

Implementação do Sistema Financeiro Aberto brasileiro e regulação por incentivos: estudo sobre a estratégia regulatória de Open Banking no Brasil

Brazilian Open Financial System Implementation and Incentive-Based Regulation: Open Banking regulatory strategy in Brazil

Submetido(submitted): 13/05/21

Parecer(revised): 20/05/21

Aceito(accepted): 10/06/21

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Carlos Goettenauer*
ORCID: 0000-0003-4364-3009

Abstract

[Purpose] *This study seeks to evaluate if the model of implementation of Brazilian Open Banking suppresses traditional regulatory strategies of command-and-control and applies a regulation by incentive method, that seeks to adopt internal coercion to enforce public interests.*

[Methodology/approach/design] *We intend to do a case study, evaluating the legal dispositions regarding the Open Banking in Brazil, edited by the National Financial System authority, to identify confluences between the regulatory strategy and the regulation by incentives method.*

[Findings] *The study reveals that the regulatory strategy applied by the regulator is not limited to the command-and-control model and indicates that the regulator is searching for a regulatory approach that takes in consideration market agent's practices.*

[Practical implications] *The work may provide support to the comprehension of the regulatory framework adopted in the implementation of the Open Banking, besides allowing a theoretical reading about the regulatory strategies adopted in the Brazilian Financial System.*

Keywords: *Legal regulation. Open Banking. Open Financial System. Regulation by incentives. Responsive Regulation.*

Resumo

[Propósito] O estudo busca analisar em que medida o modelo regulatório de implementação do Sistema Financeiro Aberto supera as estratégias tradicionais de comando e controle e utiliza mecanismos mais compatíveis com métodos de regulação

*Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Brasília. Mestrando na London School of Economics. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: goette@gmail.com.

por incentivo, que buscam a adoção de mecanismos de coerção interna para efetivação de preceitos de interesse público.

[Metodologia/abordagem/design] Pretende-se realizar um estudo de caso, avaliando as disposições normativas referentes à implementação do Open Banking publicadas pela autoridade reguladora do Sistema Financeiro Nacional, a fim de identificar confluências entre a estratégia regulatória adotada e o método de regulação por incentivos.

[Resultados] A análise revela a adoção pelo regulador de uma estratégia regulatória que supera a simples adoção de modelos de comando e controle e indica a preocupação de criação de um sistema regulatório mais próximo das práticas dos agentes de mercado.

[Implicações práticas] O trabalho fornece subsídios para a própria compreensão da regulação relativa à implementação do Open Banking, além de permitir uma leitura teórica sobre as estratégias regulatórias adotadas no Sistema Financeiro Brasileiro.

Palavras-chave: Regulação Jurídica. Sistema Financeiro Aberto. Open Banking. Regulação por incentivos. Regulação Responsiva.

INTRODUÇÃO

Desde a crise financeira de 2008, o sistema financeiro passa por mudanças estruturais significativas (BARBERIS, BUCKLEY e ARNER, 2017). A introdução de novos modelos de negócio, baseados em uma ideia de desintermediação da atividade financeira, executada por meio de novas empresas denominadas *fintechs* ganhou especial relevo no período (LANGLEY e LEYSHON, 2020), à medida que as instituições bancárias tradicionais viram sua credibilidade no mercado diminuir.

No cenário produzido por essas mudanças, surgiu a proposta de *Open Banking*, a partir da introdução de novas regulações no sistema financeiro que garantiam o acesso padronizado por meio tecnológico às informações mantidas pelas instituições financeiras (CMA, 2016).

Na esteira dessas mudanças, as autoridades reguladoras do Sistema Financeiro Nacional brasileiro publicaram a Resolução Conjunta nº 1 de 2020, do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, que dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto no Brasil, introduzindo no país o modelo de *Open Banking*, definido pela resolução, no artigo 2^a, inciso II, como o “compartilhamento padronizados de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas”. A resolução veio consolidar o primeiro passo desse esforço, que foi a publicação de uma consulta pública no ano anterior, 2019, que já direcionava os esforços regulatórios para a elaboração de uma estratégia de introdução do modelo de sistema financeiro aberto no país (BACEN, 2019b).

A implementação do sistema de *Open Banking*, todavia, traz desafios regulatórios particulares. Para criação do Sistema Financeiro Aberto,

instituições financeiras de vários tipos devem trabalhar em conjunto para estabelecer um padrão tecnológico de compartilhamento de dados e serviços (GOZMAN, HEDMAN e OLSEN, 2018). Para alcançar esse objetivo, é necessário que tanto regulador e quanto regulados trabalhem de maneira cooperativa, ainda que seus interesses por muitas vezes não sejam convergentes.

As teorias regulatórias apresentam várias estratégias para situações em que há divergência de interesses entre regulador e regulados e, mais ainda, entre os próprios regulados. De modo geral, pode-se estabelecer um corte entre abordagens regulatórias que utilizam o método da coerção externa como mecanismo de efetivação de regras jurídicas e propostas que se valem de estratégias regulatórias apoiadas em incentivos internos para implementação das disposições propostas pelo regulador.

O presente artigo tem, portanto, o objetivo de identificar se no caso da implementação do Sistema Financeiro Aberto no Brasil houve a adoção de uma estratégia regulatória compatível com a regulação por incentivos. Para tanto, pretende-se realizar uma análise da implementação do Open Banking no Brasil a partir dos normativos e da documentação produzida pelo regulador, a fim de identificar primeiro as técnicas regulatórias utilizadas, em seguida a estratégia regulatória adotada e seus contornos e, por fim, sua harmonia com propostas de regulação por incentivos.

O estudo está, portanto, dividido em 4 tópicos. Primeiro, contextualizaremos o Open Banking no Brasil e no cenário internacional, a fim de identificar os desafios regulatórios a serem superados para a implementação desse sistema. Em seguida, será realizada uma apresentação dos conceitos relacionados ao método da regulação por incentivos, a fim de definir o substrato conceitual a ser utilizado na análise. No terceiro item apresentaremos os normativos e documentos relacionados à implementação do Sistema Financeiro Aberto no Brasil, de maneira a instruir a análise do caso. No quarto tópico será identificada e analisada a principal estratégia regulatória utilizada no caso, a autorregulação regulada. Por fim, o trabalho será encerrado pela apresentação das conclusões, que revelam presença de estratégias regulatórias compatíveis com o método da regulação por incentivos.

OPEN BANKING E O DESAFIO DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

Apesar da grande difusão do termo e de seu impacto para o setor financeiro, há pouca investigação acadêmica sobre o sentido da expressão *open banking* (GOZMAN, HEDMAN e OLSEN, 2018). Não há dúvida, todavia, que a origem do modelo de sistema financeiro aberto esteve inicialmente associada a duas intervenções regulatórias específicas (ZACHARIADIS e OZCAN, 2017): a Diretiva 2015/2366 da União Europeia, denominada Segunda Diretiva

do Sistema de Pagamentos (PSD2), e a decisão da autoridade concorrencial britânica de 2016 (*Competition & Markets Authority – CMA*).

A partir da manifestação inicial desses reguladores, o modelo de Open Banking passou a ser implementado em várias jurisdições. Segundo levantamento realizado, pelo menos 19 autoridades financeiras já iniciaram alguma forma de regulação do tema (BIS, 2020). Diante do número variado de iniciativas regulatórias, é natural a existência de uma diversidade de escopos, requisitos técnicos e definições jurídicas associadas à implementação dos sistemas de *open banking* (BIS, 2019). Portanto, é improvável que se alcance uma definição única capaz de abranger o fenômeno em suas múltiplas abordagens nas várias jurisdições.

Em face dessa dificuldade de conceituação, um caminho possível é identificar o *Open Banking* como uma resposta regulatória apresentada em razão das modificações que o sistema financeiro vem sofrendo nos últimos anos em razão da introdução de novas tecnologias. Para tanto, é necessário compreender o contexto dessas mudanças, para, em seguida, avaliar porque a implementação do sistema financeiro aberto representa um desafio particular ao regulador.

A relação entre tecnologia e sistema financeiro não é nova. Em verdade, os dois temas encontram vínculos desde sua origem e é possível afirmar que o sistema financeiro favorece o desenvolvimento tecnológico, à medida em que aloca recursos econômicos nesse setor, ao passo que as novas tecnologias trazem um encurtamento do tempo e das distâncias, favorecendo a aceleração e o avanço das relações financeiras (CHESNAIS, 2016).

As mudanças trazidas pela tecnologia nos últimos anos encontram-se em um contexto específico associado ao surgimento de novos agentes de mercado (BARBERIS, BUCKLEY e ARNER, 2017). Diferente de outros momentos recessivos anteriores, a crise de 2008 teve origem no sistema financeiro. Ainda que se possa discutir as causas da crise a partir de várias abordagens, muitos atribuem o colapso financeiro de 2008 às práticas financeiras associadas aos mecanismos de especulação financeira que agiram como incentivo para a concessão de crédito em excesso (DURANT, 2017) ou, em outra perspectiva, a muito crédito não produtivo (TURNER, 2016).

Independente de qual tenha sido a origem da crise de 2008, o fato é que sua existência levou à perda de confiança do público nas instituições financeiras tradicionais, diretamente associadas aos equívocos que levaram à recessão (BARBERIS, BUCKLEY e ARNER, 2015). A perda de credibilidade foi acrescida a um crescimento das regras impostas aos bancos tradicionais ao redor do mundo, tornadas mais rígidas para mitigar a possibilidade das mesmas falhas que levaram ao colapso econômico anterior (BARTH, CAPRIO JR. e LEVINE,

2013). Em resumo, as instituições financeiras tradicionais foram ao mesmo tempo vistas com desconfiança pelo público e pelos reguladores.

Esses fatores combinados levaram ao surgimento de novos agentes de mercado que atuam no sistema financeiro por meio da introdução de novas tecnologias, genericamente denominados *fintechs* (BARBERIS, BUCKLEY e ARNER, 2015). Os novos atores do mercado financeiro introduziram, junto às novas tecnologias, modelos de negócio inéditos que, por vezes, podem representar um desafio ao arranjo regulatório do sistema financeiro. Essa característica específica coloca algumas *fintechs* na definição de “empreendedores institucionais” (LI, FENG e JIANG, 2006), ou seja, agentes de mercado que desenvolvem suas atividades enfrentando barreiras institucionalmente consolidadas.

O surgimento de empreendedores institucionais desencadeia um processo de mudança. Conforme os novos agentes de mercado introduzem modelos de negócios que desafiam as barreiras institucionais, causam respostas das autoridades regulatórias dos sistemas financeiros, que buscam introduzir novas normas e padrões capazes de absorver os novos cenários negociais (BIS, 2020), incrementando a concorrência por meio do desenvolvimento do mercado (SENA, 2020).

Dentro desse contexto, é possível identificar as novas práticas associadas ao modelo de *open banking* entre das várias mudanças introduzidas pelas *fintechs*. Conforme se desenvolveu a tecnologia de bancos *on-line* e a disponibilização de informações e serviços financeiros por meio da internet, muitos clientes passaram a conceder permissão a outras empresas para acessar seus dados bancários pessoais (BIS, 2019). Esses novos intermediários, que por vezes não são sequer empresas alcançadas pela regulação do sistema financeiro, foram responsáveis por introduzir inovações, serviços e maiores facilidades para seus usuários (BIS, 2019). Contudo, o compartilhamento de dados nesses casos dava-se (ou dá-se, pois ainda subsistem empresas que adotam esse procedimento) por meio da entrega pelo usuário de suas credenciais junto à instituição bancária ao terceiro interveniente ou por meio de outras técnicas que, modo geral, fragilizavam a segurança da informação no sistema financeiro (BIS, 2019).

A segurança do sistema financeiro é um dos maiores focos da regulação bancária (CRANSTON, AVGOULEAS, *et al.*, 2017). A utilização da infraestrutura tecnológica associada aos serviços financeiros sem a concordância das instituições bancárias, ainda que em benefício dos clientes e com seu consentimento, representa, portanto, um desafio à moldura regulatória e às instituições como um todo. Como primeira resposta a essa mudança, houve a introdução do compartilhamento de dados por meio de APIs (*Application*

Program Interfaces), ou seja, a criação de uma infraestrutura tecnológica fornecida pelas próprias instituições bancárias, que permite aos terceiros intervenientes acessarem os dados dos clientes com sua devida autorização, em conformidade com os padrões de segurança estabelecidos (BIS, 2019).

Portanto, a implementação de APIs para o compartilhamento de dados de cliente está diretamente associada à ideia de *Open Banking* e vinculada aos esforços regulatórios nesse sentido (BIS, 2020). O conceito de *Open Banking*, por outro lado, pode por vezes fazer referência ao fenômeno de abertura do sistema financeiro por meio do compartilhamento de dados com uso de uma infraestrutura padronizada (GOETTENAUER, 2018) ou à própria resposta regulatória que leva a implementação do sistema padronizado de compartilhamento de dados no sistema financeiro (BIS, 2020).

Considerado o escopo do presente trabalho, toma-se aqui por foco o elemento regulatório do *Open Banking* ainda que se reconheça que sua natureza supera a mera resposta da autoridade reguladora à introdução de um novo modelo de negócios.

No mesmo sentido, ainda que se tome como referência a resposta regulatória direcionada à implementação do modelo de *Open Banking*, que no Brasil tomou forma inicial pela já citada Resolução Conjunta nº 1 do BCB e do CMN, é necessário reconhecer que a regulação do sistema financeiro aberto está associada a movimentos regulatórios anteriores. Especificamente, as normas de proteção de dados pessoais são identificadas como o alicerce sobre o qual a regulação de *Open Banking* vem se assentar (BIS, 2019). Não seria de se esperar outra coisa, visto que o Sistema Financeiro Aberto tem como pressuposto o compartilhamento de dados de clientes bancários, atividade muitas vezes também albergada sob a legislação de proteção de dados.

Ademais, além da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a introdução do *Open Banking* no Brasil foi precedida pela Resolução nº 4.658 que implementou a Política de Segurança Cibernética no Sistema Financeiro Nacional. A partir dela foi estruturada a possibilidade do processamento de dados do sistema financeiro por empresas de tecnologia que prestam serviço de computação em nuvem, o que favorece a interação entre os sistemas tecnológicos dos bancos tradicionais e empresas de tecnologia (GOETTENAUER, 2019).

Esse contexto normativo prévio criou o ambiente regulatório que permitiu a proposição de um novo arcabouço para a implementação do Sistema Financeiro Aberto no Brasil. Todavia, a implementação do *Open Banking* representa desafios regulatórios específicos (BIS, 2019), cuja inferência é possível a partir da compreensão do desafio institucional ao qual o Sistema Financeiro Aberto vem responder.

Primeiro, deve-se ter em vista que a introdução do Sistema Financeiro Aberto exige a criação de uma infraestrutura tecnológica interoperável por vários agentes de mercado. O esforço de desenvolvimento das próprias APIs que serão utilizadas no sistema de integração financeira depende do emprego de recursos econômicos. Portanto, a estratégia regulatória adotada para a implementação do *Open Banking* precisa indicar a origem dos recursos para desenvolvimento e manutenção da estrutura tecnológica do sistema aberto.

Ainda pensando na estrutura tecnológica, é importante entender que o *Open Banking* é um sistema integrado à internet e, de maneira mais genérica, ao ciberespaço. Portanto, ao definir um padrão tecnológico de compartilhamento de dados, é necessário reconhecer que será elaborada uma regulação por tecnologia, nos moldes antecipados pelo primeiro teórico do direito cibernético (LESSIG, 1999), responsável por cunhar a ideia de que no ambiente digital, o código é lei. Tomando em conta ainda esse elemento, é necessário, já no desenvolvimento da infraestrutura do sistema financeiro aberto, adotar uma arquitetura capaz de permitir a integração mais ampla possível de agentes que atuam no sistema financeiro.

Esses dois pontos, combinados, demonstram a necessidade de cooperação entre agentes de mercado. Todavia, há no sistema financeiro uma grande diversidade de atores, cujos interesses diferem significativamente e são, se não conflitantes, ao menos concorrentes na grande maioria dos casos. Portanto, fazer com que empresas diversas atuem de forma coordenada e convergente exige uma estratégia regulatória que favoreça a colaboração desses atores.

Dessa maneira, um dos objetivos do presente trabalho é exatamente identificar a estratégia regulatória utilizada pelo regulador brasileiro para vencer esses desafios na implementação do sistema financeiro aberto. Antes, todavia, é necessário rever os conceitos da teoria regulatória que instruirão essa análise.

REGULAÇÃO POR INCENTIVOS E ESTRATÉGIA REGULATÓRIA

A regulação é, de maneira geral, um conceito polissêmico, de forma que, qualquer trabalho que pretenda realizar a análise de um substrato normativo a partir de teorias regulatórias deve, preliminarmente, elucidar o sentido dos conceitos a serem empregados no estudo. Portanto, é necessário aqui esclarecer como as estratégias regulatórias e a regulação por incentivos se correlacionam.

Pode-se iniciar esse esforço a partir de uma recuperação da tradição intelectual que inspira a definição de regulação adotada no presente trabalho. Inicialmente, a regulação jurídica foi identificada como um conceito derivado do pensamento jurídico anglo-americano, que associava o termo a um

mecanismo externo de controle das condutas empresariais, imposto pelo governo ao mercado (ARANHA, 2018, p. 124). Nessa visão, a atividade do Estado consistiria em estabelecer mecanismos sancionatórios que visassem restabelecer uma ordem ideal a partir da punição dos comportamentos empresariais desviantes. Partia-se, assim, da pressuposição de uma dicotomia entre Estado e mercado, na qual esse representaria uma ordem natural que sofreria eventuais interferências daquele. O comando e controle, mecanismo regulatório desse modelo, identifica o Estado como a fonte legítima da ordem jurídica, de onde emanam os predicados de ordem a serem obedecidos pelos agentes de mercado (BLACK, 2001).

A regulação, todavia, não merece ficar restrita ao mecanismo de comando e controle e à limitada percepção de um antagonismo entre mercado e Estado. A própria definição do termo "regulação" passa, aliás, por uma variedade de significados, que muitas vezes refletem a corrente ideológica dos seus autores (JORDANA e LEVI-FAUR, 2004). Nesse sentido, pode-se afirmar que "o fenômeno regulatório detém diversas faces visíveis ou invisíveis segundo a teoria que procure explicá-lo" (ARANHA, 2018, p. 27). O esforço de reconhecer a regulação como um fenômeno abrangente e distribuído pela sociedade permitiu a identificação de uma definição mais ampla, aqui adotada como referência, que pode ser resumida à ideia de que "regulação é um processo que envolve a tentativa constante e concentrada de alterar o comportamento de outros com a intenção de produzir resultado ou resultados genericamente definidos" (BLACK, 2002, p. 27).

Nessa proposta, a própria ideia de regulação não estaria resumida ao controle estatal das condutas dos agentes, mas à distribuição de poder entre os atores, mediante o reconhecimento da importância do ambiente regulado para o sucesso das estratégias regulatórias. Assim, a sanção deixa de ser vista como único mecanismo para a condução das condutas empresariais e o incentivo interno passa a ser considerado um método regulatório mais eficiente. Fica clara, nessa posição, a dicotomia entre coerção interna e coerção externa:

"Essa diferenciação entre coerção externa e interna dá ensejo a duas técnicas opostas de regulação: a regulação por comando-e-controle, também chamada regulação por administração ordenadora e criminalizadora, como um tipo de regulação no Estado ou com enfoque no Estado, representada pela identidade entre regulação e normas estatais, entendida a regulação como uma faceta pública da organização empresarial; e os tipos regulatórios apoiados em normas sociais, quais sejam, a regulação apoiada em redes, a regulação descentralizada ou as diversas manifestações da regulação apoiada na cultura de negócios do setor regulado" (ARANHA, 2018a, p. 442).

Essa distinção de abordagem do fenômeno regulatório entre duas perspectivas, a coerção interna e a coerção externa, revela-se como uma

preocupação de ordem metodológica. Trata-se, antes de tudo, de identificar a própria natureza do objeto pesquisado:

“a regulação, como objeto metodologicamente endereçado, dirige os métodos possíveis de seu esclarecimento a partir de sua natureza; se é percebida como uma forma de afirmação da força por coerção extrínseca, ou como uma forma de diálogo e compromisso intrínseco. Por isso, é fundamental compreender-se a distinção entre as percepções do direito como coerção extrínseca ou intrínseca” (ARANHA e LOPES, 2019, p. 160).

A adoção de um método de regulação por incentivos, todavia, não coincide com uma desregulação do mercado, ou seja, a extinção da regulação (ARANHA, 2018). Em verdade, o que se passa é um reposicionamento do Estado no mercado como um agente que implementa medidas voltadas a buscar o interesse público mediante o incentivo para a adoção pelas empresas de condutas específicas. Para tanto, o governo usa um acervo de estratégias e técnicas regulatórias em linha com um método voltado a produzir mudanças da governança empresarial. Diferentemente do que se pode pensar, a adoção de uma regulação por incentivos significa, muitas vezes, um acréscimo do envolvimento estatal na regulação (ARANHA e LOPES, 2019).

Nesse ponto, é cabível recuperar distinções conceituais importantes não apenas para o campo da teoria da regulação jurídica, mas para o presente trabalho. A coerção interna e a coerção externa são aqui entendidas como *métodos* regulatórios diferentes, que compreendem o direito a partir de perspectivas opostas. Enquanto a primeira proposta visualiza o direito como um sistema punitivo, que só se efetiva quando descumprido, a segunda ideia identifica o direito como uma ferramenta estruturante das relações sociais, entre elas as relações econômicas. Modo geral, trata-se de uma proposta mais em linha com a ideia de que o direito não é um epifenômeno, ou um ente desagregado das normas de mercado, mas sim aspecto constitutivo da própria existência do mercado (LOPES, 2018).

Os métodos regulatórios podem dar origem a **técnicas regulatórias** (ou instrumentos regulatórios) diferentes. Essas, por sua vez, são “meios de que o estado lança mão com a finalidade de influenciar o comportamento social” (ARANHA e LOPES, 2019, p. 180). Os instrumentos são, sob a perspectiva jurídica, as próprias instituições jurídicas que podem ser articuladas pelo regulador para alcançar uma política pública. Contudo, não necessariamente uma técnica regulatória poderá ser associada inquestionavelmente a um método ou outro. Alguns modelos regulatórios, por exemplo, vão prever a aplicação de sanções em determinadas situações, ainda que sejam associados a métodos de coerção interna (ARANHA e LOPES, 2019).

As técnicas regulatórias, a seu tempo, podem ser combinadas e integradas em **estratégias regulatórias**. Ao passo que os instrumentos

regulatórios tomados de maneira isolada não possuem sentido sistêmico, as estratégias regulatórias avançam para indicar um esforço de modelagem em uma direção específica no trabalho de influenciar o comportamento social (ARANHA e LOPES, 2019, p. 180). É a esse ponto em especial que o presente trabalho pretende se debruçar.

Pode-se ainda avançar conceitualmente para alcançar as **modalidades regulatórias** (ou, em outras expressões, modo, forma ou mecanismo regulatório), ou seja, mecanismos de controle aos quais se pressupõe que a conduta dos agentes deve responder (YEUNG e MORGAN, 2007). Embora inexista um entendimento uniforme sobre as modalidades regulatórias, há entre as teorias da regulação a busca por uma harmonia entre as técnicas/estratégias regulatórias e os mecanismos regulatórios (ARANHA e LOPES, 2019). Embora as modalidades regulatórias não sejam o objeto direto do presente estudo, é notável que a análise, por vezes, fará referência a esse conceito.

Com base nas definições acima elencadas, pretende-se, na sequência, identificar a estratégia regulatória utilizada na implementação do *open banking* no Brasil, a partir dos instrumentos jurídicos utilizados pelo regulador, a fim de identificar se houve uma abordagem associada ao método regulatório de incentivo interno.

A ESTRUTURA JURÍDICA DE IMPLEMENTAÇÃO DO OPEN BANKING NO BRASIL

Antes de abordar a estratégia regulatória utilizada para a implementação do Sistema Financeiro Aberto no Brasil, é necessário recuperar os instrumentos jurídicos formulados nesse esforço, a fim de entender, em seguida, sua organização sistêmica e seu vínculo com o método da regulação por incentivos.

O movimento para introdução da regulação do Sistema Financeiro Aberto no Brasil teve início em 24 de abril de 2019, quando o Banco Central do Brasil divulgou o Comunicado nº 35.455 (BACEN, 2019a), no qual o regulador descrevia os requisitos fundamentais do futuro sistema, como seu objetivo, definição, escopo do modelo e a estratégia de regulação. Já nesse documento, nota-se o plano de adoção de uma abordagem menos hierárquica na implementação do sistema, atribuindo à autoridade reguladora a função de “atuar na coordenação da autorregulação inicial, aprovar as decisões e revisões, bem como vetar, impor restrições ou regular aspectos não convencionados” (BACEN, 2019a, p. 1). Também nessa ocasião, houve sinalização de que caberia às instituições participantes, em autorregulação, estabelecer “a padronização tecnológica e de procedimentos operacionais, os padrões e certificados de segurança e a implementação de interfaces” (BACEN, 2019a).

Após o comunicado, o primeiro passo efetivo para implementação do *Open Banking* no Brasil foi dado com a publicação pelo Banco Central do Brasil do Edital de Consulta Pública 73/2019, em 28 de novembro de 2019 (BACEN, 2019b). O texto trazia uma minuta de resolução, com a proposta de regras gerais do sistema, para que qualquer interessado se manifestasse até a data de 31 de janeiro de 2020, ou seja pouco mais de 2 meses após a publicação. Além da prévia do texto normativo, o edital também trouxe os contornos gerais de uma provável “estrutura responsável pela governança do processo” (BACEN, 2019b, p. 1) de implementação, a ser constituída pelos futuros participantes do Sistema Financeiro Aberto.

Transcorrido o prazo para a manifestação da sociedade na consulta pública aberta, houve a publicação, em 4 de maio de 2020, da Resolução Conjunta n° 1/2020 do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, que veio confirmar os contornos gerais da proposta já estabelecida no comunicado de abril do mesmo ano, determinando a implementação do Sistema Financeiro Aberto de maneira incremental, com divisão do processo em 4 fases. Em que pese ser inviável aqui esmiuçar todos os requisitos regulatórios estabelecidos nesse documento, é importante destacar os pontos principais que influenciam diretamente a compreensão da estratégia regulatória adotada para o Sistema Financeiro Aberto.

A Resolução Conjunta n° 1/2020, em seu artigo 6º, definiu duas espécies de participantes do *open banking* no Brasil, categorizadas de acordo com os serviços prestados e o porte das instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN. Primeiro, os participantes obrigatórios para compartilhamento de dados, que inclui todas as instituições enquadradas nos Segmentos 1 e 2 de que trata a Resolução 4.553/2017, grupo que engloba as maiores instituições bancárias do país. Também são obrigatórias para o compartilhamento do serviço de iniciação de pagamentos as instituições detentoras de contas e iniciadoras de pagamento. Por fim, devem participar obrigatoriamente do Sistema Financeiro Aberto, no compartilhamento de encaminhamento de proposta de crédito, as instituições financeiras que mantenham contrato de correspondente no País com esse objeto. Na ausência do preenchimento de qualquer um dos requisitos descritos, todas as instituições financeiras do país podem participar como voluntárias do Sistema Financeiro Aberto para o compartilhamento de dados.

Essa limitação de participantes é importante para a compreensão da estratégia regulatória por várias razões. Primeiro porque demonstra o amplo escopo de participantes obrigatórios. Em seguida, revela a possibilidade de existirem participantes voluntários no sistema, que vão influenciar na governança da estrutura de implementação. Por fim, essa delimitação indica que há um limite à adesão ao *Open Banking* no Brasil, que, apesar de bem amplo,

fica circunscrito às instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

A mesma Resolução Conjunta nº 1 aponta a necessidade de criação de documentos de autorregulação pelas instituições que participarem do Sistema Financeiro Aberto. Seu artigo 44 define que as instituições participantes do Open Banking serão responsáveis por celebrar uma convenção entre si, para definição de padrões tecnológicos, padronização de leiaute de dados, canais de encaminhamento de demandas, direitos e obrigações de participantes, entre outros pontos relevantes.

Após a publicação da Resolução teve início os esforços da chamada estrutura inicial responsável pela implementação do Open Banking. Nesse contexto, foi publicada a Circular Bacen nº 4.032, em 23 de junho de 2020, que definiu as responsabilidades e critérios de governança da estrutura inicial.

De acordo com a Circular Bacen nº 4.032/2020, a estrutura inicial de governança, responsável pela implementação do Open Banking é constituída por três níveis: estratégico, administrativo e técnico. No nível estratégico está o Conselho Deliberativo, responsável pelas decisões da governança e constituído por 7 conselheiros, indicados por associações representativas dos participantes do Sistema Financeiro Aberto. Portanto, a instância decisória da estrutura inicial não contém representantes diretos dos participantes, mas sim seis conselheiros indicados por associações vinculadas às empresas que atuam no Sistema Financeiro Aberto, mais um conselheiro independente. A circular também definiu o critério básico de custeio da estrutura inicial, adotando o patrimônio líquido dos participantes como o critério para cálculo dos valores devidos por cada instituição.

Adicionalmente, a Circular Bacen 4.032/2020, em seu artigo 1º-A, introduzido posteriormente na redação pela Circular Bacen 4.037/2020 de 15 de julho de 2020, estabeleceu que o Banco Central do Brasil incorporará à regulamentação específica, sob sua responsabilidade, os documentos produzidos no contexto da autorregulação. Nessa iniciativa de autorregulação regulada, foram aprovadas as Instruções Normativas nºs 34, 35, 36 e 37 do Banco Central do Brasil, em 29 de outubro de 2020, que incorporaram os manuais com padrões técnicos relativos ao Sistema Financeiro Aberto produzidos pelos grupos de técnicos que atuam sob a coordenação da estrutura inicial de implementação.

Essa breve recapitulação dos instrumentos jurídicos associados ao Open Banking no Brasil, apresentados de maneira cronológica, ainda que não exaustiva, fornece os elementos suficientes para a análise da estratégia regulatória adotada na implementação do Sistema Financeiro Aberto.

A AUTORREGULAÇÃO E A ESTRATÉGIAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO OPEN BANKING

Expostos os instrumentos jurídicos mais relevantes para implementação do Open Banking, é agora o momento de realizar a análise da estratégia adotada pelo regulador e avaliar o enquadramento desse esforço em uma metodologia de regulação por incentivos.

A análise dos normativos anteriores revela uma curiosa mudança de postura do regulador que, se reflete, inclusive, na própria nomenclatura adotada para sua estratégia regulatória.

Nos primeiros instrumentos regulatórios publicados, inclusive no Comunicado nº 35.455/2020 (BACEN, 2019a), houve por várias ocasiões a referência ao emprego do termo autorregulação. Essa proposta foi mantida até mesmo no já referido artigo 44 da Resolução Conjunta nº 1, que indica ser de responsabilidade das instituições participantes a elaboração de convenção que aborde vários elementos regulatórios do Sistema Financeiro Aberto. Contudo, como relatado acima, na Circular Bacen 4037/2020, que alterou a Circular Bacen 4.032/2020, foi incluído um artigo que determinou a necessidade de ratificação pelo Banco Central do Brasil dos documentos regulatórios produzidos no contexto da autorregulação.

Essa mudança sutil aproximou a estratégia regulatória de implementação do *Open Banking* de uma autorregulação regulada. Reconhecendo-se que entre a autorregulação pura e a intervenção estatal completa há uma gama de possibilidades (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), até o momento em que o regulador permitia aos próprios participantes uma relativa autonomia nas decisões estratégicas do sistema, ainda era possível falar que existiria uma esfera de autorregulação, mesmo que ela tenha sido provocada por uma iniciativa estatal. A partir da necessidade de confirmação governamental das normas produzidas no contexto da autorregulação, os participantes deixaram de ser livres em suas propostas.

Embora não seja exclusiva do modelo regulatório responsivo proposto por Ayres e Braithwaite (1992), a autorregulação regulada surgiu, nesse contexto, a partir de uma descrença em propostas de autorregulação voluntária e em contraste com o modelo de correção. Enquanto na correção a produção de normas e os meios para sua execução encontra-se integralmente nos próprios agentes de mercado, cabendo ao Estado estabelecer as próprias regras das organizações, no modelo de autorregulação regulada, há uma espécie de concessão regulatória aos agentes de mercado, sem afastar de todas as funções regulatórias e mantendo a possibilidade de o governo conformar a regulação aos interesses públicos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). Na

estratégia de autorregulação regulada, parte-se do pressuposto de que os agentes privados têm melhor capacidade para regular suas próprias atividades, mas não necessariamente seriam propensos a voluntariamente adotar as medidas de interesse público contrárias aos seus próprios interesses. Assim, o Estado mantém para si algumas das funções regulatórias, como, por exemplo, o poder de *enforcement*, e delega aos particulares a produção normativa, em todo ou em parte.

O enquadramento da estrutura de implementação do *Open Banking* na estratégia de autorregulação regulada permite indicar uma proximidade dessa proposta com o modelo de regulação responsiva e, mais ainda, com uma metodologia de regulação por incentivos. Essa percepção ainda é corroborada pela presença de outras características identificáveis na iniciativa proposta pelo regulador.

Primeiro, a criação de uma estrutura de implementação, com a participação de associações empresariais que representam interesses específicos, vincula a estratégia a uma proposta de regulação descentralizada (BLACK, 2001). Nessa proposta, o Estado perde centralidade na regulação, sem que, todavia, o poder regulatório seja simplesmente delegado aos particulares. Há a “fragmentação do exercício do poder” e do controle do ambiente regulatório (BLACK, 2001, p. 108). A descentralização, portanto, pressupõe a necessidade de uma atuação cooperativa entre os vários agentes, a fim de alcançar um ponto de equilíbrio na construção do cenário regulatório e no exercício de poder.

Essa mesma cooperação, característica fundamental de uma estratégia regulatória baseada em incentivos internos (ARANHA e LOPES, 2019), também está presente desde o início da implementação do Sistema Financeiro Aberto. Como descrito, houve a prévia consulta pública, com oportunidade de manifestação de todos os agentes da iniciativa privada. É verdade que o simples fato de existir uma consulta pública não significa, necessariamente, que o regulador tenha sido permeável às propostas apresentadas. Contudo, outros elementos da iniciativa regulatória, como possibilidade de construção dos padrões tecnológicos pelos próprios participantes do sistema, indicam essa ênfase na cooperação.

Por fim, um ponto não pode ser afastado. Para a implementação do Sistema Financeiro Aberto não foram estabelecidas a previsão especial de qualquer sanção por descumprimento da regulação. A estratégia regulatória mantém assim, a opção de “manter a punição em segundo plano”. (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 47). Embora as punições sejam aplicáveis, o foco da regulação se mantém na constituição de um espaço de colaboração entre os agentes e de participação das próprias empresas na construção do sistema.

Recorre-se, nesse caso de forma clara, à ideia de incentivos internos, mantida a coerção como uma lembrança distante para os regulados.

Com esse último elemento, fica claro que a estratégia regulatória adotada está muito mais próxima de uma regulação por incentivos do que de uma regulação por coerção externa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo avaliar em que medida a estratégia de implementação do Sistema Financeiro Aberto pode ser compreendida como uma proposta de regulação por incentivos. Buscou-se, assim, compreender os desafios regulatórios representados pelo Open Banking. Em seguida, após a delimitação de conceitos da teoria regulatória necessários à análise, passou-se ao exame dos instrumentos jurídicos associados ao tema e, em seguida, à avaliação da estratégia regulatória

Compreendeu-se que a estratégia adotada pelo regulador para a implementação do Open Banking foi a autorregulação regulada, uma proposta associada normalmente ao modelo de regulação responsiva.

Identificados os contornos do trabalho aqui colocado, é importante também apontar suas limitações. Antes de mais nada, embora se tenha reconhecido a proximidade da estratégia regulatória do modelo responsivo proposto na teoria, não se pretendeu aqui indicar que há vínculo entre a iniciativa regulatória e a teoria da regulação responsiva. Essa seria uma proposta de pesquisa viável, mas que escapa ao escopo do presente trabalho. Uma avaliação preliminar, todavia, indica que, por faltar estágio de livre autorregulação e a presença de poderes de *enforcement* nas mãos dos regulados, não há na regulação do *Open Banking* algo similar a pirâmide de *enforcement*, continuamente indicada como um dos elementos mais distintivos da regulação responsiva.

Tampouco se pretendeu aqui, ao se concluir pela proximidade da estratégia regulatória com a proposta de regulação por incentivos, constatar que a iniciativa regulatória tenha sido bem-sucedida ou não. O Sistema Financeiro Aberto, no momento da redação desse artigo, ainda se encontra em implementação. O sucesso da iniciativa só será medido posteriormente.

Por fim, dada a limitação da pesquisa ao substrato empírico diretamente ligado às publicações feitas pelo próprio Banco Central do Brasil, não se abordou aqui as possíveis dinâmicas entre os regulados e entre outros agentes. Como no ponto acima, a pesquisa realizada é feita a partir de elementos estáticos. Portanto, muito pode ser revelado sobre a cooperação entre os agentes a partir da pesquisa dos eventuais diálogos regulatórios que tenham sido

travados, tanto na consulta pública quanto dentro da estrutura de implementação.

Esses e outros pontos podem ser levantados por outros trabalhos que venham suceder ao presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório*. 4ª. ed. Coleford: Laccademia Publishing, 2018.

ARANHA, M. I. Compliance, Governança e Regulação. In: FRAZÃO, A.; CUEVA, R. V. B. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018a.

ARANHA, M. I.; LOPES, O. *Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos*. Projeto ANATEL-UnB (Meta 5). Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias de Comunicação da UnB. Brasília. 2019.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992. 205 p.

BACEN. *Comunicado nº 35.455, de 24 de abril de 2019*. Banco Central do Brasil. Brasília. 2019a.

BACEN. *Edital de Consulta Pública 73/2019, de 28 de novembro de 2019*. Banco Central do Brasil. Brasília. 2019b.

BARBERIS, J. N.; BUCKLEY, R. P.; ARNER, D. W. The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm? **University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2015/047**, 20 out. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2676553>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BARBERIS, J. N.; BUCKLEY, R. P.; ARNER, D. W. FinTech, RegTech, and the Reconceptualization of Financial Regulation. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 37, n. 3, 2017.

BARTH, J. R.; CAPRIO JR., G.; LEVINE, R. Bank Regulation and Supervision in 180 Countries from 1999 to 2011. **Journal of Financial Economic Policy**, v. 5, n. 2, 2013.

- BIS. **Report on open banking and application programming interfaces**. Bank for International Settlements - Basel Committee on Banking Supervision. Basileia. 2019.
- BIS. **Policy responses to fintech: a cross-country overview**. Bank for International Settlements - Financial Stability Institute. Basileia. 2020. (FSI Insights on policy implementation No 23).
- BLACK, J. Decentring Regulation: Understading the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. **Current Legal problems**, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001.
- BLACK, J. Critical Reflections on Regulation. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 27, p. 1-35, 2002.
- CHESNAIS, F. **Finance Capital Today: Corporations and Banks in the Lasting Global Slump**. Boston: Brill Academica, 2016.
- CMA. **Retail Banking market investigation: final report**. Competition & Markets Authority. Londres, p. 708. 2016.
- CRANSTON, R. et al. **Principles of Banking Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- DURANT, C. **Fictitious Capital**. Londres: Verso, 2017.
- GOETTENAUER, C. Open banking e a teorias de regulação da Internet. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, v. 82, 2018.
- GOETTENAUER, C. Regulação Responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, 2019.
- GOZMAN, D.; HEDMAN, J.; OLSEN, K. S. **Open Banking: Emergent Roles, Risks & Opportunities**. European Conference on Information Systems (ECIS). Portsmouth: AIS eLibrary. 2018. p. 16.
- JORDANA, J.; LEVI-FAUR, D. The politics of regulation in the age of governance. In: JORDANA, J.; LEVI-FAUR, D. **The politics of regulation in the age of governance**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2004.
- LANGLEY, P.; LEYSHON, A. The Platform Political Economy of FinTech: Reintermediation, Consolidation and Capitalisation. **New Political Economy**, 2020.

- LESSIG, L. *Code and Other Laws of Cyberspace*. Nova York: Basic Books, 1999.
- LI, D. D.; FENG, J.; JIANG, H. Institutional entrepreneurs. **American Economic Review**, v. 96, n. 2, p. 358-362, 2006.
- LOPES, O. D. A. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.
- SENA, L. Regulação de novos mercados e inovação: uma abordagem a partir do Estado empreendedor e do interesse público. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, 2020.
- TURNER, A. *Between debt and the devil: money, credit, and fixing global finance*. New Jersey: Princeton University Press, 2016.
- YEUNG, K.; MORGAN, B. *An introduction to Law and Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- ZACHARIADIS, M.; OZCAN, P. The API Economy and Digital Transformation in Financial Services: The case of Open Banking. **Swift Institute Working Paper**, n. 2016-001, jun. 2017.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>