

5

SISTEMA FINANCEIRO ABERTO E A COMPETÊNCIA DO CADE¹

Open Financial System and Cade's competence

Juliana Oliveira Domingues²

Universidade de São Paulo (USP) – Ribeirão Preto/SP, Brasil

Kaira Regiani Solla³

Universidade de São Paulo (USP) – Ribeirão Preto/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: o *Open Banking* consiste em um mecanismo regulatório que, dentre outros objetivos, visa endereçar o problema histórico de alta concentração de poder econômico no setor financeiro, a partir do compartilhamento de dados entre instituições financeiras. No Brasil, o modelo foi denominado de Sistema Financeiro Aberto ou *Open Finance* e implementado pelas autoridades reguladoras do Sistema Financeiro Nacional, mas há décadas os altos níveis de concentração no setor financeiro também são uma preocupação da autoridade de defesa da concorrência brasileira.

Objetivo: diante da complementaridade de competências entre as autoridades de regulação setorial e antitruste em relação ao setor financeiro, o artigo irá investigar possíveis formas de interação da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e da aplicação da Lei nº 12.529/2011 no âmbito do Sistema Financeiro Aberto brasileiro. Ainda que pareça claro aos especialistas que o tema pode ser de competência do Cade, a importância de se investigar o tema é evidente diante da insegurança jurídica decorrente de potenciais situações contraditórias e inconciliáveis entre a atuação do ente regulador e a da autoridade antitruste.

Método: o artigo foi elaborado a partir de pesquisa bibliográfica, incluindo documentos elaborados pelas autoridades, e de análise da legislação, sendo também abordados casos concretos no Cade

1 Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 30/05/2024 **Aceito em:** 16/10/2024 **Publicado em:** 11/12/2024

2 Professora Doutora de Direito Econômico, Antitruste e Regulação da Universidade de São Paulo (USP). Diretora Regional da Academic Society for Competition Law (ASCOLA). Foi Visiting-Scholar na Georgetown University (2018) com bolsa de pesquisa da American Bar Association (Antitrust Section). Foi Procuradora-Chefe da PFE-Cade (ProCADE) e Secretária Nacional do Consumidor no MJSP.

E-mail: julianadomingues@usp.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6720552935529976>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2585-8938>

3 Mestranda em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

E-mail: kaira.solla@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7511064016636684>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1300-7875>



relacionados ao tema, com conclusões a partir do método de abordagem dedutivo.

Conclusões: o artigo conclui que a implementação do *Open Finance* no Brasil, caracterizada como autorregulação regulada, apresenta desafios e particularidades que demandam uma articulação cuidadosa entre o Banco Central e o Cade. Identificou-se a competência concorrente e complementar das autoridades para atuação em relação ao Sistema Financeiro Aberto, bem como foram identificadas, de modo não exaustivo, possíveis interações da atuação do Cade no âmbito do controle preventivo, repressivo e na função de advocacia da concorrência, a partir da análise de casos concretos. Ainda assim, foi pontuada a possibilidade de conflitos de competência insuperáveis na aplicação das normas, situação que demandará a intervenção do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Aberto; *Open Finance*; *Open Banking*; concorrência bancária; direito da concorrência; regulação.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Open Banking consists of a regulatory mechanism that, among other objectives, aims to address the historical problem of high concentration of economic power in the financial sector through data sharing between financial institutions. In Brazil, the model was named the Open Financial System or Open Finance and was implemented by the regulatory authorities of the National Financial System, but for decades the high levels of concentration in the financial sector have also been a concern for the Brazilian antitrust authority.

Objective: given the complementarity of competencies between sectoral regulatory and antitrust authorities regarding the financial sector, this article will investigate possible forms of interaction between the activities of the Administrative Council for Economic Defense (Cade) and the application of Law No. 12.529/2011 within the scope of the Brazilian Open Financial System. Although it seems clear to specialists that the matter may fall under Cade's jurisdiction, the importance of investigating the issue is evident in light of the legal uncertainty arising from potential contradictory and irreconcilable situations between the regulatory entity's activities and those of the antitrust authority.

Method: the article is based on bibliographical research, including documents prepared by the authorities, and analysis of the legislation, with concrete cases related to the topic at Cade also being addressed, with conclusions based on the deductive approach.

Conclusions: the article concludes that the implementation of Open Finance in Brazil, characterized as regulated self-regulation, presents challenges and particularities that require careful coordination between the Central Bank and the Cade. The study identified the concurrent and complementary jurisdiction of these authorities concerning the Open Financial System, as well as potential interactions of Cade's role in preventive and repressive control and its advocacy function, based on the analysis of concrete cases. Nevertheless, it highlighted the possibility of insurmountable jurisdictional conflicts in the application of the rules, which would require judicial intervention.

Keywords: Open Financial System; Open Finance; Open Banking; banking competition; competition law; regulation.

Classificação JEL: K21; K22.

Sumário: 1. Introdução; 2. O sistema financeiro aberto brasileiro; 3. *Open finance* e a atuação do Cade; 4. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais preocupações relacionadas à estrutura do setor financeiro são os altos níveis de concentração de mercado, padrão observado não apenas no Brasil, mas em diversos países.⁴ Dentre os fatores que propiciam esse cenário⁵, destaca-se a existência de uma barreira à entrada e desenvolvimento de novos concorrentes, para a qual por muito tempo não existiu um remédio regulatório: o controle dos dados e informações financeiras nas mãos das instituições financeiras (Dell’Ariccia; Friedman; Marquez, 1999; Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022).

Para os bancos, há quem defenda que saber é poder (Guimarães, 2021). No setor financeiro, dados são insumos cada vez mais importantes e valiosos para a atividade econômica. Com os anos de experiência na prestação de serviços, as instituições financeiras já estabelecidas no mercado puderam construir um expressivo banco de informações sobre o perfil dos clientes e transações realizadas (CMA, 2016), situação denominada como “monopólio informacional” (Ragazzo; Lima, 2022; Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022; Tolentino; Cataldo, 2023).

A posse de tal volume de dados nas mãos de poucos agentes econômicos, além de conferir uma vantagem competitiva em relação aos rivais (Frazão; Santos, 2020, p. 65), é capaz de desestimular e até impedir o desenvolvimento de novos modelos de negócios alinhados à demanda do público (Wu, 2018, p. 15).⁶

4 No ano de 2014, a razão de concentração em relação a ativos totais nos cinco maiores bancos era de cerca de 80% no Brasil e em outros países como Austrália, Canadá, França, Holanda e Suíça (BC, 2018). No Brasil, em 2019, os cinco maiores bancos do país concentravam 79,2% dos ativos totais do segmento bancário e mais de 80% dos depósitos totais e das operações de crédito (BC, 2020b). Ainda, há características do mercado bancário que teoricamente são observadas em quase todos os países, como a dificuldade dos bancos, principalmente os novos, em precificar clientes vindos de outras instituições (CMA, 2016).

5 Há significativa literatura econômica que aponta a existência de problemas estruturais e falhas de mercado que geram barreiras à entrada e desenvolvimento de novos concorrentes e, ainda, prejudicam a escolha dos consumidores. Conforme Dell’Ariccia, Friedman e Marquez (1999), muito antes do fenômeno do Big Data gerar preocupações concorrenciais, a assimetria de informações já era apontada como uma das maiores barreiras de entrada no mercado bancário. Os autores apontam, ainda, assim como Stiglitz e Weiss (1981), a existência de problemas de seleção adversa na entrada de bancos no mercado, isto é, de receber de seus concorrentes alguns dos piores pagadores. Na medida em que detêm a posse de informações sobre a qualidade dos clientes, os bancos consolidados são capazes de identificar os clientes adimplentes e, assim, direcionar esforços para cobrir a oferta de concorrentes somente em relação a estes, deixando os novos entrantes apenas com os créditos de maior risco e, conseqüentemente, menos lucrativos (Guimarães, 2021).

6 O acesso aos dados financeiros e histórico do consumidor fornece informações detalhadas sobre as preferências dos usuários, possibilitando um maior direcionamento da oferta bens e serviços às suas necessidades, de acordo com seus interesses específicos; amplia a capacidade dos agentes econômicos de analisar os riscos e preços; bem favorece o desenvolvimento de novos produtos e serviços alinhados à demanda dos usuários (Brown; Marsden, 2013 *apud* Kira, 2019, p. 6; Oliveira, 2022). Com isso, o cenário de concentração de mercado e assimetria informacional se retroalimentam, pois a concentração faz permanecer o controle das informações e dados dos clientes nas mãos de poucos agentes econômicos, e este monopólio informacional garante uma forte barreira à entrada que protege as instituições com poder de mercado já consolidado (Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022, p. 4).

Nesse contexto, emerge a principal inovação regulatória⁷ voltada à promoção da concorrência, competitividade e transparência no setor financeiro: a política de *Open Banking*, que consiste em modelo de abertura de dados bancários, possibilitando o compartilhamento de dados dos clientes – sempre com consentimento – de forma padronizada entre instituições bancárias, bem como de produtos e serviços, por meio de infraestrutura de plataforma de sistema de informação (Melo; Nasaret, 2021, p. 493; Ragazzo; Lima, 2022, p. 357-358).

Em alguns países, como no Brasil, o *Open Banking* foi ampliado para abranger também informações e serviços relacionados a investimentos, câmbio, credenciamento, seguros e previdência, passando a ser denominado de *Open Finance* (Open [...], [2024]).⁸

Há elevadas expectativas motivadas pelo potencial transformador do Sistema Financeiro Aberto, tanto do ponto de vista da promoção da concorrência⁹ quanto do bem-estar do consumidor¹⁰, mas as especificidades decorrentes da imposição do uso de ecossistema digital¹¹ como tecnologia regulatória faz emergir questionamentos que ainda não estão devidamente endereçados pela investigação acadêmica.

O alto nível de concentração de poder de mercado no setor financeiro não representa uma preocupação apenas das autoridades regulatórias (BC, 2022, p. 151-153), mas, também envolve a regulação promovida pelas autoridades de defesa da concorrência. No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem direcionado sua atenção para este mercado, em especial diante da verticalização da atuação dos agentes econômicos com posição dominante. Sinal amarelo aparece quanto à possibilidade desses agentes utilizarem informações obtidas em suas relações comerciais para fortalecer suas posições e excluir concorrentes ou aproveitarem-se de sua posição como fornecedores de serviços ou detentores de insumos – principalmente, dados e informações financeiras – para prejudicar a atuação dos concorrentes, seja por meio de práticas de exclusividade, recusa em

7 O Reino Unido foi um dos pioneiros a implementar o modelo regulatório de *Open Banking*, no ano de 2018, após investigação realizada em 2016 no setor de bancos de varejo pela autoridade concorrencial, *Competition and Markets Authority* (CMA), que constatou que o acesso a amplas bases de dados dos consumidores tem potencial de conferir aos bancos históricos relevante vantagem competitiva, além de potencial constituição de barreiras à entrada e expansão de novos competidores (CMA, 2016, p. 386-387).

8 O *Open Finance*, então, é o ecossistema de dados abertos no sistema financeiro, que inclui o *Open Banking*, o *Open Investment*, o *Open Insurance* etc. Por exemplo, a confusão entre os termos “*Open Banking*” e “*Open Finance*” representa a troca de parte pelo todo, ou apenas reflexo do estágio de implementação, pois o país pode estar implementando o *Open Finance*, mas só ter efetivado a etapa do *Open Banking* – como no caso do Brasil, em 2021 (Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022, p. 10).

9 A entrada de novas instituições financeiras no Sistema Financeiro Nacional (SFN), com o suporte da regulação e inovações tecnológicas – tendência que vem se espalhando pelo mundo – se mostra promissora a alterar estruturalmente o funcionamento do mercado (Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022, p. 3-4) e é apontada como fator apto a contribuir positivamente à economia. A transformação digital e o desenvolvimento de aplicações de soluções tecnológicas revelou-se um forte propulsor para a modernização dos serviços financeiros, estimulando o surgimento e o crescimento acelerado de novos modelos de negócio. Há expectativa de que as fintechs de crédito e bancos digitais aumentem a concorrência no setor, aumentando a oferta de produtos e serviços em razão do uso de recursos tecnológicos cada vez mais avançados e especializados. Em contrapartida, as instituições tradicionais serão impulsionadas a melhorar sua atuação para concorrer em novos nichos e segmentos de mercado (BC, 2020a, p. 1).

10 O *Open Banking* traz uma importante mudança de paradigma quanto à propriedade das informações, que passa a ser do titular dos dados, e não das instituições (Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022, p. 4). Com isso, passa a ser do cliente a opção sobre disponibilizar o acesso à suas informações financeiras, constituindo também um mecanismo de empoderamento do consumidor (Paravela; Domingues, 2021).

11 Neste sentido, Goettenauer (2021) aponta que, diante dos impulsos gerados pelas inovações tecnológicas e pelo modelo de *Open Banking*, a atividade bancária se aproxima cada vez mais do mercado em plataforma, alterando a própria compreensão do conceito tradicional de “atividade bancária”, discutindo a necessidade de atualizações na abordagem jurídica do tema.

contratar ou imposição de condições discriminatórias (Melo; Nasaret, 2021, p. 512).

Em novembro de 2023, o Cade publicou edição de Cadernos do Cade denominado “Mercados de Bancos e Seguradoras”, com enfoque nos mercados de serviços bancários e seguros¹² nos quais foram identificadas atuações do Cade¹³, sendo abordada, ainda, a variedade dos serviços providos por bancos e seguradoras, bem como a propensão à concentração no setor (Cade, 2023, p. 7 e 9).

Além de uma visão ampla sobre os mercados em análise, sua importância e características gerais, o Caderno apresenta uma revisão dos atos de concentração¹⁴ e dos processos referentes ao controle de condutas anticompetitivas¹⁵ nestes mercados¹⁶. Para o estudo, foi realizado um recorte de jurisprudência do período de 1995 a 30 de abril de 2023, selecionados os processos relacionados ao tema do Caderno (Cade, 2023, p. 9).

Dentre as tendências do setor, o Cade (Cade, 2023, p. 33-34, 44) aponta, além da digitalização dos serviços bancários, o *Open Finance* e o *Open Insurance*, o que já revela a visão da autoridade antitruste de que a regulação em relação ao compartilhamento de dados deverá influenciar a concorrência no setor e, conseqüentemente, sua atuação nos próximos anos.

O tema transpassa, assim, uma questão não solucionada no direito brasileiro, em relação à identificação das fronteiras entre regulação e concorrência, já que a abertura de dados no setor financeiro está sujeita não apenas às normas regulatórias, mas também às normas concorrenciais. Nos casos em que as normas regulatórias venham a proibir condutas indesejáveis do ponto de vista concorrencial, a regulação apenas reforça a incidência da legislação concorrencial (Corradin, 2020). Porém, também há situações em que as atividades de regulação e normas concorrenciais podem ser contraditórias e irreconciliáveis, sendo relevante a investigação aprofundada do tema.

Diante destas considerações iniciais, o presente artigo se propõe a delimitar o papel da autoridade concorrencial em relação ao objetivo regulatório de promoção da concorrência, a partir da investigação da aplicação da Lei nº 12.529/2011 e da competência do Cade para atuação específica no âmbito do *Open Finance*, considerando as funções preventiva, repressiva e educativa da concorrência (*advocacy*). Para tanto, serão inicialmente expostos aspectos normativos relevantes para a compreensão do modelo regulatório adotado no Brasil. Na sequência, serão introduzidos os

12 O Cade adota a definição de serviços bancários em sentido amplo, como serviços comumente prestados por instituições financeiras registradas no Banco Central do Brasil (BC) como bancos. Assim, além dos serviços comuns prestados por bancos (aqui tratados como serviços bancários em sentido estrito), também são considerados serviços como seguros e concessão de crédito.

13 Foram analisados os mercados de serviços bancários em sentido estrito; de concessão de crédito; de gestão de recursos de terceiros; de correspondência bancária; de câmbio; de informações de crédito; de distribuição de títulos e valores mobiliários; de assessoria de investimentos e de capitalização; e de seguros e resseguros e corretagem de seguros e resseguros.

14 No intervalo temporal analisado, foram notificados e julgados 343 atos de concentração, sendo que aproximadamente 50% eram referentes a seguros, 13% a serviços bancários em sentido estrito e 10% à concessão de crédito, levando-se em conta que os atos de concentração podem incluir mais de um segmento. Destes, 329 foram aprovados sem restrições, 6 foram aprovados com restrições com assinatura da Acordo em Controle de Concentração (ACC) ou Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) e 8 foram casos de não conhecimento (Cade, 2023, p. 46-47).

15 Em relação ao controle de condutas, no referido período, foi constatada a existência de 20 processos de investigação de condutas relacionadas aos mercados abordados no Caderno, envolvendo, principalmente, abuso de posição dominante. Os principais segmentos afetados pelas condutas investigadas foram serviços bancários (50%); seguros (25%); gestão de crédito (10%); câmbio (10%); e gestão de recursos de terceiros (5%) (Cade, 2023, p. 135). Os casos localizados na pesquisa não foram exaustivamente abordados no estudo, pois o Cade destacou os casos que entendeu necessários à averiguação do panorama das práticas investigadas.

16 **Todos os processos do Cade mencionados neste artigo podem ser acessados em: <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.**

fundamentos para a competência do Cade em relação a aspectos concorrenciais do setor financeiro para, a partir de casos já enfrentados pela autoridade, discorrer sobre as possibilidades de interação do Cade e das normas concorrenciais com o Sistema Financeiro Aberto.

2 O SISTEMA FINANCEIRO ABERTO BRASILEIRO

No Brasil, a adoção do modelo de *Open Banking*¹⁷ foi anunciada pelo Banco Central em 2019, como parte das iniciativas da “AgendaBC#” para a promoção de um SFN mais eficiente e moderno, a partir dos eixos: inclusão, educação, transparência, competitividade (Ragazzo; Lima; 2022, p. 379) (Agenda [...], [2024]).

Suas regras de funcionamento passaram a ser reguladas pela Resolução Conjunta nº 1/2020 do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional (CMN), publicada em 4 de maio de 2020 (BC, 2020c) e que, atualmente, já sofreu algumas alterações.

A mais relevante delas ocorreu por meio da Resolução Conjunta nº 4/2022 do Banco Central e CMN (BC, 2022b), que oficialmente alterou o nome do projeto regulatório de “*Open Banking*” para “*Open Finance*”, com o objetivo de expressar o desenvolvimento proposto pelo modelo de Sistema Financeiro Aberto brasileiro, com estratégia mais ampla e ambiciosa do que a tradicional iniciativa restrita apenas aos dados bancários, abrangendo também outros serviços financeiros como de credenciamento, câmbio, investimentos, seguros e previdência (BC lança [...], 2022).

De acordo a Resolução Conjunta nº 1/2020 (BC, 2020c), o *Open Finance* consiste no compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas, e possui como objetivos o incentivo à inovação, promoção da concorrência, aumento da eficiência do SFN e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, bem como a promoção da cidadania financeira.

A partir de agora, com base nos atos normativos vigentes no momento da elaboração do presente artigo¹⁸, serão expostas, de modo não exaustivo, as disposições normativas consideradas mais relevantes para a compreensão da proposta regulatória do *Open Finance* brasileiro.

Inicialmente, deve-se considerar que o Sistema Financeiro Aberto é uma estratégia mundialmente difundida, podendo-se observar iniciativas regulatórias variadas, com uma diversidade de escopos, requisitos técnicos e definições jurídicas (Goettenauer, 2021, p. 121). Alguns países adotam estratégias regulatórias mais intensas, determinando medidas compulsórias a serem adotadas pelos agentes do mercado, enquanto outras se aproximam mais do modelo de regulação por incentivos ou autorregulação, com base em parâmetros preestabelecidos pelo regulador (Ragazzo; Lima, 2022, p. 358).

17 Aqui, adota-se o termo *Open Banking* porque a proposta inicial do Banco Central do Brasil era restrita à com a abertura e compartilhamento de dados restrita ao setor bancário, sendo ampliado para o modelo de *Open Finance* apenas no ano de 2022, como será elucidado ao longo do presente artigo.

18 Conforme atos normativos vigentes no mês de maio de 2024, disponibilizados no site oficial do *Open Finance* brasileiro (Atos [...], 2022).

No caso brasileiro, trata-se de regulação induzida por autoridade reguladora do SFN¹⁹, em que se pode observar, como características principais, i) a associação com o objetivo de promoção da concorrência por meio da quebra do monopólio informacional, com participação ativa da autoridade reguladora; ii) o projeto é iniciado e conduzido pela autoridade reguladora de modo abrangente, com a edição de atos normativos, imposição de padrões de infraestrutura, criação de um mecanismo de governança, entre outros; e iii) tendência à imposição obrigatória a pelo menos um grupo específico de instituições, visando conferir maior eficiência à estratégia de quebra do monopólio informacional (Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022, p. 15).

Já em países como China e Singapura, de modo diverso, a implementação do modelo de *Open Banking* foi uma iniciativa organicamente impulsionada pelas próprias instituições privadas (Guimarães, 2021, p. 129). Sendo assim, não existe um padrão comum dos modelos, uma vez que cada jurisdição possui características distintas em seus desenhos regulatórios e sistemas financeiros.

Para a concretização das diretrizes contidas na AgendaBC#, o Banco Central buscou uma abordagem regulatória mais flexível, interativa, propositiva, tanto para fomento das inovações tecnológicas no setor, quanto – e principalmente – para promover a competitividade entre os agentes econômicos, com a participação mais intensa de novos modelos de negócios e aumento da inclusão financeira a partir da facilidade de acesso ao mercado (Rangel, 2021, p. 93). Tanto é que, desde o início do processo de regulação, o Banco Central possibilitou ampla participação dos regulados na criação das normas regulatórias²⁰ que, na prática, atribuíram às instituições participantes, a partir de trabalho conjunto, a responsabilidade de definir e desenvolver o padrão tecnológico, de segurança e a implementação das interfaces para operação do sistema a fim de possibilitar o compartilhamento de dados e serviços.

Em contrapartida, a autoridade reguladora preestabeleceu requisitos mínimos relacionados a esse desenvolvimento, além de uma série de regras direcionadas à conduta dos agentes participantes, ao escopo dos dados objeto de compartilhamento e para a obtenção do consentimento dos usuários. Ainda, o Banco Central tem como funções atuar na coordenação da autorregulação inicial, atestar a conformidade das normas instituídas pelos participantes e das decisões tomadas pelo órgão de governança previsto na Circular BC nº 4.032/2020²¹, bem como vetar, impor restrições ou regular aspectos não convencionados.

19 Em apertada síntese, o Sistema Financeiro Nacional é composto por: (i) Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão normativo responsável pela formulação da política da moeda e do crédito, metas de inflação, diretrizes de câmbio, normas principais de funcionamento das instituições financeiras, dentre outras atribuições; (ii) Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que tem suas atribuições previstas na Lei 6.385/1976, com objetivo de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil (Sobre [...], 2024); e (iii) Banco Central do Brasil (BC), a quem compete garantir o cumprimento das normas do CMN, monitorar e fiscalizar o Sistema Financeiro e executar as políticas monetária, cambial e de crédito (Sistema [...], [2024]). No Brasil, o *Open Banking*, posteriormente ampliado para *Open Finance*, foi implementado a partir de esforço regulatório capitaneado pelo BC (Ragazzo; Lima, 2022, p. 375).

20 A proposta inicial do *Open Banking* foi concretizada por meio da publicação do Comunicado nº 35.455, de 24 de abril de 2019 do BC, fixando os objetivos de aumento da eficiência no setor, por meio da promoção de ambiente mais inclusivo e competitivo, garantido a segurança do Sistema Financeiro e a proteção dos consumidores. Já neste momento, foram abordados contornos iniciais da estrutura de governança do processo de implementação, a ser constituída pelos próprios participantes do Sistema Financeiro Aberto. Em novembro de 2019, o Banco Central publicou Edital de Consulta Pública nº 73/2019, oportunizando a participação de interessados até 31 de janeiro de 2020 (BC, 2019).

21 A Circular BC nº 4.032/2020, publicada em 23 de junho de 2020 – ainda no momento inicial de desenvolvimento da estrutura inicial de implementação do modelo –, determina as responsabilidades e critérios da governança desta estrutura inicial, constituída por três níveis: estratégico, administrativo e técnico. No nível estratégico, está o Conselho Deliberativo, responsável pelas decisões de governança, formado por seis conselheiros indicados por associações representativas dos participantes do *Open Finance*, mais um conselheiro independente. Logo, a instância decisória inicial não é formada por representantes diretos das instituições financeiras reguladas.

Verifica-se um amplo escopo de participantes obrigatórios, imposição que visa garantir o objetivo de quebra dos monopólios informacionais, além de ser possibilitada a participação voluntária.²² Por sua vez, a participação fica restrita a instituições autorizadas a funcionar pelo BC, delimitando o foco da estratégia regulatória (Goettenauer, 2021, p. 128).²³

As aplicações de interface ou APIs (sigla em inglês para *Application Programming Interface*) são a tecnologia que irá viabilizar o compartilhamento de dados entre as instituições financeiras. Na linguagem da programação, refere-se aos processos e padrões desenvolvidos para possibilitar a interação entre sistemas diferentes, viabilizando a comunicação entre dispositivos, aplicativos e dados para que ocorra a troca de informações (Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022, p. 11). A implementação das APIs, inclusive o desenho da interface, os padrões tecnológicos para transmissão, compartilhamento e controle de acesso a dados e à interface, dentre outros temas, serão definidos em convenção celebrada entre as próprias instituições participantes do Sistema Financeiro Aberto para estes fins.²⁴

A Resolução Conjunta nº 1/2020 (BC, 2020c) prevê, ainda, uma série de regras a serem observadas pelos participantes do *Open Finance* em relação à interoperabilidade de dados²⁵, bem como contém disposições gerais que expressamente vedam aos participantes a criação de obstáculos ao compartilhamento²⁶ e entraves às transações de pagamento realizadas pela interface²⁷.

22 O artigo 6º da Resolução Conjunta nº 1/2020 (BC, 2020c) define duas categorias de instituições participantes, com participação obrigatória e não obrigatória definida a partir do porte das instituições e dos serviços prestados. Primeiro, os participantes obrigatórios para compartilhamento de dados, consistentes nas instituições enquadradas como S1 e S2 a partir da Resolução nº 4.553/2017 do BC, ou seja, as maiores instituições financeiras do país. Referente ao serviço de iniciação de pagamento, também é obrigatório o compartilhamento de dados pelas instituições detentoras de contas e iniciadoras de pagamento. Por fim, em relação ao serviço de encaminhamento de propostas de crédito, é obrigatória a participação das instituições financeiras que mantêm contrato de correspondente no país com esse objeto. As demais instituições financeiras previstas no artigo 1º da Resolução nº 4.553/2017 do BC, que não preenchem os requisitos descritos, podem participar de modo voluntário, condicionada à disponibilidade da interface dedicada à interoperabilidade de dados prevista no artigo 23 da mesma Resolução Conjunta.

23 A aderência das instituições financeiras é essencial para o sucesso do Sistema Financeiro Aberto, pois a plena interoperabilidade de dados é imprescindível para concretizar o objetivo de diminuição das barreiras à entrada no mercado e incentivo da concorrência. Outrossim, a ampla participação dos consumidores, outro fator essencial ao sucesso da estratégia, depende diretamente da confiança na segurança do sistema.

24 O artigo 23 da Resolução Conjunta nº 1/2020 (BC, 2020c) determina que as instituições participantes deverão disponibilizar as interfaces dedicadas ao compartilhamento de dados, em cumprimento a padrões estabelecidos pela convenção prevista no artigo 44. Ainda, conforme previsão do artigo 36, é possível a formação de parcerias entre instituições participantes com outras entidades, visando ampliar o compartilhamento de dados de cadastro e transacionais de clientes. Porém, aspectos relacionados a esse acesso poderão ser limitados ou até vetados pelo BC.

25 São previstas as etapas da solicitação de compartilhamento a ser realizado por meio do API (artigos 8º e 9º), estabelecendo requisitos como segurança, agilidade, precisão e conveniência, além da prestação de informações aos clientes de forma clara, objetiva e adequada; requisitos para obtenção do consentimento do cliente para o compartilhamento dos dados, inclusive impondo vedações expressas a certos meios (artigos 10 e seguintes); prevê regras sobre a autenticação dos usuários (artigos 16 e seguintes); bem como regras sobre a confirmação de compartilhamento pela instituição transmissora dos dados (artigo 20 e seguintes). De acordo com o artigo 10, o consentimento do cliente para fins de compartilhamento de dados deverá ser obtido pela instituição receptora, de modo prévio, e deve ser realizada por meio de linguagem clara, objetiva e adequada; indicar a finalidade de modo determinado; indicar o prazo de validade; discriminar a instituição transmissora de dados e quais os dados ou serviços objeto do compartilhamento; incluir a identificação do cliente; e deve ter sido obtido após a entrada em vigor da Resolução Conjunta nº 1/2020. O § 3º determina que é vedado o consentimento obtido por meio de contrato de adesão, por formulário com opção de aceite previamente preenchida ou de forma presumida, sem manifestação expressa do cliente; e o § 4º veda que seja informado à instituição transmissora a finalidade para qual os dados estão sendo compartilhados.

26 Como, por exemplo, a solicitação de autorizações e/ou consentimento adicionais do cliente, ou instruções de acesso complexas (artigo 28).

27 É expressamente vedada a criação de obstáculos ao compartilhamento pelas instituições participantes, bem como às instituições detentoras de contas restringir, limitar ou impedir a transação de pagamento realizada pela interface, ou discriminá-la em relação à mesma transação realizada diretamente nos próprios canais de atendimento (artigo 29).

Diante do exposto, denota-se que o modelo regulatório brasileiro é mais próximo da autorregulação regulada, em que permite-se a instituição de normas pelos próprios agentes regulados, mas o Estado atua supervisionando, de um lado, a capacidade técnica das disposições normativas em relação à consecução dos objetivos da política, sempre voltada ao interesse público; e, de outro, assegurando a aplicação das normas, ou seja, a submissão dos destinatários aos comandos instituídos (Defanti, 2018, p. 169).

Há desafios regulatórios particulares advindos desta forma de implementação, na medida em que exige a cooperação entre regulador e regulados, inclusive entre os regulados, em um cenário de interesses e finalidades não necessariamente convergentes (Goettenauer, 2021, p. 120).

Uma das maiores dificuldades da implementação do modelo de *Open Finance* é definir como estruturar o modelo quanto às responsabilidades de normatização, monitoramento e fiscalização, bem como seu impacto no sistema financeiro. Este obstáculo tem sido enfrentado a partir do reconhecimento da interdisciplinaridade do modelo desde sua concepção, de modo que as estruturas de decisão precisam considerar diversos tipos de agentes governamentais, como as autoridades financeiras e monetárias, autoridade de defesa da concorrência, instituições voltadas à proteção de dados, além de associações representativas dos agentes econômicos (Ragazzo; Tolentino; Cataldo, 2022, p. 21).

Tendo em vista que, no Brasil, a autoridade concorrencial não está diretamente envolvida na implementação do modelo de Sistema Financeiro Aberto, é essencial considerar cuidadosamente a necessidade de coordenação regulatória para que se garanta complementariedade – e não conflito – entre políticas públicas (Ragazzo; Lima; 2022, p. 359), sobretudo porque as necessidades concorrenciais e regulatórias possuem como objetivo em comum a estabilidade econômica (Cade, 2023, p. 22).

Neste ponto está a relevância da investigação acadêmica quanto à atuação do Cade, de modo complementar à regulação do Banco Central, notadamente ligada à promoção da concorrência no setor financeiro.

3 OPEN FINANCE E A ATUAÇÃO DO CADE

Como já pontuado pelo próprio Cade (Cade, 2023, p. 20), o ordenamento jurídico não confere isenção antitruste a agentes econômicos de qualquer setor por ser este regulado. Inclusive, o artigo 31 da Lei nº 12.529/2011 prevê expressamente que a legislação concorrencial se aplica a todas as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, inclusive as que exerçam atividades sob o regime de monopólio legal (Brasil, 2011). Logo, agentes econômicos de qualquer setor, regulado ou não, estão sujeitas à aplicação da legislação antitruste (Corradin, 2020). A regulação setorial específica do SFN, prevista na Lei nº 4.595/1964, portanto, não tem o condão de afastar a incidência da Lei Antitruste e a possibilidade de atuação do Cade em relação à sua competência para tutela da livre concorrência e da livre iniciativa.²⁸

²⁸ No campo do Direito da Concorrência, as normas têm como objetivo a tutela da livre iniciativa e da livre concorrência, fundamentos da ordem econômica, previstos no artigo 1º, IV, e no artigo 190, II, ambos da Constituição Federal; dos princípios da livre concorrência, defesa do consumidor e propriedade privada, estabelecidos no artigo 170, II a IV, da Constituição Federal; e vedação ao abuso de poder econômico que vise a dominação de mercados, consoante artigo 173, § 4º, da Constituição Federal (Domingues; Gaban, 2024, p. 19-23).

Entretanto, já foi questionada a competência do Cade em relação à análise de atos de concentração envolvendo agentes econômicos integrantes do SFN, a partir de Parecer GM-020/2001 editado pela Advocacia Geral da União (AGU), que entendeu que, nos casos envolvendo o setor, haveria competência exclusiva do BC, em virtude de disposição da Lei nº 4.595/1964 (Cade, 2023, p. 20).

Com base neste entendimento, o Banco Bradesco S.A. (Bradesco) e o Banco Crédito Nacional S.A. (BCN) deixaram de notificar o Cade sobre a operação de aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco, em 1997. Diante disso, agindo de acordo com as disposições da Lei Antitruste, o Cade autuou as empresas, impondo sanção pecuniária (multa) em razão do descumprimento do dever de notificação pelos agentes econômicos (Cade, 2023, p. 21).

A questão foi levada à apreciação do Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança impetrado pelas instituições financeiras em face da referida decisão. Em primeiro grau, foi concedida a segurança para afastar a multa imposta pelo Cade, sob o entendimento de que o BC teria a competência exclusiva para análise e aprovação do ato de concentração.

A decisão, porém, foi reformada a partir de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em provimento ao recurso de apelação interposto pelo Cade. Na sequência, os bancos interpuseram recurso especial, que foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça, retornando ao entendimento de que a competência para análise seria exclusiva do BC. Diante disto, o Cade interpôs recurso extraordinário (RE 664.189) que, atualmente, ainda aguarda julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (Cade, 2023, p. 22).

Porém, é importante reforçar que no ano de 2017, Cade e Banco Central reuniram esforços para criação de um grupo de trabalho com o objetivo de estudar a concorrência no sistema financeiro, iniciando as discussões sobre a possibilidade de instituir uma parceria entre as instituições. A atuação cooperativa entre os órgãos foi concretizada em 2018, por meio da assinatura de Memorando de Entendimentos, no qual foram estabelecidos (i) esforços conjuntos de cooperação e competência concorrente para a análise de atos de concentração e apuração de infrações à ordem econômica; e (ii) necessidade de notificação de ambas as autoridades sobre as operações (Cade, 2023, p. 22; Corradin, 2020).

O primeiro ato de concentração no setor financeiro a ser analisado após a assinatura do Memorando de Entendimentos entre o Cade e Banco Central foi a aquisição, pelo Itaú-Unibanco S.A., de parte do capital social da XP Investimentos S.A. No Cade, a aprovação foi condicionada à assinatura de Acordo de Controle de Concentrações (ACC) com medidas para reduzir efeitos negativos aos mercados analisados. A atuação coordenada das instituições ocorreu durante todo o processo administrativo e contou, ainda, com a colaboração da CVM (Cade [...], 2018).²⁹ No BC, a operação também foi aprovada com restrições a partir da assinatura de um ACC (Banco [...], 2018; BC, 2018).

Superada a questão de que a regulação setorial (específica) não afasta a competência do Cade em relação a aspectos concorrenciais do mercado (amplos), e sobre a competência concorrente do Banco Central e do Cade no âmbito do SFN, não há dúvidas de que o mesmo aplica-se no âmbito específico do *Open Finance*, em que há previsão, por exemplo, de atos de concentração para desenvolvimento da tecnologia referente às APIs. Assim, nos casos em que verificados os critérios do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 (Brasil, 2011) e do Comunicado nº 22.366/2012 do BC (2012), a operação deverá ser notificada e aprovada em ambas as autoridades.

No âmbito do controle repressivo, por sua vez, mesmo antes da implementação do *Open Finance* no Brasil, o Cade já enfrentou práticas anticompetitivas relacionadas à imposição de barreiras ao compartilhamento de dados bancários entre agentes do setor financeiro, dentre os quais destaca-se o caso do aplicativo GuiaBolso³⁰, instaurado em 2018 a partir de representação da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac)³¹ (atualmente seria equivalente à Seae do Ministério da Fazenda) em face do Banco Bradesco, com a finalidade de investigar infrações à ordem econômica em desfavor do GuiaBolso³² (Brasil, 2018).

O GuiaBolso era³³ um aplicativo de gestão financeira que, a partir do acesso às informações das contas bancárias do usuário – realizado com autorização expressa do cliente e por meio do fornecimento de senha diretamente no aplicativo – organizava e consolidava os dados bancários do usuário em uma única plataforma. Vê-se, assim, funcionalidades muito semelhantes ao compartilhamento de dados bancários e constituição de uma plataforma centralizada para oferta de produtos e serviços financeiros posteriormente instituídos (de modo aperfeiçoado) no Sistema Financeiro Aberto. Tanto que o aplicativo GuiaBolso era mencionado como “precursor do *Open Banking*” no Brasil (PicPay [...], 2022).

Em um segundo momento, o aplicativo passou a fornecer também, com base nas movimentações financeiras, um sistema classificação do risco de cada usuário, a partir do qual as instituições financeiras poderiam oferecer, também por meio do aplicativo, crédito personalizado ao usuário, independentemente de relacionamento prévio com o cliente. Com isso, o GuiaBolso tornou-se também um *marketplace* de serviços de empréstimo pessoal, ou seja, uma plataforma de dois lados³⁴ que conectava os usuários com os fornecedores de produtos e serviços de crédito (Cade, 2019).

Em síntese, o Cade investigou a conduta do Bradesco relacionada à imposição de uma senha adicional, por meio da inserção de *token* randômico – além da senha principal comumente utilizada – para cada acesso à conta corrente dos clientes Bradesco realizada por meio do aplicativo GuiaBolso, dificultando e até impedindo o acesso às informações bancárias pelos usuários clientes do Bradesco, pois não poderia ser prevista e informada ao aplicativo. Ainda, o Banco ingressou com ação judicial³⁵ em face do Guia Bolso, requerendo que o aplicativo deixasse de coletar informações de seus clientes, alegando potenciais riscos à segurança e quebra do sigilo bancário.³⁶

30 Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38.

31 Em 2018, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) foi extinta por meio do Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018, dando origem à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria. De modo semelhante à Seae, a Seprac é responsável pela advocacia da concorrência, bem como realiza o acompanhamento de mercados e análise de impacto regulatório de políticas públicas setoriais, coordenação de ações relativas à gestão de políticas de infraestrutura, e por propor e analisar medidas que aumentem a produtividade da economia brasileira. Ainda, é vinculada ao Ministério da Fazenda (atual Ministério da Economia) (Estrutura [...], [2024?]).

32 Procedimento Preparatório nº 08700.004201/2018-38.

33 Em 2021, o GuiaBolso foi adquirido pelo PicPay como estratégias para incrementar seu marketplace de serviços financeiros e para posicionamento à frente no *Open Finance* no Brasil, alinhado ao propósito de democratização do crédito. Porém, o GuiaBolso foi encerrado pelo PicPay em novembro de 2023, como parte final do processo de integralização dentro do aplicativo PicPay, centralizando todas as funcionalidades, serviços e produtos da *fintech* em um único aplicativo (PicPay [...], 2022).

34 De acordo com Fernandes (2022, p. 90), modelos de negócio on-line que facilitam a conexão entre diferentes grupos de consumidores são identificados com plataformas ou mercados de múltiplos lados, cuja característica principal é a presença de um agente central que estabelece relações comerciais com dois ou mais grupos de consumidores distintos, o que faz com que o valor atribuído à plataforma por determinado grupo de consumidores varia conforme a participação dos demais grupos localizados no(s) outro(s) lado(s) da plataforma.

35 Processo nº 1027396-67.2016.8.26.0100, na 11ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP.

36 A Seprac requereu o ingresso no feito como *amicus curiae*, tendo apresentado o Parecer nº 1/2018/GABIN/SEPRAC-

Em Nota Técnica nº 17/2019³⁷, a Superintendência-Geral do Cade (SG-Cade) apurou a existência de posição dominante do Bradesco no mercado bancário e, com isso, a importância do acesso aos dados dos clientes do Bradesco para a atividade desenvolvida pelo GuiaBolso. Também se reputou possível que a prática investigada gerasse efeitos a outras plataformas que dependam de dados bancários para o exercício de suas atividades. Assim, ainda que “sutil”, a conduta do Bradesco poderia representar um fechamento do mercado em relação ao GuiaBolso e outras *fintechs*, criando um problema concorrencial. Concluindo pela existência de indícios suficientes da prática de infração à ordem econômica, a SG-Cade recomendou a instauração processo administrativo, iniciado em 2 de maio de 2019.

Porém, o caso foi encerrado por meio de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) firmado entre o Cade e o Bradesco, em outubro de 2020, no qual pactuou-se que o representado cessasse a prática das condutas investigadas no processo administrativo e, ainda, fixada contribuição pecuniária de aproximadamente R\$ 23,8 milhões. O presidente do Cade à época, Alexandre Barreto, destacou que o acordo possibilitou uma solução consensual e imediata antes da plena vigência do *Open Banking* no Brasil, gerando assim efeitos potencialmente benéficos e pró-competitivos no mercado de serviços financeiros, tendo em vista que se alinha com a proposta regulatória no objetivo de aumentar a concorrência no setor, beneficiando os consumidores (Bradesco [...], 2020).

O Cade, portanto, já reconheceu o risco de efeitos anticompetitivos decorrentes da restrição do compartilhamento de dados bancários, essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial no setor. Considerando que a regulação implementada pelo BC impõe aos agentes o dever de compartilhamento de dados, bem como veda expressamente práticas que dificultem ou criem obstáculos à interoperabilidade, o caso GuiaBolso ilustra que, a partir do Sistema Financeiro Aberto, práticas como a investigada poderão configurar ilícito tanto no âmbito regulatório quanto no âmbito concorrencial, desde que constatada a possibilidade de produção de efeitos lesivos à concorrência.³⁸

Expandindo a visão para outro ângulo, é possível que a atuação do Cade na repressão de práticas anticompetitivas seja, ainda, complementar à regulação, como depreende-se do caso da regulação instituída no mercado de meios de pagamento com a finalidade de fomentar a concorrência – que também influenciou a concepção do *Open Banking* brasileiro.

No referido mercado, a abertura de processos administrativos no âmbito do Cade para a apuração de condutas anticoncorrenciais³⁹ foi uma das primeiras sinalizações de que haveria

MF, por meio do qual foram pormenorizadamente analisadas as alegações do Banco Bradesco e apresentada a conclusão do órgão, no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38.

37 No âmbito do Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38.

38 A definição de infração à ordem econômica constante do artigo 36 da Lei 12.529/2011 (Brasil, 2011) possui alto grau de abertura semântica que permite abranger as mais diversas condutas, propriamente econômicas ou não, desde que verificado que o comportamento produziu ou poderia produzir efeitos prejudiciais à concorrência (em sentido amplo), ainda que não alcançados. Pode-se dizer que, para a tipificação do ilícito concorrencial, será mais importante avaliar o efeito da conduta do que a conduta em si (Marrara, 2018). Deve-se considerar, ainda, que num cenário de expansão da atividade administrativa e pulverização da regulamentação de atividades de acordo com a matéria, o Direito Administrativo Sancionador é constituído por diferenciadas esferas de responsabilização administrativas independentes e com autonomia decisória, em especial as agências reguladoras (Oliveira; Grotti, 2020).

39 Conforme edição de Caderno do Cade de outubro de 2019 sobre o mercado de instrumentos de pagamento (Cade, 2019), em termos de conduta, no período de 1995 a 2019, a jurisprudência do Cade conta com um total de 6 processos relacionados ao estabelecimento de acordos de exclusividade na indústria de instrumentos de pagamento, que representam 43% de todas as investigações do setor. o Procedimento Administrativo nº 08000.022500/96-66, instaurado na década de 90 com a finalidade de apurar restrições supostamente impostas pela Visa e outras instituições financeiras, via acordos de exclusividade; a instauração de duas investigações pela SDE em 2009, que culminaram na abertura do Processo Administrativo nº 08012.004089/2009-01 quanto a suposto abuso de poder econômico por parte da Redecard (hoje Rede) e do Processo

problemas concorrenciais no setor. As bandeiras Visa e Mastercard operavam um duopólio no setor por meio da prática de acordos de exclusividade. Em dezembro de 2009, a celebração de TCC com a Visa e a credenciadora Visanet (hoje Cielo)⁴⁰ determinou o fim da exclusividade e a expansão da atividade por meio de outras credenciadoras e outros bancos⁴¹ (Silva, 2021, p. 27; Cade, 2019, p. 104-106).

Reforçando a posição do Cade, em 2010, foi publicado Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos, a partir de atuação conjunta do Banco Central, da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da Seae⁴², que apontou diversas falhas de mercado e estrutura no mercado de meios de pagamento (BC, 2010). Constatando que a existência de acordos de exclusividade implicava na imposição de barreiras à entrada de novos concorrentes, o Banco Central impôs regras para maior transparência e com a finalidade de incentivar o ingresso no mercado, por meio da Lei nº 12.865/2013 (Silva, 2021, p. 28; Cade, 2019).

Além dos TCCs, a quebra de exclusividade no segmento de cartões está relacionada a uma clara ação pró-competição por parte do BC, por meio de quatro movimentos regulatórios: i) quebra de exclusividade (já mencionada), ii) interoperabilidade, iii) contas de pagamento e iv) registro de recebíveis (Ragazzo *apud* Silva, 2021, p. 28).

É possível observar, portanto, desde o momento inicial da regulação deste mercado, uma atuação conjunta e complementar do órgão de regulação setorial e de órgãos do SBDC na adoção de medidas para promoção da concorrência no setor financeiro. A atuação do Cade por meio do controle de condutas pode, assim, ser empregada também como diagnóstico em relação a falhas de mercado que merecem atenção especial do regulador, o que não pode ser descartado em relação à implementação do modelo de *Open Finance*.

Ademais, ainda que a regulação e concorrência possuam objetivos gerais semelhantes⁴³ e relação de complementariedade, não se pode excluir a possibilidade de disposições conflitantes, em que as normas estabelecidas pela autoridade reguladora afastem as regras de defesa da concorrência

Administrativo nº 08012.005328/2009-31 envolvendo exclusividade existente entre a bandeira Visa e a credenciadora Visanet.

40 Processo Administrativo nº 08012.005328/2009-31.

41 Não houve a instauração de investigação para apuração de práticas de exclusividade entre Mastercard e Redecard porque, embora operassem como se houvesse um, nunca foi formalizado um contrato de exclusividade. Porém, diante da quebra de exclusividade imposta no caso da Visa e Visanet, aquelas também ampliaram o credenciamento para outras bandeiras e adquirentes.

42 Na vigência da Lei nº 8.889/1994, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) era composto por três entidades federais: a Seae, órgão interno do Ministério da Fazenda que participava da instrução de processos relacionados ao controle preventivo de concentrações e, excepcionalmente, realizava representações sobre infrações à ordem econômica e podia atuar para auxílio na instrução destas representações; a SDE, também pertencente ao Ministério da Justiça, que operava na instrução dos processos administrativos preventivos e sancionadores, bem como possuía competência para celebrar acordos administrativos; e o Cade, que foi transformado em autarquia especial. A partir da Lei nº 12.529/2011, o SBDC passou a ser composto apenas pela Seae e pelo Cade, formado por um Tribunal Administrativo, Superintendência-Geral (SG) e Departamento de Estudos Econômicos (DEE). A SDE deixou de existir e suas competências foram incorporadas pela SG-Cade (Brasil, 2011). O papel da Seae, por sua vez, foi reduzido basicamente a atividades de prevenção geral e advocacia da concorrência (Marrara, 2015). Em 2018, a Seae foi extinta por meio do Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018, dando origem à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Sefel). De modo semelhante à SEAE, a Seprac era responsável pela advocacia da concorrência, bem como realizava o acompanhamento de mercados e análise de impacto regulatório de políticas públicas setoriais, coordenação de ações relativas à gestão de políticas de infraestrutura, e por propor e analisar medidas que aumentem a produtividade da economia brasileira (Estrutura [...], [2024?]). Mais recentemente, a partir do Decreto nº 11.344/2023, as funções anteriormente desempenhadas pela SEAE passam a ser exercidas pela Subsecretaria de Regulação e Concorrência, vinculada à Secretaria de Reformas Econômicas, por sua vez, vinculada ao Ministério da Fazenda (Holperin; Calil, 2023).

43 Como a maximização do bem-estar social, fomento da competitividade e redução de ineficiências produtivas e alocativas (Pinheiro; Saddi, 2005).



para cumprimento de outros objetivos juridicamente relevantes (Corradin, 2020).

O desafio contínuo de equilibrar políticas públicas voltadas para o avanço social com a necessidade de preservar uma economia de mercado saudável e competitiva (Matsumoto; Fontenelle, 2024) é ponto sensível também em relação ao *Open Finance*, já que as previsões normativas setoriais instituem, dentre outras medidas, o compartilhamento de informações financeiras, consideradas informações concorrencialmente sensíveis, entre os agentes participantes; a atuação conjunta das maiores instituições financeiras do país para desenvolvimento no desenvolvimento de tecnologias; e, ainda, possibilidade de parcerias entre instituições participantes e outras entidades, objetivando aumentar o escopo do compartilhamento de dados de cadastro e transacionais de clientes – situações que podem representar a facilitação de condutas colusivas entre agentes econômicos.⁴⁴

Nesse sentido, é preciso ressaltar a importância da função educativa da concorrência, ou *advocacy*, da autoridade antitruste⁴⁵, um dos principais objetivos da Lei nº 12.529/2011. O papel do Cade não será inovar, modificar ou criar regras diferentes das instituídas pela autoridade reguladora competente, mas sim estimular a ponderação e debate (Domingues; Gaban, 2024, p. 223-226), tendo em vista a necessidade de ponderação e sopesamento dos objetivos da política regulatória de modo proporcional com a defesa dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (Corradin, 2020).⁴⁶

No entanto, em caso de conflitos de competência irreconciliáveis entre o Cade e a autoridade reguladora – no caso, o Banco Central – a solução da controvérsia deverá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, conforme o princípio da unicidade da jurisdição (Corradin, 2020).⁴⁷

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos principais aspectos das normas regulatórias do Sistema Financeiro Aberto, compreendeu-se o formato específico da regulação criada no Brasil, que se trata de autorregulação regulada, indicando a presença de particularidades e desafios adicionais na articulação necessária para implementação do modelo, sobretudo porque a própria regulação se utiliza de tecnologias inovadoras como ferramenta.

⁴⁴ Como paralelo em relação a possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes do compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis, menciona-se a Nota Técnica nº 3/2024 (no Processo nº 08700.000251/2024-94), editada pelo DEE do Cade quanto à análise de política do Ministério do Trabalho e emprego para promoção de igualdade salarial entre mulheres e homens, que estabeleceu às empresas a divulgação obrigatória de dados relacionados à remuneração dos trabalhadores. Apesar da intenção de promoção de avanço sociais e efetivação de direitos, o DEE entendeu que a medida poderia favorecer a adoção de condutas anticompetitivas concertadas pelos agentes econômicos, como uniformização da atuação comercial ou mesmo a formação de cartéis, sendo sugerida a reavaliação das disposições relativas à publicação de dados salariais.

⁴⁵ Na definição de Ragazzo (2007, p. 2), é qualquer ação de promoção de concorrência – como a avaliação de marcos regulatórios e políticas públicas, iniciativas de capacitação de servidores, revisão de barreiras tarifárias etc. – que não esteja relacionada ao controle de atos de concentração (função preventiva) ou à repressão de condutas anticompetitivas (função repressiva) já mencionados, consideradas atividades de *enforcement*.

⁴⁶ A partir da análise de jurisprudência do Cade, Corradin (2020) constatou como possibilidades de atuação da autoridade em caso de conflito com normas regulatórias a possibilidade de oficiar a autoridade emissora da norma ou do ato para revisão do posicionamento, podendo, ainda, formular representação ao Ministério Público para anulação pelo Poder Judiciário. Além disso, pontuou a competência residual do Cade para atuação em eventuais lacunas legislativas ou inércia da autoridade reguladora.

⁴⁷ O próprio Cade já adotou esta posição em caso envolvendo conflito de competência com o BC para decisão em atos de concentração no setor bancário, previamente à assinatura do Memorando de Entendimentos entre as autoridades (decisão do Conselheiro Relator Celso Campilongo no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09).

Considerando que a regulação setorial não implica em isenção da aplicação das normas de defesa da concorrência ao setor regulado, foi constatada também a atuação concorrente e complementar das autoridades da concorrência – Cade – e regulatória – Banco Central – no SFN e, portanto, no Sistema Financeiro Aberto. Ainda, demonstrou-se a partir de casos concretos que, nos últimos anos, Cade e Banco Central já têm atuado de forma cooperativa e priorizando a concorrência e a inovação como objetivos da regulação setorial, em razão de seus benefícios ao bem-estar social.

O fato é que, em vista da dinamicidade, crescimento e constante digitalização do setor financeiro, que chega ao ápice a partir da implementação do *Open Finance*, o Cade irá se deparar com novos desafios envolvendo o tema, de modo que a própria autarquia já constatou que a resposta para endereçar essa complexidade será a atuação conjunta das instituições governamentais (Cade, 2019, p. 143; 2023, p. 181-183).

Como resultados, o artigo identificou alguns dos possíveis desdobramentos concorrenciais da implementação da regulação do Sistema Financeiro Aberto e sua interação com o Cade. Destacou-se a possibilidade de que atos de concentração referentes às iniciativas para desenvolvimento da tecnologia de compartilhamento definida na Resolução Conjunta nº 1/2020 (BC, 2020c); assim como a possibilidade de configuração de infração concorrencial o descumprimento de normas regulatórias quanto à vedação de criação de barreiras ao compartilhamento de dados pelos agentes participantes, conclusão já presente em caso enfrentado pelo Cade antes mesmo da regulação do modelo de abertura de dados. Para mais, a investigação de condutas anticompetitivas pelo Cade também foi identificada como ferramenta útil a auxiliar a identificação de questões concretas do mercado que merecem a atenção do regulador, como visto no caso da implementação da regulação do mercado de meios de pagamento pelo Banco Central.

Ainda, ante a possibilidade de conflitos decorrentes das disposições das normas regulatórias e concorrenciais – o que, no *Open Finance*, é sensível em razão da imposição de compartilhamento de dados bancários e determinação de atuação conjunta dos agentes econômicos para desenvolvimento das APIs – destacou-se a importância da função de advocacia da concorrência. Porém, nos casos em que o conflito de competências for irremediável, a controvérsia será solucionada no Poder Judiciário, com fulcro no princípio da proporcionalidade e sopesamento dos valores da livre concorrência e da livre iniciativa com os objetivos da regulação.

Apesar da constatação sobre a possibilidade de atuação complementar do Cade no Sistema Financeiro Aberto, em benefício da implementação do modelo, também é importante considerar o papel específico do Banco Central, na esfera da regulação setorial, para aperfeiçoar o modelo que se mostra até o momento tão promissor. O trabalho interinstitucional entre Cade e Banco Central é medida essencial para garantir a segurança jurídica aos agentes econômicos para exercício pleno de suas atividades e manutenção da inovação no setor.

REFERÊNCIAS

AGENDA BC#. **Banco Central do Brasil**, Brasília, [2024]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yyz6ebda>. Acesso em: 23 maio 2024.

ATOS Normativos. **Open Finance**, [s. l.], 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/ysdumuus>. Acesso em: 24 maio 2024.



BANCO Central aprova com restrições a operação entre Itaú Unibanco e XP. **Banco Central do Brasil**, Brasília, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yvhurv85>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Comunicado nº 22.366, de 27 de abril de 2012**. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytgm73au>. Acesso em: 24 maio 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Acordo em Controle de Concentrações**. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv94xfqw>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Comunicado nº 33.455, de 24 de abril de 2019**. Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/y5xpshdh>. Acesso em: 10 maio 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Fintechs de crédito e bancos digitais**: Estudo Especial nº 89/2020. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2020a. Disponível em: <https://tinyurl.com/yxr56fq6>. Acesso em: 17 maio 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Relatório de Economia Bancária**: 2017. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypo26sxx>. Acesso em: 29 maio 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Relatório de Economia Bancária**: 2020. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2020b. Disponível em: <https://tinyurl.com/yn74j42q>. Acesso em: 29 maio 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Relatório de Economia Bancária**: 2022. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2022a. Disponível em: <https://tinyurl.com/23c4ppbq>. Acesso em: 21 maio 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamento**. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/ykwwyzfv>. Acesso em: 11 ago. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020**. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2020c. Disponível em: <https://bit.ly/3eRv2s3>. Acesso em: 29 maio 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BC). **Resolução Conjunta nº 4, de 24 de março de 2022**. Altera a Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020, para dispor sobre o Open Finance. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2022b. Disponível em: <https://tinyurl.com/ys3j34cg>. Acesso em: 29 maio 2024.

BC LANÇA o Open Finance: uma evolução do Open Banking. **Banco Central do Brasil**, Brasília, 24 mar. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/ylfkkqlq>. Acesso em: 21 maio 2024.

BRASESCO firma acordo com Cade em investigação de prática anticompetitiva contra GuiaBolso. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 7 out. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ywwanqsu>. Acesso em: 18 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 13 ago. 2024.

CADE autoriza, com condições, participação do Itaú no capital da XP. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 31 out. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yn7v3uh6>. Acesso em: 15 ago. 2024.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). **Retail banking market investigation**: Final report. Londres: CMA, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2WeHDdj>. Acesso em: 29 maio 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Cadernos do Cade: Mercado de Bancos e Seguradoras**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypk5ta6m>. Acesso em: 29 abr. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Cadernos do Cade: Mercado de Instrumentos de Pagamento**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2x6sd3u4>. Acesso em: 18 ago. 2024.

CORRADIN, Victoria Malta. Processo de controle preventivo e repressivo de operações nos setores regulados: complementaridade e limite da atuação do Cade junto às agências reguladoras. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 1, p. 517–538, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ynso4vqd>. Acesso em: 15 jun. 2024.

DEFANTI, Francisco. Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 149-181, jul./set. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yq5ca2s>. Acesso em: 26 maio 2024.

DELL'ARICCIA, Giovanni; FRIEDMAN, Ezra; MARQUEZ, Robert. Adverse Selection as a Barrier to Entry in the Banking Industry. **The RAND Journal of Economics**, [s. l.] v. 30, n. 3, p. 515–534, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2556061>. Acesso em: 29 maio 2024.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste**. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553623006.

ESTRUTURA organizacional da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – Seprac. **Ministério da Fazenda**, Brasília, [2024?]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yqe4jrtn>. Acesso em: 29 maio 2024.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas Digitais e o Negócio de Dados: Necessário Diálogo entre o Direito da Concorrência e a Regulação dos Dados. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 93, 2020, p. 58-81. Disponível em: <https://tinyurl.com/24nj7k29>. Acesso em: 29 maio 2024.

GOETTENAUER, Carlos. Implementação do Sistema Financeiro Aberto brasileiro e regulação por incentivos: estudo sobre a estratégia regulatória de Open Banking no Brasil. **Journal of Law and Regulation**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 118–135, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/27hagxx2>. Acesso em: 26 maio 2024.

GUIMARÃES, Olavo. Concorrência bancária e o Open Banking no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 125-147, 2021. DOI: 10.52896/rdc.v9i1.709. Disponível em: <https://tinyurl.com/ysq8ao3z>. Acesso em: 14 maio 2023.

HOLPERIN, Michelle; CALIL, Ana Luíza. A descoordenação regulatória nas primeiras semanas do novo governo. **Jota**, São Paulo, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yphbdju>. Acesso em: 24 jun. 2024.

KIRA, Beatriz. A Defesa da Concorrência Na Era Digital: Desafios Práticos E Teóricos Em Face Das Plataformas De Internet. **Revista Direito e as Novas Tecnologias - RDTEC**, [s. l.], v. 2, n. 2, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3679451>. Acesso em: 29 maio 2024.

MARRARA, Thiago. Infração Contra a Ordem Econômica: Parâmetros para Superação da Insegurança Jurídica no Direito Administrativo da Concorrência. **GenJurídico**, [s. l.], 13 set. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/22uar5gq>. Acesso em: 12 abr. 2024.



MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

MATSUMOTO, Jorge; FONTENELLE, Christiana. O Cade e a Lei de Igualdade Salarial: Entre a transparência e a concorrência. **Jota**, São Paulo, 26 mar. 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xjc5b32>. Acesso em: 29 maio 2024.

MELO, Lígia Tomás de; NASARET, Matheus Mendes. Open Banking e Direito da Concorrência: Uma análise dos impactos da implementação do Sistema Financeiro Aberto sobre as preocupações do CADE em relação ao setor financeiro brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 1, p. 491–520, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2agvm8r2>. Acesso em: 17 maio 2024.

OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. Desafios da regulação do digital e da inteligência artificial no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 135, p. 137-162, 2022. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.i135p137-162. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xcq8zkw>. Acesso em: 29 maio 2024.

OPEN Finance. **Banco Central do Brasil**, Brasília, [2024]. Disponível em: <https://tinyurl.com/26j3k6t5>. Acesso em: 29 maio 2024.

PARAVELA, Tatyana Chiari; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Open Banking: a implementação do sistema financeiro aberto no Brasil na perspectiva do consumidor. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 81-91, 2021. DOI: <https://doi.org/10.58766/rpgbcb.v15i2.1133>. Disponível em: <https://tinyurl.com/23rd7und>. Acesso em: 29 maio 2024.

PICPAY integra ferramentas do GuiaBolso e vai encerrar o app. **PicPay**, São Paulo, 27 out. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2x4xm6nt>. Acesso em: 16 maio 2024.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Análise econômica da regulação**: o papel da advocacia da concorrência. Berkley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. (Latin American and Caribbean Law and Economics Association). Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/6k0688wp>. Acesso em: 30 maio 2024.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. O open banking como estratégia regulatória voltada à promoção da concorrência no mercado bancário: a experiência do Reino Unido e o caso brasileiro. In: ZINGALES, Nicolo; AZEVEDO, Paula Farani de (org.). **A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais**: desafios e propostas. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. p. 357-388.

RAGAZZO, Carlos; TOLENTINO, Morgana; CATALDO, Bruna. **Do Open Banking ao Open Finance**: entenda o sistema financeiro aberto. [S. l.]: Instituto Propague, 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4460772>. Acesso em: 30 abr. 2024.

RANGEL, Juliana Cabral Coelho. Estratégias regulatórias de incentivo à inovação, à competitividade e à inclusão financeira no contexto das iniciativas do open banking e do PIX. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 55, p. 87-111, jun. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ynz86vbk>. Acesso em: 10 jun. 2024.

SILVA, Glacus Bedeschi da Silveira e. **O open banking no Brasil, Reino Unido e Singapura**: uma análise da regulação das APIs sob a perspectiva do direito concorrencial regulatório. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2chrdjuu>. Acesso em: 25 maio 2024.

SISTEMA Financeiro Nacional (SFN). **Banco Central do Brasil**, Brasília, [2024]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yeq97aaw>. Acesso em: 29 maio 2024.

SOBRE a CVM. **Comissão de Valores Mobiliários**, Rio de Janeiro, 20 ago. 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/ym53amda>. Acesso em: 29 maio 2024.

standard on practice. **Antitrust Chronicle**, [s. l.], v. 1, p. 12-20, Apr. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ysw9vzhe>. Acesso em: 29 maio 2024.

STIGLITZ, Joseph E.; WEISS, Andrew. Credit rationing in markets with imperfect information. **The American Economic Review**, Pittsburgh, v. 71, n. 3, p. 393-410, 1981. Disponível em: <https://bit.ly/2W9TQ3u>. Acesso em: 17 jun. 2024.

TOLENTINO, Morgana; CATALDO, Bruna. Resultados preliminares do Open Finance Brasil: Uma análise descritiva do perfil de acesso ao ecossistema. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 320-342, maio/ago. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/yweypgaj>. Acesso em: 29 maio 2024.

WU, Tim. After consumer welfare, now what? The protection of competition *standard on practice*. **Antitrust Chronicle**, v. 1, Apr. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ysw9vzhe>. Acesso em: 29 maio 2024.

