

Nesse mesmo contexto, o normativo deixou de prever a função de representação do cliente, o que induz à conclusão de que tais sociedades não podem iniciar os serviços de seguro em nome deles. Veja-se que a previsão inicial de representação do cliente na iniciação do serviço, por seus exatos termos, poderia incidir em toda a cadeia de valor dos seguros, encetando atividades variadas, inclusive as relacionadas à execução do contrato, como aquelas que se conectam à indenização ou à regulação de eventual sinistro.

É conveniente ressaltar que a presença de entidades não supervisionadas oferecendo serviços em várias etapas da cadeia de valor do seguro não representa uma novidade no cenário dos mercados de seguros, previdência complementar aberta e capitalização, pois as próprias seguradoras supervisionadas fazem uso desses serviços. O que se via no normativo era a

por ele, presta serviços de iniciação de movimentação, sem deter em momento algum os recursos pagos pelo cliente, à exceção de eventual remuneração pelo serviço, ou por ele recebidos.

⁴¹ IX - sociedade processadora de ordem do cliente: sociedade anônima, credenciada pela Susep como participante do *Open Insurance*, que provê serviço de agregação e compartilhamento de dados, painéis de informação e controle (*dashboards*), exclusivamente através do consentimento dado pelo cliente, ou exerce a função de meio de transmissão da ordem dada pelo cliente para serviços de iniciação de movimentação, sem deter em momento algum os recursos pagos pelo cliente ou por ele recebidos, à exceção de eventual remuneração pelo serviço; (Inciso alterado pela Resolução CNSP nº 450/2022).

tentativa do regulador de dar segurança aos consumidores no compartilhamento de seus dados por sociedades que orbitam as atividades usuais do mercado de seguros, proporcionando também a inovação em tais serviços.

Contudo, para bem compreender o contexto das revisões do normativo, convém referir que o corpo de gestores da SUSEP, poucos meses após o lançamento da iniciativa, foi integralmente alterado e propôs a modificação da norma do CNSP, com fundamento na tese de que a Resolução que dispôs sobre a implementação do *Open Insurance* estava a criar um novo tipo de entidade⁴², as sociedades iniciadoras de serviço de seguro, por órgão sem competência para tanto, pois, no seu entender, seria matéria restrita à lei complementar, já que as atividades a serem desenvolvidas seriam análogas as de corretores de seguros⁴³, cuja configuração encontra-se descrita em norma com tal hierarquia.

Primeiramente, a Resolução do CNSP, ao permitir que entidades terceiras participem do ambiente *Open Insurance* não está a criar um novo tipo de entidade, pois são entidades já existentes, que devem ter estrutura de sociedade anônima, espécie com extensa regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, e que muitas das atividades, como visto anteriormente, já se encontram em operação no mercado de seguros. O que se pretendia com a Resolução nº 415, de 2021, era trazer segurança para as operações que abrangessem o compartilhamento de dados, porque o Estado, ao definir a necessidade de credenciamento junto à SUSEP e de preenchimento de uma série de requisitos, como segurança cibernética, capacidade financeira e governança, passaria a ter mais ferramentas de controle sobre as empresas parceiras que já são utilizadas pelas seguradoras.

⁴² Voto eletrônico nº 32/2022/DIR3, do Conselho Diretor da SUSEP, que aprova minuta de Resolução CNSP, que altera a Resolução CNSP nº 415, de 20 de julho de 2021, e decide encaminhar a proposta para apreciação do Conselho Nacional de Seguros Privados (Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/26680>). Destaca-se que os argumentos que se encontram referidos no voto como sendo os defendidos pela Procuradoria Federal da Advocacia-Geral da União, em razão do Parecer n. 00016/2022/GABIN/PFE-SUSEP-SEDE/PGF/AGU, são dissonantes do que até então havia sido manifestado pela Procuradoria Federal, mas estão em perfeito alinhamento aos trazidos pelos representantes das seguradoras e dos corretores de seguros, quando da construção do regimento do *Open Insurance*, conforme comunicações recebidas pela SUSEP, a exemplo do Ofício CNSeg PRESI nº 084/2021 (disponível na rede interna do órgão).

⁴³ O Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que foi recepcionado pela Constituição Federal brasileira com força de Lei complementar, define o corretor de seguros em seu art. 122: “O corretor de seguros, pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as Sociedades Seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado.”

Embora as seguradoras e os corretores de seguros tenham demonstrado preocupação com as sociedades iniciadoras de serviços de seguro, o propósito do regulador não foi o de criar novas figuras, mas o de trazer balizas para que aqueles que queiram se utilizar do compartilhamento de dados oriundos das relações securitárias possam fazê-lo com segurança ao consumidor, em alinhamento com o que prevê o Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados brasileiro⁴⁴. Nota-se que a previsão da Resolução do CNSP sobre requisitos de segurança cibernética e capacidade financeira reforçam esse propósito. Além disso, o fato de ser exigido que tais empresas tenham por atividade exclusiva a de iniciação de serviços denota a preocupação de evitar a agregação de dados captados pelas empresas em outro contexto de atividades, o que poderia materializar um risco de grande desequilíbrio da concorrência e de discriminação algorítmica, caso as chamadas *big techs* pudessem utilizar dados oriundos de suas variadas atividades nas operações como eventuais terceiros, o que foi vedado pela norma.

Nesse ponto, cabe uma derradeira reflexão acerca da limitação da liberdade empresarial das sociedades terceiras que queiram participar do compartilhamento de dados no mercado de seguros brasileiro. A exigência de requisitos de funcionamento e de credenciamento junto à SUSEP se justificam não apenas pelo interesse em viabilizar a inovação, mas sobretudo pelo interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguros na proteção de dados.

O segundo aspecto a ser considerado é que as atividades das sociedades iniciadoras não se configuravam como funções análogas às de corretagem, que têm como cerne a intermediação do contrato de seguro, isto é, a ligação entre as vontades dos que pretendem contratar. A iniciação de serviços de seguros contava com definição ampla, de modo a não limitar os novos formatos de serviços ou os novos modelos de negócios, já que, juridicamente, os fatos e o mercado evoluem e podem surgir novas formas de prestação de serviços, que não apenas aquelas previstas pela regulação. Ademais, a representação mencionada no texto da Resolução CNSP nº 415, de 2021, não guarda relação

⁴⁴ Art 2º O contrôlo do Estado se exercerá pelos órgãos instituídos neste Decreto-lei, no interêsse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro.

com o serviço de intermediação de contratos de seguro, pois se restringe ao agir em nome e mediante consentimento do cliente.

A descrição inicial da Resolução sobre a participação de terceiros, materializava-se nos serviços de iniciação, que não incidiam diretamente nas relações jurídicas securitárias, de previdência privada ou capitalização, mas na facilitação delas. Importante repisar que tais serviços poderiam ser providenciados por qualquer outra sociedade fora do sistema de seguros aberto, uma vez que as atividades por elas desenvolvidas não são exclusivas do mercado segurador. O regulador tomou a iniciativa de incluir esse tipo de serviço no sistema para proporcionar dinamismo, inovação e uma fiscalização mais próxima das atividades realizadas, o que é crucial para garantir a supervisão adequada.

Destaca-se, ainda, que os requisitos de segurança delineados para operação no *Open Insurance* das sociedades terceiras não se assemelham aos requisitos exigidos dos corretores de seguros para o desenvolvimento de suas atividades de intermediação, fato que corrobora a distinção das atividades. Entretanto, a alteração do normativo do CNSP ocorrida em 2022, traz a previsão de que as sociedades processadoras de ordem dos clientes podem ser uma corretora de seguros, constituída como pessoa jurídica.

Em adição, explicita-se que a lei que regulamenta a profissão de corretor de seguros no Brasil⁴⁵, trata da recepção de propostas de contratos de seguros pelas seguradoras por meio de um corretor de seguros devidamente habilitado ou diretamente dos proponentes, que serão os titulares da contratação, ou de seus legítimos representantes. A ideia trazida na primeira redação da Resolução que implementou o *Open Insurance*, foi a de que as sociedades iniciadoras agiriam como representante do cliente em serviços relacionados a seguros, mediante o consentimento manifestado de maneira segura, inequívoca e expressa. Assim, não destoam da previsão legal que regulamenta a corretagem a possibilidade de existirem propostas encaminhadas por legítimos representantes dos proponentes, o que não se confunde com a intermediação realizada por corretores de seguros.

⁴⁵ Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964, Art. 18. As sociedades de seguros somente poderão receber proposta de contrato de seguros: a) por intermédio de corretor de seguros devidamente habilitado; b) diretamente dos proponentes ou seus legítimos representantes.

Ao se aprofundar no detalhamento dos aspectos técnicos de circulação de dados com a participação dessas entidades terceiras, vale destacar que nos sistemas *Open*, podem ser observadas duas modalidades de acesso aos dados do cliente, uma primeira para leitura (*read access*) e uma segunda para escrita (*write access*). O acesso para leitura destina-se exclusivamente à consulta dos dados, enquanto o acesso para escrita permite que terceiros realizem modificações nos dados do consumidor. No universo do *Open Banking*, o serviço de iniciação de pagamento envolve o compartilhamento de dados que possibilita a escrita, assim, os terceiros, como as *fintechs*, acessam a conta bancária do cliente para efetuar transações, atuando sobre os dados transacionais do consumidor. Além disso, essas instituições também têm a capacidade de agregar dados e criar *dashboards* personalizados para os clientes, uma funcionalidade que também foi prevista para as demais sociedades participantes, tanto no âmbito do *Open Banking* quanto do *Open Insurance*.

Isso tudo confirma que a iniciação dos serviços de seguro não se confundiria com as atividades de corretagem, que foi o argumento construído para direcionar a alteração da Resolução inaugural do *Open Insurance*, que culminou com introdução das sociedades processadoras de ordem do cliente, no lugar das iniciadoras de serviços, com um desenho de atividades restrito à função de meio de transmissão da ordem dada pelos clientes para serviços de iniciação de movimentação, o que parece limitar as perspectivas antes propostas para a participação de terceiros no sistema de seguros aberto, com aparente conformação aos anseios dos corretores de seguros e das sociedades incumbentes, que demonstraram preocupação com os novos serviços baseados em dados. Diante disso, perde a sociedade brasileira, já que o mercado de seguros, que teria potencial de crescimento com inovações em serviços facilitadores, seguirá um pouco mais contido, com a alteração regulatória introduzida em 2022.

Vale aqui uma última e breve nota sobre o assunto, a troca da gestão do órgão propositor das alterações regulatórias brasileiras se deu em um contexto de ausência de mandato fixo de seus dirigentes, o que é imperativo nas agências reguladoras brasileiras, mas que não se aplica à Superintendência de Seguros Privados, onde a qualquer momento pode ocorrer a exoneração dos ocupantes dos cargos de direção, inclusive, de forma alinhada aos interesses do mercado.

Os rumos que vêm sendo dados à implementação do *Open Insurance* brasileiro parecem se voltar para a tentativa de conciliar o ritmo de expansão da sistemática, cuja governança se dá pela estrutura gerida e mantida pelas próprias empresas supervisionadas, sob a orientação do regulador e supervisor, com o interesse de utilização do compartilhamento de dados pelos clientes. Por tal razão, têm sido frequentes as alterações dos normativos regulamentadores da sistemática, sobretudo para trazer a postergação dos prazos de início das fases de operação. Além disso, as revisões buscam balizar o escopo de dados, que se encontram definidos por normativos da SUSEP, órgão que é mais próximo das empresas e conta com a capacidade de melhor perceber a realidade dos fatos. Essa atribuição da SUSEP, de adaptação do escopo do compartilhamento às possibilidades dos envolvidos e com atenção aos riscos potencialmente encontrados, não deve se afastar da perspectiva de manutenção de um escopo mínimo de dados que seja efetivamente útil aos objetivos do sistema de seguros aberto.

Contudo, da descrição do ocorrido no caso das sociedades iniciadoras de serviços de seguro, percebe-se que há que se estar atento à manifestação de influência dos grupos que já detém o poder econômico e que, ao perceberem como ameaça a abertura de espaço para novos participantes que possam vir a oferecer serviços baseados no uso de dados, procurem limitar sua introdução, com flagrante desvirtuamento da atividade regulatória, consoante a teoria da captura da escolha pública (Stigler, 1971, p. 5), em que se manipula a decisão de base coletiva direcionando-a ao interesse de determinado grupo que se encontra no poder, ou seja, serve aos interesses dos regulados e não daqueles em razão de quem foi criada a regulação, notadamente os consumidores.

Essa situação não parece ser exclusividade brasileira, pois alguns especialistas apontam que seguradoras influentes em outras jurisdições estão resistindo ao avanço do *Open Insurance*, o que vem sendo evidenciado por esforços para bloquear padrões de troca de dados. Aparentemente, os atores do mercado vivem um paradoxo, onde todos desejam obter dados, mas relutam em compartilhar os seus. Entretanto, parece haver consenso de que a regulação pode funcionar como possível impulsionadora do sistema de seguros aberto, enquanto persiste uma notável inércia no setor, que poderia se direcionar ao ganho de eficiência relacionado ao processamento de dados, em que os

principais beneficiários seriam os clientes, com a construção de uma experiência integrada em torno deles para cada produto e cuja verdadeira vantagem poderia residir na satisfação e fidelização de tais clientes. (Standaert; Muylle, 2022, pp. 660-661).

Os fatos descritos levam à conclusão de que sem a intervenção regulatória dificilmente seria implementado o sistema de seguros aberto no Brasil, pois parece flagrante a resistência dos atores já estabelecidos no mercado. Além disso, ainda que houvesse iniciativas pontuais entre as empresas, não haveria o imperativo de padronização dos protocolos que viabilizam a interoperabilidade e poderia ocorrer de as empresas utilizarem padrões que não são comunicáveis entre outros grupos ou com os demais participantes do setor financeiro, e, como visto, a interoperabilidade com *Open Finance*, definida pelo regulador, viabiliza esse intercâmbio. Do mesmo modo, sem a uniformização por parte do regulador, as relações entre as empresas para fins de compartilhamento de dados poderiam sinalizar acordos anticompetitivos, com prejuízo das não participantes da troca de dados. Outro aspecto que poderia tornar lenta a absorção dos benefícios do *Open Insurance* seria, dentro de um universo de comando exclusivo das empresas, a delimitação de um escopo de dados muito restrito, que não traria os benefícios esperados da sistemática, por não viabilizar o aprimoramento dos produtos de seguro, previdência privada ou capitalização.

Por fim, do ponto de vista do supervisor, é relevante observar que o *Open Insurance* brasileiro proporciona oportunidades para novas formas de supervisão, à medida que o ente estatal está muito próximo da implantação da sistemática e também tem acesso aos dados das operações realizadas. Não é demais lembrar que o avanço tecnológico no âmbito do mercado de seguros e previdência já demanda melhorias na atividade de supervisão. É o que se percebe, por exemplo, do uso de algoritmos para aprimorar produtos e serviços, que podem gerar riscos aos consumidores, o que torna fundamental que o supervisor não apenas esteja próximo das atividades de compartilhamento, como conte com ferramentas ágeis de monitoramento, em tempo real, e capacitação adequada para identificação dos possíveis vieses no processamento de informações e avaliação da conformidade das relações jurídicas estabelecidas com o ordenamento jurídico vigente (Gallo; Vieira, 2022).

CONCLUSÃO

De todo o exposto, é relevante traçar uma linha de raciocínio conclusivo que tenha como início o fato de os dados serem atualmente considerados como uma matéria-prima necessária aos processos produtivos e, de tal modo, configurarem-se como fonte de riqueza.

Os dados são cada vez mais abundantes, pois a tecnologia impulsiona sua captação e utilização, e se caracterizam por reduzirem a incerteza, ao passo que reduzem as assimetrias informacionais e aprimoram a tomada de decisão nos processos produtivos. Com isso, demonstram potencial de servir como fontes de inovação, impulsionar o crescimento dos mercados e aumentar a lucratividade.

De outro lado, os mercados que se nutrem dos dados também beneficiam os consumidores, pois permitem melhorar sua experiência como usuários, encontrar produtos e serviços que atendam melhor às suas necessidades, tudo isso potencialmente a preços mais acessíveis, seja em razão da ampliação da concorrência, seja em razão da diminuição dos custos do processo produtivo que pode se beneficiar da redução de assimetrias.

Além disso, os dados são úteis para os reguladores e supervisores, ajudando-os a avaliar aspectos de solvência, situação financeira e conformidade das empresas. Em suma, os dados são ativos valiosos que impulsionam a eficiência, inovação e transparência nos mercados.

Quando os dados são relacionados com aspectos da vida privada, demandam proteção da privacidade. Tal proteção pode ser conferida por regras de propriedade ou de responsabilidade ou de uma combinação de ambos. No caso em análise, referente à circulação de dados em contexto de mercado, parece adequada a adoção das regras de propriedade, com o estabelecimento *ex ante* dos custos de violação da privacidade, o que redundaria em custos de transação mais baixos e se conecta à medida particular de privacidade de cada indivíduo, que poderá escolher se autoriza ou não a circulação de seus dados. E, ainda, em caso de utilização dos dados em desconformidade com a autorização, caberá a combinação para aplicação de regras de responsabilidade, com a fixação *ex post* dos custos da violação, inclusive por um terceiro, o Estado.

Nesse cenário, os dados, que são abundantes em sua existência, podem ter sua circulação limitada por necessidade de preservação da privacidade do e pelo usuário ou por estratégia das empresas, por se tratar de insumo essencial ao processo produtivo, cuja retenção pelas empresas tem por objetivo o fortalecimento de seu poder no mercado ao incrementar sua parcela de influência. É importante destacar, no entanto, que a estratégia individual de retenção de dados – seja pelo cliente ou pelas empresas - pode representar uma opção inferior se comparada à estratégia de compartilhamento, que visa a maximização da utilidade coletiva.

Assim, dentro de um panorama amplo, o sistema de *Open Insurance* para compartilhamento obrigatório dos dados, pelas empresas participantes do mercado de seguros e com a anuência do consumidor a quem se referem, atuaria como um mecanismo regulatório para minimizar a concentração de poder de mercado. Destaca-se que dificilmente o mercado se movimentaria espontaneamente nesse sentido, o que se infere do processo de edificação do modelo brasileiro. A implementação de um modelo de compartilhamento de dados, viabilizado e impulsionado pela ação estatal, tem o potencial de distribuir a riqueza dos dados entre um maior número de participantes, com o potencial de ampliar o mercado e de gerar mais dados. Por outro lado, o *Open Insurance*, desenvolvido como solução regulatória, é construído sobre pilares de preservação da privacidade, titularidade dos dados e empoderamento do consumidor. Nele, há previsão de implantação de medidas de segurança cibernética para o compartilhamento e de rastreamento de eventuais vazamentos.

Cabe salientar também que, em determinadas circunstâncias, as forças do mercado não são suficientes para obtenção dos resultados adequados, necessitando assim da intervenção estatal para o direcionamento de decisões. Ou seja, a existência de uma possível relutância do mercado em viabilizar a circulação de dados de forma voluntária, abrangente e com um escopo de dados que não restrinja a inovação e o desenvolvimento de produtos deve ser considerada. Esta relutância, juntamente com o risco de acordos anticoncorrenciais, proporciona uma justificativa para a intervenção regulatória estatal. A proteção e o reforço do ambiente concorrencial surgem como meios adequados para o incremento de bem-estar econômico, o que permite uma

melhor alocação de recursos, viabiliza uma gama maior de inovações, potencializa os lucros para os produtores e otimiza preços para os consumidores. Em suma, como acima afirmado, o compartilhamento obrigatório de dados decorrente da imposição estatal mostra-se como estratégia superior à retenção individual de dados.

Ademais, para segmentos específicos como o de seguros e pensões, o acesso a dados dos clientes assume importância ímpar. O conhecimento das características dos consumidores é parte intrínseca do negócio, já que a precificação dos produtos oferecidos depende fortemente dessas informações, assim como outras ações do setor tais como a segmentação e o monitoramento de risco, a detecção de fraudes, as práticas automatizadas de marketing ou a otimização da jornada do cliente. Com a ampliação do acesso aos dados, por meio do *Open Insurance*, abre-se a possibilidade para o aperfeiçoamento da classificação e segregação dos riscos, o que aprimora a decisão das seguradoras, além de facilitar a opção de contratação com outras empresas, sem que se opere o custo de reprodução de dados já produzidos no contexto da relação anterior com uma seguradora, tudo isso de modo a proporcionar mais opções de escolha ao consumidor. No entanto, a sensibilidade dos dados no mercado de seguros deve ser levada em consideração. Esta característica do setor pode gerar receio nos consumidores quanto ao compartilhamento de suas informações, por medo de discriminação.

De tudo isso, a regulação estratégica, como essa defendida em um sistema como o *Open Insurance*, se apresenta como uma alternativa ponderada e eficaz para o incremento social e econômico, com a otimização do mercado de seguros. É possível concluir, assim, que a regulação econômica é preferível quando o mercado não responde adequadamente às falhas identificadas. Sobretudo quando tais falhas são relacionadas a aspectos que extrapolam a esfera da concorrência, como os impactos no estímulo à inovação, as assimetrias informacionais que podem ser minimizadas, a garantia de privacidade e conseqüente proteção dos consumidores, inclusive contra discriminações, e a ampliação do mercado de seguros e pensões, o que viabiliza o desenvolvimento na sociedade de mais atividades com o componente de risco associado.

Nesse sentido, como os reguladores setoriais têm competências que vão além da manutenção da concorrência, como a proteção dos consumidores e considerações de ordem prudencial e sistêmica, a exemplo dos reguladores do mercado de seguros, justifica-se a implementação de um modelo de compartilhamento de dados por esse regulador. Não se desconhece a importância das autoridades da concorrência, cuja intervenção é fundamental quando identificado algum episódio específico de concentração de poder de mercado que prejudique a competição. Entretanto, as investigações antitruste de longa duração podem ser inadequadas à dinâmica necessária para enfrentar os desafios anticompetitivos emergentes. Além disso, o necessário monitoramento constante decorrente da supervisão altamente detalhada encontra-se tipicamente fora do escopo dos órgãos de defesa da concorrência. Por essas razões, justifica-se a atuação do regulador setorial na criação de um sistema de circulação de dados no âmbito do mercado de seguros para fins de criação de um ambiente concorrencial equilibrado.

Não se pode olvidar que a inovação é uma força propulsora do mercado direcionado à eficiência. A multiplicação das conexões que ampliam a obtenção de dados pelas empresas que atuam no setor de seguros aumenta a disponibilidade de matéria-prima para o desenvolvimento inovador. Esse processo coloca a inovação como um aspecto central do desenvolvimento econômico capitalista, ao proporcionar mais dinamismo ao mercado em comparação à tradicional concorrência de preços. O resultado é um estímulo à busca por soluções mais eficientes, baseadas na criatividade e promovendo a investigação e aprendizado para o desenvolvimento de inovação.

As inovações muitas vezes se baseiam na criação de novos produtos derivados de demandas anteriormente não identificadas, mas descobertas por meio da avaliação de informações. Isso pode possibilitar a oferta de seguros para uma parcela da população antes não atendida devido à falta de produtos adequados às suas necessidades ou ao custo proibitivo dos prêmios de seguros. O uso dos dados também pode permitir a cobertura de novos riscos, que são mais bem compreendidos à medida que são acessadas informações mais abrangentes sobre eles.

Assim, uma regulação que promova uma maior circulação de informações no mercado pode estimular a inovação ao reduzir as assimetrias informacionais

e permitir que os produtores desenvolvam soluções inovadoras. Essa situação é a consequência das iniciativas de *Open Insurance*, que além de estimular a inovação ao promover a circulação de dados, também incentivam a entrada de novos agentes no mercado ou de terceiros que prestam serviços para este. Ao conhecer a realidade, incluindo as preferências dos consumidores, é possível desenvolver o que antes não existia. Portanto, um design regulatório que permita o uso de dados por um maior número de empresas tem o potencial de incentivar atividades criativas para gerar inovações que, ao final, maximizem o bem-estar de toda a sociedade.

Percebe-se, assim, que a implementação do *Open Insurance* surge como uma estratégia promissora no mercado de seguros, com potencial de gerar fortes externalidades positivas, ao permitir que se materializem benefícios que ultrapassam a esfera dos contratantes e ampliando o bem-estar de toda a coletividade. Isso porque a contratação de seguros viabiliza a assunção de riscos, franqueando o desenvolvimento de incontáveis atividades que proporcionam o progresso da sociedade. Além disso, pode reduzir a carga estatal na cobertura de acidentes, funcionar como *gatekeeper* de determinadas atividades e incentivar e moldar comportamentos, ao consubstanciar valores relevantes à sociedade em todos esses aspectos.

No que tange às justificativas de ordem técnica da opção pela regulação estatal está o fato de que o alinhamento das estruturas de governança é fundamental para permitir acesso justo e igualitário às informações. A regulação aqui se torna crucial para garantir previsibilidade, segurança, transparência e redução de custos, evitando que a resistência ao compartilhamento seja interpretada como um impedimento técnico. A obrigatoriedade de padronização das APIs, determinada pelo regulador, pode facilitar o compartilhamento de dados, com a redução dos custos de transação e incentivo à adesão, bem como promover a segurança, a interoperabilidade, permitir o monitoramento dos dados e rastrear potenciais vazamentos.

Vale pontuar, por fim, que o sistema de *Open Insurance* ainda não pode ser claramente avaliado em relação aos objetivos que se propõe, como eficiência, concorrência adequada e inovação. A interferência do mercado, identificada especialmente na experiência brasileira, é notável, o que torna crucial evitar a absorção do sistema por interesses puramente particulares. No

entanto, isso também reforça a importância do papel do Estado na regulação e supervisão do mercado. Sem uma intervenção estatal adequada, os interesses do mercado podem predominar, prejudicando os objetivos de inovação e expansão do mercado de seguros, especialmente no contexto da crescente importância do acesso aos dados, que pode impactar diretamente a capacidade de ampliar a cobertura de riscos e proporcionar melhores serviços aos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Accenture. (2021). *Open Insurance no Brasil*. Accenture.
- Acemoglu, D., & Robinson, J. A. (2019). *Porque falham as Nações: As origens do Poder, da Prosperidade e da Pobreza*. Lisboa: Temas e Debates.
- Acquisti, A., Taylor, C., & Wagman, L. (2016). The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, 54, pp. 442-492.
- Akerlof, G. (1970). The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, pp. 488-500.
- Aldasoro, I., Gambacorta, L., Giudici, P., & Leach, T. (2020). *The drivers of cyber risk*. Bank for International Settlements. Basel: BIS.
- Araújo, F. (2007). *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina.
- Araújo, F. (2021). *Introdução à Economia*. Lisboa: AAFDL.
- Areeda, P. E. (1989). Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, 58, pp. 841-853.
- Areeda, P. E., & Hovenkamp, H. (2002). *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (Vol. III A). New York: Aspen Law & Business.
- Ariely, D. (2008). *Predictably Irrational: The hidden Forces That Shape Our Decisions*. New York: Harper Collins Publishers.
- Arner, D. W., Barberis, J. N., & Buckley, R. P. (2015). The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm? *University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper*, 47.
- Arrow, K. (1962). Economic Welfare and the Allocation of Resources. Em R. Nelson, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic* (pp. 609-626). Princeton: Princeton University Press.
- Article 29 Data Protection Working Party. (2013). *Opinion 03/2013 on purpose limitation* .
- Article 29 Data Protection Working Party. (2017). *Guidelines on the right to data portability*.
- Autoridade da Concorrência (Portugal). (2018). *Inovação Tecnológica e Concorrência no Setor Financeiro em Portugal*. Versão Preliminar para Consulta Pública, Lisboa.
- Avraham, R., Logue, K. D., & Schwarcz, D. B. (2013). Understanding Insurance Anti-Discrimination Laws. *Law & Economics Working Papers*, 52.

- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Bank for International Settlement. (2011). *Innovation and Research Strategy for Growth*. Department for Business, Innovation and Skills. London: BIS.
- Bank for International Settlement. (2022). *CBDCs in emerging market economies*. BIS Papers.
- Bank for International Settlements. (2020). *International banking and financial market developments*. BIS Quarterly Review.
- Bank for International Settlements. (2020). *Policy responses to fintech: a cross-country overview*. FSI Insights on policy implementation, Financial Stability Institute.
- Beau, D. (2022). From open banking to open finance. *The Europe of banking and financial services* (pp. 1-5). Paris: BIS central bankers' speeches.
- Bernstein, P. L. (1996). *Against the Gods: The remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc.
- Bispo, A. A. (2020). Open Banking and the Decentralization of Payments in the EU: Untwining the PSD2. *European Data Protection Law Review*, 6, pp. 586-592.
- Black, J. (1996). Constitutionalising Self-Regulation. *The Modern Law Review*, pp. 24-55.
- Black, J. (2002). Critical Reflection on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27.
- Blind, K. (2012). *The Impact of Regulation on Innovation*. National Endowment for Science, Technology and the Arts - NESTA. London: NESTA.
- Borgogno, O., & Manganelli, A. (2021). Financial Technology and Regulation: The Competitive Impact of Open Banking. *Market and Competition Law Review*, V, pp. 105-139.
- Bouyala, R. (2016). *La revolution FinTech*. Paris: Revue Banque.
- Brasil. (1964). Lei nº 4.595, de 31 de dezembro.
- Brasil. (1966). Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro.
- Brasil. (1967). Decreto-lei nº 261, de 28 de fevereiro.
- Brasil. (1976). Lei nº 6.385, de 7 de dezembro.
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. CFRB, de 5 de outubro.
- Brasil. (1998). Lei nº 9.656, de 3 de junho.
- Brasil. (2001). Lei Complementar nº 109, de 29 de maio.

- Brasil. (2013). Lei nº 12.865, de 9 de outubro.
- Brasil. (2018). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Lei nº 13.709, de 14 de agosto.
- Brasil. (2018). Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.
- Brasil. (2019). Decreto nº 10.139, de 28 de novembro.
- Brasil. (2019). *Lei da Liberdade Econômica*. Lei n 13.874, de 20 de setembro.
- Brasil. (2021). *Marco Legal das Startups*. Lei complementar nº 182, de 1º de junho.
- Brasil. Banco Central do Brasil. (2018). *Relatório de Estabilidade Financeira*.
- Brasil. Banco Central do Brasil. Superintendência de Seguros Privados. (2022). Resolução Conjunta nº 5, de 20 de maio.
- Brasil. Conselho Monetário Nacional. Banco Central do Brasil. (2020). Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio.
- Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados. (2020). Resolução CNSP nº 381, de 04 de março.
- Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados. (2020). Resolução CNSP nº 383, de 20 de março.
- Brasil. Conselho Nacional de Seguros Privados. (2021). Resolução CNSP nº 415, de 20 de julho.
- Brasil. Superintendência de Seguros Privados. (2021). Circular SUSEP nº 635, de 20 de julho.
- Brasil. Superintendência de Seguros Privados. (s.d.). *Open Insurance*. Acesso em 13 de janeiro de 2022, disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/open-insurance>
- Brasil. Superintendência dos Seguros Privados. (2022). *Síntese mensal - maio 2022*. Acesso em 20 de Julho de 2022, disponível em: <http://novosite.susep.gov.br/wp-content/uploads/2022/07/Sintese-Mensal-Maio-2022.pdf>
- Brasil. Superintendência de Seguros Privados. (2023). Painel de Inteligência do Mercado de Seguros. Acesso em 20 de Março de 2023, disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/menuestatistica/pims.html>
- Brasil. Supremo Tribunal Federal - Tema 786, Recurso Extraordinário 1010606 (Supremo Tribunal Federal 11 de Fevereiro de 2021).
- Brynjolfsson, E., Hitt, L. M., & Kim, H. (2011). Strength in Numbers: How Does Data-Driven Decisionmaking Affect Firm Performance? *SSRN*.
- Buchholtz, S., Bukowski, M., & Śniegocki, A. (2014). *Big and open data in Europe: A growth engine or a missed opportunity?* Centre for European

- Strategy Foundation & Warsaw Institute for Economic Studies (WISE Institute). Warsaw: demosEUROPA.
- Burrell, J. (2016). How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, pp. 1-12.
- Butenko, A., & Larouche, P. (2015). Regulation for Innovativeness or Regulation of Innovation? *TILEC Discussion Paper, 007*.
- Calabresi, G., & Melamed, A. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85, pp. 1089-1128.
- Calvão da Silva, J. (2001). *Direito Bancário*. Coimbra: Almedina.
- Campos, R. (2021). Prefácio à edição brasileira de Privacidade é Poder. Em C. Véliz, *Privacidade é Poder: Por que e como você deveria retomar o controle de seus dados* (S. Oliveira, Trad.). São Paulo: Editora Contracorrente.
- Canotilho, J. G., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- Carrière-Swallow, Y., & Haksar, V. (2019). *The economics and implications of data : an integrated perspective*. International Monetary Fund, Strategy, Policy, and Review Department (Series). Washington: International Monetary Fund.
- Carvalho, R. (2020). Open Banking: da lenta evolução à revolução no sistema. Em *Sistema Financeiro em Movimento* (pp. 187-225). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Case MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 708 F.2d 1081 (US Court of Appeals for the Seventh Circuit 12 de Janeiro de 1983).
- Case United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (U.S. Supreme Court 22 de Abril de 1912).
- Caso Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e outros contra Conseil des ministres, C-236/09 (Tribunal de Justiça da União Europeia 1 de Março de 2011).
- Caso Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom, 58170/13, 62322/14 e 24960/15 (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos 25 de maio de 2021).
- Caso Breyer v. Germany, 50001/12 (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos 30 de Janeiro de 2020).
- Cevolini, A., & Esposito, E. (2020). From pool to profile: Social consequences of algorithmic prediction in insurance. *Big Data & Society*, pp. 1-11.
- Chang, H.-J. (2015). *Economia modo de usar: um guia básico dos principais conceitos econômicos*. São Paulo: Portfolio-Penguin.

- Christensen, C. M. (1997). *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*. Boston: Harvard Business School Press.
- Colangelo, G. (2020). Evaluating the Case for Regulation of Digital Platforms. Em G. A. Institute, *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* (pp. 905-963).
- Comissão Europeia. (2018). *Plano de Ação para a Tecnologia Financeira: rumo a um setor financeiro europeu mais competitivo e inovador*. Bruxelas: União Europeia.
- Comissão Europeia. (2019). *30 Recommendations On Regulation, Innovation And Finance*. Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation (ROFIEG). Bruxelas: União Europeia.
- Comissão Europeia. (2020). *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre uma Estratégia em Matéria de Financiamento Digital para a EU*. Bruxelas: União Europeia.
- Comissão Europeia. (2022). Comunicação da Comissão, n. 4, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho no processo AT.40511 - Insurance Ireland: base de dados sobre indemnizações de seguros e condições de acesso. *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Comissão Europeia. (2022). Quadro para a finança aberta – possibilitar a partilha de dados e o acesso de terceiros ao setor financeiro. *Convite à apresentação de contributos para uma avaliação de impacto*.
- Comissão Europeia. (2022). Antitrust: Commission accepts commitments by Insurance Ireland to ensure access to its data sharing platform. *European Commission - Press release*.
- Competition and Markets Authority. (2015). *Retail banking market investigation. Summary of provisional findings report*. London: United Kingdom - Crown copyright.
- Competition and Markets Authority. (2016). *Retail banking market investigation. Final report*. London: United Kingdom - Crown copyright.
- Competition and Markets Authority. (2016). *Retail banking market investigation. Provisional decision on remedies*. London: United Kingdom - Crown copyright.
- Competition and Markets Authority. (2017). *Retail banking market investigation Order 2017*. London: United Kingdom - Crown copyright.
- Comunidade Económica Europeia. (1972). *First Report on Competition Policy*. European Coal and Steel Community, European Economic Community, European Atomic Energy Community, Commission, Bruxelas-Luxemburgo.

- Conselho da Europa. (28 de Janeiro de 1981). Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2012). *Law & economics*. Boston: Pearson.
- Cordeiro, A. M. (2012). A Tutela do Consumidor de Produtos Financeiros. Em A. P. Grinover, G. O. Pardo, J. Calais-Auloy, J. L. Gonzalez, M. J. Gomes, V. A. Ribeiro, & (org.), *Liber Amicorum Mario Frota. A Causa dos Direitos dos Consumidores* (pp. 51-60). Coimbra: Almedina.
- Crawford, K., & Schultz, J. (2014). Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms. *Boston College Law Review*, 55, pp. 93-128.
- Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for the digital era*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- de Cordeiro, A. M. (2013). *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina.
- dos Santos, A., Gonçalves, M., & Marques, M. M. (1995). *Direito Económico*. Coimbra: Almedina.
- European Insurance and Occupational Pensions Authority. (2019). *Big Data Analytics in motor and health insurance: A thematic review*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Insurance and Occupational Pensions Authority. (2019). *Cyber Risk for Insurers: Challenges and Opportunities*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Insurance and Occupational Pensions Authority. (2020). *European Commission's Digital Finance Strategy consultation*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Insurance and Occupational Pensions Authority. (2020). *Supervisory Technology Strategy*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Insurance and Occupational Pensions Authority. (2021). *Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Insurance and Occupational Pensions Authority. (2022). *Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Insurance and Occupational Pensions Authority. (2022). *Register of Insurance Undertakings*. Acesso em 20 de Julho de 2022, disponível em: <https://register.eiopa.europa.eu/registers/register-of-insurance-undertakings>

- Farboodi, M., & Veldkamp, L. (2021). A Growth Model of the Data Economy. *National Bureau of Economic Research*, pp. 1-50.
- Fia, T. (2021). An Alternative to Data Ownership: Managing Access to Non-Personal Data through the Commons. *Global Jurist*, 21(1), pp.181-210.
- Finance Innovation. (2015). *Innovation et Transformation Numérique de L'Assurance: Nouvelles protections et nouveaux services, le consommateur au cœur du changement*. Paris: Finance Innovation.
- Financial Conduct Authority. (2021). *Open finance: Feedback Statement*. London: FCA.
- Financial Stability Board. (2017). *Financial Stability Implications from FinTech: Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities' Attention*. Basel: Financial Stability Board.
- Financial Stability Board. (2019). *FinTech and market structure in financial services: Market developments and potential financial stability implications*. Basel: Financial Stability Board.
- Finlayson, S. G., Bowers, J. D., Ito, J., Zittrain, J. L., Beam, A. L., & Kohane, I. S. (2019). Adversarial attacks on medical machine learning: Emerging vulnerabilities demand new conversations. *Science*, 363, pp. 1287-1289.
- Fliche, O., & Yang, S. (2018). Artificial intelligence: challenges for the financial sector. Discussion paper. *Banque de France - Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, pp. 1-33.
- Flückiger, I., & Duygun, M. (2022). New technologies and data in insurance. *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, 47, pp. 495-498.
- Free Insurance Data Initiative. (2022). *Frida: Die Open Insurance Initiative in Deutschland*. Acesso em 20 de Julho de 2022, disponível em: <https://freeinsurancedata.de/en/>
- Freire, M. d. (2008). *Eficiência Econômica e Restrições Verticais: Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*. Lisboa: AAFDL.
- Freire, M. d. (2020). Contrato de seguro e eficiência económica. Em F. Araújo, & R. Lupion, *Direito, tecnologia e empreendedorismo: uma visão luso-brasileira* (pp. 558-578). Porto Alegre: Fi.
- Furman, J. (2019). *Unlocking digital competition*. United Kingdom, Digital Competition Expert Panel. London: Crown.
- Gallo, R., & Vieira, T. (2022). Open Insurance e resolução de conflitos. Em R. Gallo, & W. Polido, *Resolução de conflitos em contratos de seguros e resseguros* (pp. 307-322). São Paulo: Thomson Reuters.
- Gordon, R. J. (2012). Is U.S. economic growth over? Faltering innovation confronts the six headwinds. *National Bureau of Economic Research*.

- Graef, I. (2016). *Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms*. Thesis submitted with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws, KU Leuven , Faculty of Law.
- Graef, I., Husovec, M., & Purtova, N. (2018). Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law. *German Law Journal*, 19, pp. 1359-1398.
- Grau, E. R. (2004). Mercado, Estado e Constituição. *Boletim de Ciências Económicas*, 47, pp. 107-119.
- Harari, Y. N. (2018). *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Harrop, C., Kearney, N. P., & McQuaid, E. (2020). *The EU consults on its Fintech Action Plan 2.0: spoiler alert – significantly more action planned this time around!* Fonte: Freshfields Bruckhaus Deringe: <https://technologyquotient.freshfields.com/post/102g5gl/the-eu-consults-on-its-fintech-action-plan-2-0-spoiler-alert-significantly-mor>
- Haskel, J., Goodridge, P., Pesole, A., Awano, G., Franklin, M., & Kastriaki, Z. (2011). *Driving economic growth: Innovation, knowledge spending and productivity growth in the UK*. National Endowment for Science, Technology and the Arts, NESTA Innovation Index project. London: NESTA.
- Hespanha, A. M. (2019). *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático: Prospetivas do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina.
- Heyck, H. (1975). *Herbert ("Herb") Alexander Simon*. Fonte: A.M. Turing Award : https://amturing.acm.org/award_winners/simon_1031467.cfm
- Hielkema, P. (2022). Open insurance: defining the roadmap. *Insurance Innovators Summer Festival*. Munich.
- HM Treasury. (2014). *Data sharing and open data for banks*. London: Open Data Institute and Fingleton Associates.
- HM Treasury. (2015). *Data sharing and open data in banking*. Response to the call for evidence, London.
- Hovenkamp, H. (1999). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St. Paul: West Group.
- Hovenkamp, H. J. (2012). Antitrust and Innovation: Where We Are and Where We Should Be Going. *Antitrust Law Journal*, pp. 749-756.
- Irti, N. (2007). A Ordem Jurídica do Mercado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, pp. 44-49.

- Joint Committee of the European Supervisory Authorities. (2016). *Joint Committee Discussion Paper on the Use of Big Data by Financial Institutions*.
- Jones, C., & Tonetti, C. (2019). Nonrivalry and the Economics of Data. *National Bureau of Economic Research*, pp. 1-51.
- Kahneman, D. (2012). *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. (C. d. Leite, Trad.) Rio de Janeiro: Objetiva.
- Katona, G. (1945). *Price control and business*. Bloomington: The Principia Press.
- Katona, G. (1975). *Psychological economics*. New York: Elsevier Scientific.
- Kelley, K. H., Fontanetta, L. M., Heintzman, M., & Pereira, N. (2018). Artificial Intelligence: Implications for Social Inflation and Insurance. *Risk Management and Insurance Review*, 21, pp. 373-387.
- Kimball, S. L. (1961). The Purpose of Insurance Regulation: A Preliminary Inquiry in the Theory of Insurance Law. *Minnesota Law Review*, 45, pp. 471-524.
- Klein, R. W. (2012). Principles for Insurance Regulation: An Evaluation of Current Practices and Potential Reforms. *The Geneva Papers on Risk and Insurance—Issues and Practice*, 37, pp. 175–199.
- Knight, F. H. (1921). *Risk, Uncertainty and Profit*. Boston: The Riverside Press.
- Koop, C., & Lodge, M. (2015). What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. *Regulation and Governance*, 11.
- Koops, B.-J. (2010). Ten dimensions of technology regulation. Finding your bearings in the research space of an emerging discipline. Em M. Goodwin, B.-J. Koops, & R. Leenes, *Dimensions of technology regulation*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Laney, D. (2001). *3-D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*. Fonte: Gartner Blog.
- Lang, J. T. (1994). Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities. *Fordham International Law Journal*, 18, pp. 437-524.
- Leal, A. A. (2020). Big Data nos Setores Bancário e Financeiro. Em M. L. Rocha, & R. S. Pereira, *Inteligência Artificial e Direito* (pp. 199-220). Coimbra: Almedina.
- Leong, E. (2020). Open Banking: The Changing Nature of Regulating Banking Data. A Case Study of Australia and Singapore. *Banking & Finance Law Review*, pp. 443-469.
- Lessig, L. (2006). *Code version 2.0*. New York: Basic Books.
- Light, S. E., & Skinner, C. P. (2021). Banks and Climate Governance. *Columbia Law Review*, 121, pp. 1895-1956.

- Lima Rego, M. (2010). *Contrato de Seguro e Terceiros*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal.
- Lima Rego, M. (2022). Discrimination Bans and Insurance. Em B. Kuschke, & M. Lima Rego (Ed.), *Insurance and Human Rights* (pp. 3-26). Springer.
- Lin, L., & Chen, C. (2020). The Promise and Perils of InsurTech. *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 1-35.
- Lipsky Jr., A. B., & Sidak, J. G. (1999). Essential Facilities. *Stanford Law*, 51, pp. 1187-1248.
- Mackaay, E., & Rousseau, S. (2015). *Análise econômica do direito*. (R. Sztajn, Trad.) São Paulo: Atlas.
- Martinez, P. R. (2006). *Direito dos Seguros: Apontamentos*. Cascais: Principia.
- Max Planck Institute for Innovation and Competition. (2016). *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*. Research Paper n. 16-10.
- Max Planck Institute for Innovation and Competition. (2017). *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy"*. Research Paper Series n. 17-08.
- Mayer-Schönberger, V. (1997). Generational Development of Data Protection in Europe. Em P. E. Agre, & M. Rotenberg, *Technology and privacy: the new landscape* (pp. 219-241). Cambridge: The MIT Press.
- Mayer-Schönberger, V., & Padova, Y. (2016). Regime Change? Enabling Big Data Through Europe's New Data Protection Regulation. *The Columbia Science & Technology Law Review*, 17, pp. 315-335.
- Mccarthy, N. (24 de Junho de 2015). *Americans Trust Tech Firms More Than Banks For Finance*. Acesso em 19 de Agosto de 2022, disponível em: <https://www.forbes.com/sites/niallmccarthy/2015/06/24/americans-trust-tech-firms-more-than-banks-for-finance-infographic/#41611ece4e94/>
- Metcalf, J., Keller, E. F., & Boyd, D. (2016). *Perspectives on Big Data, Ethics, and Society*. The Council for Big Data, Ethics, and Society.
- Moncada, L. S. (2018). *Direito Económico*. Coimbra: Almedina.
- Moses, L. B. (Abril de 2007). Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change. *UNSW Law Research Paper*, pp. 1-81.
- Moses, L. B. (2011). Agents of Change: How the Law 'Copes' with Technological Change. *Griffith Law Review*, 20, pp. 763-794.
- Moses, L. B. (2014). How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with 'Technology' as a Regulatory Target. *UNSW Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, 1-20.

- O'Leary, K., Nagle, T., O'Reilly, P., Papadopoulos-Filelis, C., & Dehghani, M. (2021). The Sustainable Value of Open Banking: Insights from an Open Data Lens. *Proceedings of the 54th Hawaii International Conference on System Sciences* (pp. 5891-5901). HICSS.
- Open Banking Working Group. (2016). *The Open Banking Standard: Unlocking the potential of open banking to improve competition, efficiency and stimulate innovation*.
- Orenstein, D. (2000). *Application Programming Interface*. Fonte: Computerworld. Acesso em 8 de Junho de 2022, disponível em <https://www.computerworld.com/article/2593623/application-programming-interface.html>
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (1997). *Proposed Guidelines for Collecting and Interpreting Technological Innovation Data. Oslo Manual*. European Commission, Eurostat . Paris: OECD.
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (1997). *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*. Paris: OECD.
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (1999). *Relationship Between Regulators and Competition Authorities*. Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Committee on Competition Law and Policy. Paris: OECD.
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2015). *Hearing Disruptive Innovation*. OECD Competition Committee on 16-18 June 2015, Secretariat. Paris: OECD.
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2015). *Key Points of the Hearing on Disruptive Innovation*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. Paris: OECD.
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2016). *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era (Executive Summary)*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. Paris: OECD.
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2017). *10 years on from the Financial Crisis: Co-operation between Competition Agencies and Regulators in the Financial Sector*. Paris: OECD.
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2019). *Enhancing Access to and Sharing of Data: Reconciling Risks and Benefits for Data Re-Use Across Societies*. Paris: OECD.
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2019). Practical approaches to assessing digital platform markets for competition law enforcement - Background Note. *Latin American and Caribbean Competition Forum - Session III*. San Pedro Sula, Honduras.

- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2021). *Data portability, interoperability and digital platform competition, OECD Competition Committee Discussion Paper*. Secretary-General. Paris: OECD.
- Parlamento Europeu. (17 de maio de 2017). *Resolução do Parlamento Europeu sobre FinTech: Influência da tecnologia no futuro do setor financeiro*.
- Parlamento Europeu. (2018). *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*. Direção-Geral das Políticas Internas da União, Direção das Políticas Económicas e Científicas.
- Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. (23 de Novembro de 1995). Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), de 25 de Outubro de 1995. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.
- Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. (23 de dezembro de 2015). Diretiva 2015/2366/UE (relativa aos serviços de pagamento no mercado interno - PSD2), de 25 de novembro de 2015. *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. (4 de Maio de 2016). Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. (4 de Maio de 2016). Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016. *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. (01 de Setembro de 2016). Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. (13 de janeiro de 2018). Diretiva 2002/65/CE (relativa à comercialização à distância de serviços financeiros), de 23 de setembro de 2002. *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. (1 de Janeiro de 2020). Regulamento (UE) n.º 1094/2010 (que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma)), de 24 de Novembro de 2010. *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Parlamento Europeu, Conselho e Comissão da União Europeia. (7 de Junho de 2016). Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*.
- Paz Ferreira, E., & Morais, L. S. (2009). A Regulação Sectorial da Economia: Introdução e Perspectiva Geral. Em E. Paz Ferreira, L. S. Morais, & G. Anastácio, *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* (pp. 7-38). Coimbra: Almedina.

- Paz Ferreira, E., Morais, L. S., & Anastácio, G. (2009). *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* Coimbra: Almedina.
- Pelkmans, J., & Renda, A. (2014). *Does EU regulation hinder or stimulate innovation?* Centre for European Policy Studie. Brussels: CEPS.
- Perrot, A. (2002). Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence. *Revue française d'économie*, 16, pp. 81-112.
- Perrot, A., & Bacache-Beauvallet, M. (2017). Régulation économique: quels secteurs réguler et comment? *Conseil d'analyse économique*, 44, pp. 1-12.
- Picard, M., & Besson, A. (1938). *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français* (Vol. I). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Pitofsky, R., Patterson, D., & Hooks, J. (2002). The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, pp. 443-462.
- Poças, L. (2008). *Estudos de Direito dos Seguros*. Porto: Almeida & Leitão.
- Poças, L. (2013). *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina.
- Porrini, D. (1998). Adverse Selection, Statistical Discrimination and Antitrust Law: The Case of Italian Automobile Optional Insurance. *SSRN*.
- Porrini, D. (2015). Risk Classification Efficiency and the Insurance Market Regulation. *Risks*, pp. 445-454.
- Porrini, D. (2017). Regulating Big Data effects in the European insurance market. *Insurance Markets and Companies*, 8, pp. 7-16.
- Portugal. (25 de Abril de 1976). Constituição da República Portuguesa.
- Portugal. (18 de Novembro de 2021). Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro de 2021. *Diário da República*.
- Posner, R. A. (1981). *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. A. (1974). Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, pp. 335-358.
- Posner, R. A. (1978). Information and Antitrust: Reflections on the Gypsum and Engineers Decisions. *Georgetown Law Journal*, 67, pp. 1187-1203.
- Posner, R. A. (1979). Privacy, Secrecy, and Reputation. *Buffalo Law Review*, 28, pp. 1-56.
- Posner, R. A. (1980). The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman. *The Journal of Legal Studies*, pp. 243-252.

- Posner, R. A. (1981). The Economics of Privacy. *The American Economic Review*, 71, pp. 405-409.
- Posner, R. A. (2001). *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Premchand, A., & Choudhry, A. (2018). Open Banking & APIs for Transformation in Banking. *International Conference on Communication, Computing and Internet of Things (IC3IoT)*, (pp. 25-29). Chennai, Índia.
- Reich, N. (1985). *Mercado y Derecho: Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*. (A. Font, Trad.) Barcelona: Editorial Ariel.
- Revista Apólice. (2022). *Seguradoras que investem em tecnologia registram crescimento de 40% em média*. Acesso em 20 de Julho de 2022, disponível em: <https://www.revistaapolice.com.br/2022/07/seguradoras-que-investem-em-tecnologia-registram-crescimento-de-40-em-media/>
- Rosa, M. M. (2018). Direito à Concorrência. *Revista de Concorrência e Regulação*, 35, pp. 175-180.
- Rosalino, H. (2019). Fintech e banca digital. Em A. M. Cordeiro, A. P. Oliveira, & D. P. Duarte, *Fintech: Desafios da Tecnologia Financeira*. Coimbra: Almedina.
- Rothschild, M., & Stiglitz, J. E. (1976). Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information. *The Quarterly Journal of Economics*, 90, pp. 629-649.
- Rowland, D., & Macdonald, E. (2005). *Information Technology*. London: Cavendish Publishing.
- Saint-Just, L. A. (1908). *Œuvres complètes de Saint-Just* (Vol. Tome second). Paris: Eugène Fasquelle, éditeur (L'Élite de la Révolution).
- Salomão Filho, C. (1999). Condutas anticoncorrenciais no setor bancário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, pp. 51-62.
- Salomão Filho, C. (2003). Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, pp. 1-24.
- Salomão Filho, C. (2008). *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros.
- Salomão Filho, C. (2013). *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros.
- Salomão Filho, C. (2019). *O Novo Direito Societário: Eficácia e Sustentabilidade* (e-Book). São Paulo: Saraiva.
- Santana, C. C. (1993). *O Abuso da Posição Dominante no Direito da Concorrência*. Lisboa: Edições Cosmos.

- Schumpeter, J. A. ((1934) 2004). *The Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Schumpeter, J. A. ((1942) 2003). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Taylor & Francis e-Library.
- Schwartz, P. M. (2000). Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy Control and Fair Information Practices. *Wisconsin Law Review*, pp. 743-788.
- Simitis, S. (1987). Reviewing Privacy in an Information Society. *University of Pennsylvania Law Review*, 135, pp. 707-746.
- Simon, H. (1961). Modeling human mental processes. *International Workshop on Managing Requirements Knowledge* (pp. 111-120). Los Angeles: Association for Computing Machinery.
- Simon, H. (1978). Bounded Rationality. Em P. Macmillan, *The New Palgrave Dictionary of Economics*. London: Palgrave Macmillan.
- Simon, H. (1978). *Rational Decision-Making in Business Organizations*. Fonte: Nobel Memorial Lecture: <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/simon-lecture.pdf>
- Sinek, S. (2018). *Começe pelo porquê*. Rio de Janeiro: Sextante.
- Śmietanka, M., Koshiyama, A., & Treleaven, P. (2021). Algorithms in future insurance markets. *International Journal of Data Science and Big Data Analytics*, pp. 1-19.
- Srnicek, N. (2018). *Capitalismo de plataformas*. (A. Giacometti, Trad.) Buenos Aires: Caja Negra Editora.
- Standaert, W., & Muylle, S. (2022). Framework for open insurance strategy: insights from a European study. *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, 47, pp. 643-668.
- Stigler, G. J. (1961). The Economics of Information. *The Journal of Political Economy*, 69, pp. 213-225.
- Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, pp. 3-21.
- Stiglitz, J. E. (1985). Information and Economic Analysis: A Perspective. *The Economic Journal*, pp. 21-41.
- Stiglitz, J. E. (2000). The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. *The Quarterly Journal of Economics*, 115, pp. 1441-1478.
- Sundfeld, C. A. (2000). Introdução às Agências Reguladoras. Em C. A. Sundfeld, *Direito Administrativo Econômico* (pp. 17-38). São Paulo: Malheiros.

- Swedloff, R. (2014). Risk Classification's Big Data (R)Evolution. *Connecticut Insurance Law Journal*, 21.1, pp. 339-374.
- Swiss Re Institute. (2023). *Sigma 3/2023 World Insurance*. Swiss Re Institute.
- Thaler, R. (2016). *Comportamento Inadequado: A construção da economia comportamental*. (G. Schlesinger, Trad.) Coimbra: Conjuntura Actual.
- The Economist. (06 de Maio de 2017). The world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*.
- The Guardian.(23 de Agosto de 2013). Tech giants may be huge, but nothing matches big data. *The Guardian*.
- Tooth, R. (2020). *Open Insurance: The Consumer Data Right and Insurance*. Financial Rights Legal Centre.
- United Nations Conference on Trade and Development. (2017). *Manual on Consumer Protection*. Geneva: United Nations.
- United States of America. (1974). Privacy Act. 5 U.S.C. § 552a.
- Van Asselt, M., Vos, E., & Fox, T. (2010). Regulating Technologies and the Uncertainty Paradox. Em M. Goodwin, B.-J. Koops, & R. Leenes, *Dimensions of technology regulation*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Varian, H. (2018). Artificial Intelligence, Economics, and Industrial Organization. *National Bureau of Economic Research*.
- Vasques, J. (1999). *Contrato de Seguro: Notas para uma Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Viscusi, W., Vernon, J. M., & Harrington, J. E. (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge: MIT Press.
- Volkszählungsurteil, BvR 209 (Bundesverfassungsgericht 15 de Dezembro de 1983).
- Warren, S. D., & Brandeis, L. D. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 4, pp. 193-220.
- Westin, A. (1967). *Privacy and Freedom*. New York: Ig Publishing.
- Wilamowicz, A. (2019). The Great FinTech Disruption: InsurTech. *Banking & Finance Law Review*, 34, pp. 215-238.
- Wohlsen, M. (julho de 2014). Uber's Brilliant Strategy to Make Itself Too Big to Ban. *Wired*.
- Wortham, L. (1986). The Economics of Insurance Classification: The Sound of One Invisible Hand Clapping. *Ohio State Law Journal*, 47, pp. 835-890.
- Wu, T. (2011). Agency Threats. *Duke Law Journal*, 60, pp. 1841-1857.
- Wu, T. (2012). Taking innovation seriously. *Antitrust Law Journal*, pp. 313-328.

- Xiao, Y., Liu, D., & He, X. (2022). Research on Building Open Insurance in the Insurance Industry Based on the Concept of Open Banking. *Advances in Economics, Business and Management Research*, 652, pp. 608-613.
- Zetsche, D. A., Arner, D. W., Buckley, R. P., & Weber, R. H. (2019). The Future of Data-Driven Finance and Regtech: Lessons from EU Big Bang II. *EBC Working Paper Series*, 35, pp. 4-51.
- Zuboff, S. (2021). *A Era do Capitalismo de Vigilância. A luta por um futuro humano na nova fronteira de poder.* (G. Schlesinger, Trad.) Rio de Janeiro: Intrínseca.