

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

Faculdade de Direito

Júlia Vieira Sardelari Silva

**OPEN BANKING: UM RECORTE LEGISLATIVO DO OPEN
FINANCE E SEUS IMPACTOS PARA AS INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS PARTICIPANTES**

São Paulo,
2023

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Faculdade de Direito

Júlia Vieira Sardelari Silva

**OPEN BANKING: UM RECORTE LEGISLATIVO DO OPEN
FINANCE E SEUS IMPACTOS PARA AS INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS PARTICIPANTES**

Trabalho de conclusão de curso,
referente a análise legislativa do
Open banking e seus impactos
para as instituições financeiras
participantes, sob a orientação da
Prof. Maite Cecilia Fabbri Moro

São Paulo,
2023

Resumo

Esse trabalho aborda a evolução do setor financeiro no Brasil e seu arcabouço legislativo, destacando a transição do domínio de poucos bancos tradicionais para um cenário mais diversificado e aberto, impulsionado pelo Open Banking. Sistema este proposto pelo Banco Central do Brasil para promover concorrência e inovação através do compartilhamento padronizado de dados.

Destaca-se a Lei Geral de Proteção de Dados como uma ferramenta fundamental para regular o tratamento de dados pessoais e aborda o equilíbrio entre os direitos das empresas e dos indivíduos, especialmente no que diz respeito à segurança dos dados, encontrando respaldo em legislações anteriores, como a Constituição Federal, o Código Civil e o Marco Civil da Internet.

De forma a analisar as condutas relacionadas à aplicação da supracitada LGPD, das resoluções do Banco Central e do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil dos fornecedores de serviços e produtos financeiros pelo tratamento inadequado de dados pessoais. Além disso, foi utilizado a pesquisa comparativa com outras jurisdições e diretrizes específicas para o pleno entendimento da adaptação às mudanças digitais no legislativo

Palavras-chave: LGPD, Open Banking, Open Finance, BACEN, direito à privacidade e direito à segurança dos dados.

Abstract

This final paper addresses the evolution of the financial sector in Brazil and its legislative framework, highlighting the transition from the dominance of a few traditional banks to a more diversified and open scenario, driven by Open Banking. This system, proposed by the Central Bank of Brazil, aims to promote competition and innovation through standardized data sharing.

The “Lei Geral de Proteção de Dados” (LGPD) is emphasized as a fundamental tool to regulate the treatment of personal data, addressing the balance between the rights of companies and individuals, especially concerning data security. It finds support in previous legislations, such as the “Constituição Federal”, the “Código Civil” and the “Marco Civil da Internet”.

In order to analyze conduct related to the application of the aforementioned LGPD, Central Bank resolutions, and the “Código de Defesa do Consumidor” in the civil liability of service providers and financial product suppliers for the improper treatment of personal data, comparative research with other jurisdictions and specific guidelines was also utilized for a comprehensive understanding of legislative adaptation to digital changes.

Keywords: LGPD, Open Banking, Open Finance, Central Bank (BACEN), right to privacy and right to data security.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
1 Open Banking	9
1.1 Conceito	9
1.2 Fundamentação Legal.....	10
1.2.1 BACEN	10
1.2.2 LGPD.....	12
1.2.3 CDC.....	13
1.3 Importância para o setor Financeiro	14
1.4 Desafios para as instituições participantes	14
1.4.1 Cadastro Positivo.....	18
1.5 Benefícios para as instituições participantes e para os clientes	22
1.4 Expansão no mercado.....	23
1.2.1 Open Finance e concorrência.....	23
2 Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”.....	27
2.1 Dados pessoais	28
2.1.1 Dados pessoais sensíveis	29
2.1.2 Dados anonimizados	30
2.2 Tratamento de dados e suas implicações no Open Banking	31
2.2.1 Autonomia e personalidade jurídica.....	33
2.2.2 Autorizações necessárias.....	34
2.3 Agente de tratamento de dados necessários.....	35
2.3.1 Titular de dados e direitos no Open Banking.....	35
2.3.2 Controlador	37
2.3.3 Operador	37
2.3.4 Encarregado	38

2.4 Autoridade responsável	39
2.4.1 Responsabilidade nos atores financeiros.....	39
2.5 Bases legais	41
2.6 Princípios	43
2.6.1 Finalidade	43
2.6.2 Adequação	43
2.6.3 Necessidade.....	44
2.6.4 Livre acesso.....	44
2.6.5 Qualidade dos dados.....	44
2.6.6 Transparência.....	45
2.6.7 Segurança	45
2.6.8 Prevenção.....	46
2.6.9 Não discriminação	46
2.6.10 Responsabilidade e prestação de contas.....	46
2.7 Princípios constitucionais aplicáveis	47
2.7.1 Privacidade.....	47
2.7.2 Livre iniciativa	48
2.8 Dados pessoais á luz do Direito do consumidor	48
2.8.1 Perfis dos consumidores em bancos de dados	50
2.8.2 Publicidade direcionada.....	53
2.8 Projetos necessário para a adesão perante a legislação.....	54
Conclusão	56
Referências Bibliográficas	58

Introdução

É notório que o mundo passa por uma constante evolução tecnológica que promove a exponencial inovação de todas as áreas do saber e das relações sociais como um todo. Compreende-se, portanto, que onde está a sociedade está o Direito (*ubi societas ibi ius*), ou seja, o Direito tende a acompanhar as transformações sociais.

No Brasil, durante grande parte do século XX, o sistema bancário era dominado por poucos bancos tradicionais, com acesso limitado à maioria da população. No entanto, a partir da década de 1990, com a estabilização econômica e a gradual abertura do mercado financeiro, o setor testemunhou uma expansão significativa, marcada pela entrada de novos players e uma oferta mais diversificada de serviços financeiros.

Nesse cenário de transformação, uma das iniciativas mais recentes que ganhou destaque é o Open Banking, ou sistema financeiro aberto, proposto pelo Banco Central do Brasil. Esta abordagem visa redefinir as relações no setor financeiro, promovendo a concorrência e inovação por meio do compartilhamento padronizado de dados entre instituições autorizadas. Não apenas reflete as tendências globais de abertura e digitalização do setor financeiro, mas também representa um marco importante na consideração da propriedade e controle dos dados pelos titulares, alinhando-se com as premissas da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Contudo, essa evolução não se limita ao Open Banking, expandindo-se para o conceito mais abrangente de Open Finance ao incluir uma gama mais ampla de serviços financeiros, como seguros, investimentos e outros produtos para além do âmbito bancário. Esta expansão representa uma nova fase na transformação do setor financeiro, onde a colaboração entre instituições é ampliada para oferecer soluções mais completas e personalizadas aos consumidores.

Nesta perspectiva, o Open Finance já faz parte da realidade da Ciência do Direito. Por meio desta, viabilizam-se novas ferramentas, formas de realizar tarefas no mercado financeiro, ofertar produtos personalizados e acessar serviços interessantes aos atores financeiros desse projeto.

Em um primeiro momento, para a total compreensão destes temas sob o recorte da Open banking tornou-se necessário equiponderar leis e regulamentos

(como as normas do Banco Central, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei do Cadastro Positivo e o Código de Defesa do Consumidor). Em segundo plano, coube pesquisar comparativamente outras jurisdições, doutrinadores e diretrizes específicas para nova regulação de direitos, frente a era digital, visando uma melhor acomodação e equilíbrio social.

Assim sendo, em um ramo tão tradicional, com a criação de perfis digitais com dados pessoais controlados por instituições financeiras e demais atores – como as empresas: SPC, Serasa, Quod e Boa Vista –, se consolidaram diversos desafios até então desconhecidos sobre as consequências da implementação dessa nova tecnologia sobre os mais variados campos jurídicos. Tais mudanças transformaram o estudo acerca de certos institutos tradicionais do direito, a título de exemplo: a privacidade e a regulamentação financeira.

Por todo exposto, este trabalho tem intuito de apresentar sob o viés do Direito as interações entre o compartilhamento de dados no setor financeiro, a proteção do crédito, a definição de dados pessoais, o consentimento dos clientes e a correlata segurança da informação na economia digital.

1 Open Banking

1.1 Conceito

O setor financeiro é um dos pilares da economia global, desempenhando um papel fundamental na alocação de recursos, facilitação do comércio e no apoio ao crescimento econômico. Ao longo dos anos, tanto no Brasil quanto no mundo, passou por uma significativa evolução, impulsionada por avanços tecnológicos, regulamentações governamentais e mudanças nas expectativas dos consumidores.

No cenário internacional, após a Segunda Guerra Mundial, o sistema financeiro internacional assistiu à criação do Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional e ao estabelecimento do sistema de Bretton Woods, que trouxe estabilidade às moedas internacionais. Nas décadas seguintes, a globalização financeira e a liberalização dos mercados contribuíram para um crescimento exponencial das instituições financeiras e das transações internacionais. Destacando-se a revolução digital e a internet como vetores que desempenharam um papel crucial na evolução do setor financeiro global.

A emergência das fintechs (empresas de tecnologia financeira) e a expansão das operações bancárias online revolucionaram a forma como as pessoas lidam com suas finanças. Em paralelo, durante grande parte do século XX, o sistema bancário brasileiro era dominado por um pequeno número de bancos tradicionais, com acesso limitado à maioria da população. No entanto, a partir da década de 1990, com a estabilização econômica e a abertura gradual do mercado financeiro, o setor começou a se expandir, com a entrada de novos players e a oferta de serviços financeiros mais diversificados.

A regulamentação desempenhou um papel importante na evolução do setor financeiro no Brasil, com órgãos como o Banco Central do Brasil (BACEN) desempenhando um papel fundamental na supervisão e no desenvolvimento do setor. A implementação de regulamentações relacionadas à segurança bancária, à proteção do consumidor e à prevenção de crimes financeiros tem sido uma constante na busca por um ambiente financeiro mais seguro e confiável.

Yuval Noah Harari¹, filósofo e escritor, declarou em sua última visita ao Brasil que o futuro dos dados é possivelmente uma das questões políticas mais relevantes da atualidade, uma vez que os dados estão se tornando o ativo mais importante do mundo. Nessa perspectiva, o *Open Banking*, ou sistema financeiro aberto, confere o valor dos dados pessoais e transacionais ao seu titular, utilizando-os para alavancar a sua capacidade de acessar produtos e serviços financeiros de pagamento.

Logo, o *Open Banking* configura uma iniciativa que visa promover a concorrência e a inovação por meio do compartilhamento de dados entre instituições financeiras. Assentando-se sob os pilares da eficiência do Sistema Financeiro Nacional (“SFN”) e da oferta de crédito mais barato. Ele foi desenhado para propiciar o compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de *application programming interfaces* (“APIs”)² por parte de instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil (“BACEN”). No caso de dados de clientes, pessoa física ou jurídica, esse é o protagonista que decidirá quando e com quem ele deseja compartilhá-los no escopo do *Open Banking*. Esse movimento está alinhado com as tendências globais de abertura e digitalização do setor financeiro.

1.2 Fundamentação Legal

1.2.1 BACEN

Deste modo, o Banco Central do Brasil (“BACEN”), através do Comunicado nº 33. 455, de 24 de abril de 2019, trouxe as definições e propostas iniciais do regulador brasileiro acerca do tema, conceituou o Open Banking da seguinte maneira:

O Open Banking, na ótica do Banco Central do Brasil, é considerado o compartilhamento de dados, produtos e serviços pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas, a critério de seus clientes, em se tratando de dados a eles relacionados, por meio de abertura e integração de plataformas e infraestruturas de

¹ Declaração dada na conferência de encerramento da 5^a Semana de Inovação, evento promovido pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) em novembro de 2019.

² O propósito das APIs é o de simplificar o desenvolvimento de programas e aplicações, através da abstração dos diversos elementos que compõem um software. Isso permite que o desenvolvedor não precise saber detalhadamente a implementação de todas as partes que compõem um sistema, mas sim, precisará saber como utilizar os serviços fornecidos pelas APIs de seu interesse e como se dará a interação destas com os outros elementos de seu software.

sistemas de informação, de forma segura, ágil e conveniente.

Assim, delimita-se que o escopo a ser adotado no Brasil deverá abranger as instituições financeiras, as instituições de pagamento e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, contemplando, no mínimo, os seguintes dados, produtos e serviços: (I) Dados relativos aos produtos e serviços oferecidos pelas instituições participantes: Localização de pontos de atendimento, características de produtos, termos e condições contratuais e custos financeiros, entre outros; (II) Dados cadastrais dos clientes: Nome, filiação, endereço, entre outros; (III) Dados transacionais dos clientes: Dados relativos a contas de depósito, a operações de crédito, a demais produtos e serviços contratados pelos clientes, entre outros; e (IV) Serviços de pagamento: Inicialização de pagamento, transferências de fundos, pagamentos de produtos e serviços, entre outros.

Todavia, além de fortalecer o consumidor, o sistema financeiro aberto representa, ainda, um mecanismo importante de fomento a inovação e a concorrência no mercado financeiro brasileiro. Relembrando que, em 2018, o Bacen publicou a resolução 4.658, que dispôs, como define seu artigo 1º, sobre *“a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.”*.

Dentre as exigências, em outubro de 2019, foi requisitado a entrega de um cronograma de adequação aos serviços em nuvem contratados. Nesse sentido, Gabriel Cohen³ ressaltou também foi necessária a demonstração, por meio de documentos e planos de trabalho, de como serão cumpridas as exigências da resolução. A etapa final é o compartilhamento de informações/dados dos clientes sobre produtos de investimentos, previdência, seguros, câmbio, entre outros, ofertados e distribuídos no mercado no final de 2021 entre as instituições participantes⁴.

³ COHEN, Gabriel (Coord.). **Direito dos meios de pagamento:** Natureza jurídica e reflexões sobre a Lei Nº 12.835. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

⁴ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Open Banking:** O que é. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking>>. Acesso em: 04 de setembro de 2023, São Paulo.

Em consonância ao pensamento de Porto e Tolentino⁵, a ideia por detrás do Banco Central no que tange ao *Open Banking* é romper com o monopólio de informação que compõem uma barreira a entrada no setor bancário, estimulando assim a competição e a inovação por parte das instituições financeiras e, ao mesmo tempo, empoderar o consumidor financeiro.

1.2.2 Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”)

Tendo em vista que uma das principais premissas do *Open Banking* é o reconhecimento de que os dados pessoais e transacionais mantidos pela instituição financeira pertencem, essencialmente, ao titular, a discussão do tema torna-se ainda mais relevante sob a perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Inicialmente, destaca-se que não restam dúvidas de que o compartilhamento de dados no âmbito dessa nova iniciativa configura uma hipótese de tratamento de dados para fins dessa legislação, considerando os conceitos de titular e tratamento, definidos no texto legal e nas definições acima respectivamente. Nesse contexto, Daniel Doneda⁶ bem explica que as normas criadas, assim como os diversos comunicados posteriores reiterando o tema do Bacen, indicam, de forma clara que o compartilhamento de dados cadastrais e transacionais dependem sempre do consentimento do titular, estando, portanto, em conformidade com uma das hipóteses de tratamento previstas na LGPD.

Um princípio crucial presente no artigo 2º da LGPD, que deve guiar o tratamento de dados pessoais no contexto do *Open Banking*, é o da autodeterminação informativa. Esta concede a cada indivíduo o direito de supervisionar e resguardar seus próprios dados, especialmente considerando a era atual e o modo como as informações são gerenciadas. De forma que, é entendido não apenas como um direito individual, mas também coletivo, visto que pode impactar direitos amplos e difusos.

Por fim, a Lei do Sigilo Bancário (Lei Complementar nº 105/2001) determina que as instituições financeiras devem conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, sendo bastante restritiva nas hipóteses permitidas de

⁵ PORTO, Gabriel. e TOLENTINO, Morgana. (2022). “**Open banking no Brasil avança, mas entregará o que promete?**” In Martins, N.M. et al (org.). Retrospectiva do Sistema Financeiro 2021. Rio de Janeiro: Observatório do Sistema Financeiro. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/grupos/OSF/2022/ osfretr2021.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2023, São Paulo.

⁶ DONEDA, Daniel. **Guia prático de implementação da LGPD.** 1. ed. São Paulo: Labrador, 2020.

divulgação. Embora, englobem o cumprimento de obrigações regulatórias e legais (Bacen e LGPD) e de ordem judiciais. Ou seja, se por um lado, o sigilo bancário preceitua noções básicas de consentimento, a LGPD determina claramente que consentimento é a manifestação livre pela qual o Titular, levando em consideração a finalidade do tratamento, levando em consideração a finalidade do tratamento, concorda com o tratamento de seus dados pessoais.

1.2.3 Código de Defesa do Consumidor (“CDC”)

O CDC é uma legislação brasileira que tem como objetivo proteger os direitos e interesses dos consumidores em transações comerciais e relações de consumo. Ele estabelece diretrizes e normas para garantir a equidade nas relações entre consumidores e fornecedores de produtos ou serviços.

No contexto financeiro, desempenha um papel importante ao garantir que os consumidores tenham informações claras e transparentes sobre produtos e serviços financeiros, como empréstimos, cartões de crédito e investimento; além de estabelecer regras para a resolução de conflitos e a responsabilidade das instituições financeiras em casos de problemas ou práticas abusivas que afetem os consumidores.

Além disso, as instituições financeiras têm permissão para compartilhar informações sobre os consumidores com outras entidades do mesmo setor, visando à formação de bancos de dados, incluindo informações sobre inadimplência. Nesse contexto, o CDC, em seu artigo 433, determina a obrigatoriedade de transparência, concedendo ao consumidor o direito de acesso e correção de suas informações, bem como estipula critérios para garantir a legalidade desse processo.

A relação entre o Open Banking e o CDC se dá na proteção dos direitos dos consumidores no contexto das transações financeiras que envolvem o compartilhamento de dados. O CDC garante que os consumidores tenham informações adequadas e que suas transações financeiras sejam justas e transparentes, buscando criar um ambiente financeiro mais competitivo, inovador e seguro, no qual os consumidores possam se beneficiar das novas oportunidades oferecidas pelo compartilhamento de dados, ao mesmo tempo em que seus direitos são protegidos de acordo com as disposições do CDC.

1.3 Benefícios para as instituições participantes e para os clientes

Para as instituições participantes, o *Open Banking* garante uma maior competitividade: com acesso aos dados dos usuários, instituições participantes poderão fazer ofertas de produtos e serviços para clientes de seus concorrentes, com benefícios para o consumidor, que poderá obter tarifas mais baixas e condições mais vantajosas⁷.

Outrossim, observa-se é a redução de custos bancários, pois se não há a obrigação de manter os dados dos clientes presos a um estabelecimento, a tendência é que essas instituições comecem a reduzir os custos com o objetivo de atrair mais clientes.

Paralelamente, ao aderir a esse novo sistema as Instituições Financeiras também proporcionam uma melhor experiência no uso de seus produtos e serviços para os clientes. Torna-se possível, ainda, que as instituições participantes ofereçam soluções que facilitam às pessoas controlarem suas vidas financeiras. Quem, por exemplo, possui mais de uma conta bancária ou tem conta em um banco e empréstimo em outro, poderá ver todas as suas informações em um único local.

Em suma, com o consentimento do cliente, serão compartilhados em um ambiente seguro entre as instituições para que elas possam conhecer melhor o perfil, comportamento e necessidades do cliente. E assim, oferecer produtos e serviços mais adequados, mesmo no início do relacionamento. Além disso, o cancelamento do compartilhamento dos dados pode ser feito a qualquer momento pelo seu respectivo titular.

1.4 Desafios para as instituições participantes

Observa-se a presença de riscos tecnológicos, incentivo a lavagem de dinheiro e riscos operacionais oriundos de fraudes e de violações de sigilo dos dados pessoais. Além de potencial danos financeiros, deve-se gerir os apontamentos acima elencados afim do não comprometimento da reputação das instituições e da confiança no novo modelo implementado. O *Open Banking*, infelizmente, pode abrir brechas para

⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Open Banking:** O que é. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking>>. Acesso em: 21 de agosto de 2023,, São Paulo.

atividades fraudulentas, impondo às instituições bancárias a necessidade de reforçar ainda mais suas medidas de segurança mediante observação a legislação nacional.

Destaca-se que as trocas de informações realizadas pelas instituições financeiras devem cumprir, para além da LGPD e dos mecanismos mais burocráticos de controle que ela estabelece, os requisitos de sigilo bancário e regulamentos do BCB, como a Resolução Conjunta nº 4.893/2021 do BACEN, que dispõe sobre a política de segurança cibernética das instituições financeiras, já tratavam sobre os assuntos relacionados ao sigilo, confidencialidade e proteção de dados.

Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

CAPÍTULO II

DA POLÍTICA DE SEGURANÇA CIBERNÉTICA

Seção I

Da Implementação da Política de Segurança Cibernética

Art. 2º As instituições referidas no art. 1º devem implementar e manter política de segurança cibernética formulada com base em princípios e diretrizes que busquem assegurar a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade dos dados e dos sistemas de informação utilizados.

§ 1º A política mencionada no caput deve ser compatível com:

I - o porte, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição;

II - a natureza das operações e a complexidade dos produtos, serviços, atividades e processos da instituição; e

III - a sensibilidade dos dados e das informações sob responsabilidade da instituição.

§ 2º Admite-se a adoção de política de segurança cibernética única por:

I - conglomerado prudencial; e

II - sistema cooperativo de crédito.

§ 3º As instituições que não constituírem política de segurança cibernética própria em decorrência do disposto no § 2º devem formalizar a opção por essa faculdade em reunião do conselho de administração ou, na sua inexistência, da diretoria da instituição.

A supracitada Resolução CMN nº 4.893 de 26/2/2021 representa um marco regulatório importante para o desenvolvimento do sistema financeiro nacional, em particular, o Open Banking. O Conselho Monetário Nacional (CMN), em conjunto com

o Banco Central do Brasil (BACEN), tem trabalhado para estabelecer as bases regulatórias que garantam o desenvolvimento seguro e eficiente do Open Banking no Brasil.

Torna-se necessário, em um mundo globalizado em que o compartilhamento de dados financeiros é um ator indispensável, que as instituições detalhem de forma transparente seu escopo de Dados, estipulando padrões e requisitos técnicos para o seu compartilhamento, garantindo segurança e interoperabilidade entre as diferentes plataformas das instituições. Também sendo indiscutível a garantia do consentimento expresso do cliente, a delimitação da responsabilidade de cada instituição participante do Open Banking e a definição a estrutura de governança, assegurando a adoção adequada de gestão de riscos. Vide art. 3º da Resolução BACEN supracitada:

Art. 3º A política de segurança cibernética deve contemplar, no mínimo:

I - os objetivos de segurança cibernética da instituição;

II - os procedimentos e os controles adotados para reduzir a vulnerabilidade da instituição a incidentes e atender aos demais objetivos de segurança cibernética;

III - os controles específicos, incluindo os voltados para a rastreabilidade da informação, que busquem garantir a segurança das informações sensíveis;

IV - o registro, a análise da causa e do impacto, bem como o controle dos efeitos de incidentes relevantes para as atividades da instituição;

V - as diretrizes para:

a) a elaboração de cenários de incidentes considerados nos testes de continuidade de negócios;

b) a definição de procedimentos e de controles voltados à prevenção e ao tratamento dos incidentes a serem adotados por empresas prestadoras de serviços a terceiros que manuseiem dados ou informações sensíveis ou que sejam relevantes para a condução das atividades operacionais da instituição;

c) a classificação dos dados e das informações quanto à relevância; e

d) a definição dos parâmetros a serem utilizados na avaliação da relevância dos incidentes;

VI - os mecanismos para disseminação da cultura de segurança cibernética na instituição, incluindo:

a) a implementação de programas de capacitação e de avaliação periódica de pessoal;

b) a prestação de informações a clientes e usuários sobre precauções na utilização de produtos e serviços; e

c) o comprometimento da alta administração com a melhoria contínua dos procedimentos relacionados com a segurança cibernética; e

VII - as iniciativas para compartilhamento de informações sobre os incidentes relevantes, mencionados no inciso IV, com as demais instituições referidas no art. 1º.

§ 1º Na definição dos objetivos de segurança cibernética referidos no inciso I do caput, deve ser contemplada a capacidade da instituição para prevenir, detectar e reduzir a vulnerabilidade a incidentes relacionados com o ambiente cibernético.

§ 2º Os procedimentos e os controles de que trata o inciso II do caput devem abranger, no mínimo, a autenticação, a criptografia, a prevenção e a detecção de intrusão, a prevenção de vazamento de informações, a realização periódica de testes e varreduras para detecção de vulnerabilidades, a proteção contra softwares maliciosos, o estabelecimento de mecanismos de rastreabilidade, os controles de acesso e de segmentação da rede de computadores e a manutenção de cópias de segurança dos dados e das informações.

§ 3º Os procedimentos e os controles citados no inciso II do caput devem ser aplicados, inclusive, no desenvolvimento de sistemas de informação seguros e na adoção de novas tecnologias empregadas nas atividades da instituição.

§ 4º O registro, a análise da causa e do impacto, bem como o controle dos efeitos de incidentes, citados no inciso IV do caput, devem abranger inclusive informações recebidas de empresas prestadoras de serviços a terceiros.

§ 5º As diretrizes de que trata o inciso V, alínea "b", do caput, devem contemplar procedimentos e controles em níveis de complexidade, abrangência e precisão compatíveis com os utilizados pela própria instituição.

A Estrutura de Governança é um grupo responsável pelo processo de implementação do Sistema Financeiro Aberto no País formado nos termos que rege a Circular 4.032 de 23/06/2020. Esse órgão reúne as entidades de classe mais representativas das instituições que compartilharão dados e serviços no escopo do Open Finance. Ele contempla, em sua composição, três níveis: Conselho Deliberativo, Secretariado e Grupo Técnico o que garante a representatividade e o acesso não discriminatório das instituições participantes e, também, mitiga eventuais conflitos de interesse.

Além disso, o Banco Central acompanha todas as discussões nos Grupos Técnicos e no Conselho Deliberativo, de forma a assegurar que sejam cumpridos os princípios, objetivos e diretrizes estabelecidos para o projeto.

Em resumo, o principal desafio das instituições financeiras participantes é garantir que o Open Banking se desenvolva de forma segura, transparente e benéfica para os clientes, promovendo a inovação e a concorrência no setor financeiro. A implementação efetiva do Open Banking, alinhada com a regulamentação estabelecida pelo CMN e BACEN, tem o potencial de revolucionar o sistema financeiro, oferecendo aos clientes mais opções, melhores preços e uma experiência de usuário mais integrada e eficiente.

1.4.1 Relação com o cadastro positivo

A Lei do Cadastro Positivo nº 12.414 de 2011 (“LCP”) disciplina sobre a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Isto é, regulamenta a possibilidade de os credores oferecerem informações periódicas sobre o pagamento das parcelas da dívida do consumidor para vários gestores de bancos de dados.

Em 2019, Lei Complementar 166 alterou a LCP passando a incluir automaticamente todos os consumidores no cadastro positivo⁸. Sendo necessário a manifestação solicitando cancelamento para que as informações de histórico de crédito não sejam mais enviadas periodicamente às entidades de proteção ao crédito (gestores). Vide nova redação do art. 4º da Lei 12.414/2011:

Art. 4º O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a:

I - abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

II - fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do caput deste artigo; (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

⁸ Em 2019, foi sancionada a Lei Complementar nº 166, que altera significativamente a Lei do Cadastro Positivo. Uma das principais alterações está relacionada ao consentimento do titular dos dados. Na antiga lei, era necessária a autorização prévia do titular dos dados, mediante consentimento informado, para abertura de um cadastro. A Lei Complementar nº 166, de 2019, por sua vez, autoriza a abertura de cadastros sem a necessidade de obtenção do consentimento prévio do cadastrado, o qual continua com a possibilidade de solicitar a sua exclusão do cadastro. BRASIL. **Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011.** Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 3 de junho de 2023.

III - compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

IV - disponibilizar a consulentes: (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas; e (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado. (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

§ 1º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação em banco de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado.

§ 2º Atendido o disposto no caput, as fontes ficam autorizadas, nas condições estabelecidas nesta Lei, a fornecer aos bancos de dados as informações necessárias à formação do histórico das pessoas cadastradas.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A comunicação ao cadastrado deve: (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

I - ocorrer em até 30 (trinta) dias após a abertura do cadastro no banco de dados, sem custo para o cadastrado; (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

II - ser realizada pelo gestor, diretamente ou por intermédio de fontes; e (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

III - informar de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados. (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

Nesse sentido, os birôs de crédito – empresas como: Serasa, SPC, Quod e Boa Vista – registram o histórico de bom pagador do consumidor e as Instituições Financeiras utilizam esses dados para análises internas que determinam a concessão ou não de empréstimos, cartões de crédito, financiamento e demais produtos ao consumidor final.

Assim sendo, os dados financeiros de pessoas naturais ou jurídicos são coletadas no ambiente digital e compartilhados por meio do Open Banking, mediante consentimento do titular do dado. Roque Pellizaro Junior⁹ elenca as três principais situações para formarem uma espécie de “currículo financeiro” do consumidor: (I) No cadastramento dos usuários, de forma livre e espontânea; (II) No pagamento, para

⁹ PELLIZARO JUNIOR, Roque. **Política de Coleta e Utilização de Dados Pessoais**: SPC Brasil. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/cadastropositivo/consumidor/politicas.html>>. Acesso em: 30 de julho de 2023, São Paulo.

possibilitar o pagamento do serviço contratado; e (III) Cookies são coletados no momento da utilização pelo usuário.

Claudia Lima¹⁰, em sua obra “*Direito do Consumidor: 30 anos de CDC*”, faz o devido paralelo entre a LGPD e o artigo 4º do LCP:

A nova redação do dispositivo está em consonância com a LGPD (Lei 13.709/2018). O inc. II do art. 7º dispõe que o tratamento de dados pode ser realizado “para o cumprimento de obrigação legal”. O inc. X remete o tratamento de dados para proteção ao crédito à legislação específica, que é justamente a Nova Lei do Cadastro Positivo.

O legislador, com a nova redação proposta pela Lei Complementar, não deixa de prestigiar o direito à privacidade e proteção de dados e, particularmente, a vontade do consumidor. Pois, o parágrafo quarto do artigo 4º determina que o titular dos dados pode requerer o cancelamento no cadastro para o gestor (birôs de crédito) a qualquer momento. Já que, em consonância a LCP, realizada a abertura do cadastro do titular, deve o gestor, no prazo de 30 dias, comunicar ao consumidor a referida abertura e os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados.

Ao serem contemplados com LCP, as instituições como o SPC no Open Banking devem observar os mecanismos de controle do adequado e legítimo tratamento de dados propostos na LGPD. Todo o processo de coleta de dados, *Data Training*¹¹ e *Machine Learning* dos dados via Inteligência Artificial deve observar o processamento e suas respectivas revisões de decisões tomadas com base em tratamento automatizado de dados (algoritmos). Em concordância com o artigo 20º da LGPD:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Direito do Consumidor:** 30 anos do CDC. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹¹ Os dados de treinamento são usados para treinar um algoritmo, normalmente compondo uma porcentagem de um conjunto de dados gerais juntamente com um conjunto de testes (tradução livre). Disponível em: <<https://appen.com/blog/training-data/>>. Acesso em: 30 de julho de 2023, São Paulo.

automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais

No que concerne ao paralelo entre a relação entre cadastro positivo e Open Banking, a principal temática é a do consentimento do usuário. Enquanto o primeiro, embasado no artigo 7º da LGPD e no artigo 4º da LCP, dispensa o consentimento do consumidor para coletar e compartilhar dados de inadimplência financeira. O segundo, como estratégia de sistema financeiro aberto ainda não implementado em sua integralidade, se utiliza do art. 10 da Resolução Conjunta 01/2020 entre Bacen e o Conselho Monetário Nacional (“CMN”) para reforçar o consentimento do titular dos dados:

Art. 10. A instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução Conjunta, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento.

§ 1º O consentimento mencionado no caput deve:

I - ser solicitado por meio de linguagem clara, objetiva e adequada;

II - referir-se a finalidades determinadas;

III - ter prazo de validade compatível com as finalidades de que trata o inciso II, limitado a doze meses;

IV - discriminar a instituição transmissora de dados ou detentora de conta, conforme o caso;

V - discriminar os dados ou serviços que serão objeto de compartilhamento, observada a faculdade de agrupamento de que trata o art. 11;

VI - incluir a identificação do cliente; e VII - ser obtido após a data de entrada em vigor desta Resolução Conjunta, com observância dos prazos estabelecidos no art. 55.

§ 2º A alteração das condições de que tratam os incisos II a V do § 1º requer a obtenção de novo consentimento do cliente.

§ 3º É vedado obter o consentimento do cliente: I - por meio de contrato de adesão; II - por meio de formulário com opção de aceite previamente preenchida; ou III - de forma presumida, sem manifestaçãoativa pelo cliente.

B § 4º É vedada a prestação de informação para a instituição transmissora de dados sobre as finalidades de que trata o § 1º, inciso II. § 5º A vedação de que trata o § 4º não se aplica aos contratos de parceria de que trata o art. 36 ou a outros casos previstos na legislação ou regulamentação em vigor. § 6º No caso de transações de pagamento sucessivas, o cliente, a seu critério, poderá definir prazo superior ao estabelecido no § 1º, inciso III,

podendo condicionar o prazo de validade do consentimento ao encerramento das referidas transações.

A profusão de dados de diversas fontes exigirá uma nova estruturação de captação e análise, os consumidores passarão a estarem mais atentos quanto a transparência do mercado financeiro quanto ao uso dos seus dados. Quem for mais eficiente em aproveitar esta nova realidade para entender os cenários e desenvolver produtos e serviços adaptados para cada perfil de cliente pensando em sua preferência por consentimento, certamente levará vantagem sobre aqueles que apenas verão a enxurrada de informações danosas ou até incorretas que passarem pelos bancos de dados de forma descoordenada.

1.5 Benefícios para as instituições participantes

O Open Banking, como já descrito, nada mais é que um sistema financeiro aberto definido pela Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020 como: “compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas, por parte de instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB.”.

Para as instituições participantes, o Open Banking garante uma maior competitividade: com acesso aos dados dos usuários, instituições participantes poderão fazer ofertas de produtos e serviços para clientes de seus concorrentes, com benefícios para o consumidor, que poderá obter tarifas mais baixas e condições mais vantajosas¹².

Outra vantagem observada é a redução de custos bancários, pois se não há a obrigação de manter os dados dos clientes presos a um estabelecimento, a tendência é que essas instituições comecem a reduzir os custos com o objetivo de atrair mais clientes.

Paralelamente, ao aderir a esse novo sistema as Instituições Financeiras também proporcionam uma melhor experiência no uso de seus produtos e serviços para os clientes. Torna-se possível, ainda, que as instituições participantes ofereçam soluções que facilitam às pessoas controlarem suas vidas financeiras. Quem, por

¹² BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Open Banking:** O que é. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking>>. Acesso em: 21 de abril de 2023, São Paulo.

exemplo, possui mais de uma conta bancária ou tem conta em um banco e empréstimo em outro, poderá ver todas as suas informações em um único local.

Há um ganho de eficiência, com a racionalização de processos, uma vez que existe um maior grau de especialização das instituições na cadeia produtiva de informação distribuição e oferta de produtos e serviços. Em consonância ao pensamento de Campos Neto¹³, o Open Banking é desafiador tanto para as instituições quanto para o órgão regulador, mas deve ser visto como um fator relevante para alcançar os objetivos de eficiência e inclusão.

Assim, padronizando os procedimentos técnicos e operacionais para o adequado funcionamento da sistemática do Open Banking e do Open Finance. Assim, são gerados procedimentos comuns na mitigação dos riscos envolvidos para todas as instituições participantes. Segundo Leite¹⁴:

Existe riscos novos e desafios neste processo irreversível. Trata-se, portanto, como toda inovação de uma real ameaça ou uma grande oportunidade, mas certamente uma tremenda mudança de como o Mercado Financeiro vinha operando e protegendo os dados dos clientes como ativos exclusivos da instituição.

Em suma, com o consentimento do cliente, serão compartilhados em um ambiente seguro entre as instituições para que elas possam conhecer melhor o perfil, comportamento e necessidades do cliente. E assim, oferecer produtos e serviços mais adequados, mesmo no início do relacionamento. Além disso, o cancelamento do compartilhamento dos dados pode ser feito a qualquer momento pelo seu respectivo titular.

1.6 Expansão no mercado

1.6.1 Open Finance e concorrência

O Open Finance, ou sistema financeiro aberto, é a evolução do Open Banking, com compartilhamento padronizado de dados e serviços financeiros por meio da

¹³ ESTADÃO. Presidente do BC diz que Open Banking é inevitável. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/presidente-do-bc-diz-que-open-banking-e-inevitavel/>>. Acesso em: 15 de outubro de 2023, São Paulo.

¹⁴ Leite, Luiza. **Open banking**: a quebra do monopólio informacional. In: Bruzzi, Eduardo; Feigelson, Bruno (Coord.). Banking 4.0: desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos. São Paulo: Ed. RT, 2020.

integração de sistemas entre instituições participantes e autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Com a implementação do Open Banking, as instituições financeiras tradicionais enfrentam uma concorrência crescente de fintechs e outros novos entrantes que podem oferecer soluções mais inovadoras e personalizadas. Ao mesmo tempo, o Open Finance vai além, estendendo os princípios do Open Banking para abranger um espectro mais amplo de serviços financeiros, incluindo seguros, investimentos e outros produtos que não são estritamente bancários.

No entendimento de Figo e Lewgoy¹⁵, o BACEN inicialmente era resistente as fintechs, mas acabou se tornando um aliado:

Desde 2015, o Banco Central tem uma agenda clara para fomentar a inovação do sistema financeiro. Para a entidade, as fintechs contribuem para aumentar a competição no Brasil. Mais competição pode gerar inclusão financeira, produtos e serviços melhores e taxas menores. Em 2016, o Banco Central regulamentou a abertura de conta corrente sem agências, o que possibilitou que novas empresas se posicionassem como banco digitais. Dois anos depois regulamentou as fintechs de crédito e eliminou a necessidade delas atuarem em parceria com uma instituição financeira tradicional.

Em consonância as diretrizes do BACEN¹⁶, o Open Finance cria um ecossistema financeiro mais integrado e inovador, onde as instituições são incentivadas a colaborar e inovar, ao invés de apenas competir, o cliente segue sendo o foco e será mais bem atendido em todas as suas necessidades. Com os dados e o histórico em mãos, as instituições financeiras fazem ofertas com maior agilidade, podendo preparar uma proposta personalizada que se enquadre a cada tipo de cliente.

Havendo a necessidade de publicação de Resolução Conjunta nº 5/2022, que dispõe sobre a interoperabilidade no Open Finance. A norma foi definida em trabalho conjunto pela Susep (Superintendência de Seguros Privados) e pelo BC (Banco

¹⁵ FIGO, Anderson; LEWGOY, Julia. O guia essencial das fintechs. 1. ed. São Paulo: Abril, 2019.

¹⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Open Finance:** Conheça. Disponível em: <<https://openfinancebrasil.org.br/conheca-o-open-finance/>> Acesso em: 29 de outubro de 2023, São Paulo

Central do Brasil), sendo aprovada e publicada pelo BC, CMN (Conselho Monetário Nacional) e o CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados).

Essa publicação legislativa em conjunto traz maior clareza e regramentos para a interoperabilidade no âmbito do Open Finance. A interoperabilidade permitirá o compartilhamento padronizado de dados, mediante consentimento do cliente, de forma segura, ágil e precisa entre bancos, instituições de pagamento, cooperativas de crédito, sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar, sociedades de capitalizações e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BC e pela Susep:

Art. 1º Esta Resolução Conjunta dispõe sobre a interoperabilidade no Open Finance.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Resolução Conjunta, considera-se:

I- interoperabilidade no Open Finance: o compartilhamento padronizado de dados, mediante consentimento de cliente, de forma segura, ágil e precisa, entre os participantes dos sistemas disciplinados pelos seguintes atos normativos:

a) Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020, do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional; e

b) Resolução CNSP nº 415, de 20 de julho de 2021, do Conselho Nacional de Seguros Privados; e

II - infraestruturas de suporte: os serviços de suporte aos participantes dos sistemas de que trata o inciso I, contratados conforme a regulamentação vigente aplicável a eles, relacionados:

a) ao diretório de participantes;

b) ao service desk;

c) à plataforma de resolução de disputas;

d) ao ambiente de testes de Application Programming Interfaces (APIs); e

e) a outros serviços, conforme regulamentação específica a ser editada na forma do art. 4º.

Art. 3º Os participantes dos sistemas mencionados no inciso I do art. 2º, por meio das estruturas de governança responsáveis pelas suas implementações, devem:

I- propor e implementar padrões técnicos e outros procedimentos operacionais que assegurem a interoperabilidade dos sistemas que compõem o Open Finance; e

II estabelecer foro de discussão e de deliberação conjuntas para a implementação e a gestão da infraestrutura de suporte necessária para garantir a interoperabilidade no Open Finance.

§ 1º As propostas e as implementações de que trata o inciso I do caput devem atender às exigências previstas na

regulamentação vigente aplicável aos participantes de cada sistema mencionado no inciso I do art. 2º.

§ 2º As propostas de que trata o inciso I do caput devem ser encaminhadas até 30 de novembro de 2023 por meio das estruturas de governança dos sistemas mencionados no inciso I do art. 2º, ao Banco Central do Brasil e à Superintendência de Seguros Privados para aprovação e, no que couber, avaliação do cabimento de incorporar o conteúdo dos padrões e demais procedimentos operacionais, no todo ou em parte, à regulamentação de responsabilidade das referidas autarquias, ou propor sua incorporação à regulamentação de competência do Conselho Monetário Nacional e do Conselho Nacional de Seguros Privados.

Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Superintendência de Seguros Privados, no âmbito de suas atribuições legais, adotarão as medidas necessárias para o cumprimento do disposto nesta Resolução Conjunta, incluindo a edição de atos conjuntos visando à implementação da interoperabilidade no Open Finance e abrangendo a definição do cronograma de implementação dos padrões técnicos e procedimentos operacionais de que trata o art. 3º.

Cavalcanti e Santos¹⁷ afirmam que o Open Finance deverá ter efeitos mais amplos na economia em geral, ao ampliar a concorrência entre os atores financeiros envolvidos:

O Open Finance irá atenuar as fricções financeiras que limitam o acesso ao crédito por parte da população. Entretanto, ressalvam que a quantificação desses efeitos potenciais é desafiadora, dada a endogeneidade entre as variáveis do mercado de crédito e às demais variáveis macroeconômicas e dado que existem diversas medidas legais adotadas simultaneamente, sendo difícil estimar o efeito isolado de cada medida.

A concorrência que resulta desses sistemas tem o potencial de beneficiar enormemente os consumidores. Com mais opções disponíveis, as instituições são pressionadas a melhorar seus serviços, reduzir taxas e oferecer melhores condições para atrair e reter clientes. Isso pode resultar em uma maior inclusão financeira, à medida que serviços mais acessíveis e personalizados tornam-se disponíveis para diferentes segmentos da população.

¹⁷ CAVALCANTI, Marco; SANTOS, Francisco. **Medidas recentes para redução de imperfeições do mercado de crédito brasileiro:** visão geral e considerações sobre impactos potenciais. IPEA, Carta de Conjuntura nº 55, Nota de Conjuntura 10, 2022

Carlos Ragazzo, Milena Tolentino e Bruno Cataldo¹⁸ elencam os principais pontos motivadores para a transição da legislação regulamentar que abarcava apenas o Open Banking e passa a disciplinar o Open Finance:

A possibilidade de uma variedade maior de empresas trabalharem os dados compartilhados com tecnologias como inteligência artificial e machine learning pode, ainda, ajudar a construir modelos de análise de risco mais sofisticados em função da maior abertura à concorrência. Isso facilitaria, por exemplo, a criação de linhas de crédito especiais, com taxas menores que permitam incluir novos perfis de clientes, proporcionando acesso a crédito e novos produtos financeiros para clientes que antes não desfrutavam destes serviços.

Ao passo que a regulamentação também desempenha um papel fundamental na garantia de um campo de jogo equitativo, assegurando que todas as instituições, independentemente do seu tamanho, tenham a oportunidade de participar e competir nesses novos ecossistemas.

Em resumo, o Open Finance e o Open Banking estão remodelando a paisagem financeira, promovendo uma maior inovação, transparência e concorrência. Estes sistemas têm o potencial de beneficiar tanto os consumidores quanto as instituições financeiras, mas é essencial que sejam acompanhados por uma regulamentação forte e justa para garantir que todos os participantes possam aproveitar essas oportunidades de forma segura e equitativa.

2 Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”)

É necessário destacar que o Open Banking está em consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (“LGPD”), legislação pioneira no estabelecimento de regras para o tratamento de dados pessoais de pessoas naturais. O Open Banking parte do princípio de que os dados bancários pertencem aos clientes, e não às instituições financeiras. Dessa forma, com o consentimento dos clientes, as instituições financeiras podem compartilhar dados, produtos e serviços com outras instituições, por meio de plataformas e infraestruturas de tecnologia integradas, de forma transparente, segura e conveniente.

¹⁸ RAGAZZO, Carlos; TOLENTINO, Milena; CATALDO, Bruno. **Do Open Banking ao Open Finance: Entenda o Sistema Financeiro Aberto.** São Paulo; Instituto Propague, 2022.

Portanto, considerando que a maioria das transações financeiras envolvem dados pessoais, é de extrema importância que as regulamentações relacionadas ao Open Banking no Brasil estejam em harmonia com a LGPD. Isso é especialmente relevante no que se refere aos princípios, situações de tratamento e direitos dos titulares de dados pessoais. Alinhar o Open Banking com a legislação mais pertinente quanto ao tratamento de dados financeiros, não apenas atende a requisitos normativos, mas também reconhece que os dados pessoais financeiros, tratados por instituições financeiras e no ambiente bancário, pertencem aos cidadãos, muitas vezes consumidores, que têm o direito de controlar seus próprios dados.

No contexto do Open Banking, a proteção dos dados pessoais dos indivíduos deve ser uma prioridade, uma vez que, na maioria das vezes, os avisos de privacidade e os termos de uso, que raramente são lidos, não conseguem garantir o tratamento legítimo dos dados pessoais. Isso também coloca em risco o consentimento, uma vez que frequentemente é dado sem uma compreensão completa de suas implicações.

2.1 Dados pessoais

Dado pessoal diz respeito a toda e qualquer informação relacionada a pessoa natural: (I) identificada: sabe-se informações pessoais dessa pessoa como nome, CPF e e-mail; e (II) identificável: é possível descobrir a identidade desta pessoa a partir do conjunto de informações distintas. À título de exemplo, podem ser considerados dados pessoais: nome, apelido, RG, CPF, e-mail, dados de localização, um endereço de IP (protocolo de rede¹⁹) e testemunhos de conexão (cookies²⁰).

O *caput* do art. 7º da Lei de nº 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”) tornou essencial ao exercício da cidadania o direito ao acesso a Internet. Dessa forma, com a forte alta das comunicações baseadas puramente na tecnologia e o surgimento das redes sociais, a construção das identidades veio a sentir os efeitos de um mundo cada vez mais globalizado, fazendo com que seja necessário regulamentar a identidade jurídica do cidadão brasileiro na internet.

¹⁹ Um endereço IP é uma representação numérica de onde um dispositivo está conectado à internet. Ele serve para identificar onde está um dispositivo e, em algum grau, a natureza desse dispositivo.

²⁰ Cookies são pequenos arquivos gravados no dispositivo de acesso de usuário, enquanto este navega na internet, são armazenados em seu navegador e ajudam a armazenar as preferências dos usuários e a personalizar o acesso dos mesmos.

Paralelamente, os dados pessoais foram definidos no Regulamento 2016/679 da União Europeia (General Data Protection Regulation – “GDPR”) em seu art. 4º, que disciplina:

Dados pessoais são configurados como qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular²¹;

Sendo assim, mesmo que os dados tenham sido descaracterizados ou codificados ainda podem ser utilizados para identificar uma pessoa e, portanto, continuam a ser dados pessoais abrangidos pelo âmbito de aplicação da legislação pertinente.

Principalmente sob a ótica do Open Banking, segundo a LGPD, dentre outras hipóteses, o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado quando o titular consentir ou, sem o seu consentimento, nas seguintes hipóteses: (I) quando for necessário para cumprir obrigação legal ou regulatória; (II) quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares, quando o titular dos dados for parte ou a seu pedido; (III) para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; (IV) para atender a interesses legítimos do controlador ou de terceiros, resguardados os direitos e liberdades fundamentais do titular; e (V) para a proteção do crédito.

2.1.1. Dados pessoais sensíveis

O artigo 5º, inciso II, da LGPD conceitua dados pessoais sensíveis como aquele com conteúdo “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.”. Em outros termos, são aqueles que podem levar a

²¹ Versão em português disponível em: <<https://www.privacy-regulation.eu/pt/4.htm>>. Acesso em: 26 de abril de 2023, São Paulo.

discriminação de uma pessoa natural e, por tal motivo, devem ser tratados com maior rigor pelo arcabouço legislativo.

Segundo Rocha Garcia²², os dados pessoais sensíveis somente podem ser tratados sem a obtenção do consentimento em situações especiais, por exemplo, por órgãos de pesquisa e saúde, desde que se responsabilizem pela segurança e não realizem compartilhamento de dados.

A Resolução CMN nº 4.893 de 26/2/2021 do BACEN não conceitua dados pessoais financeiros. Entretanto, em seu artigo 2º, inciso III, baliza os tipos de dados que serão compartilhados no âmbito do Open Banking e Open Finance, podendo estes serem dados de diversas categorias, incluindo dados pessoais e dados pessoais sensíveis.

2.1.2. Dados anonimizados

Conceitualmente, são anônimos aqueles que preservam a identidade daqueles de quem a informação provém. No que concerne a pessoas indeterminadas, “os dados anonimizados podem ser então utilizados para fins estatísticos, comumente utilizados para censos, por exemplo”²³.

Todavia, caso estes dados sejam anonimizados de forma irreversível deixam de ser considerados dados pessoais (art. 5º, inciso III e XI da LGPD). Nessa perspectiva, a anonimização consiste na utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis durante o tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.

Nessa perspectiva, uma vez que tais dados são transformados em anônimos e tratados de modo a impossibilitar qualquer identificação pessoal. No cenário do compartilhamento de dados bancários, os dados correspondentes ao percentual de um determinado gênero sobre a carteira de clientes, ticket médio de contratação ou média contatada de empréstimos por pessoas de certa faixa etária são dados meramente estatísticos, que após anonimizados não podem retornar ao estado anterior, portanto, não sujeitos às regras da LGPD.

²² GARCIA, Rocha. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Implementação.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

²³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Isto é, esses dados anonimizados não se sujeitam mais “à disciplina e tutela da proteção de dados pessoais”²⁴, por não violar a essência protetiva do direito em questão: a privacidade e personalidade da pessoa.

2.2 Tratamento de dados e suas implicações no Open Banking

O Open Banking, como uma infraestrutura que visa a compartilhamento de dados financeiros entre diversas instituições com o consentimento do cliente, traz consigo uma série de implicações relacionadas ao tratamento de dados. Em uma era digital, onde a informação é considerada o novo “ouro”, garantir a segurança e a privacidade dos dados dos clientes torna-se um dos pilares fundamentais desse sistema.

De forma que, a LGPD, em seu artigo 7º, estabelece diversas situações bases legais para o tratamento de dados pessoais. Entre essas bases, o consentimento se destaca como a autorização explícita e clara do titular dos dados para o tratamento de suas informações com finalidades comerciais. Vide legis:

*Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
[...]*

O consentimento é uma das bases legais possíveis para o tratamento de dados pessoais, mas é a única base adequada para o compartilhamento de dados bancários no contexto do Open Banking. Isso ocorre porque os dados bancários são considerados como dados pessoais sensíveis, demandando um nível mais elevado de proteção. A premissa subjacente é que os dados bancários pertencem ao titular dos dados (ou usuário dos serviços bancários), sendo essencial obter sua autorização expressa para qualquer compartilhamento com terceiros.

Diego Gualda²⁵ entende como tratamento diversas atividades detalhadas na Lei de nº 13.709/18, qualquer manipulação de informações pessoais de terceiros,

²⁴ Assim dispôs o preâmbulo da antiga Diretiva Europeia 95/46/CE e o art. 26 da GDPR, segundo o qual não se aplica o regime de proteção de dados pessoais aos dados anônimos, já que não possibilitam a identificação da pessoa: “[...] os princípios da proteção não se aplicam a dados tornados anônimos de modo tal que a pessoa já não possa ser identificável”.

²⁵ GUALDA, Diego; Matta, Laura. **Responsabilidade subjetiva na LGPD**. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/tecnologia/responsabilidade-subjetiva-na-lgpd>>. Acesso em: 21 de outubro de 2023, São Paulo.

como a sua coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão e extração.

Outrossim, tal tratamento incidirá sobre aplicativos de celular, redes sociais, blogs, páginas da internet, sites de notícias, bem como, ao universo financeiro. Logo, aquele que o efetuar deverá dar ciência ao titular sobre esse tratamento e solicitar seu consentimento (vide art. 7º da LGPD), excluída a probabilidade de consentimento tácito sobre as normas que garantem o direito à privacidade.

Salienta-se que a proteção desta legislação é condicionada ao tratamento de qualquer pessoa física (brasileira ou estrangeira), em território nacional ou nos casos em que os dados foram tratados no exterior. Deste modo, a LGPD se aplica a qualquer operação de tratamento de dados realizada por essas instituições financeiras, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, incluindo. Nessa lógica, a advogada Patrícia Peck estabelece que:

“A LGPD tem alcance extraterritorial, ou seja, efeitos internacionais, na medida em que se aplica também aos dados que sejam tratados fora do Brasil, desde que a coleta tenha ocorrido em território nacional, ou por oferta de produtos ou serviço para indivíduo no território nacional ou que estivessem no Brasil. Deste modo, o dado pessoal tratado por uma empresa de serviços de cloud computing²⁶ que armazene o dado fora do país terá que cumprir as exigências da LGPD.²⁷”

Sobre esse aspecto, Fernando Antônio Tasso²⁸ explica que o “desatendimento aos direitos do titular”, assim como “a não conformidade das operações de tratamento de dados às normas de segurança da informação” devem impor “sanções

²⁶ Cloud computing, ou computação em nuvem é um serviço de computação baseado na internet na qual é sintetizada pelo poder de utilizar recursos de TI sob demanda de computação, armazenamento de dados, redes e de aplicações em ambientes compartilhados de maneira integrada através da internet, em qualquer lugar e independente de plataforma, sem ter que investir em equipamentos. Definição disponível em: <<https://www.mandic.com.br/cloud/>>. Acesso em: 27 de maio de 2021, São Paulo.

²⁷ PECK, Patrícia. **Proteção de Dados Pessoais:** Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

²⁸ TASSO, Fernando Antônio. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_1_interface_entre_a_lgpd.pdf>. Acesso em: 26 de outubro de 2023, São Paulo.

administrativas, bem como a ações judiciais fundamentadas na responsabilidade civil.”.

A resolução BACEN Nº 32 de 2020, que aborda os requisitos técnicos e os procedimentos operacionais para a implementação no País do Sistema Financeiro Aberto, também faz suas devidas ponderações sobre o tratamento de dados no Open Banking e no Open Finance:

Art. 16-B. Para fins de compartilhamento de dados de que trata o art. 5º, inciso I, alíneas "c" e "d", da Resolução Conjunta nº 1, de 2020, relacionados a contas conjuntas de pessoas naturais, a instituição transmissora de dados deve:

I - garantir que a instituição receptora de dados tenha acesso a dados cadastrais apenas do titular da conta responsável pelo consentimento, não sendo admitido o compartilhamento dos dados cadastrais dos demais titulares da respectiva conta; e

II - compartilhar dados transacionais da conta conjunta por meio do consentimento dos titulares que possam ter acesso a informações transacionais da conta.

Parágrafo único. A instituição transmissora de dados deve exigir a confirmação de todos os titulares da conta para efetivar o compartilhamento de que trata o inciso II do caput sempre que o acesso a informações transacionais da conta dependa da autorização de todos os titulares.

Em paralelo, a GDPR em seu art. 3º que o regulamento se aplica aos agentes de tratamento não estabelecidos na união europeia, desde que o tratamento de dados esteja diretamente ligado a oferta de bens e serviços financeiros a titulares de dados residentes na União Europeia ou a controle de comportamento realizado na União Europeia.

2.2.1 Autonomia e personalidade jurídica

O princípio da autonomia refere-se à capacidade e ao direito do cliente de controlar seus próprios dados. Embora a Constituição de 1988 não faça referência explícita à autonomia individual, isso não significa que o constituinte tenha desprezado esse valor. Pelo contrário, a autonomia é um princípio fundamental do Direito, e está presente implicitamente na Constituição, mesmo que não seja mencionada expressamente. Sobre o tema, o jurista Francisco Amaral disciplina:

“A autonomia privada significa, assim, o espaço que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com

eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente. A autonomia privada não é um poder originário e ilimitado. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece e exerce-se nos limites que esse fixa, limites esses crescentes, com a passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista ou assistencial. Sua esfera de incidência é, como acima referido, o direito patrimonial, aquela parte do direito civil que diz respeito à disciplina das atividades econômicas da pessoa.²⁹”

No contexto do Open Banking, isso significa que os clientes têm total controle sobre quais dados eles desejam compartilhar, com quem e por quanto tempo. Esse princípio é fundamental para garantir que os direitos dos indivíduos sejam respeitados e que a confiança no sistema seja mantida.

Ao passo que, a capacidade legal de uma instituição financeira possuir direitos e obrigações configura a acepção do termo “personalidade jurídica”. Dessa forma, os dados dos clientes, financeiros ou não, têm sua própria personalidade jurídica e, portanto, são sujeitas a obrigações legais específicas relacionadas à proteção e ao tratamento desses dados. Isso significa que, em caso de falha na proteção desses dados ou no seu uso inadequado, a instituição pode ser responsabilizada legalmente.

2.2.2 Autorizações necessárias

Para além do arcabouço jurídico imposto pela LGPD, O BACEN determina que é essencial que as instituições financeiras obtenham as devidas autorizações dos clientes por meio de um processo de consentimento explícito, no qual o cliente é informado sobre quais dados serão compartilhados, com quem e para quê. O consentimento deve ser livre, informado e inequívoco.

Vide art. 16 da resolução BACEN Nº 32 de 2020, as autorizações para o compartilhamento de dados no Open Banking não são permanentes. Os clientes têm o direito de revogar seu consentimento a qualquer momento, por meio de um procedimento seguro e conveniente. Além disso, periodicamente, as instituições podem ser obrigadas a renovar esse consentimento para garantir que os clientes ainda estejam confortáveis com o compartilhamento de seus dados.

²⁹ Amaral, Francisco. **Direito civil** – introdução. 10 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

O consentimento também se estende à finalidade do uso dos dados. Isso significa que os dados compartilhados para um propósito específico (por exemplo, para verificar a elegibilidade para um produto financeiro) não podem ser usados para um propósito diferente sem uma nova autorização.

O Open Banking representa uma revolução na maneira como os dados financeiros são compartilhados e utilizados. Essa revolução traz consigo novas oportunidades para inovação e melhorias na experiência do cliente. No entanto, também traz novos desafios, como a necessidade de garantir que o tratamento de dados ocorra de forma segura, transparente e em total conformidade com as leis e regulamentos existentes.

2.3 Agentes de tratamento de dados necessários

A LGPD estabelece diretrizes claras sobre o tratamento de dados pessoais, nos arts. 37 ao 45, com o objetivo principal de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade. Dentre seus muitos aspectos, a LGPD define diferentes agentes envolvidos no processo de tratamento de dados com seus deveres e direitos para a exploração das atividades com fins econômicos. Sendo necessário que cada Banco tradicional os inclua em seu quadro de funcionários para garantir um tratamento justo e transparente dos dados de seus clientes.

2.3.1 Titular dos dados e direitos no Open Banking

Cumpre mencionar novamente que o titular de dados e seu respectivo consentimento para o compartilhamento dos mesmos entre as instituições financeiras de sua preferência são as principais figuras do Open Banking. Partindo a definição, segundo o professor Paulo Brancher³⁰, tanto o Regulamento Geral de Proteção de Dados quanto a Lei Geral de Proteção definem dados pessoais de forma bastante semelhante, porém a GDPR é mais normativa no que se refere ao titular dos dados, considerando a Diretiva 95/46/EC.

O regulamento europeu define titular de dados como a *“pessoa natural que pode ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador como um nome, um número de identificação, dado de localização, um*

³⁰ BRANCHER, Paulo; BEPPU, Ana Claudia. **Proteção de Dados Pessoais do Brasil: Uma Nova Visão a partir da Lei Nº 13.709/2018.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

identificador online ou por um ou mais fatores específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social desta pessoa natural". Por outro lado, a LGPD conceitua titular de dados no art. 5º, inciso V, como "pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento", bem como, estabelece os direitos do mesmo no artigo 18 do referido diploma legal.

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa.

Para uma definição doutrinária dos dados pessoais, surgem duas correntes que apresentam amplitudes conceituais distintas: a expansionista e a reducionista. Em relação à primeira visão, "o titular em questão é uma pessoa identificável, indeterminada"³¹. Para tal, o vínculo desse indivíduo com o seu dado é mediato, indireto, impreciso ou inexato, de modo que surge um alargamento da qualificação dos dados como pessoal. Já na segunda abordagem a LGPD, o titular dos dados é uma pessoa identificada, pessoa específica e determinada, com vínculo imediato, direto, preciso ou exato.

Nesse sentido, Bruno Ricardo Bioni ³² ressalta:

³¹ Segundo o art. 5º, inciso V, da Lei de nº 13.709/18, titular é a pessoa natural da qual se referem os dados pessoais objeto de tratamento.

³² BONI, Bruno Ricardo. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2019.

A crença de que o cidadão é um sujeito racional e capaz de desempenhar um processo genuíno de tomada de decisão para controlar seus dados pessoais é posta em xeque por toda essa complexidade envolta ao fluxo das informações pessoais. Ele está em uma situação de vulnerabilidade específica em meio a uma relação assimétrica que salta aos olhos, havendo uma série de evidências empíricas a esse respeito.

Vale evidenciar ainda que a própria LGPD determina que a violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanece sujeita às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente (art.45º), ou seja, tanto a norma do Open Banking, quanto a LGPD, conversam no sentido de manter os agentes sujeitos à obrigatoriedade de cumprimento – além dos respectivos diplomas legais – das demais regras que regem as relações e serviços financeiros, como a legislação referente aos direitos do consumidor.

2.3.2 Controlador

A figura do controlador é determinada no art. 5º, inciso VI da LGPD: “*pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais*”. Isto é, o controlador é responsável por determinar a finalidade, tal como, tomar decisões quanto ao tratamento dos dados.

Ficando, assim, responsável por selar contratos que estabeleçam claramente as regras que os operadores deverão seguir e registrar todas as auditorias ou procedimentos de *Compliance* que proceder perante seus fornecedores. Dessa forma, é a figura que toma as decisões, o encarregado pela proteção de dados e pela disponibilização de informações seja à Autoridade Nacional quanto ao usuário titular. Ademais, em caso da necessidade de prova sobre a obtenção do consentimento do usuário para tratamento dos dados, o ônus será do controlador.

2.3.3 Operador

Consonante ao art. 5.º, inciso VII da LGPD, o operador é um subcontratado do controlador para realizar atividades inerentes ao tratamento de dados descritos no art. 5.º, inciso X. Na medida que o controlador é aquele que possui o poder decisório acerca das operações com dados, o operador executa as instruções fornecidas em nome do controlador. Além disso, esses agentes, ou qualquer outra pessoa que

intervenha em uma das fases do tratamento, obrigam-se a garantir a segurança da informação acerca dos dados pessoais, inclusive depois do seu término.

Na lição de Ana Paula Moraes Canto de Lima³³: “É possível identificar também o subcontratado do operador, que também se enquadra na categoria de operador, que é pessoa física ou jurídica que processa dados pessoais em nome do operador para execução do tratamento contratado. Um exemplo de subcontratado é uma empresa de transporte contratada por uma empresa especializada em digitalização de documentos para a logística de coleta de prontuários médicos num hospital e entrega no galpão dessa empresa para execução da digitalização.”.

Os operadores, na condição de agentes de tratamento, devem aplicar medidas de segurança, técnicas e administrativas, capazes de proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas que possam provocar destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer outra forma de tratamento inadequado ou ilícito.

2.3.4 Encarregado

Fica disciplinado no art. 41º da LGPD que o controlador deverá indicar um encarregado pelo tratamento dos dados pessoais, podendo ser qualquer tipo de pessoa, física ou jurídica, contratada interna ou terceirizada, não havendo qualquer requisito específico como ocorre na GDPR. Por conseguinte, nas palavras de Bruno Feigelson:

O Regulamento Geral de Proteção de dados da UE pontua no seu artigo 27 a necessidade de indicação de um representante na União quando o controlador ou o processador não estiverem estabelecidos dentro da União³⁴.

Em resumo, a definição desses agentes e seus papéis claros dentro da estrutura da LGPD é essencial para garantir que os dados sejam tratados de maneira adequada e segura. Cada agente tem responsabilidades específicas e, quando trabalham juntos em conformidade, ajudam a garantir a integridade e a privacidade dos dados dos titulares, fortalecendo a confiança na economia digital.

³³ LIMA, Ana Paula Moraes Canto; CRESPO, Marcelo; PECK, Patrícia. **LGPD Aplicada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁴ FEIGELSON, Bruno; XAVIER, Christiano; CARNEIRO, Tayna (coord.). **Direito e as novas tecnologias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

2.4 Autoridade responsável

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) trata do tema nacionalmente, editando regras gerais, normas, procedimentos e diretrizes, fiscalizando o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como aplicar as sanções pelo seu descumprimento como ressalta Daniel Donda³⁵. Foi necessário alterar o Marco Civil, através da MP 869/2018, para permitir que pessoas jurídicas de direito privado possam tratar bancos de dados sobre a segurança estatal ou atividades de repressão penal.

O referido órgão da administração pública federal, responsável por zelar pela proteção de dados pessoais, já concluiu no primeiro trimestre de 2021 estudos internos sobre o que precisa para se tornar uma autarquia a partir de 2022. O material, contendo informações sobre número de funcionários adicionais – atualmente apenas 30 atuam no dia a dia – e o orçamento foi enviado para o Ministério da Economia, que deverá dar a palavra final.

Ademais, a ANPD poderá dispor acerca dos padrões técnicos mínimos para tornar aplicáveis estas medidas, de maneira que será considerado a qualidade das informações tratadas, as características do tratamento e o estado da tecnologia, principalmente nos casos de dados pessoais sensíveis, e os princípios elencados na lei. Tais responsabilidades exigem sua composição por indivíduos com expertise na área de proteção de dados, além das áreas de tecnologia da informação e ciência de dados.

Isso também requer que “a ANPD tenha estrutura, recursos, orçamento e autonomia institucional adequados para poder operacionalizar e levar a cabo as responsabilidades daí decorrentes.”³⁶.

2.4.1 Responsabilidade nos Atores Financeiros

³⁵ DONDA, Daniel. **Guia prático de implementação da LGPD**. 1. ed. São Paulo: Labrador, 2020.

³⁶ CENTRO DE DIREITO, INTERNET e SOCIEDADE. **Papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) conforme a nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**: São Paulo. 2020.

O setor financeiro é notório por gerenciar uma vasta quantidade de dados pessoais, desde informações básicas de identificação até dados mais sensíveis, como histórico financeiro e crédito. Por isso, a conformidade com a LGPD é de extrema importância para esses atores. A ANPD, nesse contexto, tem o papel de garantir que as instituições financeiras cumpram a lei, levando em consideração as particularidades e a sensibilidade dos dados que o setor gerencia.

Os atores financeiros, como bancos, fintechs e outras instituições do gênero, devem adotar medidas de segurança, práticas de governança e mecanismos de prevenção de incidentes que estejam à altura da complexidade dos dados tratados. Ao passo que, a ANPD supervisiona ativamente as práticas dessas entidades, garantindo que elas estejam em conformidade com a LGPD. Isso pode incluir a realização de auditorias, imposição de multas por não conformidade e fornecimento de orientações sobre melhores práticas.

Além disso, os atores financeiros também são encorajados a designar um encarregado de proteção de dados, que será o principal ponto de contato entre a instituição e a ANPD. Este encarregado garante que as práticas internas estejam alinhadas com os regulamentos e serve como um canal de comunicação eficaz em caso de quaisquer dúvidas ou incidentes relacionados a dados.

2.5 Bases legais

A LGPD estabelece 10 bases legais, listadas no art. 7º, sem qualquer hierarquia específica entre elas. Ressalvando que, para dados pessoais sensíveis as bases são mais restritas e estão detalhadas no art. 11º da elucidação *in verbis*:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

[...]

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; ou

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Exemplificando, “o consentimento do titular é a sua manifestação livre, informada e inequívoca pela qual concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”³⁷. A legislação brasileira, então, dispõe sobre as condições para a obtenção do consentimento, nomeadamente: clareza, possibilidade de retirada do consentimento por parte do Titular, condições de condições.

É imprescindível destacar que o consentimento deve ser solicitado para um fim específico. Assim sendo, Fernanda Graebin Mendonça³⁸ pontua que se vierem a ocorrer mudanças na finalidade desse tratamento que não sejam compatíveis com o consentimento fornecido pelo titular originalmente, ele deverá ser prontamente informado e poderá revogar o consentimento.

De acordo com a Resolução, as instituições receptoras dos dados⁵⁶ ou iniciadora da transação de pagamento⁵⁷ deverão, de forma prévia ao compartilhamento dos dados, obter o consentimento do titular⁵⁸. Portanto, depreende-se que a base legal segundo a qual as instituições participantes do Open Banking poderão tratar dos dados referentes (I) ao cadastro do titular e de seus representantes; (II) às transações; e (III) ao encaminhamento de proposta de operação de crédito será o consentimento, disposto nos incisos I, do art. 1159, ou I, do art. 7º, da LGPD, a depender se são dados sensíveis ou não, respectivamente.

Ao passo que, de acordo com o BACEN³⁹, além de se referir a finalidades determinadas, o consentimento dado pelo cliente à instituição receptora dos dados ou iniciadora do pagamento deve: (I) incluir a identificação do cliente; (II) ser solicitado pela instituição com linguagem clara, objetiva e adequada; (III) ter prazo compatível com as finalidades do consentimento, limitado a 12 meses; (IV) discriminar a instituição transmissora de dados ou detentora de conta, conforme o caso; e (V) discriminar os dados ou serviços que serão objeto de compartilhamento, observada a possibilidade de agrupamento. Ainda, caso as finalidades ou os dados ou serviços

³⁷ BRANCHER, Paulo; BEPPU, Ana Claudia. **Proteção de Dados Pessoais do Brasil: Uma Nova Visão a partir da Lei Nº 13.709/2018.** 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

³⁸ MENDONÇA, Fernanda Graebin. **Proteção de Dados Pessoais na Internet: Análises Comparativas da Situação do Direito à Autodeterminação Informativa no Brasil e em Países Latino-Americanos.** Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA, v. 11, n. 1. p. 305. 2016.

³⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Open Finance:** A evolução do Open Banking <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openfinance>. Acesso em: 07 de novembro de 2023, São Paulo.

que serão objeto de compartilhamento sejam alterados, haverá a necessidade de novo consentimento do cliente.

2.6 Princípios

Observadas as bases legais, os Agentes de tratamento de dados (conforme estabelecido no item 1.3) deverão se atentar aos seguintes princípios.

2.6.1 Finalidade

Os dados pessoais deverão ser tratados com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com a finalidade para a qual foram coletados. Requer-se, essencialmente a transparência da finalidade pretendida e, se assim for, solicitar novamente o consentimento do Titular dos dados.

No contexto do Open Banking, os dados só podem ser compartilhados para propósitos específicos, explícitos e legítimos informados ao titular, como por exemplo, para oferecer um produto financeiro mais adequado ao perfil do cliente.

Sendo assim, o princípio da finalidade restringe a captação do dado coletado para a finalidade que ele terá, demonstra-se assim uma preocupação de que mesmo que o dado seja cedido, o titular dos dados ainda mantenha controle sobre ele, evitando que haja alguma forma de despersonalização pois “seu dado ainda estará sobre seu controle, sendo necessário seu consentimento para com o processo completo para ser utilizado”⁴⁰.

2.6.2 Adequação

Este princípio retoma a necessidade da compatibilidade do tratamento de dados com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.

Daniel Donda⁴¹ exemplifica a importância da adequação pela seguinte metáfora: “*se o seu negócio é um e-commerce de produtos eletrônicos, dificilmente*

⁴⁰ KOEPSEL, Alice de Medeiros. **Adoção e efeitos dos programas de Compliance á luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2020.

⁴¹ DONDA, Daniel. **Guia prático de implementação da LGPD.** 1. ed. São Paulo: Labrador, 2020.

será justificável pedir dados de saúde aos Usuários. Então, se não é compatível, o tratamento se torna inadequado”.

Os dados compartilhados no Open Banking e no Open Finance devem ser compatíveis e pertinentes com o propósito pelo qual foram informados e coletados com o consentimento do cliente. Isso significa que as instituições financeiras não devem solicitar ou compartilhar mais dados do que o estritamente necessário para o serviço em questão.

2.6.3 Necessidade

A necessidade, para a advogada especialista em direito digital Patrícia Peck⁴², impõe a limitação do tratamento ao mínimo necessário para realizar suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes e proporcionais. Sendo assim, não se pode tratar dados excessivos além dos que estão descritos na finalidade indicada.

2.6.4 Livre acesso

Representa a garantia ao titular da possibilidade de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, tal qual sobre a integralidade de seus dados pessoais. Em outras palavras, o “dono” do dado poderá solicitar às empresas, sem nenhum custo adicional ou burocracias desnecessárias, informações sobre o tratamento e a integralidade deles.

De forma que, os clientes de qualquer instituição financeira ou *fintech* têm o direito de consultar, de forma facilitada e gratuita, os seus dados e a forma e duração do tratamento, garantindo uma maior autonomia sobre suas informações.

2.6.5 Qualidade de dados

Durante o tratamento, as informações utilizadas devem ser corretas e atualizadas para que o titular dos dados não seja prejudicado por informações equivocadas. No ambiente do Open Banking, as instituições envolvidas devem garantir que os dados compartilhados sejam claros, precisos e atualizados, assegurando uma melhor tomada de decisão.

⁴² PECK, Patrícia. **Proteção de Dados Pessoais**: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Nessa perspectiva, o autor Marcio Pestana⁴³ preleciona que o princípio da qualidade de dados pretende garantir aos titulares a exatidão, clareza, relevância e atualização de seus dados pessoais, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade do tratamento.

2.6.6 Transparência

O princípio da transparência estabelece a garantia, aos titulares de dados pessoais, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comerciais e industriais.

Diante ao exposto, Ana Paula Moraes Canto Lima alega:

A fim de assegurar um nível coerente de proteção das pessoas singulares no conjunto da União e evitar que as divergências constituam um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno, é necessário um regulamento que garanta a segurança jurídica e a transparência aos operadores económicos, incluindo as micro, pequenas e médias empresas, que assegure às pessoas singulares de todos os Estados-Membros o mesmo nível de direitos suscetíveis de proteção judicial e imponha obrigações e responsabilidades iguais aos responsáveis pelo tratamento e aos seus subcontratantes, que assegure um controlo coerente do tratamento dos dados pessoais e sanções equivalentes em todos os Estados-Membros⁴⁴.

2.6.7 Segurança

Devem ser tomadas toda as medidas de segurança e proteção requeridas pelo supracitada dispositivo, “incluindo técnicas e administrativas, para proteger os dados de acessos e utilizações indevidas”⁴⁵. À título de exemplo, Paulo Reis⁴⁶ elenca as principais situações que devem ser evitadas: violação da privacidade do titular, fraudes, discriminação ilícita e conclusões incorretas feitas á partir desse dado.

⁴³ PESTANA, Marcio. **Os princípios no tratamento de dados na LGPD:** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Artigo disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-marcio-pestana-lgpd.pdf>>. Acesso em: 08 de setembro de 2023, São Paulo.

⁴⁴ LIMA, Ana Paula Moraes Canto; CRESPO, Marcelo; PECK, Patrícia. **LGPD Aplicada.** 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁴⁵ PECK, Patrícia (Coord.). **Segurança Digital:** Proteção de Dados nas Empresas. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

⁴⁶ REIS, Paulo. **Algoritmos e o Direito.** 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

Dada a sensibilidade das informações financeiras, as plataformas de Open Banking são obrigadas a adotar medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados contra acessos não autorizados, situações acidentais ou ilícitas.

2.6.8 Prevenção

Este princípio determina a adoção de medidas para a prevenção de ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais, como: acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação e difusão. Infere-se que “as medidas deverão ser preventivas somente e não reativas”⁴⁷.

2.6.9 Não discriminação

Dispõe sobre a impossibilidade de realização do tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. Cristina Steinon⁴⁸ reconhece alguns comportamentos não aceitáveis dos agentes no livro “Segurança Digital”:

Não é tolerável que pratiquem atos que denotem ou estimulem qualquer tipo de discriminação ou preconceito, seja em meio presencial ou digital, a exemplo de exposição ao ridículo, intimidação, hostilidade, constrangimento em consequência de cor, raça, sexo, origem étnica, língua, idade, condição econômica, nacionalidade, naturalidade, condição física, mental ou psíquica, parentesco, religião, orientação sexual, ideologia sindical ou posicionamento político.

2.6.10 Responsabilidade e prestação de contas

Por fim, este princípio preconiza a necessidade de comprovação e administração, pelo Agente de Tratamento, da adoção de medidas eficazes, capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais. O controlador, o operador e o encarregado são responsáveis pelo cumprimento da LGPD e devem ser capazes de demonstrar as medidas adotadas por meio de provas e evidência.

As instituições financeiras que participam do Open Banking não só devem cumprir os princípios e normas previstos na LGPD, mas também devem provar, sempre que solicitado, que estão cumprindo todas as obrigações. Isso instaura uma

⁴⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/publico/lgpu/index.html>>. Acesso em: 30 de março de 2023, São Paulo.

⁴⁸ PECK, Patrícia (Coord.). **Segurança Digital: Proteção de Dados nas Empresas.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

cultura de proteção de dados no setor financeiro, garantindo que os direitos dos titulares sejam sempre priorizados.

Em síntese, o Open Banking, enquanto inovação no mercado econômico, tem o desafio de integrar práticas de compartilhamento de dados com os princípios da LGPD, promovendo uma interação financeira mais segura, transparente e benéfica para os usuários.

2.7 Princípios constitucionais aplicáveis

2.7.1 Privacidade:

A privacidade é um dos pilares fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988, estabelecida no artigo 5º como um direito inalienável do cidadão. Sendo essa primazia fundamental para a plena funcionalidade do Open Banking, por isso, garantir que estes dados sejam compartilhados de forma segura e apenas com o consentimento explícito do cliente é vital. Vide art. 10º da Resolução BACEN nº 32 de 2020:

*Art. 10. O registro de que trata o art. 9º deve abranger:
§ 1º Os direitos e obrigações do participante de que trata o inciso III do caput devem abranger, entre outros, aspectos relacionados à privacidade e ao uso dos dados, ao tratamento e à resolução de disputas no âmbito do Open Finance, bem como a contribuição para custeio das atividades de manutenção da Estrutura Responsável pela Governança do Open Finance, caso aprovada tal sistemática pelo Conselho Deliberativo dessa estrutura, em consonância com o art. 15 do Regulamento Anexo à Circular nº 4.032, de 23 de junho de 2020, e o art. 45 da Resolução Conjunta nº 1, de 2020. (Redação dada, a partir de 1º/4/2023, pela Resolução BCB nº 294, de 23/2/2023.)*

Importa ressaltar que, em complemento à regulação necessária para a garantia de tais direitos, o próprio mercado já se autorregula, assim como significativa parcela da crescente comunidade de clientes que só utiliza serviços de empresas que se posicionam com transparência, credibilidade, ética e segurança na manipulação de seus dados.

Uma parcela significativa da crescente comunidade de clientes opta por serviços oferecidos por empresas que adotam padrões elevados de transparência, credibilidade, ética e segurança na manipulação de dados. Essa tendência reflete não

apenas a busca por conveniência e eficiência, mas também a preocupação crescente dos consumidores com a proteção de sua privacidade em um ambiente financeiro cada vez mais digital e interconectado.

2.7.2 Livre iniciativa:

A livre iniciativa refere-se à liberdade das entidades e indivíduos de iniciarem seus próprios negócios e de competirem no mercado, em consonância ao inciso IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Este princípio é essencial, pois ele permite a entrada de novos players no mercado financeiro, especialmente fintechs e startups, que agora podem acessar os dados dos clientes com seu consentimento e oferecer produtos e serviços financeiros alternativos ou complementares aos dos bancos tradicionais. Isso não só fomenta a concorrência, levando a melhores serviços e taxas mais competitivas para os consumidores, como também incentiva a inovação no setor financeiro.

2.8 Dados pessoais à luz do Direito do Consumidor no Open Banking

Na ótica da atual legislação de proteção aos consumidores, cumpre mencionar que a LGPD prevê mecanismos protetivos similares aos previstos Código – como é o caso da inversão do ônus da prova – realçando a comunicação das fontes entre os sistemas de proteção do consumidor e de proteção de dados. Essa relação é intrínseca, considerando que o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) se dedicou a tratar as relações de consumo como poucas leis brasileiras servindo como base fundamental as leis especiais, recentemente aprovadas, que cuidam de serviços de consumo (planos e seguros de saúde) e proteção de dados (LGPD).

O diálogo entre essas fontes legislativas será mais do que nunca necessário em um mundo globalizado, com modelos como o do Open Banking e Open Finance trazendo mais complexidade a relação consumerista entre IF e cliente no mercado financeiro digital, embora “o CDC traga um modelo contratual compatível e apto para

dirimir os problemas e desafios atuais – e mais generalistas- de todo mercado de serviços de consumo”⁴⁹.

Um dos exemplos da inspiração consumerista na LGPD é o artigo 44º, este estabelece que o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, dentre as quais: (I) o modo pelo qual é realizado; (II) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e (III) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Como anteriormente mencionado nesse relatório, a Lei supracitada qualifica os dados pessoais como as informações relacionadas a uma pessoa natural, identificada ou identificável, no inciso I do art. 5º, dependendo na maioria dos casos do consentimento do titular – alinhado ao art. 7º. Infere-se, então, que o conceito “dados pessoais” (item 1.1) contempla os dados de natureza creditícia do consumidor que podem ser úteis para o mercado.

O professor titular aposentado do Departamento de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, faz o seguinte alerta quanto o papel da empresa:

“A possibilidade de associação de competidores em ambiente de livre mercado, com o intuito de aumentar a competitividade em restrição da liberdade econômica e, assim, obter lucro, pode vir a afetar os interesses dos consumidores (coletividade), surgindo, aqui, o problema das “externalidades” ou dos efeitos provocados no interesse de terceiros pela regulação das relações individuais.⁵⁰”

Outrossim, o advogado e autor Lucas Fernandes dispõe sobre as sanções administrativas da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em paralelo as relações consumeristas:

“Posto isso, as empresas que não se adequarem às novas regras estabelecidas pela LGPD, após o prazo definido, poderão ser penalizadas com multas elevadas, as quais

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Direito do Consumidor:** 30 anos do CDC. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A Superação do Direito como Norma:** Uma Revisão Descolonial da Teoria do Direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

variam de 2% do faturamento bruto, até o valor de R\$50 milhões (cinquenta milhões de reais), por infração, conforme estipula o art. 52, inciso II, da Lei 13.709/18. A Lei, portanto, trouxe sanções administrativas, dispostas nos incisos do art. 52, entretanto não trouxe nenhuma responsabilidade penal àquele que descumprir com as regras da LGPD.⁵¹

Cabe a proteção de dados determinada em legislação a missão de manter dentro de um determinado equilíbrio a coleta de informações referentes ao inadimplemento do consumidor, para os fins de concessão de crédito. Em consonância ao exposto, o art. 43 do CDC estabelece regras que sustentam a atividade dos bancos de dados de proteção ao crédito atrelados ao Open Banking.

Logo, o Open Banking, ao promover a integração e compartilhamento de dados entre instituições financeiras, levanta questões cruciais relacionadas à proteção dos dados pessoais do consumidor. O Direito do Consumidor se apresenta como uma ferramenta fundamental na regulação e proteção dos direitos dos clientes nesse novo cenário.

2.8.1 Perfis dos consumidores em bancos de dados:

A Lei do Cadastro Positivo de nº 12.414/2011 (LCP) disciplina sobre a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Isto é, regulamenta a possibilidade de os credores oferecerem informações periódicas sobre o pagamento das parcelas da dívida do consumidor para vários gestores de bancos de dados.

Em 2019, Lei Complementar 166 alterou a LCP passando a incluir automaticamente todos os consumidores no cadastro positivo, incluindo os que compartilham seus dados no mercado financeiro com instituições tradicionais – grandes bancos – e fintechs⁵². Sendo necessário a manifestação solicitando

⁵¹ FERNANDES, Lucas. **A LGPD surgiu para superar o Código de Defesa do Consumidor.** Artigo disponível em: <<https://www.gaiofatoegalvao.com.br/artigos/a-lgpd-surgiu-para-superar-o-codigo-de-defesa-do-consumidor/>>. Acesso em 14 de junho de 2023, São Paulo.

⁵² Em 2019, foi sancionada a Lei Complementar nº 166, que altera significativamente a Lei do Cadastro Positivo. Uma das principais alterações está relacionada ao consentimento do titular dos dados. Na antiga lei, era necessária a autorização prévia do titular dos dados, mediante consentimento informado, para abertura de um cadastro. A Lei Complementar nº 166, de 2019, por sua vez, autoriza a abertura de cadastros sem a necessidade de obtenção do consentimento prévio do cadastrado, o qual continua com a possibilidade de solicitar a sua exclusão do cadastro. BRASIL. **Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011.** Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de

cancelamento para que as informações de histórico de crédito não sejam mais enviadas periodicamente às entidades de proteção ao crédito (gestores). Vide nova redação do art. 4º da Lei 12.414/2011:

Art. 4º O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a: (Redação dada pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

I - abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

II - fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do caput deste artigo; (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

III - compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

IV - disponibilizar a consultentes: (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas; e (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado. (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

§ 1º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação em banco de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado.

§ 2º Atendido o disposto no caput, as fontes ficam autorizadas, nas condições estabelecidas nesta Lei, a fornecer aos bancos de dados as informações necessárias à formação do histórico das pessoas cadastradas.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A comunicação ao cadastrado deve: (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

I - ocorrer em até 30 (trinta) dias após a abertura do cadastro no banco de dados, sem custo para o cadastrado; (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

II - ser realizada pelo gestor, diretamente ou por intermédio de fontes; e (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

III - informar de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de

pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 3 de junho de 2023, São Paulo.

dados. (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019) (Vigência)

Nesse sentido, os birôs de crédito – empresas como: Serasa, SPC, Quod e Boa Vista – registram o histórico de bom pagador do consumidor e as Instituições Financeiras, estejam elas cadastradas no Open Banking/Open Finance ou não, utilizam esses dados para análises internas que determinam a concessão ou não de empréstimos, cartões de crédito, financiamento e demais produtos ao consumidor final.

Assim sendo, os dados financeiros de pessoas naturais ou jurídicos são coletadas no ambiente digital. Roque Pellizaro Junior⁵³ elenca as três principais situações para formarem uma espécie de “currículo financeiro” do consumidor: (I) No cadastramento dos usuários, de forma livre e espontânea; (II) No pagamento, para possibilitar o pagamento do serviço contratado; e (III) Cookies são coletados no momento da utilização pelo usuário.

Claudia Lima⁵⁴, em sua obra “*Direito do Consumidor: 30 anos de CDC*”, faz o devido paralelo entre a LGPD e o artigo 4º do LCP:

A nova redação do dispositivo está em consonância com a LGPD (Lei 13.709/2018). O inc. II do art. 7º dispõe que o tratamento de dados pode ser realizado “para o cumprimento de obrigação legal”. O inc. X remete o tratamento de dados para proteção ao crédito à legislação específica, que é justamente a Nova Lei do Cadastro Positivo.

O legislador, com a nova redação proposta pela Lei Complementar, não deixa de prestigiar o direito à privacidade e proteção de dados e, particularmente, a vontade do consumidor. Pois, o parágrafo quarto do artigo 4º determina que o titular dos dados pode requerer o cancelamento no cadastro para o gestor (birôs de crédito) a qualquer momento. Já que, em consonância a LCP, realizada a abertura do cadastro do titular, deve o gestor, no prazo de 30 dias, comunicar ao consumidor a referida abertura e os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados.

Ao serem contemplados com LCP, as instituições como o SPC devem observar os mecanismos de controle do adequado e legítimo tratamento de dados propostos

⁵³ PELLIZARO JUNIOR, Roque. Política de Coleta e Utilização de Dados Pessoais: SPC Brasil. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/cadastropositivo/consumidor/politicas.html>>. Acesso em: 30 de julho de 2023, São Paulo.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

na LGPD. Todo o processo de coleta de dados, *Data Training*⁵⁵ e *Machine Learning* dos dados via Inteligência Artificial deve observar o processamento e suas respectivas revisões de decisões tomadas com base em tratamento automatizado de dados (algoritmos). Em concordância com o artigo 20º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

Com o advento do Open Finance, as instituições financeiras têm a possibilidade de criar perfis mais detalhados dos consumidores, utilizando dados coletados de várias fontes e não só dos grandes bancos. Este perfilamento, se feito de forma ética e transparente, pode beneficiar o consumidor ao oferecer produtos e serviços mais alinhados às suas necessidades e capacidade financeira. No entanto, é crucial que os consumidores sejam informados sobre como seus dados são usados e tenham a opção de optar ou não por este perfilamento.

2.8.2 Publicidade direcionada

Com acesso a dados mais detalhados, as instituições financeiras podem oferecer publicidade direcionada, apresentando produtos e serviços personalizados. Isso pode melhorar a experiência do cliente, reduzindo a quantidade de publicidade irrelevante. No entanto, é fundamental que esta prática não seja invasiva e que o

⁵⁵ Os dados de treinamento são usados para treinar um algoritmo, normalmente compondo uma porcentagem de um conjunto de dados gerais juntamente com um conjunto de testes (tradução livre). Disponível em: <<https://appen.com/blog/training-data/>>. Acesso em: 30 de julho de 2023, São Paulo.

cliente tenha a possibilidade de optar por não receber publicidade direcionada, em respeito ao seu direito de privacidade. O autor Leonardo Bessa informa que:

“Assim, o primeiro passo é justamente obter o perfil do consumidor ou consumidores, por meio de algoritmos que traçam seu perfil por meio do monitoramento de navegação na internet (tracking) até obtenção de variadas informações repassadas por redes sociais, aplicativos de smartphones, que podem incluir até mapeamento de locais mais visitados pelo usuário (geolocalização).⁵⁶”

De maneira adjacente as publicidades tradicionais, veiculadas de modo amplo e uniforme para todas as camadas populacionais, observam-se, com apoio da informática e técnicas de monitoramento de hábitos do consumidor, o desenvolvimento e o aprimoramento de publicidade direcionada no mercado financeiro. Á partir da definição do perfil do consumidor – baseado em sua idade, sexo, religião – é realizada a sua respectiva “captura” por segmento em diversos canais (SMS, WhatsApp, e-mail, na própria rede social etc.), a publicidade dirigida dessa forma possui chance de convencimento à aquisição do produto ou serviço ampliados.

2.9 Projetos necessários para a adesão perante a legislação:

Para que as instituições financeiras possam aderir plenamente ao novo modelo de atuação proposto pelo BACEN, é crucial a implementação de projetos que garantam a conformidade com as legislações vigentes, principalmente a Resolução Bacen nº 32, a LGPD e o CDC.

Estes projetos podem incluir: (I) Sistemas robustos de gestão de consentimento, garantindo que os dados só sejam compartilhados com o devido consentimento do cliente; (II) Infraestrutura tecnológica segura para proteger os dados contra vazamentos e ataques cibernéticos (III) Uso de API’s vinculadas à inteligência artificial para o pleno compartilhamento de dados entre os atores financeiros; (IV) Programas de treinamento para funcionários sobre a importância da proteção de dados e práticas éticas de perfilamento e marketing; (V) Canais de comunicação claros e transparentes com os clientes, informando-os sobre seus direitos e como seus dados são utilizados.

⁵⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Por fim, a aderência a estas medidas não só garante a conformidade legal, mas também constrói confiança com os clientes, um componente essencial para o sucesso do Open Banking

Conclusão

Com o avanço das novas tecnologias torna-se obrigatório reconsiderar o papel que as instituições financeiras e fintechs terão em nossa sociedade e em como o direito irá tutelá-lo, nesse contexto, o Open Banking surge como uma iniciativa que visa promover a concorrência e a inovação, permitindo o compartilhamento padronizado de dados entre bancos.

Essa revolução traz consigo novas oportunidades para inovação e melhorias na experiência do cliente. No entanto, também traz novos desafios, como a necessidade de garantir que o tratamento de dados ocorra de forma segura, transparente e em total conformidade com as leis e regulamentos existentes.

Embora haja preocupações com a segurança dos dados no contexto do Open Banking, a implementação adequada desse sistema pode, na verdade, aumentar a segurança. O desenvolvimento de padrões de segurança robustos e práticas de compartilhamento de dados seguras é uma parte essencial da implementação do Open Banking. Sendo necessária a sua referida governança por meio da Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais (arts. 7º e 20º) e da Lei do Cadastro Positivo (arts. 4º e 7º) nas seguintes etapas: (I) coleta de dados; (II) análise automatizada e (III) aplicação dos padrões auferidos e das conclusões decorrentes da análise automatizada para identificar características presentes e futuras do titular de dados pessoais.

Notou-se também que, dado a velocidade das criações tecnológicas e da disseminação desenfreada das informações e dados, o direito não tem capacidade de acompanhar as mudanças, muitas vezes deixando lacunas na tutela da era digital e ignorando a profunda alteração no tecido social e econômico causado pela circulação de informações. Assim sendo, no Brasil, novas tecnologias como o *Open Banking* e o *Open Finance* dependem de: (I) regulamentações de entidades independentes ao poder legislativo como o Bacen e a CMN; (II) interpretação de princípios constitucionais e jurisprudências; e (III) inspiração em legislação europeia.

Infere-se que as legislações do país tratantes da tecnologia (como a LGPD, o Marco Civil e a Lei do Cadastro Positivo) destacam a importância do consentimento do usuário e a necessidade de adequação aos princípios constitucionais da

privacidade e da livre iniciativa. A transparência e o controle do titular sobre seus dados são fundamentais, promovendo um ambiente mais ético e seguro.

A implementação do Open Banking no Brasil está alinhada com tendências globais e padrões internacionais. Isso pode facilitar a integração e a colaboração entre instituições financeiras brasileiras e estrangeiras, promovendo uma maior integração financeira global. Contudo, percebe-se que, a partir do momento que esse modelo for plenamente empregado e os usuários passarem a ser detentores dos seus próprios dados financeiros, o segmento bancário brasileiro terá dado o maior passo em direção à descentralização do setor.

Por fim, os benefícios para as instituições participantes são claros, desde a maior competitividade até a melhoria na experiência do cliente. O Open Banking, ao padronizar procedimentos e promover a eficiência, contribui para alcançar objetivos de inclusão e eficiência, representando um passo significativo para o futuro do setor financeiro no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 10 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

ARTHUSO, Lucas Grandini; MORAES, Gabriel Oliveira Pires. **LGPD e os limites da publicidade bancária**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320829/lgado-e-os-limites-da-publicidade-bancaria/>>. Acesso em: 16 de abril de 2023, São Paulo.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Open Banking**: O que é. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking>>. Acesso em: 03 de março de 2023, São Paulo.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Open Finance**: Conheça. Disponível em: <<https://openfinancebrasil.org.br/conheca-o-open-finance/>>. Acesso em: 29 de outubro de 2023, São Paulo.

BARCELLOS, Ana Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2019

BRANCHER, Paulo; BEPPU, Ana Claudia. **Proteção de Dados Pessoais do Brasil**: Uma Nova Visão a partir da Lei nº 13.709/2018. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. **Dos agentes de tratamento de dados pessoais**. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRUZZI, Eduardo. **Open banking, PIX e Sandbox**: os três tenores do Sistema financeiro do futuro. In: Bruzzi, Eduardo; Feigelson, Bruno (Coord.). **Banking 4.0: desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos**. São Paulo: Ed. RT, 2020.

CAVALCANTI, Marco; SANTOS, Francisco. **Medidas recentes para redução de imperfeições do mercado de crédito brasileiro**: visão geral e considerações sobre impactos potenciais. IPEA, Carta de Conjuntura nº 55, Nota de Conjuntura 10, 2022.

CARVALHO, Ana Cristina. **Marco Civil da Internet no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

CENTRO DE DIREITO, INTERNET e SOCIEDADE. **Papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD)**: conforme a nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). São Paulo. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/publico/lgpu/index.html>>. Acesso em: 30 de março de 2023, São Paulo.

COHEN, Gabriel (Coord.). **Direito dos meios de pagamento**: Natureza jurídica e reflexões sobre a Lei Nº 12.835. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

CUEVA, Ricardo Vilas Boas. **A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil**. Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC :Journal of Contemporary Private Law, n. 13, p. 61, 2017

DINIZ, Bruno. **O Fenômeno Fintech**: Tudo sobre o movimento que está transformando o mercado. 1. ed. São Paulo: Altas books, 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESTADÃO. **Presidente do BC diz que Open Banking é inevitável**. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/presidente-do-bc-diz-que-open-banking-e-inevitavel/>>. Acesso em: 15 de outubro de 2023, São Paulo

FIGO, Anderson; LEWGOY, Julia. **O guia essencial das fintechs**. 1. ed. São Paulo: Abril, 2019.

FEIGELSON, Bruno; XAVIER, Christiano; CARNEIRO, Tayna (coord.). **Direito e as novas tecnologias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FEIGELSON, Bruno; PECK, Patrícia **Direito Digital aplicado ao Open Banking**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GARCIA, Rocha. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: Implementação. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GOETTENAUER, C. **Implementação do Sistema Financeiro Aberto brasileiro e regulação por incentivos**: estudo sobre a estratégia regulatória de Open Banking no Brasil. Revista de Direito Setorial e Regulatório. 7. ed. Brasília, DF: Revista de Direito Setorial e Regulatório, 2021.

GUALDA, Diego; Matta, Laura. **Responsabilidade subjetiva na LGPD**. Disponível em:<<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes/tecnologia/responsabilidade-subjetiva-na-lgpu>>. Acesso em: 21 de outubro de 2023, São Paulo.

Leite, Luiza. **Open banking**: a quebra do monopólio informacional. In: Bruzzi, Eduardo; Feigelson, Bruno (Coord.). **Banking 4.0: desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos**. São Paulo: Ed. RT, 2020

LIMA, Ana Paula Moraes Canto; CRESPO, Marcelo; PECK, Patrícia. **LGPD Aplicada.** 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MANTILLA BLANCO, Sebastián. **Full Protection and Security in International Investment Law.** 1. ed. EUA: Springer, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Direito do Consumidor:** 30 anos do CDC. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhaes; Rosenvald, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias.** 1. ed. São Paulo: Foco, 2020.

PECK, Patrícia. **Proteção de Dados Pessoais:** Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. **Direito Digital.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

_____. **Segurança Digital:** Proteção de Dados nas Empresas. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PELLIZARO JUNIOR, Roque. **Política de Coleta e Utilização de Dados Pessoais: SPC Brasil.** Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/cadastropositivo/consumidor/politicas.html>>. Acesso em: 30 de julho de 2023, São Paulo.

RAGAZZO, Carlos. **Regulação de Meios de Pagamento.** São Paulo: Ed. RT, 2020.

REIS, Paulo. **Algoritmos e o Direito.** 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

ROHAN, Paul. **Open Banking Strategy Formation.** Los Angeles, CA: Create Space, 2021.

VAINZOF, Rony. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada:** Disposições Preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.