

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I**

EDSON RICARDO SALEME

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

DALTON TRIA CUSCIANO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Dalton Tria Cusciano; Edson Ricardo Saleme; Sébastien Kiwonghi Bizawu. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-815-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Economia e desenvolvimento econômico sustentável. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos a produção do grupo DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I, do XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza – CE, realizado entre 15 e 17 de novembro de 2023, coordenado pelos Professores EDSON R. SALEME, SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU e DALTON TRIA CUSCIANO. Após apresentação de cada um dos professores encarregados do GT, passou-se a questionar a ordem de apresentação. Diante das necessidades e da ordem de preferência para os que teriam outras atribuições, iniciou a primeira exposição do Grupo de Trabalho por meio do paper: **HIDROGÊNIO VERDE: ASPECTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS**, por Sophia Fernandes Ary, Luciana Barreira de Vasconcelos Pinheiro e Gina Vidal Marcilio Pompeu (justificou ausência); tratou o trabalho acerca do emprego do hidrogênio verde para diversos propósitos, a conveniência de uma legislação específica e suas possibilidades de aplicação. Pela exposição se nota o grande potencial geopolítico brasileiro, pois aqui seria possível sua produção da forma mais otimizada e menos onerosa que outros locais do mundo. Sublinhou-se que há um impacto considerável nesse processo. A questão de produção de hidrogênio verde é sustentável, mas inegável a produção de impactos no ambiente. A seguir expôs-se o artigo **A QUESTÃO AMBIENTAL ENQUANTO EXPRESSÃO DA QUESTÃO SOCIAL E A ADEQUAÇÃO TEÓRICA DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL ANTE A CONCEPÇÃO NÃO DUALISTA DA ESSÊNCIA HUMANA: CAPITALISMO HUMANISTA**, por Karla Andrea Santos Lauletta, que reiterou sua posição em face de diversas teorias relacionadas ao capitalismo humanista e as atuais, que desconsideram importantes fatores relacionados à matéria. Na sequência, Carlos Magno da Silva Oliveira relatou no seu paper a “Análise econômica do Direito: concentração no mercado de transporte aéreo de passageiros no trecho doméstico entre as cidades de Brasília e Belo Horizonte no período pré-pandemia do COVID 19. Na exposição tratou da concentração das empresas aérea no período e como o mercado se comportou durante aquele período. A seguir o aluno George Felício Gomes de Oliveira apresentou o trabalho **DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM FOCO: ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE SOB NOVOS OLHARES E SUA INFLUÊNCIA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**, expôs os aspectos que denominou culminar com uma “policrise” em âmbito global. Esclareceu aspectos essenciais à existência do capitalismo e como se podem propor políticas públicas sustentáveis, que possuem função extremamente antropocêntrica. Ao contrário desse viés, a política “sustentável” deveria ter outros olhares. O trabalho seguinte: **EMPRESA, MORTE E**

URBANISMO: A FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DOS CEMITÉRIOS, pelos expositores Gustavo Leite Braga e Antonia Bruna Pinheiro Vieira relatou a importância do cemitério como elemento de própria cultura popular, sobretudo um locus em que se expressa o luto pela perda de alguém importante na vida de seus semelhantes. A próxima exposição: Empresas COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO URBANA: A FUNÇÃO SOCIAL /SOLIDÁRIA DA EMPRESA E O ENFOQUE DA REURB NO URBANISMO foi apresentada por Roberta Alexandra Rolim Markan. Na sequência dos trabalhos passou-se a esclarecer o tema do artigo: ESG E RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA COMO UM INVESTIMENTO DE IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL por Luciana Machado Teixeira Fabel. Pelo relato a empresa tem grande importância no processo de regularização fundiária promovida pela REURB há um círculo vicioso que deve ser substituído por um círculo virtuoso. O trabalho intitulado MINERAÇÃO ILEGAL DE OURO NOS TERRITÓRIOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS E A REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: O CASO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE (RE)CONSTRUÇÃO DE UM MARCO REGULATÓRIO, por André Angelo Rodrigues, Maria Creusa De Araújo Borges, expôs-se as fragilidades da Lei n. 12.844, de 2013, que foi analisado sob o ponto de vista de constitucionalidade, diante do fato de estabelecer que o garimpeiro teria presunção. No trabalho INSEGURANÇA NA ECONOMIA DIGITAL E O PAPEL DA REGULAÇÃO: O USO DO BLOCKCHAIN NOS CONTRATOS AGRÁRIOS, Patrícia Lucia Marcelino expôs o trabalho reiterando sobre a necessidade de regular as novas tecnologias no ambiente digital, sobretudo com o uso dos blockchains na economia digital. A seguir passou-se a expor o artigo FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O CRÉDITO: UMA ANÁLISE SOBRE O SUPERENDIVIDAMENTO E A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS por Gabriela Maria de Oliveira Franco , que refletiu no estudo a teoria de Bauman e sua teoria do consumo. O trabalho abordou as políticas públicas no sentido de que haja concessão de créditos de forma a evitar o superendividamento. A seguir passou-se a exposição do trabalho FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE: SÍNTESE CONCEITUAL E HISTÓRICA por Janaína Rigo Santin e Anna Gabert Nascimento relatando que a Constituição trouxe a função social e a proteção ambiental sob dois diferentes ângulos constitucionais. A propriedade é o ponto chave quando se fala da preservação socioambiental. A proteção deve ser estabelecida sobretudo pelo município, nos termos do art. 182, regulamentado pela Lei 10.257, de 2001. A seguir partiu-se para a exposição do trabalho: FUTUROS POSSÍVEIS: 'BLACK MIRROR', INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, por Paulo Marcio Reis Santos, expondo os estudos aprofundados que fez por meio da série “Black Mirror” em que os alunos fazem análises comparativas dos diversos capítulos da série que podem englobar diversas facetas da análise econômica do Direito. Ao final os professores fizeram as homenagens de estilo,

cumprimentando os (as) expositores (as) pelos trabalhos e sublinhando a importância da metodologia nos artigos científicos, especialmente no tocante a necessidade da existência de um problema claro de pesquisa no artigo científico, considerando que a metodologia utilizada deve poder ser replicada, e do respeito as críticas construtivas que todo artigo pode receber, sendo um Congresso Acadêmico o palco principal para a ocorrência, com urbanidade, das discussões teórico-metodológicas.

Por derradeiro, registramos que os textos ora publicados são atuais, tendo sido elaborados por pesquisadores(as) de todo o país, e representam, em seu todo, um conjunto digno de leitura.

O DEVER FUNDAMENTAL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS DE PROTEÇÃO AOS DADOS DOS CLIENTES FRENTE AO OPEN BANKING.

THE FUNDAMENTAL DUTY OF BANKING INSTITUTIONS TO PROTECT CUSTOMER DATA AGAINST OPEN BANKING

**Francisco Victor Vasconcelos
Adriano Sant'Ana Pedra**

Resumo

O Open Banking, instituído no Brasil, por meio da Resolução Conjunta nº 01/20 do Banco Central e Conselho Monetário Nacional, tem o condão de aumentar a concorrência entre as instituições bancárias. No presente trabalho, foi realizado um estudo em método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, levando em consideração o dever fundamental de proteção aos dados pessoais e o direito das instituições bancárias de promoverem atos de concorrência. Em que pese a implementação do Open Banking no Brasil, em que medidas o dever fundamental de proteção aos dados pessoais pode limitar o compartilhamento de informações entre as instituições financeiras? No texto, faz-se uma abordagem ampla sobre o Open Banking, seu conceito e implicações concorrenciais frente ao dever fundamental da proteção de dados bancários, destacando-se o sigilo bancário, com o objetivo de promover a verificação da incidência da teoria dos deveres fundamentais nas relações jurídicas entre consumidores e instituições bancárias vinculadas ao Sistema de Open Banking, sobretudo para a disseminação e utilização de dados pessoais dos clientes, bem como analisar a proteção ao sigilo bancário, pois a legislação por si só é insuficiente para regulamentar a prática do Open Banking, devendo incidir a teoria dos deveres fundamentais como um maneira de promoção de tutela jurídica efetiva.

Palavras-chave: Open banking, Deveres fundamentais, Proteção de dados, Sigilo bancário

Abstract/Resumen/Résumé

Open Banking, established in Brazil, through Joint Resolution N° 01/20 of the Central Bank and the National Monetary Council, has the power to increase competition between banking institutions. In the present work, a study was carried out using a deductive method, through bibliographic research, taking into account the fundamental duty to protect personal data and the right of banking institutions to promote acts of competition. Despite the implementation of Open Banking in Brazil, to what extent can the fundamental duty to protect personal data limit the sharing of information between financial institutions? In the text, a broad approach is made to Open Banking, its concept and competition implications in the face of the fundamental duty of protecting banking data, highlighting banking secrecy, with the objective of promoting the verification of the incidence of the theory of fundamental duties in the legal relationships between consumers and banking institutions linked to the Open

Banking System, especially for the dissemination and use of customers' personal data, as well as analyzing the protection of banking secrecy, as the legislation alone is insufficient to regulate the practice of Open Banking, which should focus on the theory of fundamental duties as a way of promoting effective legal protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Open banking, Fundamental duties, Data protection, Bank secrecy

Introdução

As tecnologias de armazenamento e compartilhamento de dados avançaram e criaram modelos de negócios haja vista a alta valorização mercadológica dos dados digitais, criando, desta forma, os mercados digitais que possuem liame com esse avanço tecnológico e buscam as economias de escala e de escopo, pois grande parte dos serviços e produtos ofertados nos mercados digitais são de baixo custo, de maneira que se permite o alcance a máxima utilização dos fatores envolvidos, como “Big Data”.

A coleta de todos os dados digitais possíveis para uma futura especulação econômica é um fenômeno oriundo do “Big Data”, cuja idealização origina-se da “crescente capacidade tecnológica de capturar, agregar e processar um volume e variedade de dados nunca antes visto, com velocidade também sem precedentes” (STUCKE; GRUNES, 2016).

O acesso e o tratamento de grandes bases de dados, em alguns casos, são considerados barreiras ao fomento de empresas em mercados digitais, uma vez que possuem um custo elevado. O compartilhamento de dados, por sua vez, traz uma série de dúvidas relacionadas à proteção de dados, pois o titular do dado digital não possui controle sobre as atividades de transmissão de dados, assim como às possíveis violações de privacidade advindas de tal compartilhamento (LAMBRECHT; TUCKER, 2015).

Um exemplo de implementação de um modelo de negócio digital de transmissão de dados entre empresas para fins concorrenciais, mais precisamente no mercado bancário, é *Open Banking*, que consiste em um padrão técnico, que visa possibilitar a transmissão de dados pessoais e bancários dos clientes entre instituições financeiras.

O *Open Banking* foi instituído pelo governo brasileiro, através da Resolução Conjunta nº 01/20, oriunda do Banco Central e Conselho Monetário Nacional (CNM) e, mas se tem ainda resultados concorrenciais claros, haja vista o curto período de vigência.

Com a medida mercadológica autorizada, é possível inferir que o compartilhamento de dados bancários de consumidores entre os bancos permite um maior “assédio” aos clientes, pois instituições participantes terão acesso direto aos dados bancários de cada clientes e, assim, poderão fazer ofertas de produtos e serviços.

Por outro lado, levando em consideração o dever fundamental de proteção aos dados pessoais, faz-se necessário promover um estudo entre o direito das instituições bancárias de

promoverem atos de concorrência e o direito à proteção de dados, sobretudo ao sigilo bancário.

Assim, surge o questionamento: em que pese a implementação do *Open Banking* no Brasil, em que medidas o dever fundamental de proteção aos dados pessoais pode limitar o compartilhamento de informações entre as instituições financeiras?

A relevância do presente tema reside na atualidade de sua discussão, bem como na ausência de enfrentamento doutrinário e jurisprudencial. A pesquisa acadêmica foi desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, constituída, principalmente, de livros nacionais e estrangeiros, artigos científicos em revistas especializadas e redes de informações.

O artigo tem como objetivo central promover a verificação da incidência da teoria dos deveres fundamentais nas relações jurídicas entre consumidores e instituições bancárias vinculadas ao Sistema de *Open Banking*, sobretudo para a disseminação e utilização de dados pessoais dos clientes, bem como analisar a proteção ao sigilo bancário.

***Open Banking* – Uma consequência da mercantilização dos Dados Pessoais**

Com economias de escala significativas, as empresas que operam nos mercados digitais expandiram sua base de usuários (OLIVEIRA, 2018), e passaram a comercializar os dados digitais coletados, como ocorre nas redes sociais.

O Comunicado nº 33.455, de 24 de abril de 2019, expedido pelo Banco Central, antecessor da Resolução Conjunta nº 01/20, estabeleceu os requisitos para a implementação do Sistema Financeiro Aberto no Brasil, conhecido como *Open Banking*. Delimitou as informações que poderão ser compartilhadas entre as instituições financeiras e trouxe uma base sobre o funcionamento da plataforma de acesso centralizado dos usuários.

A implantação do *Open Banking* teve como objetivo central promover o aumento da eficiência no mercado de crédito e de pagamentos, mediante a promoção de um cenário de maior inclusão e competitividade entre as instituições financeiras, visando preservar o equilíbrio do sistema financeiro. O Banco Central definiu o conceito de *Open Banking* como:

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 sistemas de informação (BRASIL, 2019).

De acordo com o ato normativo do BACEN, os titulares de produtos e serviços bancários poderão escolher com quem desejam compartilhar suas informações, como dados pessoais, saldo da conta corrente e investimento etc.

Dentre as informações e serviços que poderão ser compartilhados estão produtos e serviços oferecidos pelas instituições participantes; dados cadastrais dos clientes, como nome, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, filiação, endereço, entre outros; dados transacionais dos clientes, como os relativos a contas de depósito, a operações de crédito, a demais produtos e serviços contratados pelos clientes, entre outros; e serviços de pagamento, devendo se aplicar às instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas (BRASIL, 2019).

Uma característica dos mercados digitais é a criação de mercados de dois lados, em que se pratica preço zero em um dos lados para atrair clientes pagantes para o outro (STUCKE; GRUNES, 2016). Segundo a definição de Rochet e Tirole (2006), um mercado de dois lados é aquele em que uma plataforma de intermediação é capaz de afetar o volume de transações ao cobrar um valor diferenciado de cada lado do mercado. Desta maneira, a plataforma seria responsável por desenvolver uma estratégia de precificação, com o objetivo de atrair ambos os lados do mercado.

Esses modelos de negócio criam o *spillover effect*¹ (STUCKE; GRUNES, 2016), um tipo de efeito de rede em que os usuários de um lado do mercado, o lado pagante, como anunciantes em redes sociais ou vendedores em *e-commerces*, percebem um maior valor na rede à medida que existem mais pessoas no outro lado do mercado.

As agentes que mais atuam em mercados digitais apresentam outros dois tipos de efeitos de rede em sua atuação. O primeiro tipo consiste nos efeitos de rede tradicionais, divididos entre os efeitos diretos e os indiretos. O segundo, por sua vez, são efeitos de rede relacionados a dados, estes divididos entre os efeitos provenientes da escala e os efeitos provenientes do escopo dos dados em si.

Os efeitos de rede diretos ocorrem no momento em que um usuário percebe o maior valor em um produto ou serviço à medida que outro usuário também o utiliza, sendo que o valor é extraído precisamente do contato com estes outros usuários (STUCKE; GRUNES, 2016). É o caso, por exemplo, de aplicativos de mensagem instantânea, que só funcionam de

maneira eficaz se existir um número considerável de pessoas. Já, os efeitos indiretos ocorrem quando é adicionado valor à rede pelo aumento do número de pessoas utilizando-a, mas não em virtude do contato direto entre elas. Um exemplo típico seriam os sistemas operacionais de celulares (como iOS ou Android), pois ocorre que mais empresas criam aplicativos compatíveis com estes sistemas à medida que mais pessoas os utilizam.

A competição nesses mercados chega a ser tão acirrada que os agentes se propõem a suportar longos períodos deficitários em busca de superar seus concorrentes (KHAN, 2017). Essa concorrência inicial até pode ser considerado bom para os consumidores, uma vez que eles terão acesso a produtos ou serviços mais baratos e melhores.

O volume e a variedade dos dados em domínio das *big techs* influenciam diretamente nos efeitos de rede. Algumas características inerentes aos dados, entretanto, desafiam a existência de uma relação de causa e efeito entre a detenção de uma base de dados própria e a existência de vantagens competitivas excessivas capazes de ensejar correções concorrenciais (LAMBRECHT; TUCKER, 2015).

O tratamento de dados pessoais deve ter respaldo jurídico em pelo menos uma das bases legais estipuladas pelos regulamentos aos quais está sujeito, como a Lei Geral de Proteção de Dados.

Acerca da base legal da obrigação jurídica contraída pelo responsável pelos dados, pondera-se se tal dispositivo teria uma interpretação ampla o suficiente para abarcar ordens de compartilhamento forçado de autoridades de defesa da concorrência. Poderia ser considerada a hipótese de anonimização dos dados para que eles não se sujeitem a Lei Geral de Proteção de Dados.

Entretanto, se já é consideravelmente difícil mensurar o valor dos dados para empresas entrantes, fazê-lo após um processo de anonimização seria um procedimento ainda mais complexo, uma vez que grande parte de tal valor é extraído exatamente da sua associação com clientes e potenciais clientes.

Atualmente, os dados possuem um papel central na economia e agentes que se aventuram a atuar em mercados digitais encaram cenários que, via de regra, possuem empresas dominantes extremamente consolidadas. Algumas características destes mercados, como os baixos custos marginais e as economias de escopo e de escala das dominantes, os tornam ainda mais desafiadores novos entrantes.

Para além disso, a presença de mercados de dois lados, somada aos significativos efeitos de rede das plataformas digitais, traz uma complexidade concorrencial maior. Dessa forma, a posse exclusiva de dados tem sido considerada uma vantagem competitiva relevante e, por vezes, mesmo como uma barreira à entrada.

A disseminação de dados prevista no *Open Banking* traz problemas significativos quanto à privacidade dos titulares dos dados e acaba por trazer consigo efeitos concorreciais. Questiona-se, então, se o efeito concorrencial da aplicação deste dispositivo pode ser danoso ao direito à privacidade dos clientes, pois o compartilhamento dos dados entre os bancos permite que as instituições possam ativamente captar clientes de outros bancos, muitas vezes utilizando-se das metodologias de *marketing* ativo.

A implementação do *Open Banking* no Brasil, enquanto medida para fazer com que o mercado bancário do país se torne mais competitivo, configura-se como um dispositivo de portabilidade dos dados da Lei Geral de Proteção de Dados.

Enfim, considerando os problemas de privacidade envolvidos na aplicação da doutrina de infraestruturas essenciais, a portabilidade de dados evidencia-se como um problema à privacidade dos clientes, qual deve ser respeitada pelas instituições bancárias, haja vista minimamente o dever fundamental de respeito à privacidade.

O dever fundamental à proteção de dados bancários

A proteção de dados pessoais é um fenômeno jurídico recente, sedimentando-se no Brasil com a Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Mais recentemente surgiu a Emenda Constitucional nº 115/2022 que alçou o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental, acrescentando ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXIX:

Art. 5º...

...

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

A LGPD definiu como dado pessoal qualquer “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Partindo desse conceito, os dados bancários são

considerados como dados pessoais, já que a conta bancária possibilita a identificação de informações sobre seu titular como nome, endereço residencial, número de Registro Geral e Cadastro de Pessoa Física e outras informações complementares.

A partir do processo de consolidação dos direitos fundamentais, que acompanha os modelos de Estado de Direito, com a passagem da condição do ser humano de súdito à condição de sujeito de direitos, constatou-se que uma certa predominância dos direitos sobre os deveres.

A noção de Estado Moderno se construiu em cima da reivindicação de direitos subjetivos, porém, desde as origens do contrato social, além dos direitos, das liberdades e das garantias dos indivíduos frente ao Estado, a coletividade exige também das pessoas certos deveres para com o todo.

O estudo dos deveres fundamentais impescinde da concentração de esforços voltados à sistematização de suas peculiaridades, e não como uma teoria calcada sob a lógica de ser uma contraface à teoria dos direitos fundamentais, pois o desenvolvimento da teoria dos deveres não acompanhou o processo histórico de construção dos direitos em perfeita simetria.

Não se busca trazer aqui um conceito definitivo de deveres fundamentais, Nabais (2015), ao se debruçar sobre o tema, concentra as características para a construção de um conceito de deveres fundamentais que se traduzem na “mobilização do homem e do cidadão no campo jurídico para a realização dos objetivos do bem comum”.

Os deveres fundamentais fundam-se da solidariedade, cujo conceito criado pelo grupo de pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, será adotado no presente estudo:

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais. (2014)

Adriano Pedra (2020) traz à baila a ideia de que os deveres fundamentais precisam da solidariedade, com fulcro nos objetivos constitucionais inseridos no artigo 3º da Constituição de 1988, como medida de concreção dos direitos fundamentais tanto na seara individual, mas principalmente na coletiva:

O dever fundamental deve ser pautado na solidariedade, em que a responsabilidade passa a ser não egocêntrica e individualista, mas de envolvimento e de acolhimento do outro, aproximando as diferenças e diminuindo as indiferenças que existem no atual modelo individualista de prestação do dever.

Na perspectiva da solidariedade, todo indivíduo, enquanto integrante de uma sociedade, deve buscar neutralizar ou diminuir as diferenças existentes entre os seus membros bem como promover o bem-estar da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 traça um sistema principiológico para promover as interpretações do Marco Civil da Internet e Lei Geral de Proteção de Dados. Os demais diplomas, como o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, não serão ignorados, conforme expresso no parágrafo único do art. 3º e no art. 6º do Marco Civil da Internet.

A tutela jurídica para a integral salvaguarda do direito à proteção de dados por parte das instituições bancárias repousa sobre o dever de solidariedade nas relações privadas, uma vez que aquele pode ser compreendido como uma “relação de reciprocidade: se existem direitos, em contrapartida, existe o dever de prestar solidariedade.” (DUQUE e PEDRA, 2013). Essa ideia de reciprocidade aponta uma estreita relação entre os deveres fundamentais e restrições de direitos, solidificando a ideia de horizontalidade na relação jurídica.

Na visão apresentada, apesar da exigência de observância do dever de solidariedade nas relações privadas, não se pode descuidar do respeito à autonomia privada, base das relações jurídicas, que, por sua vez, é fato limitador ao interprete, uma vez que este pode relativizar a autonomia privada, com o escopo de promover a melhor tutela jurídica. Bruna Lyra Duque e Adriano Pedra apontam:

[...] Para a sua compreensão, faz-se necessária uma interpretação sistêmica, sendo a tese aqui esboçada a relação entre o individualismo versus solidarismo sob o enfoque da horizontalidade dos deveres fundamentais. Neste aspecto, a investigação dos deveres anexos na interpretação das relações entre particulares pode ser aplicada aos casos concretos que, face ao dirigismo contratual do magistrado, tem imposto essa transferência da obrigação estatal para o particular. (DUQUE e PEDRA, 2013)

O dever de solidariedade origina-se da cooperação, eticidade e reciprocidade. A primeira é ligada ao pressuposto de aceitação da mútua das regras da relação jurídica por parte dos envolvidos na relação jurídica. A eticidade repousa na ideia de boa-fé objetiva e, por

último, a reciprocidade está ligada à ideia de estabelecimento de direitos e deveres entre os sujeitos.

Nesta senda, é possível asseverar que as instituições bancárias que aderiram ao sistema de *Open Banking*, com esteio nos deveres fundamentais, não podem se furtar a uma completa, integral e efetiva proteção jurídica, quando houver infração ao direito à privacidade dos clientes, sob o fundamento de estarem promovendo atos concorrenciais autorizados pelo Banco Central.

No Comunicado 33.455/2019 do Banco Central, mais precisamente, nos itens 5 e 6, há dimensão dos dados compartilhados entre as instituições financeiras:

5. O escopo do modelo 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).

6. O compartilhamento de dados cadastrais e transacionais dos clientes, bem como de serviços de pagamento, depende de prévio consentimento do cliente. Os procedimentos para viabilizar tal consentimento devem ter como diretriz a promoção de uma experiência simples, eficiente e segura para o cliente. Além disso, a regulamentação poderá incluir outros dados, produtos e serviços mínimos no escopo mencionado no parágrafo anterior.

A Lei Geral de Proteção de Dados definiu como dado pessoal qualquer “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Portanto, partindo desse conceito, os dados bancários são dados pessoais. O ato normativo do Banco Central permite um compartilhamento de dados sensíveis entre instituições financeiras que não possuem qualquer vinculação com consumidor, revelando muito sobre a vida privada do cliente. O professor Diogo Leite Campos afirma:

Uma parte importante da vida pessoal do cidadão está espelhada na sua conta bancária. A monetarização da economia leva a que, abolida a troca direta, as operações econômicas de cada cidadão sejam efetuadas através de moeda; moeda que circula quase exclusivamente através da conta bancária de cada um. O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os estudos dos filhos; o volume da sua leitura; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária. Não constituindo hoje as famílias autarquias econômicas, quase toda a sua vida de relação com os outros é cognoscível através das suas aquisições e vendas de bens e de serviços. Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro (CAMPOS,1997).

Apesar de expressão "sigilo bancário" não estar expressamente prevista na Constituição Federal, a doutrina considera o sigilo bancário, como desdobramento dos direitos à intimidade e privacidade previstos no art. 5º, incisos X da Constituição Brasileira.

Pode-se definir o sigilo bancário como "o dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam" (BELLINETTI, 1997). Assim, é condição necessária para a segurança das informações pessoais dos clientes do banco, pois o compartilhamento destes dados pode acarretar danos irreversíveis

A Lei Geral de Proteção de Dados estabelece como seu principal objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Ainda, tem entre seus fundamentos o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a inviolabilidade da intimidade e a defesa do consumidor (BRASIL, 2018).

No que diz respeito aos contratos bancários, o direito à proteção ao sigilo bancário é garantido pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, chamada de "Lei do Sigilo Bancário, que trouxe hipóteses em que o direito/dever de sigilo poderá ser restrito:

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2o do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; (BRASIL, 2001)

De acordo com a referida lei, as instituições financeiras podem compartilhar informações sigilosas, desde que haja o consentimento do cliente. Ademais, com o surgimento da Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) o sigilo bancário foi diretamente afetado, pois tal norma 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.

A Lei do Cadastro Positivo utilizava o sistema de *opt-in*, em que havia necessidade de prévio consentimento do titular acerca do compartilhamento de informações entre as instituições financeiras, com o escopo de autorizar a abertura de cadastro, por meio dos dados coletados, armazenados e tratados.

Posteriormente, com a publicação da Lei Complementar nº 166/2019, passou-se a adotar o sistema *opt-out*, qual seja, a “adesão” ao Cadastro Positivo é automática e não necessita de qualquer tipo de consentimento prévio. A instituição bancária deverá, no entanto, informar o titular, no prazo máximo de 30 dias, sobre a abertura do cadastro; bem como sobre são os canais pelos quais o titular poderá manifestar posteriormente sua discordância e, conseqüentemente, solicitar o cancelamento do cadastro.

A LGPD determina que o consentimento seja explícito para que os dados sejam recolhidos ou tratados por qualquer organização pública ou privada, salvo disposições contrárias previstas na lei, conforme se artigo 7º:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

...

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (BRASIL, 2018).

Do mesmo modo, o Código de Defesa do Consumidor outorgou ao consumidor pleno acesso às informações sobre ele lançadas nos bancos de dados, como também trouxe previsão de proibição de divulgação das informações negativas, após decorridos cinco anos, por exemplo.

O *Open Banking* é regido pela Lei Geral de Proteção de Dados e Código de Defesa do Consumidor, partindo da ideia de que para que ocorra o compartilhamento das informações cadastrais entre as instituições bancárias, o consentimento escrito do titular dos dados é imprescindível.

Outrossim, a Lei Complementar nº 166/2019, ao permitir o compartilhamento as informações pessoais, coletadas, armazenadas e tratadas entre as instituições financeiras sem o consentimento do titular, traz grandes inseguranças jurídicas sobre extensão da disseminação de dados pessoais no *Open Banking*, sob a justificativa mínima e pífia da hierarquia das normas, pois a Lei Complementar nº 166/2019 é superior à Lei Geral de Proteção de Dados e Código de Defesa do Consumidor.

A Emenda Constitucional nº 115 trouxe o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais". A elevação da proteção de dados pessoais ao *status* constitucional assume uma condição de limite material a uma desenfreada utilização do *Open Banking*, pois é uma norma de aplicabilidade imediata, vinculando diretamente todos os entes públicos e privados.

Por outro lado, a redação da Emenda Constitucional 115/2022 traz a ideia de que o direito à proteção de dados pessoais é norma de eficácia limitada, concedendo ao legislador infraconstitucional o dever de estabelecer as limitações no âmbito de proteção aos dados pessoais.

O direito fundamental à proteção de dados assume uma importante relevância, haja vista a presença de inúmeras lacunas, uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados não abrange setores, como a segurança nacional, segurança pública, investigação criminal, execução penal, por exemplo.

Deste modo, com a consolidação desse direito fundamental no Brasil, surgiram estas lacunas protetivas, quais devem ser supridas pelo dever fundamental de proteção aos dados,

pois os deveres buscam juridicamente a adoção de um comportamento voltado a propiciar bases materiais para a concretização de direitos fundamentais, orientados pela dignidade da pessoa humana.

Considerações finais

Hoje, o compartilhamento de informações e dados entre as instituições bancárias é um fato e uma prática usual no sistema financeiro brasileiro, pois com a expedição do Comunicado nº 33.455, de 24 de abril de 2019, o Banco Central do Brasil permitiu a prática, porém ainda não a regulou inteiramente, apresentando somente diretrizes para a implementação do *Open Banking* no Brasil.

Com base no olhar das instituições financeiras, o *Open Banking* é considerado um instrumento de personalização dos serviços ofertados ao consumidor proporcionando-lhe um maior controle e gerenciamento de sua vida financeira, uma vez que terá o poder de decisão com quem irá compartilhar seus dados pessoais e terá acesso aos serviços que julgar mais vantajoso.

Contudo, é necessário considerar os dados pessoais, no contexto da prática do *Open Banking*, sob dois aspectos: na qualidade de um insumo mercadológico e como bem jurídico a ser protegido. É impossível desvincular o *Open Banking* de uma política de proteção e privacidade de dados, uma vez que à proteção desses dados está exposta aos diversos riscos.

Desta maneira, a identificação dos riscos à proteção de dados no *Open Banking* permite uma reflexão sobre o papel do Direito para regulação da proteção dos dados bancários, considerando harmonicamente os princípios de livre mercado e com o direito concorrencial, pois se não ocorrer, poderá surgir uma insegurança jurídica no país, com violações aos direitos, gerando, inclusive, a diminuição no potencial de inovação de negócios.

Assim, um dos principais desafios à implementação do *Open Banking* relaciona-se à dicotomia entre o mercado de dados e a proteção de dados pessoais, de forma que exista incentivo ao desenvolvimento econômico e inovação tecnológica, porém garantindo a privacidade e outros direitos fundamentais, de forma a obedecer aos deveres fundamentais de proteção aos dados.

Diante um cenário de desenfreada difusão de dados, a preservação do sigilo dos dados bancários é um dos desafios na implementação do *Open Banking*. Para Simões (2016), apesar

de ser possível aplicação de legislações esparsas no cotidiano financeiro, a Lei do Sigilo Bancário e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não são por si só suficientes para regulamentar a prática do *Open Banking* de maneira determinativa, recaindo sobre o dever fundamental de proteção aos dados pessoais o fomento de uma forma de tutela jurídica em razão das lacunas.

Referências

- ABREU, Ivy de Souza; FABRIZ, Daury Cesar. **O dever fundamental de proteção do meio ambiente e seu fundamento na solidariedade: uma análise à luz do holismo ambiental**. Derecho y Cambio Social. Ano 11, Nº. 35, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. **Limitações legais ao sigilo bancário**. Revista de Direito do Consumidor, v. 18, abr./jun. 1996. CAMPOS, Diogo Leite de. **O sigilo bancário**, Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 3, 1997.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 jun. 2022.
- _____. **Banco Central do Brasil. Comunicado n. 33.455, de 24 de abril de 2019**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&umero=33455>. Acesso em: 13 de jun. de 2019.
- _____. **Banco Central do Brasil. Resolução n. 4.658, de 26 de abril de 2018**. 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 financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=33455>. Acesso em: 13 de jun. de 2019.
- _____. **Lei Complementar n. 105 de 10 de janeiro de 2001**. Brasília: Distrito Federal. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm. Acesso em: 14 jun. 2022
- _____. **Lei Ordinária n. 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Brasília: Distrito Federal. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 13 jun. 2019.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. v.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. **A Sociedade em Rede. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. v. 3. São Paulo: Paz e terra, 1999.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **O sigilo bancário**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 3, 1997. p. 210
- CASTELLANO, Ana Carolina Heringer Costa. **Privacidade e proteção de dados eletrônicos: uma análise jurídico-regulatória do marco civil da internet sob a perspectiva das teorias da regulação do ciberespaço de Lessig e Murray**. Monografia (Graduação em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Tutela de dados pessoais no Brasil e dever de desindexação na Internet: potencialidades do habeas data para uma proteção adequada no meio ambiente digital**. II Congresso Mundial de Justiça Constitucional. Buenos Aires, 2015.
- COSTA, Regina Helena. **O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza. Volume 39.1 - Jan./jun.2019. p. 21-32. < <http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/Nomos%2039-1/Nomos%2039-1>>

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161-162.

_____, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**.

Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Deveres Fundamentais, In: Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DUQUE, Bruna Lyra, PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Os Deveres Fundamentais E A Solidariedade Nas Relações Privadas**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, julho/dezembro de 2013.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3lw8LQP>. Acesso em: 18 nov. 2021.

LAMBRECHT, Anja; TUCKER, Catherine E. **Can Big Data Protect a Firm from Competition?** [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2UwhNBr>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

LEHTIOKSA, Jere. **Big Data as an Essential Facility: the Possible Implications for Data Privacy**. 2018. Tese (Mestrado em Direito Internacional Empresarial e Direito Internacional Público) - Faculty of Law, University of Helsinki, Helsinki, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3nqbEDB>. Acesso em: 10 outubro 2021.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **Deveres Humanos Fundamentais estabelecidos em tratados internacionais de Direitos firmados pelo Brasil**. Temas de Direito Constitucional: volume I. Coordenadores Rodrigo Reis Cyrino, Rodrigo Santos Neves. Rio de Janeiro. Lumen juris, 2020

PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO. Pedro Paulo de Rezende. **Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa. Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

ROCHET, J.; TIROLE, J (2006). **Tying in Two-Sided Markets and the Honor All Cards Rule**. Mimeo, IDEI, University of Toulouse, 2006. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167718708000064>. Acesso em 14 de junho de 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 38º edição, 2015, São Paulo-SP,

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big Data And Competition Policy**. New York: Oxford University Press, 2016. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust**. CPI Antitrust Chronicle, May. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3eZdHex>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.