

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE  
JUSTIÇA

**CARLOS ANDERSON DOS SANTOS FERREIRA**

**SOCIEDADE INFORMACIONAL E CRIPTOMOEDAS:** análise comparativa da atuação do  
Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na efetivação do  
Direito Antitruste no Brasil

São Luís  
2020

**CARLOS ANDERSON DOS SANTOS FERREIRA**

**SOCIEDADE INFORMACIONAL E CRIPTOMOEDAS: análise comparativa da atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na efetivação do Direito Antitruste no Brasil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Mônica Teresa Costa Sousa.

São Luís  
2020

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Ferreira, Carlos Anderson dos Santos.  
SOCIEDADE INFORMACIONAL E CRIPTOMOEDAS : análise comparativa da atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na efetivação do Direito Antitruste no país / Carlos Anderson dos Santos Ferreira. - 2020.  
141 p.

Orientador(a): Mônica Teresa Costa Sousa.  
Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso, Universidade Federal do Maranhão, SÃO LUÍS, 2020.

1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2. Criptomoedas. 3. Direito Antitruste. 4. Sociedade Informacional. 5. Superior Tribunal de Justiça. I. Sousa, Mônica Teresa Costa. II. Título.

**CARLOS ANDERSON DOS SANTOS FERREIRA**

**SOCIEDADE INFORMACIONAL E CRIPTOMOEDAS: análise comparativa da atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na efetivação do Direito Antitruste no Brasil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Mônica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão  
Orientadora

---

Prof. Dr. Paulo Sérgio Velten Pereira  
Examinador Interno / Universidade Federal do Maranhão

---

Prof. Dr. Leonardo Valles Bento  
Examinador Externo / Centro de Ensino Superior UNDB

---

Prof. Dr. Delmo Mattos da Silva  
Suplente / Universidade Federal do Maranhão

Dedico este trabalho à Aline Carvalho Morais  
Ferreira.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, porque dEle, por Ele e para Ele são todas as coisas. Seus planos de amor me conduzem em todas as horas, razão pela qual espero que as conclusões desta pesquisa sirvam para o engrandecimento de seu poderoso nome.

À minha família, especialmente Aline, Pérola e Benjamin, que foram compreensivos nos momentos de ausência, dando-me forças e incentivo para a conclusão de mais esta etapa, sempre juntos na caminhada, com cuidado, amor e atenção. Sem vocês eu não teria chegado até aqui. Foi por vocês que fiz e faço todos os sacrifícios necessários.

Aos meus pais Luiz Carlos e Selma, irmãos Karla e João, e minha sogra Rosa, que prestaram auxílio em todas as horas.

À minha orientadora, professora Mônica Teresa Costa Sousa, a quem dedico esta pesquisa. Não houve um dia em que precisei de sua ajuda que a senhora não tenha se disposto a me ajudar, estando aqui ou além-mar. Afora os ensinamentos científicos gentilmente transmitidos durante as aulas, levarei como exemplo de vida sua fineza no trato, a preocupação com o próximo, o rigor técnico no trabalho e a dedicação para a docência.

Aos meus mentores Silvio e Alessandra Machado, pelo ensinamento sobre a importância dos sete montes, e pelo incentivo neste projeto acadêmico como fruto da capacitação que vem do Alto.

Aos meus amigos queridos, Mauro Moreira e Thaís Viégas. Mais do que amigos, são irmãos que escolhi para a vida. Agradeço a Deus por tê-los nessa caminhada de mais de dez anos.

Aos colegas professores e alunos do Centro Universitário UNDB, especialmente Arnaldo, Ruan, Maíra, Diego e Heliane, pela gentil acolhida e pelas sempre profícuas ideias para o aperfeiçoamento da docência.

Ao grupo de pesquisa EPII – Estudos em Propriedade Intelectual e Inovação, especialmente à amiga Heloísa Medeiros, a quem sou profundamente grato pelo enriquecimento desta pesquisa com sugestões para a definição do marco teórico e da bibliografia de auxílio.

Aos colegas do PPGDir, Sahid, Natália Calderoni, Elenn Félix e Mylla Sampaio. Foram muitas aventuras, mas chegamos ao final.

A todos do Gabinete do Desembargador Paulo Velten do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, colegas de árduas batalhas no desafio de prestar a jurisdição, serviço público que é, com qualidade, retidão e eficiência.

“A percepção do desconhecido é a mais fascinante das experiências. O homem que não tem os olhos abertos para o misterioso passará pela vida sem ver nada”.

Albert Einsten

## RESUMO

O desenvolvimento de novas tecnologias no âmbito da sociedade informacional permitiu o surgimento de atividades econômicas que promovem rompimento de paradigmas, como, por exemplo, os novos tipos de ativos financeiros denominados de criptomoedas. Nada obstante o pouco tempo de sua existência, as transações comerciais com o uso de criptomoedas estão experimentando crescimento exponencial no Brasil, superando o volume de negócios realizados na Bolsa de Valores no último ano. A natureza disruptiva da tecnologia, a velocidade de incremento das atividades comerciais e a inexigibilidade de uma autoridade central para o controle das operações têm despertado a preocupação das instituições financeiras nacionais, especialmente dos principais bancos brasileiros de varejo, os quais têm sofrido os maiores impactos de mercado a partir da competição promovida pela entrada das corretoras de criptomoedas no setor de investimentos privados, circunstância que motivou o encerramento unilateral das contas bancárias dessas corretoras. Diante deste panorama, o objetivo geral desta pesquisa é avaliar comparativamente a atuação do STJ e do CADE para a efetivação do Direito Antitruste no país, tomando-se como parâmetro o caso envolvendo o encerramento unilateral das contas bancárias das corretoras de criptomoedas. Com apoio no referencial teórico de Manuel Castells, estudam-se as principais características da sociedade informacional, bem como sua importância para o desenvolvimento das criptomoedas e de suas utilidades para a economia. Após, com base nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, assim como da ideia de contrato como roupagem jurídica de operações econômicas, promove-se análise qualitativa das decisões proferidas pelo STJ e CADE a partir das disposições previstas na Lei 12.529/2011, com especial enfoque para a previsão normativa dos atos que constituem infração à ordem econômica. Conclui-se que as decisões analisadas não contribuem para a efetivação do Direito Antitruste no Brasil, na medida em que deixaram de considerar como abusiva a prática dos bancos de promover o encerramento unilateral das contas bancárias das corretoras, aumentando os custos de transação mediante a criação de barreiras artificiais para a entrada de concorrentes potenciais em mercado relevante. Para tal estudo, emprega-se método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Criptomoedas. Direito Antitruste. Sociedade Informacional. Superior Tribunal de Justiça.



## ABSTRACT

The development of new technologies within the scope of the information society has allowed for the emergence of economic activities that promote the breaking of paradigms, such as, for example, the new types of financial assets called cryptocurrencies. In spite of the short time of its existence, commercial transactions using cryptocurrencies are experiencing exponential growth in Brazil, exceeding the volume of business carried out on the Stock Exchange in the last year. The disruptive nature of technology, the speed at which commercial activities are increasing and the lack of a central authority to control operations have aroused the concern of national financial institutions, especially the main Brazilian retail banks, which have suffered the greatest impacts from market from the competition promoted by the entry of cryptocurrency brokers into the private investment market, a circumstance that motivated the unilateral closure of these brokers' bank accounts. In this scenario, the general objective of this research is to evaluate comparatively the performance of STJ and CADE for the enforcement of Antitrust Law in the country, taking as a reference the case involving the unilateral closure of cryptocurrency brokerage bank accounts. With support from the theoretical framework of Manuel Castells, the main characteristics of the information society are studied, as well as its importance for the development of cryptocurrencies and their uses for the economy. After, based on the constitutional principles of free initiative and free competition, as well as the idea of a contract as a legal guise of economic operations, a qualitative analysis of the decisions made by STJ and CADE is promoted based on the provisions provided for in Law 12.529/2011, with a special focus on the normative provision of acts that constitute an infraction of the economic order. It is concluded that the analyzed decisions do not contribute to the effectiveness of Antitrust Law in Brazil, as they no longer consider the practice of banks to promote the unilateral closure of bank accounts of brokers as abusive, increasing transaction costs by creating artificial barriers for potential competitors to enter the relevant market. This study has been carried out using the deductive approach, the monographic procedure and the bibliographic method of reserach.

**Keywords:** Administrative Council for Economic Defense. Cryptocurrencies. Antitrust Law. Information Society. Superior Justice Court.

## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1</b> – índice de liberdade econômica no Brasil .....	81
<b>Figura 2</b> - índice de liberdade de negócios no Brasil .....	82
<b>Figura 3</b> - índice de liberdade de investimentos no Brasil .....	82
<b>Figura 4</b> – mercado de serviços bancários. Participação total de ativos divulgado pelo Banco Central do Brasil .....	108
<b>Figura 5</b> – número de clientes de serviços bancários .....	108

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1</b> – depósitos à vista. Conglomerados financeiros e instituições independentes .....	109
<b>Tabela 2</b> – evolução das participações de mercado com base em depósitos à vista .....	109

## LISTA DE ABREVIATURAS

ABCB	Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain
art.	artigo
arts.	artigos
BACEN	Banco Central
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNAE	Cadastro Nacional de Atividades Empresariais
CPC	Código de Processo Civil
FMI	Fundo Monetário Internacional
Min.	Ministro
Min <sup>a</sup> .	Ministra
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
PCLD	Prevenção de crimes de lavagem de dinheiro
pp.	páginas
PL	Projeto de lei
RFB	Receita Federal do Brasil
Séc.	século
SG	Secretaria GERAL
ss.	seguintes
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TICS	Tecnologias de comunicação e informação

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>2</b>	<b>SOCIEDADE INFORMACIONAL E CRIPTOMOEDAS</b> .....	19
2.1	A SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMAS: em direção a uma nova revolução científica .....	19
2.2	A TERCEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL: protagonismo das tecnologias de comunicação e informação .....	22
2.3	A SOCIEDADE INFORMACIONAL: características, implicações e rupturas ..	26
2.4	BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS: o dinheiro em tempos de criptografia ...	30
2.4.1	A estrutura <i>Blockchain</i> .....	36
2.4.2	As criptomoedas em espécie e suas utilidades econômicas .....	43
2.4.3	Perspectivas de sua regulação no direito estrangeiro e nacional .....	53
<b>3</b>	<b>O DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL: princípios, escopos e sua importância para o desenvolvimento</b> .....	57
3.1	A ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA NO BRASIL .....	58
3.1.1	O princípio da livre iniciativa .....	62
3.1.2	O princípio da livre concorrência .....	66
3.2	DIREITO ANTITRUSTE: conceito, fundamentos e principais escopos .....	69
3.2.1	As Escolas do Direito Antitruste: diálogos necessários para a compreensão da disciplina .....	72
3.2.2	Os escopos do Direito Antitruste .....	77
3.3	O DIREITO ANTITRUSTE NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ..	82
<b>4</b>	<b>ANÁLISE COMPARATIVA DA ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA: um estudo de caso sobre o encerramento de conta bancária de corretoras de criptomoedas por iniciativa unilateral da instituição financeira</b> .....	89
4.1	PERCURSO METODOLÓGICO .....	89
4.2	DE SÃO PAULO PARA BRASÍLIA: o caso perante o Judiciário .....	90
4.2.1	Primeira análise: o Superior Tribunal de Justiça acertou ao concluir que não houve abuso do direito na conduta do Itaú Unibanco? .....	93
4.2.2	Segunda análise: o contrato como roupagem jurídica de uma operação econômica .....	100

4.3	DE BRASÍLIA PARA O BRASIL: o caso perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica .....	109
4.3.1	Primeira análise: o mercado relevante de serviços bancários e o exercício abusivo de posição dominante no encerramento unilateral de contas de depósito .....	112
4.3.2	Segunda análise: a recusa de contratar como restrição vertical .....	117
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>123</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>139</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo da História, a humanidade experimentou algumas mudanças de paradigmas tecnológicos que moldaram o tipo de sociedade a partir da ruptura nas relações sociais e econômicas, promovendo o fenômeno da revolução que é marcado por sua natureza não cumulativa, de verdadeira mudança de parâmetros mínimos de resolução de problemas. Em meados do séc. XX, com o surgimento do microprocessador e da internet, iniciou-se mais uma mudança de paradigma, denominada de Terceira Revolução Industrial, cuja característica marcante é a intensa imbricação entre sociedade, tecnologia e informação como fruto da velocidade com que as novas tecnologias de informação e comunicação impactaram as mais diversas atividades de produção e circulação de bens e serviços.

Emergiu desse fenômeno a chamada sociedade informacional, organizada em torno da internet de maneira a tornar o ambiente virtual uma dimensão essencial da realidade contemporânea, com especial destaque para as tecnologias de processamento de informação e comunicação como instrumentos da geração de conhecimento. A informação tornou-se produto do processo econômico, sendo dotada de pervasividade e flexibilidade, além de exercer influência em muitas organizações sociais através da lógica de redes distribuídas e compartilhadas, nas quais a hierarquia perde espaço para um arranjo descentralizado e distribuído de poder.

O poder lateral está impondo a releitura de significados tradicionais do Direito, da propriedade aos contratos, da emissão de moeda aos meios de pagamento, enfim, está promovendo disrupção através do uso da tecnologia. Esse movimento culminou, em 2008, com a criação de uma tecnologia baseada em linguagem criptografada com a finalidade de permitir a transferência de valores entre pessoas sem a necessidade de chancela de uma autoridade central e sem o risco de gasto duplo, a *Blockchain*. É a partir desta estrutura computacional que os programadores passaram a emitir criptomoedas que possuem valor de ativo monetário no mercado mundial, sendo utilizadas como meio de pagamento para a formalização de negócios jurídicos de compra e venda ou, simplesmente, para a realização de transferência de valores. Dentre as mais diversas espécies atualmente existentes, a de maior destaque é o *Bitcoin*.

Tendo como referência a teoria catalática da moeda, de origem austríaca, sabe-se que dinheiro é o meio de troca geralmente aceito por uma determinada comunidade, ainda que sua emissão não derive da atividade do Estado. Noutras palavras, os fenômenos monetários derivam de trocas de mercado, pois o dinheiro surge do comércio entre pessoas e passa a

gozar de poder de compra em virtude da lei da oferta e da procura. Por essa razão, a teoria econômica passou a admitir a desestatização do dinheiro, como resposta às diversas crises inflacionárias provocadas pela gestão temerária, pelo Estado, da prerrogativa de emissão de moeda de curso forçado.

Embora as criptomoedas não possuam regulamentação oficial no Brasil, dados oficiais revelam que o volume de negócios com sua utilização no último ano superou o montante de transações realizadas na Bolsa de Valores do país, circunstância que despertou a atenção das instituições bancárias de varejo para o crescimento do mercado de criptomoedas e para a concorrência que passou a existir entre os produtos e serviços bancários e aqueles prestados por sociedades empresárias que atuam exclusivamente na comercialização de ativos criptografados, chamadas de corretoras ou *exchanges*. A medida adotada pelo Banco do Brasil, Banco Itaú, Bradesco e Santander foi promover o encerramento unilateral das contas de depósito das corretoras de criptomoedas, fato que foi questionado perante o Poder Judiciário, com última decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, no âmbito administrativo.

Nesse contexto, esta pesquisa detém-se sobre o tema da concorrência envolvendo tecnologias disruptivas como as criptomoedas, buscando responder o seguinte problema: em tempos de sociedade informacional, as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica contribuíram para a efetivação do Direito Antitruste no país?

A hipótese que se apresenta, por ora, como resposta para o problema suscitado é a de que a atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica não contribuíram para a efetivação do Direito Antitruste no país, na medida em que essas instituições do Sistema de Justiça deixaram de observar que o tratamento adequado da controvérsia sobre o encerramento unilateral de conta bancária das *exchanges* não se limitava à simples discussão acerca do abuso do direito, exigindo, na verdade, a aplicação dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, de estatura constitucional, e das regras previstas na Lei nº 12.529/2011 que, ao instituir o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, coíbe a prática de infrações à ordem econômica brasileira, dentre as quais o exercício abusivo de posição dominante em mercado relevante e a recusa de contratar.

O objetivo geral desta pesquisa é avaliar comparativamente, com base em estudo de caso acerca do encerramento unilateral de contas bancárias de corretoras de criptomoedas, a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo para a efetivação do



Direito Antitruste no país. Para cumprir esse desiderato, elencam-se os seguintes objetivos específicos: a) compreender a mudança de paradigma tecnológico que resultou na sociedade informacional, a qual constitui o ambiente propício para o surgimento da *Blockchain* e das criptomoedas, verificando, ainda, suas características e potencialidades; b) examinar os fundamentos do Direito Antitruste com apoio nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, destacando seus escopos e fundamentos, bem como sua importância para o conceito de desenvolvimento como liberdade mediante a expansão das capacidades; e c) analisar comparativamente os fundamentos utilizados nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sobre o caso objeto de estudo, a fim de avaliar com apoio na teoria econômica do contrato e nas regras legais sobre concorrência se a atuação dessas instituições contribuiu para a efetivação do Direito Antitruste no país, sobretudo, quando se trata de tecnologias que são fruto de mudança de paradigmas.

Utilizando-se do tipo de pesquisa qualitativa, de natureza exploratória-descritiva quanto a seus objetivos, com abordagem dedutiva, sob procedimento bibliográfico e documental, optou-se pelo método de estudo de caso e pela adoção do referencial metodológico da arqueologia do saber de Michel Foucault, pois a descoberta das reais motivações que ensejaram o comportamento das instituições bancárias exigiu do pesquisador o aprofundamento nos detalhes das manifestações das partes nos processos e dos fundamentos das decisões judicial e administrativa proferidas.

O material analisado diz respeito aos documentos produzidos no processo judicial promovido pela corretora Mercado Bitcoin em face do Banco Itaú, que iniciou na justiça de 1º grau do Estado de São Paulo e encerrou perante o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.696.214/SP. O outro material analisado relaciona-se ao Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95 que tramitou perante a Secretaria-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, originado de representação formulada pela Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain contra os bancos mencionados. Em ambos os processos as partes tiveram ampla liberdade de manifestação, deduzindo os argumentos justificadores de seu comportamento no caso do encerramento unilateral de contas bancárias das principais *exchanges* do país.

O primeiro capítulo descortina o cenário de revolução científica promovido pela ruptura de paradigmas, tal como propugnado por Thomas Kuhn. Após, identificam-se as características da sociedade informacional com apoio na obra de Manuel Castells, segundo a qual a relação entre sociedade e novas tecnologias de informação e comunicação promove profundas transformações nas organizações, cuja velocidade se potencializou com a criação

da internet, dando início à Terceira Revolução Industrial. Nesse panorama científico, surgem iniciativas baseadas em criptografia que deram origem à estrutura da *Blockchain* e das criptomoedas, ativos financeiros de exponencial aceitação em transações comerciais em boa parte do mundo. Por fim, o capítulo analisa a possibilidade de se admitir que as criptomoedas devem ser consideradas dinheiro, destacando sua natureza jurídica em diversos países, assim como a inexistência de regulação oficial no país.

O segundo capítulo possui maior natureza dogmática, na medida em que se dedica a analisar a ordem constitucional econômica brasileira, dando enfoque aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência como parâmetros adequados para o julgamento de controvérsias envolvendo negócios que ainda não possuem regulação oficial no ordenamento jurídico brasileiro, vez que esses princípios asseguram não apenas o ingresso no mercado, mas também a permanência em um ambiente de concorrência praticável. Demais disso, busca-se demonstrar a importância de tratar o tema objeto do estudo de caso com a utilização dos conceitos, escopos e fundamentos do Direito Antitruste, partindo da compreensão das diversas escolas que tratam historicamente da matéria, para, então, demonstrar que a tutela concorrencial deve ser utilizada como importante instrumento de promoção do desenvolvimento como liberdade. Entende-se que as novas tecnologias são capazes de expandir as capacidades dos agentes econômicos, razão pela qual o Estado não pode ser refratário a negócios baseados nessa nova realidade, sob pena de retardar indevidamente o incremento de atividades comerciais e o desenvolvimento do país.

O terceiro capítulo da pesquisa propõe-se a demonstrar os principais detalhes do caso envolvendo o encerramento unilateral de contas bancárias de corretoras de criptomoedas, que foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial nº. 1.696.214/SP e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Inquérito Administrativo nº. 08700.003599/2018-95. Este capítulo organiza-se em duas partes principais: na primeira são analisados os fundamentos utilizados pelo Poder Judiciário para considerar que não houve abuso de direito no ato das instituições bancárias, assim se realiza uma crítica acerca do desprezo à ideia de contrato como roupagem jurídica de uma operação econômica; na segunda parte do capítulo, avaliam-se os detalhes da controvérsia perante o CADE a partir do regime legal previsto na Lei 12.529/2011, que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, vedando as práticas de exercício abusivo de posição dominante e de recusa de contratar.

A pesquisa assinala que, com apoio no referencial dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência e nas disposições legais que vedam a prática de abuso

de posição dominante e de recusa de contratar, é possível concluir que a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica não contribuiu para a efetivação do Direito Antitruste no país. Por esse motivo, e a título de considerações finais, sugere-se a reflexão acerca de três proposições que devem nortear o tratamento das criptomoedas: a importância das instituições na promoção do desenvolvimento; a urgência quanto à edição de norma jurídica sobre as criptomoedas; e a utilização da concorrência como parâmetro de regulação geral enquanto não for editada regulação normativa específica sobre a matéria.

## 2 SOCIEDADE INFORMACIONAL E CRIPTOMOEDAS

Desde a segunda metade do século XX, observa-se crescimento exponencial das tecnologias de informação e de suas utilidades nos mais diversos aspectos da sociedade. Para além da facilitação das comunicações e redução das distâncias, as novas tecnologias constituem base para o desenvolvimento de negócios inovadores com repercussão econômica e jurídica e, por isso, reclamam adequada compreensão do fenômeno para que se assegure um ambiente propício à liberdade de iniciativa e à disputa de mercado através da concorrência.

Como ponto de partida, revela-se indispensável compreender a mudança paradigmática que está em curso na ciência, de modo que seja possível entender as características fundamentais do atual modelo econômico que permitiu a criação de novos tipos de moedas com base em linguagem computacional criptografada, as quais experimentam crescente valor de mercado.

Estabelecidas essas premissas na primeira metade deste capítulo, a segunda parte cuidará da análise da *Blockchain* e da criação das criptomoedas dela decorrentes, esmiuçando a estrutura tecnológica, a natureza jurídica e a possibilidade de regulação desse ativo financeiro pelo ordenamento jurídico estrangeiro e nacional, levando em consideração a teoria monetária da Escola Austríaca de economia.

### 2.1 A SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMAS: em direção a uma nova revolução científica

O curso temporal da história costuma identificar o modelo da sociedade a partir da criação de tecnologias<sup>1</sup>, razão pela qual “as invenções da roda, do fogo, das técnicas agrícolas, da imprensa, da máquina a vapor, da eletricidade, dentro outros, produziram, em seu tempo, profundas transformações” no seio social (MEDEIROS, 2019, p. 27). Desse modo, quando novas tecnologias surgem e conseguem promover rupturas nas relações sociais e econômicas, observado o necessário período de amadurecimento e consolidação, diz-se que se está diante de um novo paradigma (KUHN, 2018) advindo do fenômeno da revolução<sup>2</sup>.

A história da Ciência reconhece a existência de duas revoluções industriais, que também tiveram certo matiz tecnológico. A primeira, datada do início do século XVIII, em

---

1 No presente trabalho, adota-se o conceito elaborado por Castells (2019, p. 87) segundo o qual tecnologia é “o uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazer as coisas de uma maneira reproduzível”.

2 Em crítica ao termo revolução, Wachowicz (2008, p. 293) aduz que “o conceito de revolução tecnológica traz uma dificuldade de clareza e precisão em sua intenção e sua extensão pelas variações ao longo do tempo e do espaço, que decorre também da não-uniformidade de definições conceituais e operacionais por parte de teóricos”.

que houve o surgimento da máquina a vapor, da fiadeira e, em especial, a substituição das ferramentas manuais pelas máquinas; a segunda, por sua vez, ambientada no século XIX, experimentou o desenvolvimento da eletricidade, do motor de combustão interna e o aparecimento das primeiras tecnologias de comunicação, como o telégrafo e o telefone (CASTELLS, 2019 p. 71).

Não há dúvidas, no entanto, que desde a segunda metade do século XX o mundo não vive mais o mesmo paradigma tecnológico, pois a realidade contemporânea experimenta intensa imbricação entre sociedade, tecnologia e informação como fruto da velocidade com que as novas tecnologias de informação e comunicação<sup>3</sup> passaram a promover impactos na produção, circulação e consumo de bens e serviços, assim como na relação capital e trabalho (MEDEIROS, 2019, p. 27). Noutras palavras, a revolução promovida pelas tecnologias da informação remodelou “a base material da sociedade em ritmo acelerado. Economias por todo o mundo passaram a manter interdependência global, apresentando uma nova forma de relação entre a economia, o Estado e a sociedade em um sistema de geometria variável” (CASTELLS, 2019, p. 61).

Quando se utiliza a expressão revolução, remete-se à mudança de paradigma, assim entendido como um “modelo ou padrão aceito”, na concepção de Kuhn (2018). Em sua concepção sociológica, paradigma é uma matriz disciplinar, teoria, representada pelo conjunto de crenças e valores usualmente utilizados por uma comunidade científica; por outro lado, na acepção de natureza exemplar, paradigma constitui modelo concreto, exemplos compartilhados<sup>4</sup> aptos a solucionarem quebra-cabeças da ciência normal<sup>5</sup> (KUHN, 2018, pp. 280 e 296), daí porque as pesquisas que compartilham o mesmo paradigma comprometem-se com as mesmas regras e padrões científicos, os quais constituem “pré-requisito para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa determinada” (KUHN, 2018, p. 72).

---

3 Para Castells (2019, p. 87), são consideradas novas tecnologias de informação e comunicação (TICS) “o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicação / radiodifusão, e optoeletrônica, incluindo a engenharia genética”. Além disso, tem a internet como “o mais revolucionário meio tecnológico da Era da Informação”.

4 Vasconcellos (2008, p. 38) esclarece que “toda teoria tem, subjacente à sua elaboração, pressupostos que nem sempre são explicitados em sua formulação. Então, Kuhn ressalta que toda matriz disciplinar, ou teoria, inclui, entre seus elementos, compromissos dos cientistas com crenças sobre o mundo, que fundamentam os modelos e fornecem analogias e metáforas. E inclui também compromissos com valores que, sendo amplamente partilhados por diferentes comunidades de cientistas, lhes proporcionam sentido de pertencerem a uma comunidade global”.

5 Para Kuhn (2018, p. 71), “ciência normal significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior”.

Desse modo, com a utilização do paradigma a ciência normal destina-se à resolução de quebra-cabeças, de problemas previamente antecipados e rotulados pela comunidade científica como relevantes, pois “para ser classificado como quebra-cabeça, não basta um problema possuir uma solução assegurada. Ele deve obedecer a regras que limitam tanto a natureza das soluções aceitáveis como os passos necessários para obtê-las” (KUHN, 2018, pp. 106 e 108).

Esse movimento de desenvolvimento da ciência, nada obstante sua natureza eminentemente cumulativa e aversa à novidade<sup>6</sup>, depara-se periodicamente com a descoberta de novos fenômenos pela pesquisa científica, desafiando as respostas dadas pelo paradigma até então vigente. Nesse momento ocorre a consciência da anomalia, “o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal”. Após isso, ou a pesquisa científica passa a explorar o novo fenômeno de modo a ajustá-lo ao paradigma, ou a anomalia gerará uma crise que, por sua vez, conduzirá à mudança de paradigma que afetará profundamente o conhecimento existente (KUHN, 2018, pp. 128 e 143).

A crise é resultado de uma insegurança profissional pronunciada, que decorre da destruição em larga escala de paradigmas, alterações nos problemas técnicos e incapacidade da ciência normal em produzir os resultados esperados na solução dos quebra-cabeças (KUHN, 2018, p. 147). Chega-se, então, à constatação da necessidade de transição de paradigma, caracterizada por uma ruptura, pela “reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma anterior, bem como muito de seus métodos e aplicações” (KUHN, 2018, p. 169).

É essa transição de paradigma que constitui a essência de uma revolução científica<sup>7</sup>, marcada por sua natureza não cumulativa, de verdadeira mudança de parâmetros mínimos de resolução de problemas, das bases fundantes do pensamento científico-

---

6 De acordo com Kuhn (2018, p. 89), “a ciência normal não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno; na verdade, aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma frequentemente nem são vistos. Os cientistas também não estão constantemente procurando inventar novas teorias; frequentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros. Em vez disso, a pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma”.

7 Numa revolução, “os paradigmas não diferem somente por sua substância, pois visam não apenas à natureza, mas também à ciência que os produziu. Eles são fonte de métodos, áreas problemáticas e padrões de solução aceitos por qualquer época que considerarmos. Conseqüentemente, a recepção de um novo paradigma requer com frequência uma redefinição da ciência correspondente. Alguns problemas antigos podem ser transferidos para outra ciência ou declarados absolutamente ‘não científicos’. Outros problemas anteriormente tidos como triviais ou não existentes podem converter-se, com um novo paradigma, nos arquétipos das realizações científicas importantes” (KUHN, 2018, p. 191).

sistemático, na medida em que “a tradição científica normal que emerge de uma revolução científica é não apenas incompatível, mas muitas vezes verdadeiramente incomensurável com aquela que a precedeu” (KUHN, 2018, p. 191).

No âmbito da tecnologia, constata-se que, para muito além de uma simples reforma tecnológica, a partir da segunda metade do século XX o mundo tem experimentado uma verdadeira revolução promovida por um conjunto de tecnologias de informação que traz consigo transformações sociais e econômicas. Como ressaltado por Medeiros (2019, p. 47), “as mudanças provocadas pelo computador e pela internet, e todo conjunto de tecnologias desenvolvidas a partir dessas, são prova da substituição do paradigma eletrônico analógico para o eletrônico digital, característica suficiente para uma revolução tecnológica”, que rompe limites espaciais e temporais antes tidos como intransponíveis, promove iniciativas coletivas, colaborativas, e estabelece uma hierarquia horizontalizada em substituição à estrutura verticalizada e centralizadora do paradigma anterior.

A atual revolução tecnológica, portanto, ao desafiar o paradigma que permaneceu válido até o século XX, impôs uma mudança de rota à sociedade, cuja velocidade aumentou exponencialmente nas últimas décadas em virtude do surgimento da internet e dos impactos que ela causou nos arranjos sociais, econômicos e políticos. Por essa razão, passa-se a analisar os conceitos que caracterizam o momento atual, chamado de a Terceira Revolução Industrial.

## 2.2 A TERCEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL: protagonismo das tecnologias de comunicação e informação

Castells (2019, pp. 11 e 77) afirma que vivemos um período de transição entre diferentes modelos de sociedade, vez que “as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado”. Isso se tornou ainda mais problemático em virtude “da passagem dos meios de comunicação de massa tradicionais para um sistema de redes horizontais de comunicação organizadas em torno da internet e da comunicação sem fio”, estabelecendo uma “transformação cultural fundamental” que tornou a virtualidade<sup>8</sup> uma dimensão essencial da nossa realidade, integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade.

---

8 Segundo Lévy (2018, p. 78), “um mundo virtual, no sentido amplo, é um universo de possíveis, calculáveis a partir de um modelo digital. Ao interagir com o mundo virtual, os usuários o exploram e o atualizam simultaneamente. Quando as interações podem enriquecer ou modificar o modelo, o mundo virtual torna-se um

Tal como as revoluções que lhe precederam, a terceira revolução também é dotada de pervasividade, assim entendida como a “penetração em todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida” (CASTELLS, 2019, p. 88); no entanto, e aqui reside sua característica peculiar<sup>9</sup>, sua essência está nas tecnologias de processamento de informação e comunicação, especificamente em sua aplicação para a “geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso”, que tem seu potencial aumentado porque os usuários se apropriam das novas tecnologias e as redefinem<sup>10</sup>.

Se é verdade que as revoluções anteriores, calcadas em específicas matrizes energéticas<sup>11</sup>, difundiram-se por todo o sistema econômico e social a ponto de erigir paradigmas próprios, também é verdade que o surgimento do primeiro computador programável, do transistor e dos semicondutores, após a Segunda Guerra Mundial, constitui o marco tecnológico inicial desta atual revolução. Logo após, por volta de 1971, “o advento do microprocessador com a capacidade de incluir um computador em um chip pôs o mundo da eletrônica e, sem dúvida, o próprio mundo de pernas para o ar” (CASTELLS, 2019, p. 98).

O passo fundamental, todavia, somente seria dado com a criação da internet, como fruto de “uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural”, criando uma “rede que era capaz de comunicar seus nós sem usar centros de controle” (CASTELLS, 2019, pp. 100-101).

vetor de inteligência e criação coletivas. Computadores e redes de computadores surgem, então, como a infraestrutura física do novo universo informacional da virtualidade. Quanto mais se disseminam, quanto maior sua potência de cálculo, capacidade de memória e de transmissão, mais os mundos virtuais irão multiplicar-se em quantidade e desenvolver-se em variedade”.

<sup>9</sup> De acordo com Castells (2019, p. 88), “a tecnologia da informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade, aos combustíveis fósseis e até mesmo à energia nuclear, visto que a geração e a distribuição de energia foram o elemento principal na base da sociedade industrial”.

<sup>10</sup> “Usuários e criadores podem tornar-se a mesma coisa. Dessa forma, os usuários podem assumir o controle da tecnologia como no caso da internet. [...] Pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo. Assim, computadores, sistemas de comunicação, decodificação e programação genética são todos amplificadores e extensões da mente humana. O que pensamos e como pensamos é expresso em bens, serviços, produção material e intelectual, sejam alimentos, moradia, sistemas de transporte e comunicação, mísseis, saúde, educação ou imagens” (CASTELLS, 2019, p. 89).

<sup>11</sup> Medeiros (2019, p. 48), afirma que “a primeira revolução registra o uso do carvão como fonte de energia, criando a máquina a vapor, o que provocou revoluções no transporte (locomotivas) e na indústria (têxtil). A segunda revolução foi marcada pelo uso da energia elétrica na transformação de todos os setores da vida, principalmente o aceleração da produção industrial, permitindo ainda a criação de tecnologias mais hábeis de comunicação como o telégrafo e o telefone”.



O novo modelo tecnológico atingiu incomparável crescimento no final do século XX, quando o poder de computação passou a ser distribuído numa rede montada ao redor de servidores da *web* que usam os mesmos protocolos, contudo, em uma estrutura descentralizada, compartimentada e distribuída. É a chamada lógica do funcionamento de redes, cujo símbolo maior é a própria internet que tece seu modelo estrutural/organizacional e o replica a diferentes arranjos, desde econômicos, administrativos, políticos e até sociais (CASTELLS, 2019, p. 107).

Essa terceira revolução, no entanto, ainda não está completa, pois lhe falta uma matriz energética própria que, conforme Rifkin (2012, p. 129), “define a natureza das civilizações – como elas são organizadas, como os frutos do comércio e transações comerciais são distribuídos, como o poder político é exercido e as relações sociais são conduzidas”.

Como ressalta o autor, apesar dos inegáveis avanços propiciados pela internet, ela por si só não é capaz de sustentar por completo uma revolução industrial nos moldes das antecedentes. Para que isso ocorra, é indispensável que as novas tecnologias convirjam com um novo regime energético<sup>12</sup>, pois novas formas de comunicação são apenas “o mecanismo que comanda o fluxo de atividades possibilitadas por novos sistemas de energia. É o estabelecimento de uma infraestrutura de comunicação-energia ao longo de décadas” que constrói uma curva de crescimento no longo prazo, em forma de sino<sup>13</sup>, para uma nova era econômica, que “elimina o tempo e reduz o espaço, conectando pessoas e mercados e promovendo relações econômicas mais diversificadas” (RIFKIN, 2012, pp. 42 e 56).

Dando enfoque às transformações na produção de energia, Rifkin (2012, p. 58) elenca os seguintes aspectos como sendo os cinco pilares da terceira revolução industrial: i) a mudança para energia renovável; ii) transformação do patrimônio imobiliário em microgeradores de energia a fim de permitir a coleta de energia renovável; iii) emprego de hidrogênio em construções para o armazenamento de energia intermitente; iv) uso da internet como ferramenta de uma rede de compartilhamento de energia; e v) transição da frota de transporte para veículos que utilizam combustível elétrico.

Nesse específico ponto, e sem embargo da importância da preocupação ambiental sobre o tema, concorda-se com a crítica de Medeiros (2019, p. 49) acerca dos mencionados

---

12 Essa nova matriz energética só pode ser de natureza renovável. Para Rifkin (2012, p. 59), “tornar-se uma economia que emita pouco carbono significa mudar da Segunda Revolução Industrial, que funciona com energias de combustível fóssil, para Terceira Revolução Industrial, movida por energia renováveis”.

13 De acordo com Rifkin (2012, p. 56), a curva possui forma de sino porque “ascende, atinge um pico, se estabiliza e descende, acompanhando a força do efeito multiplicador estabelecido pela matriz de energia-comunicações”.

pilares, pois a visão de Rifkin revela-se “utópica quanto ao futuro”, acreditando “numa revolução que irá transformar o período industrial a partir de tecnologias verdes e outras soluções sustentáveis que irão colaborar com a manutenção de um meio ambiente equilibrado”.

A essa altura do presente trabalho também se rechaça a expressão de Schwab (2016, p. 12), que denomina o atual momento histórico de Quarta Revolução Industrial, por entender que “as mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história da humanidade, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso”. Para o autor, a organização temporal das revoluções seria a seguinte: i) primeira revolução ocorrida entre 1760 e 1840, tendo sido provocada pela construção de ferrovias e invenção da máquina a vapor; ii) segunda revolução, iniciada no final do século XIX e passando até meados do século XX, caracterizada pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitando a produção em massa; iii) a terceira teria começado na década de 1960, e costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, na medida em que ficou marcada pelo desenvolvimento de semicondutores e pelos computadores; e, por fim, iv) a quarta revolução, iniciada na virada do século XXI, tendo como distinção a existência de “uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)”, além da interação entre “os domínios físicos, digitais e biológicos”.

Não há dúvidas de que a velocidade da nossa época é exponencial, e não linear, que em termos de amplitude e profundidade a revolução digital tem transformado inúmeros aspectos da sociedade e que os impactos sistêmicos, de fato, são inéditos (SCHWAB, 2016, p. 13). Contudo, esses aspectos não são suficientes para gerar um novo paradigma, pois “para uma anomalia originar uma crise, deve ser algo mais do que uma simples anomalia” (KUHN, 2018, p. 165), ou seja, deve provocar inadequações para a solução de quebra-cabeças, o que ainda não ocorreu.

Na verdade, essas características destacadas por Schwab nada mais são do que aprofundamentos da terceira revolução tecnológica, ou seja, descobertas da ciência obtidas pela conjugação de novas tecnologias, ainda que com exigência de adaptação ou evolução do paradigma científico em vigor. Como afirma Kuhn (2018, pp. 156 e 165), “nem os problemas nem os quebra-cabeças cedem ao primeiro ataque [...] sempre existem dificuldades em qualquer parte da adequação entre o paradigma e a natureza; a maioria, cedo ou tarde, acaba sendo resolvida frequentemente através de processos que não poderiam ter sido previstos”.

Em reforço, se é o próprio autor quem reconhece “que mais da metade da população mundial, 4 bilhões de pessoas, vive em países em desenvolvimento sem acesso à internet” (SCHWAB, 2016, p. 17), e que as revoluções tecnológicas demandam tempo para efetivamente se consolidarem, não há motivo para, a pretexto de criar uma nova nomenclatura<sup>14</sup>, chamar de quarta revolução o fenômeno que sequer se estendeu a boa parte da humanidade.

Desse modo, reafirma-se que o mundo contemporâneo vive a chamada terceira revolução industrial, na qual as tecnologias de comunicação e informação moldam os mais diversos aspectos da organização social, promovendo avanços e, às vezes, consolidando antigas rupturas de paradigmas passados, como, por exemplo, passando de uma tecnologia baseada principalmente em insumos baratos de energia para outro modelo que se assenta predominantemente em insumos baratos de informação, fenômeno que pode ser identificado como fruto do avanço da tecnologia em microeletrônica e telecomunicações (FREEMAN, 1988, p. 10).

Não basta, porém, a constatação de que se vive uma revolução tecnológica. Revela-se necessário analisar o tipo de sociedade que emergiu de tamanhas mudanças, destacando suas características principais e os impactos promovidos na organização social e na economia, dois aspectos fundamentais em toda e qualquer revolução. É o que se fará no tópico a seguir.

### 2.3 A SOCIEDADE INFORMACIONAL: características, implicações e rupturas

Mesmo ciente das dificuldades técnicas para uma nomenclatura adequada<sup>15</sup>, é possível adotar o padrão de Bell (1973, p. 10) para classificar o tipo de sociedade de cada período histórico. Para o autor, ainda é possível utilizar o padrão indústria para categorizar os

---

14 Como pondera Vieira Pinto (2005, p. 40), “não será de estranhar, portanto, observar, como traço monotonamente repetido, o maravilhamento dos contemporâneos com as grandes realizações da época, que lhe aparece extraordinária, ímpar, sem precedente em grandeza e pujança. Mas não nos esqueçamos que essa maneira de sentir limita-se sempre aos expoentes, aos grupos sociais dominantes, àqueles aproveitadores diretos dos benefícios que as criações científicas e técnicas da época propiciam”.

15 Merece destaque a observação de Medeiros (2019, p. 29) segundo a qual “as ciências procuram explicar a sociedade atual investigando o que lhe é regular e suas variações, mas o presente não é fácil de ser analisado. Interpretar a realidade é algo obscuro e, para tanto, é necessário exercer conjuntamente um pouco de prospecção do presente e de exame cauteloso sobre possibilidades do futuro. Sabe-se que qualquer análise do presente é limitada pelos pensamentos e idéias do período social em que se vive. É possível pensar, talvez, que ‘fatos sociais devem se tratados como coisas’, a partir do exterior. Tal lógica cartesiana, todavia, se encontra ultrapassada diante do reconhecimento, cada vez mais presente na ciência atual, da impossibilidade de um conhecimento objetivo do mundo, bem como da inexistência de uma verdade”.

modelos sociais em pré-industrial, industrial e pós-industrial. No primeiro período havia predomínio de atividades relacionadas ao extrativismo, com concentração populacional nos campos e uma baixa produtividade econômica; no segundo, em razão do surgimento das máquinas, operou-se pequena evolução educacional das massas de trabalhadores que eram empregados em atividades para a produção de bens explorados pela burguesia, até então detentora dos meios de produção e do capital. Por fim, a atual sociedade pós-industrial possui forte tendência à economia de serviços e ao trabalho técnico.

Ainda de acordo com Bell (1973, pp. 27-28), é a partir desse modelo pós-industrial que emerge a sociedade da informação, cujas dimensões podem ser assim agrupadas: i) a transformação de uma economia baseada na produção de bens para uma de serviços; ii) a ascensão de uma classe trabalhadora fundada no conhecimento técnico; iii) o conhecimento como propulsor de inovação; iv) a importância do controle e distribuição de tecnologia; e v) criação de uma nova tecnologia intelectual relacionada à tomada de decisões.

Como esclarece Medeiros (2019, p. 30), a base da sociedade informacional demonstrada por Bell reside justamente na sua relação com o conhecimento, na medida em que “o vínculo entre sociedade e conhecimento científico define seus sistemas de valores, e o que acontece na sociedade é a substituição de uma ordem natural por uma ordem técnica mais avançada do que a apresentada pela sociedade industrial”.

Sem desprezo à importância histórica da mencionada teoria<sup>16</sup>, julga-se mais adequada aos propósitos deste trabalho a construção teórica elaborada por Castells (2019, p. 84) de que atualmente se tem uma sociedade informacional, caracterizada por uma organização social “em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico”. Ao contrário do que pode parecer<sup>17</sup>, não se

---

16 A obra de Bell surge no contexto ideológico da Guerra Fria, daí porque deve “ser interpretada com prudência, tendo em vista que pode ser constituída de elementos voltados para suprir as necessidades político-históricas do momento em que foi criada”. [...] nada obstante, “parte do que foi diagnosticado pelos autores originários, como Daniel Bell, vem se solidificando na sociedade contemporânea e permeia os novos pensamentos do que se espera para o futuro” (MEDEIROS, 2019, p. 33).

17 Em adição, é interessante a observação de Castells (2019, p. 74): “No modo de desenvolvimento industrial, a principal fonte de produtividade reside na introdução de novas fontes de energia e na capacidade de descentralização do uso de energia ao longo dos processos produtivo e de circulação. No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. Na verdade, conhecimento e informação elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimento sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade. O processamento da informação é focalizado na melhoria da tecnologia do processamento da informação como fonte de produtividade, em um círculo virtuoso de interação entre as fontes

trata de uma sociedade da informação, assim entendida como aquela em que a informação se resumia a ser mera comunicação de conhecimentos; ao revés, a sociedade informacional deposita na informação algo além, a capacidade de ser fonte fundamental de produtividade e exercício do poder, sendo a “busca por conhecimentos e informação que caracteriza a função da produção tecnológica no informacionalismo” (CASTELLS, 2019, p. 74).

Os aspectos centrais da sociedade informacional são: i) informação como matéria-prima, ou seja, “tecnologias para agir sobre a informação”; ii) penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias em todos os processos da existência individual e coletiva; iii) a lógica de redes moldando os mais diversos processos e organizações; iv) flexibilidade como ponto central de reprogramação e adaptação de organizações e instituições; e v) “crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado” (CASTELLS, 2019, p. 125).

A principal consequência dessa sociedade informacional é a organização em rede dos mais diversos aspectos da vida, influenciando relações sociais, comerciais, organizacionais e econômicas. Como observa Magrani (2014, p. 61), os novos valores da sociedade informacional “vem transformando o mundo organizacional, com a introdução de relações horizontais em rede entre pessoas e organizações paralelas às relações hierárquicas tradicionais”, rechaçando a antiga sujeição exclusivamente atenta à lógica hierárquica ou do capital/mercadológica.

No lugar da organização burocrática, hierarquizada e vertical típica do século XVIII, floresce a partir do atual paradigma tecnológico o chamado capitalismo distribuído em que se observa “uma orientação diferente de negócio. A relação adversária entre vendedores e compradores é substituída por uma relação colaborativa entre fornecedores e usuários. Interesses próprios cedem lugar a interesses partilhados”, na medida em que a geração que cresceu com a internet “aparentemente não está preocupada com a aversão dos teóricos da economia clássica em compartilhar criatividade, conhecimento e experiência, e até bens e serviços para atingir o bem comum” (RIFKIN, 2012, pp. 137 e 233).

De acordo com Castells (2019, p. 135), a economia das últimas décadas é informacional, global e em rede. Informacional porque as ideias de produtividade e competitividade estão intrinsecamente relacionadas à capacidade de gerar, processar e aplicar de maneira eficiente a informação baseada em conhecimento; global porque as atividades

produtivas e seus componentes estão ligados em escala global através de uma rede de conexões entre diversos agentes econômicos; e, por fim, ela é em rede porque a produtividade é gerada e a concorrência é feita em uma rede global de interação empresarial.

É porque a própria informação passou a ser produto do processo econômico, ou seja, como a atividade econômica da sociedade informacional resulta em dispositivos de processamento da informação ou no próprio processamento das informações, tornou-se possível a valorização de bens imateriais<sup>18</sup>, como, por exemplo, as criptomoedas enquanto verdadeiros ativos monetários, pois a principal mudança não está no tipo de atividades em que a humanidade está envolvida, mas, sim, “na sua capacidade tecnológica de utilizar, como força produtiva direta, aquilo que caracteriza nossa espécie como uma singularidade biológica: nossa capacidade superior de processar símbolos” (CASTELLS, 2019, p. 155).

Para além da perda de importância da propriedade<sup>19</sup> em detrimento ao conceito de acesso<sup>20</sup>, é importante observar que “em uma economia global que está cada vez mais sem peso, o dinheiro usado em transações de mercado e outros arranjos financeiros está se desmaterializando em bits eletrônicos capazes de viajar com a velocidade da luz” assumindo a forma de informação pura (RIFKIN, 2001, p. 30).

O poder lateral que emerge da sociedade em rede “exige o fim da governança autocrática, centralizada”, de modo a construir um “mundo aberto, transparente, sem fronteiras, que reflita as normas e práticas operacionais da nova mídia social”. É nesse capitalismo distribuído, “em que se têm baixos custos para se entrar em redes laterais, que se faz possível a praticamente todas as pessoas se tornarem empreendedores potenciais e colaboradores no uso comum de inter-redes e internet” (RIFKIN, 2012, pp. 236 e 238).

---

18 Como observa Rifkin (2001, pp. 5 e 25), “os produtos tangíveis, que durante muito tempo foram uma medida de riqueza no mundo industrial, estão se desmaterializando”. Com efeito, “na era dos mercados, as instituições que detinham o capital físico exerciam um controle crescente sobre a troca de bens entre vendedores e compradores. Na era das redes, os fornecedores que detêm capital intelectual valioso estão começando a exercer controle sobre as condições e os termos pelos quais os usuários asseguram o acesso a ideais, conhecimentos e experiência críticos”.

19 “A velocidade das inovações tecnológicas e o ritmo estonteante das atividades econômicas muitas vezes tornam a noção de propriedade problemática. Em um mundo de produção customizada, de inovação e atualizações contínuas e de ciclos de vida de produto cada vez mais breves, tudo se torna quase imediatamente desatualizado. Ter, guardar e acumular, em uma economia em que a mudança em si é a única constante, faz cada vez menos sentido” (RIFKIN, 2001, p. 5).

20 Como bem observado por Rifkin (2012, p. 144), “alguns dos negócios mais ligados ao capitalismo de mercado centralizado convencional agora estão sendo desafiados pela introdução de novos modelos de negócios colaborativos e distribuídos. Veja, por exemplo, o carro, o elemento-chave da Segunda Revolução Industrial. A mudança para uma economia da Terceira Revolução Industrial, com ênfase em aumentar a eficiência de energia e reduzir a pegada de carbono, deu origem a redes de compartilhamento de carros”, com ou sem fins lucrativos, em todo o mundo.

É importante deixar claro, porém, que não se está a defender a substituição completa do capitalismo por outro sistema econômico. Na verdade, e como bem observa Medeiros (2019, p. 39), “o informacionalismo está ligado à expansão e rejuvenescimento do capitalismo, assim, o modo informacionista de desenvolvimento não substitui o modo de produção capitalista, mas sim o remodela”.

Tanto é verdade que alguns clássicos problemas do capitalismo industrial ainda não foram resolvidos pela sociedade informacional, a saber: concentração de renda, pobreza, desigualdade (MEDEIROS, 2019, pp. 42 e 43). E, a rigor, não se tem expectativas se realmente o serão algum dia.

O fato é que a sociedade informacional, dada a sua organização em redes distribuídas, bem como o produto econômico do processamento de informações, constitui o pano de fundo propício ao surgimento de novas tecnologias de mesma natureza, como o blockchain, cuja estrutura e potencialidade criaram um novo ativo monetário<sup>21</sup> global que são as criptomoedas, num claro exemplo de exercício do poder lateral que desafia instituições e conceitos econômicos tradicionais, como o governo e sua clássica teoria monetária.

#### 2.4 BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS: o dinheiro em tempos de criptografia

Em artigo de importância fundamental para a compreensão do universo das criptomoedas, Szabo (2002) diz que desde a chegada dos ingleses no continente americano no século XVII, os colonos depararam-se com um inusitado tipo de moeda: *wampum*, que eram conchas de um molusco típico da região, amarradas como um pingente em colar, utilizadas pelo povo nativo nas suas trocas comerciais. De acordo com Szabo, “nativos tinham dinheiro, mas era bem diferente daquele que os europeus estavam acostumados. Os índios americanos usavam dinheiro há milênios [...] - apesar do preconceito de alguns de que apenas metal com o rosto de seu líder político nele estampado” fosse dinheiro verdadeiro<sup>22</sup>.

---

21 Em outubro de 2018, o Fundo Monetário Internacional (FMI) divulgou relatório informativo acerca do tratamento estatístico adequado do Bitcoin, nomeando-o expressamente como criptoativo, deixando claro, no entanto, que essa classificação poderá ser revisitada no futuro em virtude da natural evolução da matéria na economia global. Para consulta: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2018/pdf/18-11.pdf>

22 Tradução livre de: “*natives had money, but it was very different from the money Europeans were used to. American Indians had been using money for millenia [...] – despite the prejudice among some that only metal with the faces of their political leaders stamped on it constituted real money*”.

Ao longo dos séculos, artefatos que Szabo chama de colecionáveis (peles, dentes e uma variedade de outros objetos)<sup>23</sup> foram largamente utilizados como itens com reserva de valor que permitiam a realização de transações comerciais, dentro e fora das tribos e clãs, sendo certo que os “coleccionáveis forneceram uma melhoria fundamental para o funcionamento do altruísmo recíproco, permitindo que os humanos cooperassem de uma maneira que não estava acessível a outras espécies”<sup>24</sup>, pois resolveu o problema do Dilema do Prisioneiro que impede grande parte dos humanos de atuarem cooperativamente com quem não faz parte de sua relação familiar.

Desse modo, não há dúvidas de que o “dinheiro primitivo não era o dinheiro moderno como conhecemos. Ele assumiu parte da função que o dinheiro moderno desempenha atualmente, mas sua forma era de herança, joias e outros itens colecionáveis” (SZABO, 2002)<sup>25</sup>, constatação que serve como ponto de partida para a afirmação de que, desde os primórdios da civilização, os tipos de moedas utilizados no mercado não se limitaram à moeda corrente ou de curso forçado, assim entendida como aquela que, por força de lei, é emitida por uma autoridade monetária estatal e possui livre circulação em dado território ou geografia (HAYEK, 2011).

Na verdade, o surgimento da moeda enquanto reserva de valor que servia à realização de transações antecede, e muito, a própria noção de moeda corrente, cujos primórdios remetem ao poder do Estado de fazer dinheiro através da cunhagem de moedas de ouro e prata<sup>26</sup>. De acordo com Mises, o conceito de dinheiro<sup>27</sup> enquanto reserva objetiva de

---

23 Szabo explica que para ser usado como reserva de valor, “um colecionável não era qualquer objeto de decoração bonito. Tinha que ter certas propriedades funcionais, como a segurança de ser usado na pessoa, ser compacto suficiente para ser escondido ou enterrado e custo imprevisível. Esse custo deveria ter sido verificado pelo destinatário do objeto transferido, usando habilidades semelhantes àquelas geralmente usada pelos colecionadores atuais”. Tradução livre de: *“acollectible was not just any kind of beautiful decorative object. It had to have certain functional properties, such as the security of being wearable on the person, compactness for hiding or burial, and unforgeable costliness. That costliness must have been verifiable by the recipient of the transfer – using many of the same skills that collectors use to appraise collectibles today”*.

24 Tradução livre de: *“collectibles provided a fundamental improvement to the workings of reciprocal altruism, allowing humans to cooperate in ways unavailable to other species”*

25 Tradução livre de: *“primitive money was not modern money as we know it. It took on some of the function modern money now performs, but its form was that of heirlooms, jewelry, and other collectibles”*.

26 Como observa Hayek (2011, pp. 33-34), “à medida que se difundia a cunhagem, os governos, em toda parte, logo descobriram que ela, além de ser uma atraente fonte de lucros, constituía um importantíssimo instrumento de poder. Desde seus primórdios, esta prerrogativa não foi reivindicada nem concedida em nome do bem geral, mas usada, simplesmente, como um elemento essencial do poder dos governos. Na verdade, as moedas, tal como a bandeira, serviam largamente como símbolos de poder. Através delas o governante afirmava sua soberania e mostrava ao povo quem era seu senhor: aquele cuja imagem as moedas levavam às mais remotas regiões de seu reino”.

27 Para não comprometer a compreensão, esclareça-se que neste trabalho serão utilizados como sinônimos os termos moeda (*currency*) e *money* (dinheiro), por influência das obras de Nussbaum (1950, pp. 21-22) e Hayek (2011, p. 66).



valor nasce da necessidade de realização de trocas indiretas no mercado<sup>28</sup>, nas quais os indivíduos envolvidos não possuíam interesse na simples troca direta de bens ou serviços (MISES, 2009), razão pela qual era indispensável um índice de valor objetivo que permitisse a troca indireta, seja entre diferentes agentes, seja entre diferentes objetos. Assim, argumenta Mises (2009, p. 60) que uma troca objetiva de valor pode ser expressa em diferentes tipos de commodities, porém, “atualmente a troca é realizada geralmente por meio de dinheiro, e como toda mercadoria tem um preço expressável em dinheiro, o valor de troca de toda mercadoria pode ser expresso em dinheiro”<sup>29</sup>, por isso, ele é o meio mais hábil utilizado em trocas.

Assim, pode-se afirmar que dinheiro é o meio de troca geralmente aceito dentro de uma determinada comunidade (HAYEK, 2011, p. 65), ou como escreve Ulrich (2014, n.p.) é “qualquer bem econômico empregado indefinidamente como meio de troca”, de onde decorre a constatação de que, muito mais do que uma imposição legal, o dinheiro é, na verdade, uma instituição social. Novamente com Mises (2009), dinheiro é fruto do mercado, razão pela qual seu desenvolvimento e funcionamento não têm relação com o governo, o estado ou a violência deles decorrentes.

A partir da concentração da política monetária nas mãos do Estado, originalmente com o poder de cunhagem de moedas de ouro, prata e bronze, depois com a emissão de certificados de depósitos e, ultimamente, com a emissão de papel-moeda, criou-se a ideia de que somente pode ser reconhecido como dinheiro aquele bem cuja circulação obrigatória decorre do império da lei ou da autoridade do Estado<sup>30</sup>.

---

28 Ulrich (2014) dá o seguinte exemplo de trocas indiretas: “meio de troca é um bem econômico utilizado nas trocas indiretas que soluciona o problema da dupla coincidência de desejo das trocas diretas, ou escambo. O padeiro quer leite, enquanto o leiteiro quer um sapato. Como resolver o problema? O padeiro também tem sal e sabe que o sapateiro e outros produtores também o demandam. Logo, o leiteiro, em troca de seu leite, aceita o sal, não para consumi-lo, mas para trocá-lo no futuro pelo sapato do sapateiro”.

29 Tradução livre de: “*nowadays exchange is usually carried on by means of money, and since every commodity has therefore a price expressible in money, the exchange-value of every commodity can be expressed in terms of money*”

30 Como observam Vigna e Casey (2016, p. 16), “se os cidadãos não confiam em seus governos para representar seus interesses, não confiam em sua moeda – ou melhor, não confiam no sistema monetário em que se organiza a sua economia. Portanto, quando tiverem uma chance, eles venderão essa moeda e a trocarão por algo que considerem mais confiável, seja o dólar dos Estados Unidos, ouro, ou algum outro porto seguro. Quando esta disfunção está enraizada, essas crenças se autorrealizam. A perda de valor de uma moeda esgota os recursos financeiros do governo, deixando a impressão de dinheiro como o único meio de pagar suas dívidas e garantir a sobrevivência política. Mais cedo, o excesso de dinheiro em circulação será capaz de minar ainda mais a confiança, o que pode dar lugar a um ciclo vicioso de inflação em espiral e taxas de câmbio em queda”. Tradução livre de: “*if citizens don’t trust a government to represent their interests, they won’t trust its currency—or better put, they won’t trust the monetary system around which their economy is organized. So when given a chance, they will sell that currency and flee it for something they regard as more trustworthy, whether it’s the U.S. dollar, gold, or some other safe haven. When this dysfunction is entrenched, such beliefs are self-fulfilling. The loss of value in its currency depletes the government’s financial resources, which leaves money-printing as the only means to pay its debts and ensure political survival. Pretty soon, the excess money in*

Isso gerou um crônico problema de ciclos de inflação, pois não é exagero afirmar que “a história seja, em grande parte, uma história da inflação, e, de modo geral, de inflações engendradas por governos, em proveito desses governos” (HAYEK, 2011, p. 39), fato que decorre em boa medida da “premissa de que o governo tem o poder de criar e de fazer com que as pessoas aceitem qualquer quantia de dinheiro adicional que deseje” (HAYEK, 2011, p. 37).

Noutras palavras, como o Estado possui o monopólio na emissão de moeda, ele também tem a faculdade de deliberar acerca da quantidade de papel-moeda em circulação, faculdade que não raras vezes é exercida em períodos de crises econômicas, gerando inflação e corrosão do valor da unidade monetária<sup>31</sup>.

Diante disso, Hayek (2011, p. 43) defende que o monopólio da emissão de moeda pelo Estado “não significa que todo o dinheiro precise ser moeda de curso legal, nem mesmo que todos os objetos aos quais a lei dá atributos de moeda de curso legal precisem ser dinheiro”, fenômeno que é conhecido desestatização do dinheiro e que defende a possibilidade de instituições privadas emitirem moedas<sup>32</sup>, cuja aceitação dependerá do mercado, e somente do mercado, dispensando-se qualquer ingerência do Estado. Sua aceitação pelo público dependeria do fato dessa moeda privada cumprir as seguintes funções: i) uso para compras à vista de bens e serviços; ii) utilização de reservas visando a necessidades futuras; iii) emprego em contratos para pagamentos futuros; iv) utilização como unidade de cálculo na contabilidade (HAYEK, 2011, p. 78).

No âmbito das teorias monetárias, a explicação para a possibilidade de surgimento de moedas sem a chancela do Estado encontra-se em Mises (2009, pp. 461-463), que divide a teoria a partir da dicotomia cataláctica e acataclática. Na perspectiva cataláctica, os fenômenos monetários são derivados das trocas de mercado, na medida em que o dinheiro surge pelo intercâmbio que naturalmente se desenvolve no mercado, assumindo poder de

*circulation further undermines trust, which can give way to a vicious cycle of spiraling inflation and plummeting exchange rates”.*

31 “Desde 1971, quando o então presidente Richard Nixon suspendeu a conversibilidade do dólar em ouro, vivemos na era do papel-moeda fiduciário, em que bancos centrais podem imprimir quantidades quase ilimitadas de dinheiro, salvo o risco de que os cidadãos percam toda a confiança na moeda, recusando-se a usá-la em suas transações, como costuma ocorrer em episódios de hiperinflação” [...] Ao cidadão comum, resta assistir ao valor do seu dinheiro esvair-se, enquanto banqueiros centrais testam suas teorias, ora para salvar bancos, ora para resgatar governos quebrados, mas sempre sob o pretexto da inatingível estabilidade de preços. Na prática, a única estabilidade que existe é a perda do poder de compra da moeda, e quanto a esta, a impotência da sociedade é absoluta” (ULRICH, 2014, s.p).

32 De acordo com Hayek (2011, p. 153), “se queremos que a livre iniciativa e a economia de mercado não pereçam (como até os que apóiam a economia chamada ‘economia mista’ presumivelmente não desejam), não temos escolha senão substituir os sistemas de monopólio governamental sobre a moeda e a moeda de curso legal por uma livre competição entre bancos emitentes privados”.

compra em virtude da lei da oferta e da demanda. Por sua vez, a teoria acataláctica defende que o valor da moeda decorre de decreto governamental, ou seja, é a lei que impõe a aceitação e a liquidez de determinado tipo de dinheiro.

E como visto, a história comprova que a perspectiva cataláctica reflete melhor a ideia de moeda, os seus diversos tipos e a influência que a lei da oferta e da procura exerce sobre o valor do bem que, dada a contínua utilização ao longo do tempo, torna-se padrão de mensuração de trocas objetivas, sejam os colecionáveis, os metais preciosos, ou mesmo a moeda corrente de determinado Estado.

Pensando na possibilidade de retirar das mãos do Estado o monopólio na criação de moeda e o poder de gerar ciclos inflacionários, um grupo de programadores em criptografia, que se autointitulava *Cypherpunks*, iniciou na década de 1980 um projeto que pretendia construir um sistema de pagamento não-rastreável, chamado de *Digicash*<sup>33</sup>. Conforme afirmam Filippi e Wright (2018, p. 19), por volta do ano de 1983 desenvolvedores em criptografia “começaram a explorar o uso da criptografia de chave público-privada para criar novos sistemas monetários [...] um sistema que permitia a criação e transferência de dinheiro eletrônico, sem exigir a entrega de informações pelos usuários”<sup>34</sup>.

O projeto, no entanto, esbarrou em dois obstáculos tecnológicos que acabaram minando a ideia central. O primeiro foi que, tal como o tradicional sistema de pagamentos, o *DigiCash* dependia de uma autoridade central privada para checar e validar cada transação, e quando essa companhia abriu falência, o projeto perdeu seu intermediário central. A segunda, de maior complexidade tecnológica, residia no chamado *double-spending problem*, que significa a possibilidade de, na ausência de uma autoridade central, o usuário detentor de uma unidade monetária poder gastá-la mais de uma vez com destinatários distintos (Filippi; Wright, 2018, p. 19). Como alertam os autores, “qualquer sistema de pagamento descentralizado precisaria resolver o problema do gasto duplo e precisaria fazê-lo de modo que não precisasse de nenhum intermediário central”<sup>35</sup>.

O problema do *double-spending* somente seria solucionado em 2008 – coincidentemente auge da última crise econômica mundial – pelo trabalho publicado por

---

33 Revoredó (2018, pp. 5-6) registra que outras iniciativas também podem ser tidas como precursoras das criptomoedas, dentre elas se destacam o *Hashcash* de Adam Back, em 1997; o *B-Money* de Wei Dai, em 1998; o *Bit Gold* de Nick Szabo, em 1998; o *RPOW* de Hal Finney, em 2004.

34 Tradução livre de: “they began exploring the use of public-private key cryptography to build new monetary systems [...] a system to enable the creation and transfer of electronic cash that would not require users to hand over information”

35 Tradução livre de: “any decentralized payment system would need to solve this double-spending problem and would need to do so in a way that did not rely on any centralized intermediary”.

Satoshi Nakamoto, cuja identidade até hoje é desconhecida da comunidade científica. No artigo *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, divulgou-se a criação de um sistema de pagamentos baseado em provas criptográficas que substituíam a necessidade de autoridade central “usando um servidor de registro de data/hora, distribuído ponto a ponto para gerar prova computacional da ordem cronológica das transações. O sistema é seguro desde que os nós honestos controlem mais energia de CPU do que qualquer grupo de nós fraudadores”<sup>36</sup>(NAKAMOTO, 2008, p. 1).

Utilizando chaves criptográficas público-privadas, assinaturas digitais e tecnologia ponto-a-ponto, Nakamoto construiu uma nova base distribuída que veio a ser conhecida como *Blockchain*. A partir da *Blockchain*, criou-se uma moeda digital descentralizada ou criptomoeda, chamada de *Bitcoin* por seu idealizador, que poderia operar sem a necessidade de um intermediário central<sup>37</sup> (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 20). Assim, e para evitar compreensões equivocadas, é necessário esclarecer que *Bitcoin* é a criptomoeda que serve de recompensa para os mineradores da rede, enquanto *Blockchain* é a estrutura tecnológica em rede descentralizada que dá sustentação à criação.

A *Blockchain* funciona como um livro-razão (*ledger*) público de todas as transações ou eventos, que nele são registrados e compartilhados entre os participantes de uma grande cadeia de blocos de consenso (CROSBY et al., 2016, p. 8). É dizer, o *ledger* registra transações que são realizadas pela internet, conferindo-lhes segurança e confiança, à medida que a rede de comunicação ponto-a-ponto gera blocos de consenso (rede *blockchain*) a partir das provas de trabalho, motivo pelo qual Bento (2018, p. 2) assevera que essa “arquitetura possui um valor em si mesma, de usos potenciais ilimitados, a ponto de estimular especulações sobre se a Blockchain representaria um novo paradigma, com efeitos tão disruptivos quanto a própria Internet”.

Percebe-se, então, que a criação de Satoshi Nakamoto, para além de uma criptomoeda denominada *Bitcoin*, promoveu verdadeira disrupção tecnológica<sup>38</sup> quando criou

---

36Tradução livre de: *using a peer-to-peer distributed timestamp server to generate computational proof of the chronological order of transactions. The system is secure as long as honest nodes collectively control more CPU power than any cooperating group of attacker nodes*

37 “O Bitcoin nasceu de uma visão cripto-anarquista de uma sociedade descentralizada e livre do governo, uma espécie de utopia em rede criptografada. Obteve seu crescimento inicial com um pequeno grupo de jovens com espírito de tecnologia que foram repelidos pelos excessos e abusos do sistema financeiro” (VIGNA; CASEY, 2016, p. 160). Tradução livre de: “*Bitcoin was born out of a crypto-anarchist vision of a decentralized, government-free society, a sort of encrypted, networked utopia. It got its early growth from a small band of young, tech-minded people who were repulsed by the excesses and abuses of the financial system*”.

38 Cortez (2014, p. 177) esclarece que “periodicamente, nossa economia gera essas ‘inovações disruptivas’. Joseph Bower e Clayton Christensen introduziram a idéia de descrever novas tecnologias que prejudicam e acabam substituindo produtos, empresas ou mesmo indústrias inteiras. Exemplos icônicos incluem automóveis,

a estrutura<sup>39</sup> que sustenta esse ativo monetário. Em razão da complexidade e importância da *Blockchain*, revela-se indispensável analisar os conceitos envolvidos em sua criação, suas características e potencialidades para o mercado, destacando, ao final, o enfrentamento da matéria pelos órgãos reguladores estrangeiros e nacionais.

#### 2.4.1 A estrutura *Blockchain*

No sentido mais restrito o *Bitcoin* deriva de um livro distribuído chamado de *Blockchain*, uma estrutura tecnológica organizada sob a forma de rede distribuída, em que todo computador conectado diretamente à rede (chamados de nós) possui cópia integral. Cada bloco registra as transações temporalmente e fica ordenada sequencialmente, gerando a cadeia de blocos. Por sua vez, a ordenação adequada e a consistência das informações são confirmadas por criptografia (SUDA, 2012, p. 7).

Como observam Vigna e Casey (2016, pp. 122-123), “é uma longa cadeia de blocos, ou agrupamentos, de transações que ocorrem ao mesmo tempo. A cadeia continuará crescer indefinidamente enquanto o sistema continuar operando”<sup>40</sup>. Afora isso, e como anotam Filippi e Wright (2018, p. 22), “cada bloco também contém um ‘cabeçalho’ usado para organizar o banco de dados compartilhado. Os componentes principais dessa parte em cada bloco são uma impressão digital única (*hash*) de todas as transações contidas naquele bloco”, gravadas a data e a hora e, o mais importante, um *hash* do bloco anterior<sup>41</sup>.

---

computação pessoal e telefones celulares. Mas o poder explicativo da ideia se estende a muitos outros produtos e indústrias. Como resultado, a teoria da ruptura inspirou uma escrita profícua na academia de negócios e agora se insere em outras disciplinas”. Tradução livre de: “*periodically, our economy generates these ‘disruptive innovations’. Joseph Bower and Clayton Christensen introduced the idea to describe new technologies that undermine and eventually displace established products, firms, or even entire industries. Iconic examples include automobiles, personal computing, and cellular phones. But the idea’s explanatory power extends to many other products and industries. As a result, disruption theory has inspired prolific writing in the business academy and now creeps into other disciplines*”.

39 É por causa da complexidade dessa estrutura que se afirma que “o futuro das moedas criptográficas como um todo é ainda mais brilhante que o futuro do bitcoin. O bitcoin introduziu uma forma completamente nova de organização e consenso descentralizado que desenvolveu centenas de inovações incríveis. Essas invenções provavelmente afetarão amplos setores da economia, desde sistemas distribuídos de ciência à finança, economia, moedas, bancos centrais e administração corporativa. Muitas atividades humanas que antigamente exigiam instituições ou organizações centralizadas para funcionar como pontos de autoridade ou confiança agora podem ser descentralizada. A invenção da blockchain e o sistema de consenso irá reduzir significativamente o custo da organização e coordenação em sistemas de grande escala, ao mesmo tempo que removerá oportunidades para concentração de poder, corrupção e captação regulatória (ANTONOPOULOS, 2016, s.p.).

40 Tradução livre de: “*it is a long chain of blocks, or groupings, of transactions occurring around the same time. The chain will continue to grow indefinitely so long as the system keeps operating*”

41 Tradução livre de: “*each block also contains a ‘header’ used to organize the shared database. The core components of a block’s header are a unique fingerprint (or a hash) of all transactions contained in that block, along with a timestamp and – importantly – a hash of the previous block*”.

Os autores também reconhecem que “armazenar informação na *Blockchain* exige trabalho que só pode ser alcançado através de um esforço coletivo. O protocolo do *Bitcoin* estabelece um protocolo específico para adicionar novos blocos ao banco de dados”<sup>42</sup>, em que todos os blocos são verificados para garantir segurança (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 23).

E, por fim, a estrutura é integrada pela chamada prova de trabalho, que consiste em algoritmo de consenso que exige dos demais integrantes da rede – os diversos nós – manifestação acerca da validade da transação. Como esclarecerem Filippi e Wright (2018, p. 23), “os integrantes da rede precisam resolver um quebra-cabeça matemático e provar que sua solução contém o número correto exigido pelo protocolo *Bitcoin* naquele momento”<sup>43</sup>. Além disso, o sistema é “equilibrado para criar um novo bloco aproximadamente a cada 10 minutos”<sup>44</sup> (SUDA, 2012, p. 8).

Em resumo, portanto, “*Blockchain* é um livro-razão distribuído que representa um consenso de cada operação que já ocorreu na rede. [...] um livro-razão disseminado que todos podem baixar e executar em seus computadores pessoais” (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 37). Logo, fala-se que esse livro-razão é: i) distribuído, porque executado por vários computadores ao redor do mundo<sup>45</sup>; ii) público, vez que se hospeda na rede, e não em uma instituição responsável pela manutenção e auditoria; e iii) criptografado, pois utiliza chaves públicas e privadas com a finalidade de manter a segurança do sistema.

Por se tratar de um código-aberto, o protocolo da *Blockchain* do *Bitcoin*<sup>46</sup> continua sendo usado por outros programadores para o desenvolvimento de outras redes *Blockchain*, como, por exemplo, a *Ethereum*, considerada a segunda geração do sistema. Sua principal funcionalidade é expandir a potencialidade da *Blockchain* para que, além de ser

42 Tradução livre de: “*storing information in the Bitcoin blockchain takes work and can only be achieved through collective effort. The Bitcoin protocol establishes a strict procedure for adding new blocks to the shared database*”.

43 Tradução livre de: “*parties on the network need to solve a mathematical puzzle and ensure that their solution contains at least as many leading zeros as required by the Bitcoin protocol at that point in time*”

44 Tradução livre de: “*it is balanced to create a new block approximately every 10 minutes*”.

45 Antonopoulos (2016) afirma que “uma maneira de imaginar a blockchain seria como um solo, onde os blocos seriam camadas de uma formação geológica, ou como uma amostra do núcleo de uma geleira. As camadas da superfície podem mudar com as estações, ou mesmo serem destruídas antes de terem tempo para se assentarem. Mas quanto mais profundo escavarmos, veremos que maior será a estabilidade das camadas geológicas. Quando você escavar algumas centenas de metros de profundidade, você estará olhando para uma fotografia do passado que permaneceu intocada por milhões de anos. Na blockchain, pode acontecer de os poucos blocos mais recentes tenham que ser revisados/corrigidos, caso haja um novo cálculo da corrente devido a uma bifurcação. Os seis blocos do topo são como os centímetros mais superficiais do solo. Mas quanto mais fundo você penetrar na blockchain, além dos seis blocos, se cada vez menor se torna a probabilidade desses blocos se modificarem”.

46 É comum na literatura a utilização da expressão *Blockchain* do *Bitcoin* para se referir à primeira geração da *Blockchain*, também chamada de *Blockchain* 1.0. O uso conjunto das duas expressões serve para diferenciar essa *Blockchain*, que foi criada por Satoshi Nakamoto de maneira precursora, das demais que acabaram surgindo em decorrência do trabalho de outros programadores.

instrumento para transações de moeda *Bitcoin* (primeira geração da rede), seja permitido o registro de novas informações, como os chamados *smart contracts* (FILIPPI; WRIGTH, 2018, p. 27), que “são programas de *software* ‘se/então’ automatizados que se auto-executam quando ocorre um disparo específico, isto é, quando as condições previstas o seu acionamento se fazem presentes. Eles são executados exatamente como programados”, não existindo possibilidade de interpretação, fraude ou intervenção de terceiro, público ou privado (BENTO, 2018, p. 5).

E de acordo com Swan (2015, p. 9), a segunda geração de *Blockchain* também permite o registro de propriedade, a criação de sistemas computacionais descentralizados e, até mesmo, de empresas autônomas descentralizadas.

Paralelamente ao modelo público, também há o que Filippi e Wright chamam de *permissioned Blockchians*. Para os autores, a principal característica desse tipo de *Blockchain* é que, embora também funcione em uma rede ponto-a-ponto, “ele não é aberto para qualquer um entrar. Em vez disso, uma autoridade central ou integrantes selecionados do consórcio permitem a entrada na rede, impondo limites a quem pode acessar as informações”<sup>47</sup> (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 31).

Sobre as principais características da *Blockchain*, Filippi e Wright (2018, p. 33) afirmam que ela é “desintermediada e transnacional. É resiliente e resistente a mudanças, e habilita pessoas a armazenar dados de maneira não repudiável, anonimamente, de maneira transparente”<sup>48</sup>. Devido à utilização de algoritmo para a obtenção do consenso e da sua distribuição em rede, a *Blockchain* pode ser usada para coordenar pessoas ou máquinas. Os autores apontam, no entanto, que ao mesmo tempo em que essas características tornam a tecnologia um meio poderoso para facilitar atividades econômicas e sociais<sup>49</sup>, elas também

---

47 Tradução livre de: “*these blockchains rely on a peer-to-peer network, but they are not open for anyone to join. Rather, a central authority or consortium select parties permitted to engage in a blockchain-based network, imposing limits on who can access information*”.

48 Tradução livre de: “*blockchains are disintermediated and transnational. They are resilient and resistant to change, and enable people to store non repudiable data, pseudonymously, in a transparent manner*”.

49 De acordo com Swan e Filippi (2017), “assim como o SMTP (protocolo simples de transferência de correio) constitui o protocolo de *software* subjacente pelo qual os usuários da Internet podem enviar um e-mail entre si de maneira integrada e interoperável, independentemente do provedor de e-mail, o protocolo bitcoin permite que as pessoas se integrem perfeitamente transferindo dinheiro entre si, independentemente do banco. Com o bitcoin, o dinheiro pode ser transferido de um continente para outro, a um custo muito baixo e em questão de segundos, em vez de esperar dias ou semanas e pagar altas comissões, como é o caso das atuais soluções internacionais de transferências e remessas de dinheiro. Mas a transferência de dinheiro é apenas um aplicativo ativado pela tecnologia blockchain. A mesma tecnologia também fornece os meios para registrar e transmitir mercadorias digitais pela Internet, garantindo também que essas mercadorias não podem ser copiadas ou multiplicadas (abordando, assim, o problema de dupla duplicação que foi um problema com as moedas digitais). De fato, depois de digitalizados como ‘ativos inteligentes’, a gravação, pesquisa, compra, venda, rastreamento e registro de recursos podem ser coordenados com um grau muito maior de automação, velocidade, rastreabilidade e

trazem consigo desafios que necessitam ser superados a fim de permitir o amadurecimento do sistema, exigência indispensável para o crescimento da confiança em sua utilização.

Se, por um lado, o fato de não possuir intermediário central e ostentar uma capilaridade transnacional permite mais agilidade no armazenamento de informações e transferência de valores, por outro, sua estrutura não hierarquizada torna mais complexa a tarefa de governança da própria rede, a correção de eventuais falhas e, principalmente, dificulta a regulação por autoridades governamentais que, em muitos casos, acabam restringindo ou proibindo seu uso (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 35).

Outra importante característica diz respeito à resiliência do sistema contra falhas ou ataques. Como visto, para a criação de novos blocos dentro da cadeia é necessário o emprego de esforço computacional para a resolução de um quebra-cabeça matemático, e depois disso os demais nós da rede precisam checar a validade da transação, de modo que ao atingir um número relevante de validações, o novo bloco é definitivamente criado. Isso decorre da natureza distribuída da rede, do protocolo de consenso e de sua resiliência, permitindo que a *Blockchain* não fique atrelada a um único computador ou autoridade central, de modo que eventual ataque à rede não seja capaz de destruí-la. Noutras palavras, “se um único computador na rede tiver uma cópia completa da *Blockchain*, ela permanecerá disponível para que acessem e usem. Enquanto houver uma conexão com a Internet, a *Blockchain* pode ser replicada, e a rede pode ser reconstruída”<sup>50</sup> (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 36).

---

garantia. Uma blockchain pode ser usada, por exemplo, como um registro digital para registrar, transferir e verificar a propriedade de ativos (residências, automóveis, ações, títulos, hipotecas e seguros), bem como para preservar a integridade e autenticidade de documentos ou registros confidenciais (como passaportes, vistos, carteiras de motorista, certidões de nascimento e óbito, registro de eleitores, contratos, testamentos, patentes e registros médicos)”. Tradução livre de: “*just as SMTP (simple mail transfer protocol) constitutes the underlying software protocol by which Internet users can send an e-mail to each other in a seamless and interoperable way, regardless of their e-mail provider, so the bitcoin protocol allows people to seamlessly transfer money between one another, regardless of their bank. With bitcoin, money can be transferred from one continent to another, at very low cost and in a matter of seconds, instead of waiting days or weeks and paying high commissions, as is the case with current international money transfers and remittance solutions. But money transfer is just one application enabled by blockchain technology. The same technology also provides the means to record and transmit digital goods over the Internet, while ensuring that these goods cannot be copied or multiplied (thereby addressing the double-spending problem that has been an issue with digital currencies). Indeed, once they have been digitized as ‘smart assets’, the recording, search, purchase, sale, tracking, and logging of resources can be coordinated with a much higher degree of automation, speed, trackability, and assurance. A blockchain can be used, for instance, as a digital registry to record, transfer, and verify asset ownership (home, auto, stocks, bonds, mortgages, and insurance) as well as to preserve the integrity and authenticity of sensitive documents or records (such as passports, visas, driver’s licenses, birth and death certificates, voter registration, contracts, wills, patents, and medical records)*”.

<sup>50</sup> Tradução livre de: “*if a single computer on a network has a complete copy of a blockchain, that blockchain will remain available for others to access and use. As long as there is an Internet connection, a blockchain can be replicated, and the network can be rebuilt*”.



A esse respeito, afirma-se que “toda a rede é formada por um emaranhado frouxamente conectado sem uma topologia fixa ou qualquer estrutura, tornando todos os nós pares iguais”. As mensagens são propagadas a todos os nós integrantes da rede num processo de *flooding*, que se caracteriza pela rapidez de sua propagação exponencial. Logo, “a rede é projetada para propagar transações e blocos para todos os nós de uma maneira eficiente e flexível a ataques” (ANTONOPOULOS, 2016, s.p).

As informações registradas na *Blockchain* são auditáveis, autenticadas e não-repudiáveis, ou seja, não são passíveis de cancelamento ou alteração unilateral posterior. Tal circunstância decorre da utilização da rede ponto-a-ponto e das assinaturas digitais com chaves duplas criptografadas, que somadas criam o protocolo de confiança na rede, constituindo importante ferramenta para que cidadãos e governos gravem informações e dados, tornando-os públicos sem a necessidade de papel ou diretório centralizado com a redução dos custos de transação e, por outro lado, o aumento da *accountability*.

Um dos grandes desafios para a *Blockchain*, todavia, reside na utilização de pseudônimos para o registro e realização de transações, o que já serviu para que criminosos promovessem lavagem de dinheiro, compras de drogas e praticassem outras atividades ilícitas, com destaque para os episódios do Silk Road<sup>51</sup> e da Liberty Reserve<sup>52</sup>, ambos em 2013. De lá pra cá, contudo, técnicas foram desenvolvidas pelas Universidades de *San Diego*, *Maryland* e *Cornell* através do rastreamento do fluxo de dinheiro, processo denominado de análise gráfica de transações, que permitiram identificar grupos de comerciantes e de usuários que utilizaram a estrutura Blockchain (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 39), de modo que a ameaça à legalidade tem sido contida.

---

51 Revoredo (2018, p. 34) explica que Silk Road era um mercado que operava através da Darkweb e usava a rede Tor para assim garantir o anonimato dos compradores e vendedores no comércio ilícito, particularmente de narcóticos. O site foi lançado em fevereiro de 2011. A partir de 2012, as vendas anuais foram estimadas em 22 milhões de dólares norte-americanos. Em outubro de 2013, o FBI fechou o site do Silk Road e prendeu Ross William Ulbricht, acusando-o de ser *Dread Pirate Roberts* ou DPR, o proprietário do site. Em 6 de novembro de 2013, o Silk Road 2.0 foi lançado por ex-administradores do Silk Road original. Este também foi encerrado, e seu suposto operador foi preso em 6 de novembro de 2014, na chamada Operação *Ominous*, operação da polícia internacional contra os mercados da Darknet e outros serviços obscuros na rede Tor. Ulbricht foi condenado a prisão perpétua.

52 Ulrich (2014, s.p.) esclarece que o *Liberty Reserve* era um serviço privado e centralizado de moeda digital, com sede na Costa Rica, que foi encerrado pelas autoridades governamentais em virtude da prática de lavagem de dinheiro. Ocorre que “embora o *Liberty Reserve* e o Bitcoin pareçam similares porque ambos oferecem moedas digitais, há diferenças importantes entre os dois serviços. O *Liberty Reserve* era um serviço de dívidas centralizado, criado e pertencente a uma empresa privada, supostamente com o exposto propósito de facilitar a lavagem de dinheiro; o Bitcoin, não. As transações dentro da economia do *Liberty* não eram transparentes. O Bitcoin, por outro lado, é uma moeda descentralizada aberta que fornece um registro público de todas as transações. Lavadores de dinheiro podem tentar proteger seus endereços de Bitcoin e suas identidades, mas seus registros de transações serão sempre públicos e acessíveis a qualquer momento pelas autoridades”.

Afora isso, e como bem observam Tapscott e Tapscott (2016, p. 327), “o fato de que criminosos usam o *Bitcoin* aponta mais para a falta de uma governança, regulação, defesa e educação fortes do que para as suas virtudes subjacentes”. Exemplo disso é destacado por Revoredo (2018, pp. 37-38) quando aponta que “apenas 0,16% das operações reportadas nos relatórios de lavagem de dinheiro em 2017 vieram das operações envolvendo criptomoedas”, além de já existir “empresas, como *Chainalysis* e *Elliptic*, que executam o rastreamento de criptomoedas e ajudam a prevenir, detectar e investigar violações de crimes de criptomoedas, lavagem de dinheiro, fraude e compliance”.

De seu turno, há três últimos e significativos desafios que ainda aguardam solução para o pleno funcionamento da *Blockchain*, que são escalabilidade, aumento da segurança e consumo de energia. Tapscott e Tapscott (2016, p. 303) alertam para o fato de que “o sistema não tem capacidade transacional para o ingresso de 10 milhões de pessoas”, sem que seja grande o risco de falhas, *bugs* e desapontamento de usuários. Nesse mesmo ponto, os autores também destacam que o cidadão médio ainda encontra dificuldades com a interface, os códigos alfanuméricos e a linguagem computacional criptografada utilizada.

Ainda no tocante à escalabilidade, nota-se que numa comparação entre a *Blockchain* e a internet, a velocidade das transações de cada uma das redes se diferencia assustadoramente. Enquanto somente a companhia de cartão de crédito Visa gerencia algo em torno de 150 milhões de transações por dia, toda a rede Blockchain somente consegue processar cerca de 240 mil operações diárias (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 56), o que denota a extrema necessidade de a estrutura distribuída da Blockchain promover ajuste a fim de alocar maior poder computacional à rede, num esforço conjunto de instituições públicas e organizações privadas.

Na questão do consumo de energia, a preocupação relaciona-se com as altíssimas quantidades de quilowatts-hora necessárias para a conclusão do procedimento com a prova de trabalho. Os dados divulgados por Tapscott e Tapscott (2016, p. 307) apontam que as “estimativas comparam o consumo de energia da rede Bitcoin à energia usada por quase 700 casas médias americanas, na extremidade baixa de seu espectro, e à energia consumida pela Ilha de Chipre, na parte alta do espectro”. Desse modo, estando a legítima agenda ambiental mundial voltada à redução da emissão de carbono pelas atividades produtivas, nada justifica tamanha utilização de energia elétrica para um única atividade.

Em resumo, portanto, pode-se afirmar que as principais características da *Blockchain* formam uma rede de natureza dúplice, com oportunidades e contradições. Com efeito, ela pode ser utilizada para o funcionamento de um sistema global de pagamentos com

baixo custo, para tornar mais eficiente o setor público e o sistema financeiro, bem como ser usada para o combate de certos crimes; mas por outro lado, a rede pode se desenvolver à margem do ordenamento jurídico, ignorando restrições locais de determinado país, ser usada para o cometimento de crimes ou trocas de bens ilícitos, e até mesmo para o compartilhamento de arquivos de forma que contrarie os direitos autorais (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 46).

Nada obstante essas características e desafios, não há dúvidas de que os princípios por trás da *Blockchain* são aptos a causarem impactos socioeconômicos significativos. Esses princípios são: i) integridade; ii) poder distribuído; iii) valor como incentivo; iv) segurança; v) privacidade; vi) preservação de direitos; e vii) inclusão (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016).

A integridade está relacionada com a ideia central desenvolvida por Satoshi Nakamoto, segundo a qual as transações comerciais pela internet necessitam substituir a confiança depositada em terceiros por segurança advinda de mecanismos de criptografia. De acordo com Tapscott e Tapscott (2016, p. 62), “Satoshi procurou não só desintermediar os poderes dos bancos centrais mais igualmente eliminar a ambigüidade e interpretações conflitantes sobre o que aconteceu. Deixe a rede falar por si mesmo”, de maneira que é a própria rede que chega ao algoritmo de consenso para atestar a existência e validade da informação, bem como para registrá-la criptograficamente.

De seu turno, como a rede é distribuída, o poder também é. Ou seja, como não se exige intermediário ou autoridade central para validar as transações, sendo verdadeiramente o “ápice da colaboração em massa” (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 66) num movimento que remete à era do acesso anteriormente abordada neste trabalho, a *Blockchain* acha-se em todo computador que empresta sua capacidade tecnológica para alimentar a rede.

O princípio do valor como incentivo está na recompensa que cada integrante da rede (também conhecido como minerador) recebe ao construir o bloco. “Aqueles que concluem um bloco primeiro recebem uma quantidade de *Bitcoins* por seus esforços”, de maneira que “agindo em seu próprio interesse, o participante estará servindo à rede ponto a ponto e isso, por sua vez, afeta sua reputação como membro do conjunto da economia” (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, pp. 68-69).

A segurança e a privacidade decorrem da utilizam do sistema de chaves duplas. Para Suda (2012, p. 7), “se uma das chaves de um par é mantida em segredo enquanto a outra é divulgada, isso permite que aquele que detém a chave secreta faça prova ao público em geral que a possui. Nesse caso, a chave secreta será a chave privada, enquanto a chave

divulgada será a chave pública”<sup>53</sup>. A chave pública identifica o endereço do *Bitcoin*, enquanto a privada autoriza a criação da transação através desse endereço, nada obstante a manutenção da privacidade do usuário que pode se cadastrar com a utilização de um pseudônimo. Logo, e ao contrário do que muito se afirmou, as transações no *Bitcoin* não são secretas; na verdade, elas são protegidas pelo pseudônimo, porém, são perfeitamente rastreáveis, na medida em que a cadeia de blocos contém o registro de todas as operações realizadas ao longo do tempo.

A preservação de direitos está na irreversibilidade das transações e na impossibilidade de gasto duplo. Como a prova de trabalho contém o registro cronológico das operações, os usuários têm a possibilidade de confirmar se aquele registro efetuado por uma parte realmente está dentro de sua esfera de disponibilidade patrimonial.

O último princípio da *Blockchain*, que será mais explorado na parte sobre criptomoedas, é a possibilidade de inclusão, pois “a economia trabalha melhor quando ela funciona para todos. O que significa reduzir os obstáculos à participação. Isso constitui criar plataformas para o capitalismo distribuído, e não apenas um capitalismo redistribuído” (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 81).

Sendo essas a estrutura e as características que forjaram a tecnologia que deu ensejo ao surgimento das criptomoedas, importa analisar a partir de agora as espécies, a relevância econômica e a possibilidade desse ativo financeiro ser utilizado como unidade monetária em transações comerciais validamente realizadas no mercado.

#### 2.4.2 As criptomoedas em espécie e suas utilidades econômicas

Com a criação do dinheiro escriturário, animada pela perda de prestígio do padrão-ouro como fator estabilizador do valor da moeda<sup>54</sup>, cresceu o potencial para o surgimento de crises inflacionárias decorrentes do excesso de crédito no mercado. Esse panorama trouxe à tona a necessidade de utilização de um organismo central que pudesse controlar a emissão de papel-moeda e, ademais, servisse de socorro aos bancos em momentos de crise. Por isso que na Inglaterra, desde o século XIX, “apoiados por soberanos que nunca

---

53 Tradução livre de: “if one of the keys in a pair is kept secret while the other one divulged, this allows the holder of the secret key to prove to the general public that he has it. In such a case, the secret key is called private key and the divulged key is called public key”.

54 Sobre a perda de prestígio do padrão-ouro, Ulrich (2014, n.p.) afirma que “o chamado padrão-ouro hoje não passa de um fato histórico com remotas possibilidades de retornar. E não porque não funcionava, mas porque impunha restrições ao ímpeto inflacionista dos governos. Quando estes emitiam moeda em demasia, acabavam testemunhando a fuga de ouro das fronteiras nacionais, sendo obrigados a depreciar a paridade cambial com o metal precioso”.

poderiam falir, bancos centrais como o Banco da Inglaterra passaram a ser ‘o credor de último recurso’ para superar crises de confiança”<sup>55</sup>, cuja principal função seria emprestar dinheiro às instituições bancárias em momentos de crise financeira que resultassem em escassez de liquidez (VIGNA; CASEY, 2016, p. 34).

Esse pensamento ecoou com força na crise mundial de 2008, que teve como ápice a quebra do banco americano *Lehman Brothers*. Nesse episódio, de acordo com Vigna e Casey (2016, p. 38) o *Federal Reserve*, banco central dos Estados Unidos, injetou no sistema financeiro cerca de US\$ 3 trilhões para salvaguardar minimamente os demais bancos de um verdadeiro colapso, sob a justificativa de que eram “*too big to fail*”.

Como bem esclarece Ulrich (2014, n.p.), a expansão de crédito pelos bancos através do regime de reservas fracionárias é capaz de criar dinheiro e injetá-lo na economia, como forma, por exemplo, de promover aquecimento do mercado mediante a oferta de crédito<sup>56</sup>. Contudo, além de gerar inflação pelo aumento do dinheiro disponível, esse artifício gera crescimento econômico sem lastro, que por sua vez resulta em recessão e crise, justamente o que ocorreu com inúmeras companhias mundiais, desde bancos, corretoras, seguradoras e os próprios governos, que viram suas moedas perderem valor e sua economia sofrer com a crise global.

Nada obstante as inúmeras consequências advindas desse episódio, para os fins deste trabalho, destaca-se que uma das lições da crise de 2008 foi a de que “o cidadão não tem controle algum sobre seu dinheiro e está à mercê das arbitrariedades dos governos e de um sistema bancário cúmplice e conivente” (ULRICH, 2014, n.p.), que lança mãos de medidas heterodoxas quando necessárias, a despeito de leis e regulamentos contrários.

Portanto, e como observa Ulrich (2014, n.p.), “este é o paradigma do atual milênio: crescente perda de privacidade financeira; autoridades monetárias centralizadas e opressivas que abusam do dinheiro isentas de qualquer responsabilidade; e bancos cúmplices e coadjuvantes no desvario monetário”, afinal, “os terceiros confiáveis mais poderosos do

---

55 Tradução livre de: “*backed by sovereigns that could never go bankrupt, central banks such as the Bank of England were to be the ‘lender of last resort’ to overcome crisis of confidence*”.

56 Ulrich (2014) ilustra que “anos de crédito farto e barato levaram a um superaquecimento da economia americana, em especial no setor da construção civil, inflando uma bolha imobiliária de proporções catastróficas”. Afora isso, “com o imbróglio das hipotecas de alto risco (os *subprimes*) e o consequente “aperto da liquidez” (o *liquidty crunch*), o setor financeiro logo congelou, os preços dos ativos despencaram – em especial os do setor imobiliário – e os grandes bancos do mundo ocidental viram-se praticamente insolventes”.

mundo e, portanto, os mais perigosos, são os megabancos que dominam a nossa economia”<sup>57</sup> (VIGNA; CASEY, 2016, p. 312).

É nesse cenário de desconfiança a respeito da autoridade central dos bancos e de todo o sistema financeiro mundial que surgem as criptomoedas, não sendo mera coincidência o fato de o protocolo *Blockchain* do *Bitcoin* haver sido divulgado um mês depois do ápice da quebra do *Lehman Brothers*, pois “como mostraram os eventos de 2008, o modelo de todas as outras nações também é vulnerável a falhas de confiança”<sup>58</sup> (VIGNA; CASEY, 2016, p. 22). A filosofia de contestação do sistema bancário<sup>59</sup>, que inspirou o surgimento das criptomoedas, fica ainda mais evidente no comunicado divulgado por Satoshi Nakamoto, nos primeiros dias de janeiro de 2009, em que informou a realização da primeira transação em Bitcoin chamado de bloco gênese, registrando ainda a manchete do jornal New York Times daquele dia: “*The Times 03/Jan/2009 Chancellor on brink of second bailout for banks*” (ULRICH, 2014, n.p.).

Como as características essenciais da tecnologia do *Bitcoin* foram abordadas quando se tratou da estrutura da *Blockchain* em seção anterior deste trabalho, o próximo passo é diferenciar conceitualmente os termos moedas eletrônicas, moedas digitais, moedas virtuais e criptomoedas, com a finalidade de identificar sua natureza jurídica para fins de posterior análise das possibilidades de regulação, o que será feito em seção específica.

Originada da expressão inglesa *digital money*, as moedas eletrônicas são aquelas utilizadas em operações que apresentam obstáculos para o uso da moeda corrente, como, por exemplo, em transações e-commerce e cartão de crédito. Ela só existe eletronicamente, não admite troca por moeda física e está intimamente ligada à ideia de reservas fracionárias.

Importante destacar que a Lei nº. 12.865/2013, que trata, entre outros, do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SBP), conceitua como moeda eletrônica “recursos armazenados em

57 Tradução livre de: “*the world’s most powerful trusted third parties, and thus the most dangerous ones, are the megabanks that dominate our global economy*”.

58 Tradução livre de: “*as the events of 2008 showed, every other nation’s model is also vulnerable to breakdowns of trust*”.

59 De acordo com Vigna e Casey (2016, p. 13), “o rápido desenvolvimento da criptomoeda é, de certa forma, uma peculiaridade da história: lançado no meio da crise financeira de 2008, o bitcoin ofereceu uma alternativa a um sistema - o sistema financeiro existente - que estava explodindo e ameaçando derrubar alguns bilhões de pessoas com isso. Dentro de alguns anos, todo um movimento de contracultura se formou em torno das criptomoedas para girar e continua em torno delas. Sem essa crise expondo dolorosamente as falhas do sistema financeiro do mundo, é difícil dizer onde estaria o bitcoin hoje”. Tradução livre de: “*cryptocurrency’s rapid development is in some ways a quirk of history: launched in the throes of the 2008 financial crisis, bitcoin offered an alternative to a system—the existing financial system—that was blowing itself up and threatening to take a few billion people down with it. Within a few years, an entire counterculture movement formed around cryptocurrencies to revolve and it has continued around them. Without that crisis painfully exposing the flaws of the world’s financial system, it’s hard to say where bitcoin would be today*”.

dispositivo ou sistema eletrônica que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”.

Por sua vez, o significado de moedas digitais deriva da expressão *digital currency*, compreendendo “aquelas que dependem da internet para serem transacionadas” (FOBE, 2016, p. 47), razão pela qual a internet é a única plataforma que possibilita sua existência, não podendo ser objeto de troca posterior para moeda física, tendo apenas parâmetro de conversão monetária com a moeda corrente. Sua utilidade, portanto, está na garantia de realização de transações instantâneas, de nenhum ou baixo custo e sem fronteiras territoriais (FOBE, 2016, p. 50).

Desse modo, Fobe (2016, p. 50) aponta que moeda digital é gênero, do qual são espécies a moeda virtual e a criptomoeda. Para a autora, moedas virtuais são utilizadas em uma “comunidade específica e possuem valor mesmo sem a conversibilidade. Ou seja, o objetivo último de deter uma moeda virtual não é, como ocorre com as digitais, convertê-la em Dólar, Euro ou Real. A moeda virtual possui valor por si só”. Por isso que, o objetivo desse tipo de moeda virtual não é permitir a aquisição de bens ou serviços no mundo físico, mas, sim, permitir a realização de transações exclusivamente no ambiente virtual<sup>60</sup>.

Criptomoedas, de seu turno, “são instrumentos monetários virtuais na medida em que não existem fisicamente. Sua emissão e posterior circulação são feitas integralmente via ciberespaço” (FOBE, 2016, p. 53), com utilização de linguagem computacional que utiliza algoritmo e criptografia a partir da criação de seu código principal. Colocá-la em circulação depende do processo de mineração por atores privados – “como se houvesse ‘veios’ de metal precioso escondidos em alguma caverna virtual e cada um dos usuários fosse, por meio de senhas, códigos ou tentativas ‘resgatando’, ‘minerando’ cada uma de suas unidades” (FOBE, 2016, p. 53).

Desse modo, e segundo Revoredo (2018, pp. 26-27), “criptomoedas são um novo ativo (digital e com alcance global), garantido por algoritmos criptográficos executados em um *Blockchain* de código aberto”, permitindo o desenvolvimento de uma nova economia que utiliza “ativos criptográficos e protocolos descentralizados como facilitadores da produção, distribuição e consumo de bens e serviços em um mundo digital e descentralizado”.

---

60 Fobe (2016, p. 51) traz como exemplos de moeda virtual “desde sistemas de pontuação oferecidos por lojas (bônus cujo valor é estabelecido por um ente central – um supermercado, por exemplo – e cuja utilização resume-se aos bens disponíveis naquele contexto – ou seja, os pontos não podem ser trocados por dinheiro no caixa, eles têm de ser trocados por produtos) e valores acumulados em jogos de RPG online”.

A partir destas distinções conceituais torna-se necessário verificar a natureza jurídica das criptomoedas, se constituem ativos financeiros ou se são meros objetos dotados de valores monetários ou, ainda, se efetivamente podem ser consideradas moeda (dinheiro), mesmo que não dotadas da imposição legal.

Tanto para o Fundo Monetário Internacional (2018), quanto para a Receita Federal do Brasil (2019), criptomoedas classificam-se como ativo financeiros, que não constituem moeda de curso legal, devendo ser chamados de criptoativos, na medida em que são entendidos como a “representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos” (RFB, 2019), que devem ser informados para fins de controle e, possivelmente, incidência de imposto de renda, sob pena de cobrança de multas.

Há autores que classificam as criptomoedas como *commodities*, equiparando-as ao regime jurídico do ouro. Nesse sentido, Selgin (2013) diz que o *Bitcoin*<sup>61</sup> é uma “*commodity* sinestética elástica”, que pode servir de base para que sistemas monetários funcionem sem a necessidade de uma autoridade central.

Suda (2012), ao analisar o *Bitcoin* a partir dos postulados da teoria austríaca sobre o conceito de dinheiro e suas funções, conclui que – muito embora a criptomoeda possua baixo custo de transação, atenda os requisitos da origem catalítica do dinheiro e supere os obstáculos da praxeologia<sup>62</sup> como meio de troca –, ele ainda não pode ser considerado como moeda corrente, pois ainda lhe falta a liquidez necessária para ser considerado reserva de valor e porque não é universalmente aceito. Assim, no atual estágio de desenvolvimento econômico, Suda classifica a criptomoeda como meio de troca, não podendo ainda ser caracterizado como dinheiro.

Finalmente, a partir da constatação de que moeda deve ser entendida como a característica de um “bem econômico ser empregado indefinidamente como meio de troca, independentemente de sua liquidez frente a outros bens monetários e de seus possíveis usos alternativos”, Ulrich (2014) conclui que o *Bitcoin* possui, sim, natureza jurídica de moeda, fato que é comprovado por sua larga e crescente utilização em trocas comerciais.

---

61 Importante esclarecer que é comum na literatura a utilização das expressões criptomoedas e Bitcoin como sinônimas, tendo em vista ser este o primeiro tipo surgido no mundo.

62 Em termos econômicos, praxeologia é o estudo da ação humana em relação ao mundo exterior (MISES, 2010, p. 125).



Em que pese o respeitável e fundamentado posicionamento em sentido contrário, concorda-se com o entendimento de Ulrich no sentido de que as criptomoedas devem ser classificadas como moeda, sobretudo porque atendem os requisitos da teoria catalática do dinheiro, gozando de amplo emprego para a aquisição de bens e serviços das mais variadas ordens no mercado, além de promover revolução econômica paradigmática.

Isso fica evidente quando se depara com o volume de transações com criptomoedas realizadas ao redor do mundo nos últimos anos. Com base em Revoredo (2018), observa-se que nas Filipinas o volume triplicou no curto lapso de doze meses, chegando a US\$ 6 milhões no ano de 2017; na Nigéria, a cifra alcançou a marca de US\$ 50 milhões; e, no ano de 2018, o Brasil alcançou o montante de R\$ 13,971 bilhões de transações.

O *Bitcoin* permanece como a criptomoeda de maior valor no cenário econômico atual<sup>63</sup>, porém, não é a única. Enquanto Fobe (2016) afirma que existem em circulação cerca de 740 tipos de criptomoedas, Revoredo (2018) aponta que criptomoedas e *token*<sup>64</sup> somados atingem 2.249 espécies diferentes.

Como explicam Neel Mehta et. all. (2019, p. 64), “Bitcoin não é a única moeda na cidade. Existem mais de 2000 criptomoedas concorrentes, conhecidas como Altcoins, cada uma com seus próprios recursos e sua própria *blockchain* para registrar pagamentos”<sup>65</sup>, sendo

---

63 De acordo com o site *Coinmarketcap*, que divulga a cotação e o volume de transações ao redor do mundo envolvendo criptomoedas, no início de janeiro de 2020 o Bitcoin havia ultrapassado US\$ 23 bilhões negociados em apenas um dia.

64 Lewis (2018) explica que podemos ser mais específicos e usar o termo *cryptoasset*. A propriedade de qualquer conjunto de criptografia, seja uma criptomoeda ou um *token*, é investida na pessoa que possui a chave privada que corresponde ao endereço ao qual o *token* está associado. Essa chave privada permite que essa pessoa - o proprietário - crie e assine transações liberando o *token* e atribuindo-o a outra pessoa. Em alguns aspectos, os criptoativos são como ativos do portador - se você possui a chave privada, ela é sua. As regras das cadeias de bloqueio exigem que, para que um *token* seja enviado (ou seja, se um pagamento for feito), a transação deve incluir a assinatura digital relacionada ao endereço atual do *token*. Essa assinatura digital é validada por todos os participantes da rede blockchain. A assinatura digital atua como um único ponto de autenticação para sinalizar que realmente é o proprietário do endereço que está fazendo a instrução de pagamento. [...] Os *tokens* de moeda são ativos nativos de blockchain destinados a serem usados como dinheiro. Redes classificadas como moedas geralmente não têm muitos ‘recursos’ além daqueles necessários para definir e transferir o ativo blockchain nativo”. Tradução livre de: “we can be more specific and use the term *cryptoasset*. Ownership of any *cryptoasset*, whether it is a *cryptocurrency* or a *token*, is vested in the person who has the private key that corresponds to the address with which the *token* is associated. This private key allows that person—the owner—to create and sign transactions releasing the *token* and assigning it to someone else. In some respects, *cryptoassets* are like bearer assets—if you hold the private key, it is yours. The rules of blockchains require that if a *token* is to be sent (i.e., if a payment to be made), the transaction must include the digital signature related to the *token*’s current address. This digital signature is validated by all of the blockchain network participants. The digital signature acts as a single point of authentication to signal that it really is the address owner who is making the payment instruction. [...] Currency tokens are native blockchain assets intended to be used as money. Networks classified as currencies typically do not have many ‘features’ beyond those necessary to define and transfer the native blockchain asset”.

65 Tradução livre de: “Bitcoin isn’t the only cryptocurrency in town. There are well over 2000 competing cryptocurrencies, known as altcoins, each with its own features and its own blockchain for recording payments”.

que num período de apenas dois anos, o protagonismo do *Bitcoin* em volume de transações saiu de 90% do mercado para apenas 50%.

Com efeito, os autores contam que em 2016 houve a primeira divisão do *Bitcoin*, surgindo a primeira *Altcoin* denominada de *Bitcoin Cash*, cujo criador foi Mike Hearn. No entanto, a segunda criptomoeda de maior relevância nos dias atuais é a *Ether* da rede *Ethereum*, que funciona na *Blockchain* homônima e tem como principal funcionalidade servir de estrutura tecnológica para os *smart contracts* e outras funcionalidades (MEHTA et. all., 2019, p. 67).

“A visão da *Ethereum* é criar um computador mundial que não pode ser parado, resistente à censura, autossustentável e descentralizado [...] que cria transações *Ethereum* contendo dados sobre moedas *Ether* (ETH) registradas na *blockchain* da *Ethereum*”<sup>66</sup> (LEWIS, 2018, n.p.).

E o diferencial dessa rede é que “transações *Ethereum* podem conter muito mais do que dados de pagamento, e os nós na rede *Ethereum* são capazes de validar e processar muito mais do que simples pagamentos”, como transações que criam contratos inteligentes – pequenos bits de lógica geral de uso que são armazenadas nessa *Blockchain* e executam tarefas automaticamente a partir do envio de *Ether* (LEWIS, 2018, n.p.).

Wright (2017, n.p.) aponta a rede *Ripple*, e sua respectiva moeda XRP, como a mais promissora dos últimos anos, tendo em vista a utilização para transferência de moeda<sup>67</sup> de maneira ágil e com baixo custo de transação, entre diferentes países. “Esse é um ambicioso objetivo para eliminar o uso de antigos sistemas como *Western Union* ou *SWIFT*, levando vantagem porque as transferências levam no máximo 4 segundos para execução e verificação”<sup>68</sup>.

---

66 Tradução livre de: “*The vision of Ethereum is to create an unstoppable, censorship resistant, self-sustaining, decentralised, world computer. [...], which creates Ethereum transactions containing data about Ether coins (ETH) recorded on Ethereum’s blockchain*”.

67 Para realizar a operação, bastam os seguintes passos: 1. Tenha algum XRP disponível em sua carteira. O XRP é o mesmo, por exemplo, que uma carteira de bitcoin. Compre o XRP em uma bolsa e, em seguida, troque-os para o seu bem. 2. Insira ou não o endereço correto. Se você fornecer o que você deseja ou não para um código QR, basta seguir as instruções simples que você deve fazer e não fazer a sua escolha. 3. Digite o valor e envie. A recomendação deve ser verificada em alguns segundos e estará pronto”. Tradução livre de: “*1. Have some XRP available in your wallet. XRP wallets are the same as, for example, bitcoin wallets. Buy XRP on an exchange and then transfer them to your wallet. 2. Scan or enter the recipient’s address. Whether they provide you with the hashed wallet address or a QR code, just follow the simple instructions on your wallet of choice and you’ll be done in no time. 3. Enter the amount and send. The transaction should be verified in a few seconds and you’re done*” (WRIGHT, 2017, n.p.).

68 Tradução livre de: “*This is an ambitious goal meant to eliminate the use of older systems like Western Union or SWIFT, because the transfers take a maximum of 4 seconds to execute and verify*”.

Outra importante característica é que “a plataforma Ripple e a moeda por ela aceita dão maior legitimidade e, do ponto de vista do investidor, podem ser mais recomendáveis”<sup>69</sup>, embora sua principal finalidade não seja se tornar uma forma de pagamento propriamente dita, mas apenas um mecanismo de conversão monetária para deixar a transferência mais fácil e segura (WRIGHT, 2017, n.p.).

De seu turno, também é necessário mencionar a criptomoeda *Litecoin*, que surgiu em 2011 em consequência do trabalho de um engenheiro do *Google*, diferenciando-se do *Bitcoin* porque: reduziu o tempo de confirmação das transações para apenas 2,5 minutos, enquanto o do *Bitcoin* é de 10 minutos; é dotada de maior segurança porque o tempo reduzido torna mais difícil a ocorrência de gasto duplo; e suas unidades superam em quatro vezes aquelas que poderão ser mineradas no *Bitcoin*, podendo chegar a 84 milhões de moedas (WRIGHT, 2017, n.p.).

Por sua vez, buscando superar algumas falhas do *Bitcoin* relacionadas à possibilidade de rastreamento, foi criada a *Altcoin Monero*, cuja essência buscar ser privada e anônima em sua totalidade através da utilização da tecnologia *CryptoNote* para escurecer a identidade de quem envia e de quem recebe todas as transações. Como esclarecem os autores, várias pessoas são listadas como possíveis remetentes em cada transação, para que ninguém consiga determinar quem realmente enviou o dinheiro. Essa técnica, chamada de assinatura em anel, obscurece a identidade do remetente. A identidade dos destinatários são obscurecidas através de endereços secretos”<sup>70</sup> (MEHTA et. all., 2019, p. 75).

Seja pelo volume de transações realizadas, seja pela diversidade de criptomoedas existentes no mundo, a constatação óbvia é a de que esse ativo financeiro tem provocado mudanças profundas no sistema econômico mundial. De acordo com Davidson et all. (2017, p. 3), até o surgimento do *Bitcoin* o estudo das instituições econômicas do capitalismo compreendia mercados, empresas, governos, leis, contratos, direitos de propriedade etc. “Mas desde 2009, há um mecanismos adicional para um grupo de pessoas coordenar suas atividades econômicas, isto é, através do mecanismo institucional de uma *Blockchain*”<sup>71</sup>.

Para os autores, a *Blockchain* e suas criptomoedas servem não apenas como indutores de uma nova revolução na produtividade, como um dia fizeram a eletricidade, os

---

69 Tradução livre de: “the Ripple platform and coin being accepted by banks gives the process legitimacy and, at least from an investor’s standpoint, can be a little more reassuring”.

70 Tradução livre de: “multiple people are listed as potential senders for each transaction, so nobody can determine who really sent the money. This technique, called ring signatures, obscures the sender’s identity. Recipients’ identities are obscured by using stealth addresses”.

71 Tradução livre de: “but since 2009, there is an additional mechanism for a group of people to coordinate their economic activity, i.e. through the institutional mechanism of a blockchain”.

transitores e a internet, mas também e principalmente constituem “uma nova tecnologia institucional, então o que há é uma nova espécie de coordenação econômica”<sup>72</sup>, resultando em um novo tipo de reorganização na coordenação das atividades econômicas com a vantagem de reduzir os custos de transação<sup>73</sup> (DAVIDSON et al., 2017, p. 8).

Especialmente no tocante aos sistemas de pagamento, cediço que “se os sistemas de pagamento resultam em altos custos de transação, os benefícios potenciais da troca podem nunca se materializar. [...] sem sistemas de pagamento adequados, não haveria troca”<sup>74</sup>(FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 62), problema que é comumente verificado em transações envolvendo remessa internacional de dinheiro, seja pelo tempo despendido para a conclusão, sejam pelas altas taxas cobradas pelas instituições financeiras.

Uma possível solução para esse problema, através da utilização de criptomoedas, é a iniciativa *Ripple* que permite aos bancos a troca de fundos de uma moeda para outra em uma fração de segundos e sem custos. Em razão dessa funcionalidade, “um número crescente de instituições financeiras nos Estados Unidos, Alemanha e Austrália começaram a integrar, experimentalmente, o protocolo *Ripple* em suas respectivas infraestruturas de pagamento”<sup>75</sup> (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 64).

Essa criptomoeda também permite que as camadas mais pobres da população possam fazer remessa de dinheiro para suas famílias localizadas em outros países, com baixo custo, baixo custo e de forma mais ágil. Como exemplo, destaca-se a iniciativa da *startup* americana 37Coins que, utilizando *Bitcoins*, consegue fazer remessas internacionais de

72 Tradução livre de: “*a new institutional technology, then what we have is the arrival of a new species of economic coordination*”.

73 Como exemplo, os autores apontam que “com pagamentos em criptomoeda, o recurso relevante é a profunda mudança arquitetônica na forma como os pagamentos funcionam, agora totalmente ponto a ponto. Isso tem custos, incluindo transações irreversíveis (embora para alguns isso seja um benefício poderoso). Mas os benefícios estão relacionados ao que não é mais necessário, ou seja, permissão corporativa ou governamental, monitoramento e regulamentação de finanças privadas (substituída por uma carteira criptográfica que pode pagar a qualquer pessoa, em qualquer lugar, que também tenha uma carteira). Dessa forma, os ganhos de produtividade advêm dos ganhos de eficiência organizacional ao eliminar camadas de atividade que não são mais necessárias porque terceiros confiáveis não são necessários ou que podem ser alcançados com mais eficiência usando recursos nativos na pilha da tecnologia blockchain”. Tradução de: “*with cryptocurrency payments the relevant feature is the deep architectural change in how payments work, now entirely peer-to-peer. That has costs, including transactions being irreversible (although for some that is a powerful benefit). But the benefits relate to what is no longer required, namely corporate or government permissioning, monitoring, and regulation of private finances (replaced by a crypto wallet that can pay anyone, anywhere, who also has such a wallet). As such, the productivity gains come from the organizational efficiency gains from stripping out layers of activity no longer needed because trusted third-parties are not required, or that can be achieved more efficiently using native capabilities in the blockchain technology stack*”.

74 Tradução livre de: “*if payment system entails high transaction costs, potential benefits from trade may never materialize. [...] without proper payment systems, there would be no trade*”.

75 Tradução livre de: “*a growing number of financial institutions in the United States, Germany, and Australia have begun to integrate Ripples’s protocol into their respective payment infrastructure on an experimental basis*”.

dinheiro através de telefones celulares de modelos básicos (VIGNA; CASEY, 2016, p. 188), estando em larga expansão em países da África como Mali e Costa do Marfim.

Uma aplicação das criptomoedas no âmbito financeiro<sup>76</sup> pretende resolver o grave problema relacionado à exclusão de cerca de 5 bilhões de pessoas ao redor do mundo, que não conseguem acessar e utilizar os serviços bancários tradicionais<sup>77</sup>, pois não conseguem abrir contas comuns ou de poupança, não conseguem cartões de crédito, enfim, estão completamente à margem da economia global (VIGNA; CASEY, 2016, p. 186). Como demonstrou Nseke (2018), as criptomoedas têm sido utilizadas a partir do sistema Luno na África, aumentando o volume do comércio e protegendo a população dos graves efeitos inflacionários de economias frágeis como as do Zimbábue e Sudão do Sul. No mesmo continente, a empresa BitPesa, sediada no Quênia, oferece um sistema de transferência de dinheiro que funciona em quase uma centena de bancos. Assim, concluiu o autor que o estudo “proporcionou várias vantagens do uso de criptomoedas, como baixo custo de transação, baixo nível de entrada e rapidez mundial [...] Vários fatores foram considerados no caso dos países africanos para analisar se a criptomoeda é essencial para o crescimento econômico”<sup>78</sup> (NSEKE, 2018, p. 8).

Outra interessante utilização das criptomoedas diz respeito à proteção da população contra instabilidade inflacionária da moeda em países com economias frágeis, na medida em que “Bitcoin é protegido contra instabilidades específicas do país ou questões

---

76 Tapscott e Tapscott (2016, pp. 91-92) aduzem que as dificuldades de substituição tecnológica criadas com um novo paradigma tecnológico é ainda mais complicada no sistema financeiro, “porque não houve uma transição clara entre uma tecnologia e a outra; existem múltiplas heranças tecnológicas, algumas de centenas de anos, nunca aproveitando o seu potencial máximo”, circunstância que é agravada pela evidente situação de monopólio no setor. Para os autores, “não somente os bancos tradicionais (por exemplo, Bank of America), mas também as companhias de cartão (Visa), bancos de investimento (Goldman Sachs), bolsas de valores (NYSE), câmaras de compensação (CME), serviços de remessa (Wester Union), seguradoras (Lloyd’s), escritórios de advocacia (Skadden, Arps), bancos centrais (Federal Reserve), gestores de ativos (BlackRock), auditoras (Deloitte), consultorias (Accenture) e operadores de commodities (Vitol Group) compõem esse leviatã expansivo. As engrenagens dos intermediários poderosos do sistema financeiro que consolidaram o capital, influencia e, muitas vezes, impõem o monopólio da economia para fazer o sistema funcionar, mas também o desaceleram, adicionam custos gerando benefícios exagerados para si próprios. Por causa de sua posição de monopólio, muitos operadores não têm qualquer incentivo para melhorar os produtos, aumentar a eficiência, promover a experiência do consumidor ou atrair a próxima geração”.

77 Tapscott e Tapscott (2016, p. 218) dizem que “cerca de 15% da população nos países da OCDE não tem nenhuma relação com uma instituição financeira, com países como o México tendo 73% da população sem conta bancária. Nos Estados Unidos, 15% da população acima de quinze anos de idade, ou 37 milhões de americanos, não possuem conta bancária”.

78 Tradução livre de: “has provided several advantages of using cryptocurrencies such as low transaction cost, low level of entry, and worldwide quickness [...] Several factors were considered in the case of African countries to analyze whether cryptocurrency is essential for economic growth”.

econômicas; os cidadãos podem optar por armazenar suas economias em Bitcoin ou convertê-lo em outra moeda mais estável”<sup>79</sup> (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 63).

Kazan et. all. (2015) destacam, ainda, cinco empresas que a partir da utilização de criptomoedas estão modificando suas áreas de atuação, com a entrega de valor para usuários e mercados. São elas: CEX.io – *Bitcoin Brokerage*, que atua na compra e venda de criptomoedas, tornando-a isenta de custos; BitPesa – *Bitcoin Desintermediator*, que utiliza *Bitcoin* como um meio alternativo de pagamento; Blockchain.info – *Bitcoin Service Provider & Informediary*, que oferece criptomoedas para engenheiros que fazem curadoria do sistema; KnCMiner – *Bitcoin Producer*, que administra centrais de mineração de criptomoedas, produzindo novas unidades; e Sirious Money – *Bitcoin Transitioner* que transforma moedas fiduciárias em *Bitcoin*.

Wright (2017) traz algumas ideias que podem utilizar as criptomoedas no desenvolvimento de atividades profissionais. Com o aquecimento das transações envolvendo o *Bitcoin*, é possível se tornar um corretor de criptomoedas no mercado, instalar uma central de mineração de criptomoedas, ser um consultor ou auditor de sistemas de *Blockchain* e, até mesmo, desenvolvedor de *softwares* e aplicativos que usam a tecnologia como substrato de seus negócios.

Finalmente, para Neel Mehta et. all (2019), as criptomoedas podem ser utilizadas para pagamento, investimento e outras pequenas transações envolvendo transferência de dinheiro, como, por exemplo, doações.

O largo e crescente potencial das criptomoedas, como já era de se esperar, despertou a atenção de vários organismos regulatórios ao redor do mundo, os quais estão envolvidos em várias iniciativas, algumas capitaneadas por organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), Fundo Monetário Internacional (FMI) e Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), para que seja encontrada a melhor forma de tratar juridicamente essa nova realidade econômica global.

#### 2.4.3 Perspectivas de sua regulação no direito estrangeiro e nacional

Schumpeter (2003, p. 82), ao discorrer sobre o processo evolutivo intrinsecamente ligado à própria natureza do capitalismo, diz que “o ponto essencial a entender é que, ao lidar

---

79 Tradução livre de: “*Bitcoin is shielded from country-specific instabilities or economic issues, citizens can choose to store their savings in bitcoin or convert bitcoin into other more stable currencies*”.

com o capitalismo, estamos lidando com um processo evolutivo [...], é por natureza um forma ou método de mudança econômica e não apenas nunca é, e jamais poderá ser, estacionário”<sup>80</sup>.

Esse fenômeno de constante evolução, continua o autor, constitui o impulso fundamental que mantém o capitalismo em movimento, alimentado de dentro para fora a partir dos novos consumidores, dos novos meios de produção e organização do mercado, resultando em uma constante revolução da estrutura econômica com a destruição do antigo e criação do novo. “Esse processo de destruição criativa é o fato essencial sobre o capitalismo. É nisso que o capitalismo consiste e em que toda preocupação capitalista tem que viver”<sup>81</sup> (SCHUMPETER, 2003, p. 83).

A permanente evolução, especialmente em áreas que experimentam mudanças com maior velocidade como a tecnológica, promove desarranjos institucionais no Direito, na medida em que “as categorias tradicionais do Direito, público ou privado, nem sempre permitem um encaixe perfeito às novas tecnologias (BAPTISTA; KELLER, 2018, p. 124), residindo nisso o desafio que se enfrenta na regulação de inovações disruptivas. Para as autoras, as formas pelas quais o Estado interage, por meio da regulação, com a tecnologia ocorre por meio das seguintes relações: i) de equivalência; ii) de instrumentalidade; iii) de incentivo; e iv) de normatização. Para o que interesse ao presente trabalho, destacam-se as relações de equivalência e de normatização.

Pelas relações de equivalência, importa compreender que a própria estrutura da tecnologia traz em si mesma uma dose de regulação. “A internet é um ambiente regulado em si mesmo, através dos códigos e critérios que estabelecem seus limites físicos e virtuais. [...] Na Internet, o código é a lei e é o que determina e de fato regula comportamentos” (BAPTISTA; KELLER, 2018, p. 129). É a própria arquitetura da rede que naturalmente condiciona o comportamento do usuário, pois “assim como o Direito, a tecnologia tem uma capacidade similar para influenciar nos comportamentos individuais. A tecnologia fornece meios para as pessoas fazerem coisas que elas seriam incapazes de fazer de outra forma”<sup>82</sup> (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 194).

“Como a *Blockchain* depende do código para definir sua operação, os governos podem optar por regular como os desenvolvedores criam aplicativos baseados em *Blockchain*

---

80 Tradução livre de: “*the essential point to grasp is that in dealing with capitalism we are dealing with an evolutionary process [...], is by nature a form or method of economic change and not only never is but never can be stationary*”.

81 Tradução livre de: “*This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in*”.

82 Tradução livre de: “*as with law, technology has a similar capacity to influence in a individual’s behavior. Technology provides a mens for people to do things that they would be unable to do otherwise*”.

e contratos inteligentes, a fim de influenciar como esses sistemas são usados e como esses sistemas se desenvolvem”<sup>83</sup> (FILIPPI; WRIGHT, 2018, p. 181).

Por outro lado, a relação de normatização que existe entre tecnologia e regulação “é aquela em que a tecnologia figura como objeto da regulação, pelo exercício do poder regulador propriamente dito” (BAPTISTA; KELLER, 2018, p. 131). Ou em outras palavras, “a regulação da tecnologia opera na prática como resposta de uma bolsa de estudo jurídica ao chamado de sociólogos e filósofos para pensar como podemos influenciar a forma que os complexos sócio-técnicos assumem”<sup>84</sup> (MOSES, 2013, p. 6).

Nesse contexto, o questionamento a ser respondido é se o Estado pode ou deve reagir, por meio da regulação, aos contextos de mudanças intensas como é aquela proporcionada pela inovação tecnológica, sobretudo diante do problema informacional e do problema de poder, que se relacionam à oportunidade, ao momento, à forma e à justificativa da regulação (BAPTISTA; KELLER, 2018, p. 132).

Especificamente no tocante às moedas derivadas da *Blockchain*, é bom lembrar que as criptomoedas operaram sob o radar por vários anos, permitindo certo nível de anonimato, sonegação fiscal e liberdade da burocracia (MEHTA et. all., 2019, 118). Contudo, cada vez mais os organismos internacionais e os países têm se preocupado em estabelecer contornos mínimos para um ambiente legal consistente em uma base global (MEDEIROS, 2019, p. 77).

Em função da extrema dificuldade de definição da natureza jurídica das criptomoedas, aliada à sua utilização em uma variedade de ilícitos nos primeiros estágios de sua existência, “a solução mais simples para essas dores de cabeça regulatória seria banir completamente as criptomoedas, e foi isso que muitos países fizeram. Rússia, Tailândia, Vietnã, Equador, Bolívia, Bangladesh e Quirgistão proibiram totalmente o seu uso”<sup>85</sup> (MEHTA et. all., 2019, 119).

Todavia, em razão da importância do tema e do aumento no volume de negócios, evidenciando que as criptomoedas são uma rentável opção para o desenvolvimento de novas atividades, o cenário mundial mais recente apresenta inclinação para a aceitação, o incentivo e

83 Tradução livre de: “*Because blockchains rely on code to define their operation, governments could choose to regulate how developers create blockchain-based applications and smart contracts so as to influence how these systems are used and how these systems develop*”.

84 Tradução livre de: “*technology regulation operates in practice as legal scholarship’s answer to the call of sociologists and philosophers to think about how ‘we’ can influence the form that socio-technical complexes take*”.

85 Tradução livre de: “*the simplest solution to these regulatory headaches is to ban cryptocurrencies outright, and that’s exactly what many countries have done. Russia, Thailand, Vietnam, Ecuador, Bolivia, Bangladesh, and Kyrgyzstan outright banned all use of cryptocurrencies*”.



a abertura jurídica para a utilização desse tipo monetário, apesar da miríade de classificações encontradas mundo afora<sup>86</sup>. No Brasil, Austrália e Bulgária, elas são tidas como ativos financeiros; na Austrália, Singapura, Holanda e Noruega, ativo imaterial; dinheiro eletrônico no Líbano; na Alemanha e Noruega, são instrumentos financeiros; meios de pagamento na Alemanha, no Reino Unido, na Suíça, Canadá, Estados Unidos, Finlândia, Hong Kong, Irlanda e Suécia; moeda nos Estados Unidos e na Irlanda; na Croácia, são moedas virtuais; na França, assumem a condição de propriedade privada; consideram-se serviço em Singapura, Finlândia, França e Polônia; sistema de pagamento em Espanha; substituto monetário na Rússia e unidade de conta na Áustria (FOBE, 2016, pp. 70-74).

Até hoje no Brasil, não se tem legislação regulando a matéria, existindo somente o PL 2.303/2015 e o PL 2.060/2019, ambos da Câmara de Deputados, que ainda se encontram nos estágios embrionários de tramitação. Além disso, verificam-se apenas orientações expedidas pelo Banco Central, aliando-se às normativas do Fundo Monetário Internacional mencionadas acima, da Receita Federal através da Instrução Normativa nº 1.888/2019, também já abordada, alguns esclarecimentos da Comissão de Valores Mobiliários acerca da proibição de fundos mobiliários aportarem capital em empresas de criptomoedas (Ofício Circular 01/2018).

Sem embargo da imperdoável demora do Congresso Nacional em oferecer uma resposta adequada para um fenômeno econômico tão relevante, espera-se que a estratégia legislativa a ser promulgada pelo Brasil “adote um quadro jurídico flexível, adaptável à evolução e ao surgimento de novas tecnologias ou novos modelos de negócio que delas podem surgir” (MEDEIROS, 2019, p. 78), de modo a não asfixiar o desenvolvimento de tão relevante tecnologia no mercado brasileiro.

Por outro lado, enquanto não houver regulação legal sobre a matéria no país, os parâmetros normativos dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência e os direitos da declaração de liberdade econômica em vigor, assim como os postulados de defesa da concorrência praticável elencados nos arts. 36 e ss. da Lei 12.529/2011 devem ser utilizados para o tratamento de controvérsias no âmbito judicial e administrativo. O que não se pode é, a pretexto de ausência de lei sobre o tema, impedir o desenvolvimento de atividades negociais lícitas com a utilização da tecnologia, aqui inseridas as transações comerciais com criptomoedas.

---

<sup>86</sup> Para um panorama completo a respeito de cada país mencionado, sugerem-se as obras de FOBE (2016) e REVOREDO (2018), as quais se debruçaram detalhadamente no estudo detalhado acerca da regulação das criptomoedas em vários países da América, Europa, África e Ásia.

### 3 O DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL: princípios, escopos e sua importância para o desenvolvimento

Ao lado do natural entrave decorrente da ausência de regulação oficial sobre a matéria - circunstância que, por si só, desestimula o surgimento de atividades econômicas pautadas em novas tecnologias como a Blockchain<sup>87</sup> -, uma das grandes barreiras enfrentadas pelas iniciativas disruptivas diz respeito às práticas anticoncorrenciais dos tradicionais agentes econômicos, que, sob ameaça de perda ou redução de sua fatia de mercado<sup>88</sup>, praticam atos com a finalidade de impedir ou dificultar a entrada dos novos competidores.

A sociedade informacional vem colocando em xeque conceitos econômicos arraigados no âmbito jurídico há séculos, promovendo reflexão acerca do conteúdo e do alcance de institutos tradicionais, como, por exemplo, o direito de propriedade, o significado de moeda e a própria estrutura hierarquizada típica do capitalismo industrial. Em virtude disso, já era de se esperar uma reação contrária às novas tecnologias e suas infinitas aplicações, razão pela qual em períodos de transição paradigmática como o atual<sup>89</sup>, revela-se indispensável a existência de um ambiente normativo que dê respaldo aos estágios iniciais de desenvolvimento das novas atividades econômicas, merecendo especial destaque, no tema de criptomoedas, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e a própria teoria do Direito Antitruste<sup>90</sup>.

Os princípios constitucionais da ordem econômica desempenham a função de escopo normativo que permitirá a tutela jurídica das novas tecnologias baseadas em Blockchain, pelo menos enquanto perdurar o vácuo regulatório acerca da matéria.

---

87 O conceito e a estrutura da tecnologia Blockchain, base para o surgimento das criptomoedas, serão objeto de análise no segundo capítulo desta pesquisa.

88 De acordo com Grau (2012, p. 29), o mercado deve ser compreendido “como uma instituição social, um produto da história, uma criação histórica da humanidade (correspondente a determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas), que veio servir (e serve) os interesses de uns (mas não os interesses de todos), uma instituição política destinada a regular e a manter determinadas estruturas de poder que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sobre os interesses de outros grupos sociais. Neste sentido, tanto o Estado como o mercado são espaços ocupados pelo poder social, entendido como o poder político nada mais do que uma certa forma daquele”. Mais adiante, o autor afirma que “o mercado não é uma instituição espontânea, natural – não é um *locus naturalis* – mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; e um *locus artificialis*”.

89 Como será visto no segundo capítulo, acredita-se que atualmente está em curso a chamada Terceira Revolução Industrial, cujas características foram fundamentais para o surgimento das criptomoedas.

90 Como observa Saito (2016, p. 198), “a revolução tecnológica e o surgimento da Economia da Informação trouxeram profundas mudanças sobre a sociedade e sobre as formas de interação humana. Nesse contexto, inúmeros debates tem se travado no tocante à intervenção antitruste em setores da nova economia que, por conta de suas particularidades, acabam trazendo complicações à tradicional análise antitruste de cunho neoclássico”.

Por essa razão, o desafio que se apresenta passa necessariamente pela reinvenção das instituições econômicas tradicionais, ou em outras palavras, pela releitura da estrutura normativa econômica, de modo que interpretações restritivas não sejam utilizadas para asfixiar as novas atividades e seus agentes promotores. É devido a esse objetivo que o presente capítulo será organizado em três partes: na primeira, serão abordados a ordem constitucional econômica e os dois princípios mais relevantes para a sociedade informacional; na segunda, será apresentado o panorama acerca do Direito Antitruste no país, destacando seu conceito, seus fundamentos e escopos; por fim, na terceira parte será apresentada a relação entre Direito Antitruste e desenvolvimento, este identificado como o processo de expansão das capacidades.

### 3.1 A ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA NO BRASIL

Embora o senso comum afirme que a principal característica do liberalismo econômico seja a autorregulação do mercado, vez que não haveria espaço para a intervenção do Estado no domínio econômico, a leitura científica correta da proposição liberal, especialmente a originada em Adam Smith<sup>91</sup>, compreende que “sociedade de mercado livre e intervenção não são termos que se excluem; ao contrário, ao se combinarem, possibilitam condições ideais de liberdade e igualdade de concorrência” (SOUSA, 2011, p. 48). O destaque que precisa ser feito, no entanto, diz respeito ao modelo de intervenção realizado e aos interesses até então tutelados, propriedade privada e obrigatoriedade dos contratos, finalidades que eram alcançadas através da “forma pela qual os sistemas liberais se estruturaram com base nas constituições-garantia e na racional construção do Direito privado, segundo códigos dotados da racionalidade formal de que falava Max Weber” (NUSDEO, 2001, p. 200).

Para Gomes (2004, pp. 24-25), o modelo econômico de Adam Smith funcionou até quando conseguiu se manter atomizado, ou seja, com pequenas unidades produtoras de bens e serviços, desfrutando de mecanismos endógenos que evitavam crises econômicas relacionadas com escassez ou excesso de oferta. Contudo, na virada do século XX, “o regime

---

91 Fazendo uma leitura correta da teoria de Adam Smith, Sousa (2011, p. 52) aduz que “a sociedade não prescinde do Estado; ao contrário, há tarefas que devem ser cumpridas necessariamente pelos agentes estatais. O primeiro dever que Smith atribui ao Estado é relativo à proteção da sociedade contra invasões estrangeiras, defesa essa que só poderia ser realizada com uma força militar de ordem pública. A segunda tarefa do Estado está relacionada com uma eficiente administração da justiça, promovendo proteção de todos os membros da sociedade contra a injustiça e ataques de outros membros. [...] o terceiro e último dever do Estado, que se relaciona com a criação e a manutenção de instituições que trazem benefícios à sociedade, quais sejam os serviços e instituições públicas que facilitem o comércio da sociedade e do comércio em geral, bem como os que visam a promover a instrução do povo”.

de economia atomizada começa a desfalecer-se em torno de unidades produtoras de expressivo porte [...] capazes de gerar, em poucos instantes e sobre o mesmo controle, grandes impérios do capital”, surgindo os oligopólios e monopólios, cuja característica preponderante é a concentração do poder econômico nas mãos de poucos agentes privados.

É ao final da Primeira Guerra Mundial que a faceta mais perversa da concentração econômica aparece, pois “o mundo se depara com uma crise econômica sem precedentes, que inicialmente abala o mercado e a economia americana, mas que se espalha por outros países”, culminando com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929 (SOUSA, 2011, p. 73). Assim, e sem prejuízo de outras relevantes causas da Grande Depressão, o fato é que a concentração econômica contribuiu em grande medida para as crises cíclicas do capitalismo, vez que promoveu escassez de produtos e serviços, abalou a credibilidade das instituições econômicas e ampliou a saturação do processo de acumulação de capital (HABERMAS, 1999, p. 39).

Passa-se, a partir daí, de um Estado meramente garantidor da propriedade e dos contratos para um Estado intervencionista<sup>92</sup>, que dispõe de instrumentos capazes de promover o atendimento dos interesses da coletividade através da influência exercida nas esferas privadas de decisão econômica. A heterorregulação, representada pela intervenção do Estado no domínio econômico<sup>93</sup>, ocupa o lugar da autorregulação, impondo limites ao livre funcionamento do mercado com vistas à construção de uma democracia econômica e social (GOMES, 2004, pp. 31-32).

Essa preocupação estatal com a economia fica evidente na Constituição mexicana de 1917, na Constituição alemã de 1919<sup>94</sup>, na Lei Fundamental soviética de 1918, na Constituição italiana de 1947 e na Carta espanhola de 1978 (NUSDEO, 2001, pp. 201-202),

---

92 Para Forgioni (2012, p. 76), com a Crise de 1929, “o Estado é chamado a impulsionar a máquina econômica e o faz intervindo em diversos setores, oferecendo crédito para a produção industrial, incentivando a produção agrícola, intervindo no setor bancário e de seguros, planejando o comércio exterior etc. Assim, muito embora sempre se tenha verificado a atuação do Estado na economia, a partir do início do século XX, a quantidade de normas emanadas aumentou sensivelmente, de forma a fazer ver uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática. O Estado passa a dirigir o sistema, com o escopo de evitar crises”.

93 De acordo com Moreira Neto (1994), a atuação do Estado na ordem econômica pode ocorrer: i) com a imposição de limitações ao exercício das liberdades individuais (aspecto estático dos direitos econômicos); ii) com intervenções incidentes sobre os processos econômicos (aspectos dinâmicos); iii) fomento público, pelo qual há estímulo à atuação privada em assuntos que possuam algum ponto de interesse público.

94 Nusdeo (2001, pp. 201-202) registra que a Constituição de Weimar, “com seu célebre capítulo sobre a Vida Econômica, foi paulatinamente imitada, embora com conteúdo diverso, por outras cartas que se lhe seguiram em vários países do mundo. [...] os autores alemães falam, assim, numa constituição econômica (*Wirtschaftsverwaltung*), a qual daria as bases para a ação do Estado na vida econômica, mediante o também chamado por eles de Direito Administrativo da Economia (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*), cristalizando-se aos poucos essa ideia de os Estados modernos terem uma constituição econômica, formada não apenas por capítulos especialmente dedicados à matéria, mas igualmente por dispositivos de igual endereçamento esparsos ao longo de seus textos”.

chegando, inclusive, em terras brasileiras com a Constituição de 1934. O fenômeno passou a ser identificado como o nascimento do Direito Econômico enquanto um ramo autônomo do direito, assim entendido como “o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica” (FORGIONI, 2012, p. 77), não apenas para corrigir as falhas de mercado, mas igualmente para tutelar valores sociais, éticos e políticos, mediante “a busca de justiça social, por meio de controle e da conformação da ordem econômica” (GOMES, 2004, p. 34).

Além de ramo do Direito, o Direito Econômico também deve ser visto como método, que “consiste precisamente em se utilizar de todo o conhecimento quanto à mecânica funcional dos sistemas econômicos” para que o ordenamento jurídico seja analisado como um todo, distinguindo-se “os processos econômicos nele embutidos, seus reflexos na vida social, individual e familiar, as relações de coordenação de submissão ou de dominação que engendram, em suma o todo social inserido nesse quadro jurídico mais amplo” (NUSDEO, 2001, p. 206).

Em resumo, pode-se afirmar com base em Moreira (1979, p. 41) que Constituição econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que asseguram específicos valores de dado sistema econômico, além de instituir certa forma de organização e funcionamento da economia, constituindo ou propiciando a realização de uma determinada ordem econômica concreta.

Essa ordem econômica, diz Grau (2012, p. 65), possui uma ambiguidade intrínseca. Pode ser compreendida como “o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto)”. Paralelamente, pode ser entendida como “expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos”. Noutros termos, é possível afirmar que se trata do “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. [...] Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica”, no mundo do ser (GRAU, 2012, p. 74)<sup>95</sup>.

---

95 Em contundente crítica acerca do termo, Grau (2012, p. 84) registra que: “finalidade dos conceitos jurídicos é a de ensejar a aplicação de normas jurídicas. Não são usados para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas. Sucede que o conceito de ordem econômica constitucional não permite, não ensaja, não viabiliza a aplicação de normas jurídicas. Logo, não é um conceito jurídico. Presta-se

Como bem sintetiza Gomes (2004, p. 76), a ordem econômica é a ordem jurídica da economia, “ordem econômica normatizada, positivada, objeto cultural direcionado à disciplina (jurídica) do fenômeno econômico e incluída nas Constituições em face da suma importância do tema para a organização e desenvolvimento” da vida econômica.

Na Constituição Federal de 1988, a ordem econômica - que não se limita aos enunciados topograficamente constantes dos arts. 170 e ss., mas se encontra espalhada em diversas passagens do texto constitucional<sup>96</sup> – é composta por regras e princípios, sendo estes divididos em: princípios liberais, ou estatutários, e princípios de intervenção, ou conformadores (GOMES, 2004, p. 82). Ou na acepção de Barroso (2001, pp. 193-197), fala-se em princípios de funcionamento e princípios-fins. Os de natureza liberal são “aqueles que garantem uma esfera de isenção do particular perante a ação estatal”, destacando-se a livre iniciativa econômica e o direito à propriedade privada. De seu turno, os de matiz intervencionista “demandam a ação estatal positiva e conformadora da realidade econômica e social”, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a livre concorrência (GOMES, 2004, pp. 82-85).

Desse aparente conflito de princípios supostamente antagônicos<sup>97</sup> – diz-se aparente porque a análise funcional da ordem econômica, segundo a qual o direito é instrumento para a consecução de políticas públicas para o atendimento do interesse coletivo, desfaz o argumento acerca da incompatibilidade entre eles<sup>98</sup> –, é possível afirmar que: i) o

unicamente a indicar, topologicamente, no texto constitucional, disposições que, em seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica (mundo do ser). Cuida-se, pois, de conceito ancilar da Dogmática do Direito e não do Direito”.

96 De acordo com Benacchio (2018, pp. 237-238), “é impossível circunscrever a Constituição Econômica apenas ao seu conteúdo formal constante do artigo 170 e seguintes da carta constitucional, porquanto a ordem econômica constitucional decorre do conjunto das normas constitucionais não se circunscrevendo à somente um fragmento específico, ainda que essa parte conste com forte grupamento de normas a respeito. [...] o regramento jurídico da atividade econômica está disposto de modo multifacetado na Constituição Federal. A previsão contida no Título VII encerra o sentido estrito ou formal da ordem constitucional ao passo que normas constitucionais previstas fora do referido capítulo são o sentido amplo ou material de ordem constitucional”.

97 Nas palavras de Grau (2012, pp. 190-191), “de um lado, não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional. De outro lado, sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas. A admitir-se a ocorrência de contradições entre elas – ‘princípios e soluções contraditórias’, como refere Raul Machado Horta – por força hão de ser elas eliminadas, seja para afirmar-se que umas não são válidas (ou não se aplicam a determinados casos), seja as interpretando de modo adequado e suficiente à superação da contradição ou contradições. Apenas a segunda alternativa é, todavia, praticável, até porque a primeira nos conduziria ao absurdo de termos que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma neoliberal, outra intervencionista e dirigista”.

98 Para Benacchio (2018, p. 241), “as atuais democracias ocidentais ostentam valores contraditórios que acabam por ingressar na ordem constitucional, repercutindo no fato do ordenamento jurídico tornar-se um problema a ser solucionado a partir da comunicação dessas situações contrastantes por meio de uma dogmática constitucional

Brasil consagra um regime de mercado organizado; ii) há clara opção pelo tipo liberal do processo econômico, que “só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico”; iii) a Constituição “contempla a economia de mercado”, repudiando o dirigismo, porém, acolhendo o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor”; e iv) a Constituição é capitalista, mas “a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social, e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado” (GRAU, 2012, pp. 188-189).

A conformação da ordem econômica do mundo do ser pela ordem econômica do mundo do dever ser significa que qualquer atividade econômica somente será admitida como válida se exercida segundo as regras e os princípios previstos no texto constitucional, dentre os quais a livre iniciativa e a livre concorrência, que por serem os mais relevantes para este trabalho merecem maior atenção nas linhas a seguir.

### 3.1.1 O princípio da livre iniciativa

Há muito se sabe que em razão da concepção normativa da Constituição, todas as suas normas, inclusive os princípios, são espécies normativas dotadas de juridicidade, assim entendida como “a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou, ainda, de associar algum tipo de consequência ao descumprimento da norma”, possuindo, portanto, natureza imperativa (BARCELLOS, 2008, pp. 36 e 49).

Se num primeiro momento histórico o conceito de princípio estava ligado às características fluidas, abstratas e genéricas de sua estrutura, contemporaneamente os princípios identificam-se pela possibilidade de serem aplicados mediante ponderação com outras normas, sendo verdadeiros “mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas (ALEXY, 1997, p. 86).

Por essa razão, Ávila (2011, p. 91) afirma que princípios “são normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de

---

fluida que permite o diálogo entre valores opostos para se extrair em cada situação concreto o que deverá prevalecer”. Afinal, como bem adverte Eros Grau (2012, p. 192), “todo esse conjunto de princípios, portanto, há de ser ponderado, na sua globalidade, se pretendemos discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômicos. A Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços”.

comportamentos necessários a essa realização”, possuindo eficácia interna direta e indireta, assim como eficácia externa objetiva e subjetiva.

Primeiramente, eles possuem eficácia interna porque definem o sentido e o valor de outras normas do mesmo sistema jurídico. No plano da eficácia direta, “os princípios exercem função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras”. Quanto à eficácia interna indireta, os princípios podem exercer as funções definitória<sup>99</sup>, interpretativa<sup>100</sup> e bloqueadora<sup>101</sup>, a depender do contexto em que tiverem sido aplicados (ÁVILA, 2011, pp. 97-98).

No tocante à eficácia externa objetiva, diz-se que os princípios atuam também sobre a compreensão adequada dos fatos e das provas, pois “não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente”, podendo atuar seletivamente ou argumentativamente. E, finalmente, a eficácia externa subjetiva apregoa que “ao estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível” (ÁVILA, 2011, p. 102).

Feita essa breve, porém, indispensável, digressão doutrinária acerca do conceito e eficácia dos princípios, registre-se que a livre iniciativa<sup>102</sup> foi alçada pelo legislador

---

99 Função definitória ocorre quando os princípios “delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo, os subprincípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva deverão especificar, para soluções mais concretas, a abrangência do sobreprincípio da segurança jurídica” (ÁVILA, 2011, p. 98).

100 “Em relação às normas de abrangência mais restrita, os (sobre) princípios exercem uma função interpretativa, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos. Por exemplo, o princípio do devido processo legal impõem a interpretação das regras que garantem a citação e a defesa de modo a garantir efetividade aos interesses do cidadão. [...] Essas considerações qualificam os princípios como decisões valorativas objetivas com função explicativa (*objektive Wertentscheidung mit erläuternder Funktion*), nas hipóteses em que orientam a interpretação de normas constitucionais ou legais” (ÁVILA, 2011, p. 98).

101 “Os princípios exercem uma função bloqueadora, porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido. Por exemplo, se há uma regra prevendo a abertura de prazo, mas o prazo previsto é insuficiente para garantir efetiva protetividade aos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido em razão da eficácia bloqueadora do princípio do devido processo legal” (ÁVILA, 2011, p. 98).

102 O registro histórico identifica que “a livre iniciativa foi garantida inicialmente na França revolucionária, visando à abolição das limitações e privilégios corporativos, herdados da Idade Média, que cerceavam o exercício de profissões e atividades econômicas” (SARMENTO, 2018, p. 302). Em complemento, Garcia e Tavares (2016, p. 151) anotam que “originalmente, o princípio da liberdade de iniciativa econômica é postulado no édito do Turgot, de 9 de fevereiro de 1776. Em seguida, a livre iniciativa é reafirmada no decreto d’Allarde, de março de 1791, o qual determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício seria livre a qualquer pessoa, desde que esta se provesse previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), bem como pagasse as taxas exigíveis e se sujeitasse aos regulamentos de polícia. [...] Não obstante, ainda no ano de 1791, surgiu o decreto então denominado como *Lei Le Chapelier*, que reiterou o princípio da livre iniciativa ao proibir todas as espécies de corporações de ofício”.



constituente de 1988 como fundamento<sup>103</sup> da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º IV) e como princípio da ordem econômica (CF, art. 170 *caput*).

Ao diferenciar as duas concepções, Grau (2012, p. 198) diz que a leitura do art. 1º IV da CF deve ser realizada tomando a livre iniciativa não “como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”. De seu turno, a livre iniciativa enquanto princípio da ordem econômica somente se perfaz adequadamente quando consagra o trabalho humano com objeto a ser valorizado.

Para além da compreensão de que se trata apenas de “princípio estruturante da ordem jurídica capitalista, que preconiza a liberdade dos agentes privados – indivíduos, coletividades e empresas – para empreenderem atividades econômicas, no ambiente do mercado” (SARMENTO, 2018, p. 302), a livre iniciativa deve ser entendida também como resistência ao poder e reivindicação por melhores condições de vida ou, noutras palavras, “podemos descrever a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado” (GRAU, 2012, p. 199), na medida em que o homem livre pressupõe o conhecimento acerca da possibilidade de reivindicação de alternativas de conduta (sensibilidade) e do acesso aos meios adequados (acessibilidade).

Sem embargos de posições mais conservadoras<sup>104</sup> acerca do real sentido do princípio em comento, a concepção adotada neste trabalho é a de que a livre iniciativa configura “liberdade de atuar e de participar do mercado, seja produzindo, vendendo ou adquirindo bens e serviços, ou, ainda, alienando sua força de trabalho, uma vez que estabelece, *a priori*, uma liberdade econômica que antecede a sua regulação pelo Estado”, sendo típica do sistema capitalista de mercado (TIMM, 2008, p. 104). Também é válida a ideia de que “livre iniciativa tem a ver com a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica”, além da “proteção contra formas de atuação na concorrência que eliminem o jogo do mercado, criando obstáculos ao acesso e permanência nas atividades econômicas”,

---

103 “A opção política da Constituição, ao estabelecer a valorização do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República, elevou o princípio da livre iniciativa ao patamar dos princípios políticos constitucionalmente conformadores (ou princípios constitucionais fundamentais), os quais se caracterizam por refletir a ideologia dominante da Constituição, cuja densidade é refletida nos demais preceitos e, por isso, figuram como paradigmas a serem observados a partir da interpretação de toda a Constituição” (GARCIA; TAVARES, 2016, p. 159).

104 Por todos, destaca-se a lição de Silva (2005, p. 794), segundo a qual a liberdade de iniciativa econômica não poderia significar outra coisa senão liberdade de desenvolvimento da empresa em conformidade com os limites previamente estabelecidos pelo poder público, razão pela qual seu exercício somente pode ser considerado legítimo quando atendido o interesse da justiça social, rechaçando-se sua concepção de atendimento puro ao lucro e realização pessoal do empresário.

conceitos que exprimem as duas facetas<sup>105</sup> da livre iniciativa: liberdade pública e liberdade privada (NUSDEO, 2002, pp. 234-235).

Sobre esse último aspecto, Nusdeo (2002, p. 236) complementa afirmando que “a livre iniciativa indica a questão do acesso ao mercado tanto do capital quanto do trabalho”, pois como é um valor social integrante da ordem econômica, resta justificada “a criação de leis de proteção à concorrência<sup>106</sup>, para manter as condições – mercados competitivos – nas quais a livre iniciativa, enquanto meio de assegurar a todos existência digna, se possa expressar”.

É porque a ordem econômica está centrada na atividade privada, e não nas mãos do Estado, que a livre iniciativa abre as portas para o surgimento e desenvolvimento de atividades econômicas baseadas em novas tecnologias, assegurando, pois, “a espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Essa espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fato estrutural que não pode ser negado pelo Estado (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 77).

Como os mercados livres “são motores de produtividade econômica (SUNSTEIN, 1997, p. 3), “o funcionamento regular de um mercado competitivo tende a ser instrumento mais eficiente para a captação e satisfação das necessidades e preferências de um universo plural de pessoas do que a atuação de qualquer autoridade pública” (SARMENTO, 2018, p. 304).

Não se está a dizer – e isso é fundamental que seja bem esclarecido – que a livre iniciativa possui caráter absoluto<sup>107</sup> e incondicional na ordem econômica brasileira, na medida em que o próprio rol de princípios estampados no art. 170 da CF rechaça a noção de Estado

105 Coelho (2014, pp. 66-68) identifica a livre iniciativa sob dois vetores. De um lado, impõe um freio à intervenção do Estado na economia; de outro, serve para coibir determinadas práticas empresariais. O primeiro vetor dirige-se ao Estado, orientando-o a não interferir inadequadamente na economia, dificultando ou impedindo a formação e o desenvolvimento de atividades econômicas; o segundo volta-se aos empresários em geral, proibindo práticas comerciais incompatíveis com a livre concorrência.

106 Em esclarecimento, Nusdeo (2002, p. 237) afirma que “o princípio da livre iniciativa relaciona-se à proteção das oportunidades dos empreendedores no mercado, sobretudo os menores. Conforme já analisado, a progressão do sistema de livre mercado tende ao fenômeno da concentração, com a expulsão de parte dos agentes e a diferenciação da escala de produção, surgindo, aí, o poder de mercado entre os concorrentes. Nesse sentido, as leis de proteção à concorrência muitas vezes voltam-se ao objetivo de reprimir a tendência dos agentes mais fortes de abusarem de seu poder, tentando dominar os mercados ou impondo condições restritivas àqueles mais fracos. Mantêm, assim, a possibilidade de os pequenos empreendedores ocuparem determinados nichos na atividade econômica e exercerem a liberdade de escolha entre a iniciativa própria e a locação de sua força de trabalho.

107 Grau (2012, p. 201) alerta que “no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.

libertário no campo econômico, colocando em igualdade de importância a valorização do trabalho humano, a justiça social, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais (SARMENTO, 2018, p. 303). É por causa disso que Benacchio (2018, p. 239) afirma que “a ordem econômica brasileira segue modelo intervencionista diretivo cuja finalidade é assegurar o exercício da livre iniciativa e a atividade econômica privada a partir da possibilidade de livre tomada de decisões”, conjugando-a, logicamente, com a realização do lucro e o progresso social.

O balanceamento dos princípios, portanto, “legitima a intervenção estatal na economia não apenas para corrigir as chamadas ‘falhas de mercado’, como também para promover outros objetivos fundamentais, como a igualdade substantiva e da justiça social” (SARMENTO, 2018, p. 303), afinal, “do ponto de vista do moderno Estado intervencionista, o funcionamento do mercado não é encarado como um jogo de ‘soma-zero’ em que os participantes estão colocados na situação em que o que uns ganham é o que os outros perdem (MONCADA, 2007, p. 38).

Dito isso, é possível sintetizar a livre iniciativa de acordo com os seguintes sentidos: i) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico), dando ao cidadão a faculdade de criar e explorar determinada atividade econômica a título privado (liberdade pública), sem sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei; e ii) liberdade de concorrência, outorgando ao cidadão a faculdade de conquistar sua clientela, desde que não pratique concorrência desleal (liberdade privada), proibindo, no entanto, formas de atuação que violem a concorrência, além de impedir o Estado de agir quando os concorrentes estiverem em igualdade de condições (GRAU, 2012, pp. 201-202).

### 3.1.2 O princípio da livre concorrência

Erigida à condição de princípio da ordem econômica pelo art. 170 IV da CF, a livre concorrência tem sua importância em virtude da existência fenomenológica do poder econômico, que nas palavras de Grau (2012, p. 206) “é não apenas um elemento da realidade, porém, um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio”. É porque existe poder econômico que caminha naturalmente para concentração econômica que se justifica o tratamento constitucional da matéria, de modo a autorizar o Estado a coibir, por meio do direito da concorrência, manifestações nocivas à liberdade concorrencial. A esse respeito, Salomão Filho (2007b, p. 150) assevera que “o poder

econômico é o elemento constitutivo do direito concorrencial. É da existência do primeiro que se cria a necessidade de presença do último”.

Ressalte-se que a preocupação do legislador constituinte não foi especificamente com o poder econômico em si. Na verdade, a repressão existe ao exercício abusivo desse poder, como é possível verificar na literalidade do art. 173 §4º da Constituição Federal de 1988, na medida em que “a livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – ‘livre jogo das forças de mercado, na disputa da clientela’ – supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal” (GRAU, 2012, p. 206).

É dizer, a ordem econômica constitucional não pretende acabar com o poder econômico (supondo que isso fosse possível) e tampouco reprimir a desigualdade fática que resulta da busca pela clientela, pois certa medida de desigualdade é inafastável em um regime de livre iniciativa, servindo, na verdade, para gerar a rivalidade corporificada na livre concorrência (GRAU, 2012, p. 100).

Se é certo que uma concepção ultrapassada deste princípio identificava-o como sinônimo da livre iniciativa (SILVA, 2005, p. 773), atualmente não há dúvidas de que a livre concorrência não é um corolário natural ou mero desdobramento da livre iniciativa, configurando, em verdade, um caráter instrumental daquela, “na medida em que constitui um dos elementos a balizar seu exercício, a fim de que ela seja exercida dentro de suas finalidades sociais, mantendo condições propícias à atuação dos agentes econômicos” (NUSDEO, 2002, p. 237). Assim, embora próximos, cada um dos princípios possui conteúdo próprio.

Para Ferraz Junior (1989, p. 79), a livre concorrência “trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações de pluralidade quanto de fluidez. É esse elemento comportamental – a competitividade<sup>108</sup> – que a define”. Por isso que o princípio “costuma ser identificado com a liberdade de atuar nos mercados buscando a conquista de clientela, com a expectativa de sua aplicação levar os preços de bens de serviços, fixados pelo jogo dos agentes em disputa<sup>109</sup>, a níveis razoavelmente baixos” (NUSDEO, 2002, p. 238).

---

108 Hovenkamp (1985, p. 13) aduz que o principal objetivo das leis antitruste é assegurar a competição dos mercados, que deve ser entendida como o cenário em que os preços não sejam excessivos, por um lado, mas sejam suficientes para cobrir os custos das empresas, por outro, de maneira que sejam adequadamente mantidos os incentivos para inovação.

109 Conforme observado por Almeida (2004, p. 111), “a livre concorrência força, assim, uma melhor competitividade entre aqueles que exploram uma mesma atividade, o que resulta na melhora do preço, ou, ainda, no desenvolvimento de tecnologias mais avançadas para conquistar a clientela do outro. Percebe-se que a livre concorrência estimula, assim, em face da competitividade, um maior desenvolvimento do país e uma busca no aprimoramento da atividade econômica, uma vez que é necessária uma constante atualização para um concorrente não ser superado por outro”.

Além dessa preocupação com a igualdade de condições mínimas de concorrência, o princípio também se compagina com a ideia de liberdade de acesso<sup>110</sup> e de permanência no mercado (Salomão Filho, 2007, p. 36), não apenas perante os concorrentes, mas também livre acesso perante os consumidores (PROENÇA, 2001, p. 5).

Demais disso, reconhece-se que a existência de um mercado competitivo amplia o direito de escolha do consumidor, promove redução dos preços dos produtos e serviços e, também, forja o aumento da qualidade em proveito da coletividade. Nas palavras de Sarmiento (2018, p. 305), a competição produz “melhoria alocativa da economia, ao fazer com que os preços dos produtos correspondam aos valores que a sociedade lhes atribui, assim como na eficiência produtiva das empresas, que são levadas a reduzir os seus custos”, e igualmente aperfeiçoar os bens e serviços que colocam no mercado.

Diante dessas considerações, e da mesma forma que demonstrado para a compreensão da livre iniciativa, o princípio da livre concorrência também possui uma dimensão de liberdade pública e outra de liberdade privada. A primeira volta-se ao Estado, proibindo-o de estabelecer restrições excessivas que obstem o ingresso do agente econômico ou sua atuação livre no mercado. A segunda impõe “ao Poder Público que atue sobre o mercado, para proteger a sua higidez, prevenindo e coibindo abusos do poder econômico e práticas anticoncorrenciais, como a formação de monopólios, oligopólios, cartéis etc” (SARMENTO, 2018, p. 306).

Essa atuação estatal, aliás, em virtude da natureza transversal e abrangente do princípio da livre concorrência, que irradia efeitos sobre outras áreas da economia, “deve orientar a atuação do Estado em todas as esferas, e também servir ao controle de atuação dos agentes econômicos”, razão pela qual “a identificação ‘automática’ e, de certa forma, até ‘exclusiva’ da livre concorrência com as hipóteses normativas previstas” na Lei 12.529/2011 não é a mais adequada (QUEIROZ, 2018, pp. 223 e 232), pois a livre concorrência “tem natureza multifária, isto é, se manifesta de diferentes modos e em diferentes momentos (repressão, prevenção e precaução), em microssistemas distintos (antitruste, penal, contratual etc) e por meio de órgãos distintos”, que se comunicam e se inter-relacionam. Como bem observa o autor, “estruturas legais e regulamentares devem ser criadas (ou repensadas)” em

---

110 Na concepção de Salomão Filho (2007, p. 36), “consequência direta dessa concepção, imanente ao objetivo declarado na Constituição e na lei de defesa da livre concorrência, é a preocupação com estruturas ou práticas que possam limitar ou falsear a igualdade de condições mínimas em suas duas vertentes, liberdade de acesso e liberdade de permanência no mercado. A liberdade de acesso ao mercado também é salvaguardada pela proteção da liberdade de iniciativa que, como os demais princípios, é previsto em sede constitucional [...] Limitadora da liberdade de acesso é a existência de barreiras (naturais ou artificiais) à entrada de concorrentes”.

consonância com a compreensão atual do instituto, reclamando-se, ainda, a construção de uma “cultura geral de incentivo à competição que deve ser incorporada socialmente por meio de incentivos institucionais e educativos” (*ob. cit.*).

A racionalidade que justifica essa postura reside na inegável constatação de que mercados de concorrência perfeita não existem, na medida em que os agentes econômicos possuem a tendência natural de caminhar para a concentração<sup>111</sup> e, de conseguinte, para o exercício abusivo do poder econômico com vistas à maximização do lucro. E o Direito Antitruste constitui o arcabouço normativo utilizado pelo Estado para fazer valer a saudável competição no mercado.

Dada a enorme grandeza do significado, objetivos e condutas do Direito Antitruste, faz-se necessária a realização de um recorte para dimensionar adequadamente a abordagem da matéria aos limites do presente trabalho, o que será realizado no próximo item.

### 3.2 DIREITO ANTITRUSTE: conceito, fundamentos e principais escopos<sup>112</sup>

Atualmente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cuja previsão normativa assenta-se especialmente na Constituição Federal e na Lei 12.529/2011, não tem como objetivo apenas a repressão às infrações à ordem econômica, conjugando, também, as finalidades de prevenir atos de concentração, desenvolver e promover os postulados da concorrência e efetivar bens jurídicos nas esferas social e política (QUEIROZ, 2019).

Em virtude disso, “a terminologia direito da concorrência se mostra inadequada porque traz em si a ideia de que o fim primordial (senão único) da repressão ao abuso do poder econômico é proteger a livre concorrência” (GOMES, 2014, p. 67), finalidade não mais aceita pela doutrina da matéria porque, como delineado nos próximos parágrafos desta pesquisa, a livre concorrência não é um valor absoluto e muito menos puro, sendo necessário

---

111 Precisa é a observação de Comparato (1967, p. 32): “É a partir do liberalismo econômico que a necessidade de uma disciplina específica da concorrência no mercado apresenta-se como problema à espera de solução jurídica. Posto o princípio de liberdade de acesso ao mercado, mister se fazia impedir que esta liberdade degenerasse em licença, com prejuízo da própria concorrência. Se o jogo era doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse, que as regras do jogo fosse respeitadas. Nascia daí um conjunto de normas específicas, no bojo do Direito Comercial, cujo fundamento era a princípio a defesa dos interesses dos próprios comerciantes”.

112 Por motivos didáticos, optou-se por não analisar, nesta seção, as condutas descritas como infrações à ordem econômica pelo art. 36 da Lei 12.529/2011. Essa específica análise, e somente com relação às práticas relacionados ao caso sob estudo, será realizada no último capítulo desta pesquisa, momento adequado para responder à pergunta se o encerramento unilateral das contas bancárias das corretoras de criptomoedas constitui infração à concorrência, bem como se a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica serviram para a efetivação do Direito Antitruste no Brasil.

perseguir a concorrência praticável. Logo, concorda-se com a conclusão segundo a qual “a expressão Direito Antitruste deve prevalecer, porque melhor traduz a natureza, o conteúdo e a finalidade de suas normas” (GOMES, 2014, p. 68).

Feito esse registro, e sem embargo de pontuais referências à noção de concorrência desde a Antiguidade grega, observa-se que somente a partir do Séc. XVIII que o liberalismo econômico transforma a ideia de mercado, que deixa de ser apenas o local ou a reunião de pessoas, e passa a ser “a arena na qual os agentes não apenas trocam, mas competem livremente por oportunidades de trocas”, momento em que a força concorrencial passa a desempenhar o papel organizador do modelo de alocação de recursos em sociedade (FORGIONI, 2012, p. 57). É nesse período que a concorrência torna-se solução ideal para conciliar liberdade econômica individual e interesse público, sem a necessidade de intervenção estatal, uma vez que “a existência do livre mercado seria assegurada sem que se precisasse de maior atuação exógena” (FORGIONI, 2012, p. 59).

A História, no entanto, registrou que a ampla liberdade dos agentes econômicos resultou em concentração de capital e exercício abusivo de poder econômico<sup>113</sup>, os quais prejudicaram a preservação e o funcionamento do mercado, como, por exemplo, a figura do *corporate trust*<sup>114</sup> utilizada por John Rockefeller na consolidação do império petrolífero americano por meio da *Standard Oil Trust*.

O marco temporal da evolução do Direito Antitruste desta época foi a promulgação do *Sherman Act* de 1890 nos Estados Unidos, como resposta a três fatores da vida econômico-social norte-americana. Segundo Salomão Filho (2007, pp. 68-70), o fortalecimento e a grande concentração industrial ocorridas após a guerra civil, o descontentamento do setor agrário com a expansão das estradas de ferro comandadas por

---

113 Nusdeo (2002, p. 59) diz que “a intervenção estatal na economia teve por base, além da ocorrência de imperfeições de mercado, a suscetibilidade do sistema capitalista a crises cíclicas, que não podiam ser solucionadas pelo simples jogo das forças do mercado. Com isso, o Estado Liberal passou a assumir paulatina e assistematicamente funções com relação à economia – não concebidas originariamente – voltadas à correção de tais crises.

114 De acordo com Queiroz (2018, p. 47), “tratava-se de um acordo comercial de controle indireto de firmas individuais, inspirados em instrumento pré-existentes do Common Law e elaborado pelo advogado Samuel Calvin Tait Dodd, para driblar eventuais obstáculos burocráticos à concentração do poderio da indústria petrolífera nas mãos da *Standard Oil*. O artifício desenvolvido (“*corporate trust*”) se tornaria popular e passaria a ser utilizado por inúmeras firmas durante a Revolução Industrial. O movimento antitruste nasce, justamente, com o caso *Standard Oil* em 1890 por meio do qual o Judiciário determinou a dissolução do acordo e a cisão da companhia. A partir de então as grandes firmas passaram também a ser denominadas de ‘*trusts*’, mas independente do sentido original daquele arranjo corporativo e com uma conotação pejorativa. ‘*Antitrust*’ seria, assim, o termo utilizado para combater os ‘*trusts*’. Curioso notar que o surgimento de um movimento concentracionista coincidiu, exatamente, com a ideia de utilização de mecanismos contratuais para burlar impedimentos jurídicos e de normas estaduais que, indiretamente, funcionavam como obstáculos à concentração de poder econômico.

empresários do norte do país e, por fim, a velocidade da transformação da economia americana a partir de 1865 que propiciou concentração de capitais, “foram, sem dúvida, determinantes do movimento antitruste e decisivos para a promulgação do *Sherman Act*”.

Segundo Salomão Filho (2007, p. 74), “o *Sherman Act* é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o ‘excessivo poder econômico do mercado’. É essa sua única preocupação”. Nesse período histórico não havia preocupação com a proteção do concorrente contra práticas desleais do outro concorrente, o que somente foi manifestado na edição posterior, já em 1914, do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act*. No primeiro diploma normativo, houve a definição de condutas que deveriam ser tidas como desleais (discriminação de preços, contratos de exclusividade etc); no segundo, criou-se o órgão central da defesa da concorrência na figura da *Federal Trade Commission*, incumbindo-lhe do poder de criar novas práticas desleais, na análise do caso concreto, a partir da interpretação dos dispositivos legais existentes.

Carvalhosa (1971, p. 89) observa que, até antes do *Sherman Act*, as “medidas eram puramente episódicas, supletivas, casuísticas e empíricas, dentro de uma conotação eminentemente pragmática. O Estado não possuía um projeto para conduzir a economia privada através de determinados programas”. Essa concepção, no entanto, sofreu profunda alteração a partir do início do Séc. XX, na medida em que, de acordo com Paula Forgioni (2012, p. 76) “a quantidade de normas aumentou sensivelmente, de forma a fazer ver uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática. O Estado passa a dirigir o sistema, com o escopo de evitar crises<sup>115</sup>”.

Desse modo, é através da utilização das normas antitruste que o Estado, ao direcionar o comportamento dos agentes econômicos, busca a preservação e a condução do mercado, desempenhando a tarefa de implementação de uma política pública. São as chamadas “*técnicas de direção do mercado*” (GRAU, 1981, p. 63).

Ao contrário do que pode parecer, essa intervenção estatal na economia de tipo capitalista não significa dirigismo extremo<sup>116</sup>, nem mesmo poderia ser. Na verdade, ela é

---

115 A autora esclarece que “a atuação conjuntural do Estado, durante o século XIX, não havia sido suficiente para debelar as chamadas crises do capitalismo. Em 1929, após a quarta-feira negra, houve a quase total paralisação dos fatores de produção. Tudo estava estagnado, com a população sofrendo as consequências da crise: desemprego, carestia de produtos de consumo etc. O Estado é chamado a reimpulsionar a máquina econômica e o faz intervindo em diversos setores, oferecendo crédito para a produção industrial, incentivando a produção agrícola, intervindo no setor bancário e de seguros, planejando o comércio exterior etc. (FORGIONI, 2012, p. 76).

116 “A intervenção estatal para o direcionamento dos fatores produtivos em recessão foi legitimada pela doutrina econômica através das ideias do economista John Maynard Keynes. Na doutrina jurídica, entretanto, as dificuldades de enquadramento dessas normas jurídicas particularistas e atípicas para os padrões da doutrina



realizada “mediante utilização de norma destinada a tutelar a livre concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico”, razão pela qual se admite a figura da concorrência-instrumento, segundo a qual a concorrência “não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico” (FORGIONI, 2012, pp. 80-81).

Assim é que se torna possível conceituar Direito Antitruste como “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e à tutela da livre concorrência” (FORGIONI, 2012, p. 83).

### 3.2.1 As Escolas do Direito Antitruste: diálogos necessários para a compreensão da disciplina

No tocante às finalidades ou objetivos do Direito Antitruste, revela-se indispensável o estudo das escolas de pensamento que forjaram o desenvolvimento da disciplina ao longo dos diversos momentos históricos, pois como observa Nusdeo, (2001, p. 121) “a tutela da concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar uma necessária coerência”, daí porque “a miríade de ‘objetivos máximos’ que já foram atribuídos às leis antitruste” varia para cada sistema jurídico e para cada momento histórico (FORGIONI, 2012, pp. 159-160).

Para compreender a evolução do Direito Antitruste nas teorias econômica e jurídica, parte-se do embate teórico ocorrido a partir dos anos 1950 nos Estados Unidos entre as escolas de Chicago e de Harvard.

A principal característica da Escola de Chicago<sup>117</sup>, também conhecida como Escola Neoclássica, é a ênfase à eficiência produtiva, assim entendida “primordialmente como produção a baixo custo, que justifica a obtenção ou manutenção de posições dominantes”

---

liberal foram maiores. Porém, no segundo pós-guerra a perenidade da intervenção do Estado na economia despertou a atenção de alguns juristas para o surgimento de um ramo novo do Direito, um direito econômico. Esse ramo tem por objeto justamente a instrumentalização jurídica da atuação do Estado para a implementação de sua política econômica. Tem por objeto, assim, ordenar, dirigir, organizar e coordenar práticas econômicas tanto para a consecução de finalidades determinadas quanto para a compatibilização de fins conflituosos dentro de uma orientação macroeconômica” (NUSDEO, 2002, pp. 62-63).

117 Salomão Filho (2007b, p. 22) anota que “a chamada ‘Escola de Chicago’ nasce nos anos 50 com os trabalhos de uma economista chamada Aaron Director. Seu trabalho se resume à aplicação, ainda bastante simplificada, da *price theory* ao Direito Antitruste, em uma época em que os estudos econômicos sobre a matéria eram assistemáticos e descritivos. Nos anos 60 e 70 esse trabalho será desenvolvido sobretudo por R. Bork e R. Posner, com aplicação rigorosa da teoria marginalista ao estudo do Direito Antitruste.

(SALOMÃO FILHO, 2007, p. 21), defendendo, ainda, “o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado”, uma vez que “o jogo da concorrência (apto a, por si só, disciplinar o fluxo das relações econômicas) deve desenvolver-se livremente, com o mínimo de interferência estatal” (FORGIONI, 2012, p. 169).

Além disso, “a eficiência econômica pode ser entendida como a busca de eficiência alocativa<sup>118</sup> e de eficiência produtiva<sup>119</sup>, estática ou dinâmica<sup>120</sup>, mediante a redução dos custos<sup>121</sup> de produção, avanço tecnológico e/ou inovação” (GOMES, 2004, pp. 192-193).

Para a Escola de Chicago, “a tutela da eficiência econômica deriva do consenso formado em torno da percepção de que o progresso e o desenvolvimento econômico dependem, em larga medida, da concentração do capital”, que, não raras vezes, é obtida com sacrifício do nível de concorrência (GOMES, 2014, p. 196), razão pela qual quando houvesse eficiência, “a estrutura concentrada deveria ser não somente tolerada como também incentivada” (BRUNA, 1997, p. 68).

Na mesma linha é o registro de Posner (1978, p. 4), para quem as normas de Direito Antitruste somente devem ser aplicadas quando houver ineficiência econômica, ao passo que se a concentração de poder econômico produzir eficiência, ela não apenas deve ser tolerada, mas também incentivada, afinal, a eficiência é o objetivo único do antitruste<sup>122</sup>.

Em resumo do pensamento da Escola Neoclássica, Forgioni (2012, p. 165) afirma que “as imperfeições que se verificam no mercado não são necessariamente danosas a longo prazo. Não seria, pois, oportuno que a política da concorrência tivesse por escopo eliminar

118 Na doutrina norte-americana, Harrison (2000, pp. 29-33) esclarece que eficiência alocativa pode ser compreendida como a produção de um determinado produto ou serviço em quantidade exata àquela que a sociedade deseja consumir, sendo certo que para tanto é necessário que o custo social de produção seja igual ao respectivo preço de venda.

119 Para Salomão Filho (2001, p. 112), “a eficiência produtiva representa o efetivo uso dos recursos pelas empresas. É, portanto, um dado interno de cada empresa, significando o nível de dispêndio necessário para produzir um determinado bem”.

120 Ainda na doutrina norte-americana, diz-se que eficiência dinâmica é o aumento, ao longo do tempo, na produtividade, ou a redução do custo unitário de produção decorrente de incentivos à inovação (KHEMANI, 1999, p. 121).

121 “Para os economistas neoclássicos, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor. [...] Da redução dos custos é derivada diretamente a redução dos preços. A eficiência é associada diretamente ao bem-estar do consumidor. O único princípio norteador do Direito Antitruste passa, então, a ser a proteção do bem-estar do consumidor, no sentido específico definido pelos economistas neoclássicos. Segundo esses teóricos, basta que o Direito Antitruste se preocupe com a eficiência. A distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor é presumida, derivando, necessariamente, da ‘racionalidade’ monopolista” (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 23).

122 “A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sem beneficiaria os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja a o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição (FORGIONI, 2012, p. 169). Por isso, Bork (1993, p. 10) afirma que o Antitruste é uma espécie de *tertium genus*, um híbrido entre direito e microeconomia que resulta em um produto diferente daquele proveniente da análise das duas disciplinas isoladas.

todas as imperfeições”, ao revés, é a permanência de algumas imperfeições que justifica a aceitação de uma concorrência praticável (*workable competition*).

Por outro lado, a Escola de Harvard, também conhecida como Escola Estruturalista, defendia a importância do estudo das estruturas dos mercados individuais como condição e justificativa para a aplicação do Direito Antitruste. De acordo com Salomão Filho (2007, p. 22), “a estrutura do setor determina predominantemente a performance da indústria respectiva. Em uma indústria concentrada as empresas estão protegidas da competição por barreiras à entrada”, como, por exemplo, economias de escala, capital irrecuperável, *know-how* escasso e diferenciação de produtos. Por isso, acrescenta o autor, a preocupação da escola de Harvard “não é voltada para a eficiência, mas sim para a existência efetiva de concorrência”.

A respeito da Escola Estruturalista, Forgioni (2012, pp. 166-167) afirma que a concorrência viável relaciona-se diretamente com a quantidade de agentes econômicos que atuam em determinado setor da economia. “O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado”, de modo que se dê “preferência a uma estrutura mais pulverizada, evitando-se as disfunções”.

Outra importante teoria para a compreensão dos objetivos do Direito Antitruste é a da Escola Ordo-Liberal ou Escola de Freiburg, nascida na Alemanha por volta dos anos 1930, para quem a liberdade desfrutada pelos monopólios e cartéis constituíram um dos grandes motivos para o fracasso econômico da República de Weimar e a ascensão do nazismo. De acordo com Salomão Filho (2007b, pp. 25-26), essa teoria defende que a competição “é fundamento essencial para garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado. A organização ideal da ordem privada é aquela que permite a ‘autocoordenação’ e o ‘autocontrole’. O Direito deve criar as condições para que ambas as garantias se efetivem”. Afirmar-se, então, que a ideia central da teoria representa uma posição intermediária entre “economia de mercado e o socialismo, aceitando a presença necessária da primeira, mas postulando a intervenção normativa do Estado no interesse da proteção dos mais fracos no plano econômico e de uma certa igualdade social, mediante a fixação de regra-quadro”, que é a concorrência dentro de onde o mercado poderá atuar (GOMES, 2004, p. 178).

Para o modelo Ordo-Liberal “não é possível atribuir ao direito concorrencial qualquer tipo de objetivo econômico predeterminado, como a eficiência, por exemplo” (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 26). Em arremate, o autor aduz que na Escola de Freiburg “a vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão

da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar” (*ob cit.*).

E, por fim, a maior contribuição da Escola Ordo-Liberal para a finalidade desta pesquisa está na ideia segundo a qual na análise das posições de poder sobre o mercado, o fundamental é verificar a existência, ou não, de barreiras à entrada de outros competidores em um determinado segmento econômico, pois esse tipo de barreira “é um dos maiores males de qualquer sistema concorrencial, pois limita a liberdade de escolha tanto de consumidores quanto de produtores” (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 28).

Mais recentemente, a perspectiva europeia da concorrência passou a estar intimamente atrelada às diretrizes do Tratado de Maastricht, que criou a União Europeia. Forgioni (2012, pp. 178-179) assevera que a concorrência não é um fim em si, mas instrumento, meio de atingir-se os objetivos econômicos do bloco, mediante equilíbrio econômico, “integração do mercado, preservação da cultura e de um sistema de distribuição gerador de centros pulverizados de organização dos fatores de produção”, protegendo, assim, não apenas os interesses subjetivos de concorrentes e consumidores, mas também a estrutura do mercado.

Igualmente merecedora de destaque é a nova perspectiva norte-americana acerca da finalidade do Direito Antitruste. Em virtude das críticas à visão neoclássica de que o único objetivo da concorrência seria assegurar a eficiência, a Escola de Chicago aperfeiçoou seus postulados, construindo o que se chama da Nova Escola Institucional, em que se observa “preocupação essencial com as instituições em substituições à preocupação essencial dos neoclássicos com os mecanismos microeconômicos que orientam o mercado”, pois o funcionamento das instituições se afigura mais importante, para o Direito Antitruste, do que a teoria marginalista de formação dos preços (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 28).

Essencial para o entendimento deste novo momento é o conceito de custos de transação de Coase (1988), segundo o qual as operações econômicas sofrem influência dos custos que os agentes incorrem para realizar uma transação no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa. Desse modo, a política econômica é um conjunto de regras e procedimentos legais, aliado a estruturas administrativas, com o objetivo de maximizar o bem-estar social. Para o autor, como as pessoas optam, na maioria das vezes, por escolhas alinhadas a seu próprio bem-estar, cabe ao governo alterar esse interesse e fazê-lo coincidente com o melhor para o sistema. E a “única forma disponível para os governos fazerem isso (que não por meio da exortação, em geral completamente ineficaz) é alterar a lei ou a sua aplicação” (COASE, 1988, p. 28).

Desse modo, a Economia passou a admitir que as transações humanas em geral não se regulam exclusivamente pelo sistema de preço, sofrendo, também, influência das regras e contratos, daí porque o que determina a forma pela qual uma entidade organiza sua produção é, em boa medida, o respectivo custo de transação.

As leis, enquanto comandos de autoridade, impõem “custos ou benefícios aos participantes de uma transação na economia e que sofrem incentivos (positivos ou negativos) no processo de seu cumprimento” (PINHEIRO; SADDI, 2005a, p. 13), razão pela qual é indispensável a criação de instituições que reduzam os custos de transação permitindo que os indivíduos se engajem em operações no mercado a fim de resolver problemas alocativos de direitos, sendo de responsabilidade do Estado “o papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando as condições para o funcionamento dos mercados e outros arranjos institucionais” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 6).

Assim, as leis, os contratos e o direito de propriedade constituem um conjunto de regras que contribuem para a diminuição dos custos de transação, o que pode ser obtido através da redução da complexidade e do fornecimento de um conjunto de termos que, não previstos originalmente, obrigariam as partes a negociar, assim como através do fornecimento de informações sobre as diversas contingências a que estão sujeitos os contratos e se revelam potencialmente impeditivas de sua conclusão (POSNER, 2007).

Entra em cena o conceito de Economia dos Custos de Transação – ECT, de Williamson (2005), segundo o qual existem problemas futuros dos contratos em virtude da racionalidade limitada<sup>123</sup> dos indivíduos, que não conseguem desenhar ajustes completos, permitindo que agentes oportunistas se sintam motivados a descumpri-los. Esses agentes, no entanto, serão impedidos de quebrar contratos se os custos do rompimento excederem os benefícios de fazê-lo, razão pela qual se revela necessária a existência de um ordenamento jurídico formal para disciplinar a solução das lacunas da racionalidade limitada.

A principal utilidade desta teoria, portanto, está na ligação entre organizações (chamadas de formas de governança) e custos de transação, cabendo àquelas coordenar e minimizar os custos, estabelecendo um ambiente institucional adequado para a concorrência e

---

123 “Incerteza e informação imperfeita não são limitações dentro das quais os indivíduos procuram maximizar sua utilidade, como querem os neoclássicos; mas limites ao próprio processo de raciocínio. [...] a maximização de utilidade e de resultados, tão cara aos economistas neoclássicos, é uma tarefa impossível no complexo mundo em que vivemos. Existe um excessivo número de comparações e informações a serem recebidas e consideradas. É impossível ao consumidor, em toda situação em que se encontra, ser completamente racional, levando em conta todas as possíveis alternativas e escolhendo de forma absolutamente racional e maximizadora de utilidade a partir daí. Além disso, existe uma série de incertezas, eventos não dependentes da vontade humana, que influenciam as transações e que não podem ser previstos. A racionalidade é, portanto necessária e fisicamente limitada”. (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 36).

as trocas comerciais. Assim, “a concorrência é fundamental ao desenvolvimento não apenas como simples crescimento econômico (gerador de eficiências alocativas e produtivas), mas também como pré-requisito para a edificação de sólidas instituições democráticas” que irão caracterizar as ordens econômicas de acesso aberto (QUEIROZ, 2018, p. 27).

Finalmente, em território brasileiro, “o texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior” (FORGIONI, 2012, p. 186), qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170 *caput*), não existindo dúvidas de que se trata de instrumento para consecução de políticas públicas, como já mencionado.

A apresentação das escolas de pensamento do Direito Antitruste justifica-se como pano de fundo para o passo seguinte, que cuidará dos escopos da matéria, quais sejam: econômicos, sociais e políticos.

### 3.2.2 Os escopos do Direito Antitruste

No tocante aos escopos econômicos, admite-se que o Direito Antitruste possui como alvo a tutela da livre iniciativa e livre concorrência, a tutela da eficiência econômica, a tutela do consumidor e a proteção às empresas de pequeno porte.

Como no tópico anterior foram abordados os conceitos essenciais da livre iniciativa e livre concorrência, a análise a partir deste ponto irá se debruçar sobre a extensão que as normas de Direito Antitruste conferem à expressão concorrência livre.

Sabendo que concorrência perfeita é conceito ideal - portanto, impossível de ser alcançado na prática -, e que a concorrência não é um fim em si mesmo como pensavam os Estruturalistas, resta admitir que as normas de Direito Antitruste pretendem atingir a concorrência praticável, na medida em que em virtude do chamado Paradoxo de *Bork*<sup>124</sup>

---

124 Gomes (2004, pp. 130-131) explica que “a concentração econômica é capaz de produzir sobre a economia, isolada ou cumuladamente, dois efeitos, entre si paradoxais. Por um lado, cria ou reforça o poder de mercado, o que autoriza seu titular, em consequência, a influir no preço de mercado do produto, elevando-o ao nele inserir a parcela correspondente ao lucro extraordinário. Esse seria o efeito negativo da concentração econômica. De outro, a concentração propicia o aumento do tamanho da unidade econômica, tornando-a hábil à produção de bens em uma escala quantitativa maior, o que, em regra, reduz significativamente os custos de fabricação. Este fenômeno, chamado economia de escala, constitui a modalidade mais comum de eficiência econômica. A melhor alocação dos recursos econômicos aqui verificada constitui o efeito positivo da concentração econômica. [...] a se entender que a livre concorrência constitui o único escopo do Direito Antitruste (e que por isso melhor seria alcinhá-lo ‘direito da concorrência’), não seria admissível utilizar-se dos ganhos de eficiência econômica gerados pela concentração econômica como argumento de defesa à sua aprovação pela autoridade competente, com vistas a compensar o prejuízo causado pela diminuição do grau de concorrência que certamente adviria do referido ato de concentração. Ao assim impedir o fenômeno das concentrações, o dogma da livre concorrência

encarar a concorrência como um valor em si mesmo implica prejuízo ao consumidor, pois a pretexto de defender a concorrência, acaba-se impedindo “a formação de economias de escala, que são benéficas ao consumidor (na medida em que, reduzindo custos, permitem a redução de preços) e, portanto, eficientes” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 29).

Assim, a concorrência praticável convive com certa dose de imperfeição, isto é, não se nega que agentes econômicos são dotados de poder econômico, assim entendido como “a capacidade de modificar através de um comportamento deliberado, individual ou acordado, as condições ou os resultados da procura e oferta dos bens e serviços de maneira a que lhe advenham daí vantagens extraordinárias” (MONCADA, 2007, p. 314).

Essa imperfeição, desde que observados certos níveis de manifestação, “não pode ser considerada como de todo um mal, porque o (atual) sistema econômico ocidental conseguiu atingir um crescente estado de produtividade”, razão pela qual a *workable competition* não pretende “revolver a estrutura dos mercados, desconcentrando-os à força, mas acirrar a concorrência que se possa eficazmente estabelecer entre concorrentes não equiparáveis entre si” (GOMES, 2004, pp. 169-170).

Acertada é a conclusão de Moncada, segundo a qual a concorrência praticável “não exclui a desigualdade das firmas nem a influência assimétrica das unidades dominantes. Ela estabelece-se entre empresas de dimensões diferentes, com custos e horizontes econômicos diversos que praticam políticas diferentes” (2007, p. 317).

De acordo com o criador desta teoria, haverá concorrência praticável, portanto, quando se constatar a existência de rivalidade econômica, cuja intensidade deve ser suficiente entre um número adequado de concorrentes, bem como a presença de certo nível de restrição aos níveis de concorrência, afastando-se, com isso, a concorrência ruinosa (CLARK, 1967, p. 130).

Demais disso, é importante destacar que as normas antitrustes devem se preocupar com a concorrência potencial, que é representada pelo “agente econômico que, a despeito de não atuar no mercado relevante considerado, potencialmente poderia nele ingressar, a depender do nível de preços praticados e dos níveis de barreiras à entrada existentes”. Assim, como a concorrência potencial influi no comportamento da concorrência efetiva, “se baixas forem as barreiras, a concorrência potencial, pela sua mera existência, impedirá que os concorrentes efetivos elevem os preços acima do nível competitivo” (GOMES, 2004, p. 154).

---

poderia mesmo contribuir para uma ineficiente alocação dos recursos econômicos, representada pela produção de bens a uma quantidade menor e a um preço maior”.

Na concepção de Salomão Filho (2007b, 185), “as barreiras à entrada são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação”, [...] na medida em que todos os concorrentes que ainda não estão no mercado “estarão automaticamente eliminados do processo competitivo”.

O conteúdo das barreiras à entrada pode ser classificado em dois tipos. De um lado, há barreiras naturais que são manifestações naturais da conformação do mercado e do tamanho relativos de seus participantes; de outro, as barreiras artificiais que são criadas por ações ou omissões dos concorrentes efetivos na tentativa de criarem um mercado cativo (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 187). Afora isso, também se reconhece um terceiro tipo, chamado de barreiras regulatórias que, de acordo com Gomes (2004, p. 167) “compreendem toda forma de intervenção estatal na economia capaz de limitar a livre entrada e saída dos fatores de produção de um dado mercado relevante”.

Outro escopo econômico do Direito Antitruste é a tutela do consumidor, afinal, o *Sherman Act*, que como visto é marco legislativo da concepção contemporânea da matéria nos Estados Unidos, e que acabou influenciando todo o desenvolvimento da concorrência em vários países do Ocidente, surgiu com o claro desiderato de proteção ao consumidor.

Nessa esteira, advertem Branco e Barreto (1964, p. 23) que no Brasil, embora se tenha um pendor ao neoliberalismo, não se pode afirmar que o Direito Antitruste tenha como único objetivo restabelecer o livre mecanismo de preços e da concorrência. Na verdade, “o legislador constituinte procurou, ainda, proteger o consumidor contra a sede de lucros excessivos por parte de empresas ou associações de produtores que pretenda aumentar, arbitrariamente, seus ganhos em função de posições monopolísticas”.

Conforme Gomes (2004, pp. 210-211), é possível notar que, em três dimensões, o consumidor encontra-se tutelado pelo Direito Antitruste: a) na exigência de que as eficiências econômicas sejam redistribuídas; b) no controle de preços excessivo ou lucros arbitrários, preventiva ou repressivamente; e c) nas demais práticas que, embora não visem à correção de violação à concorrência, acabam sendo coibidas pelo sistema, beneficiando reflexamente o consumidor.

Na legislação brasileira atualmente em vigor (Lei 12.529/2011, art. 88 §6º II), há manifesta orientação sobre a necessidade de distribuição equitativa dos ganhos entre produtores e consumidores nas hipóteses de concentração econômica, efeito redistributivo que, apesar de não ser admitido ou incentivado pela doutrina norte-americana, foi erigido pela doutrina à condição de elemento para a mensuração do critério de eficiência econômica. A esse respeito, Salomão Filho (2001, p. 40) assevera que não deve ser aceito o poder



econômico per se, devendo ser exigido, na verdade, que “ganhos de escala sejam repartidos com o consumidor (admitindo-se, portanto, a eficiência só no sentido distributivo, e não alocativo), ao mesmo tempo em que não se permite que o processo de interação econômica leve à exclusão social”.

Relativamente à proteção do consumidor através do controle de preços, Gomes (2004, pp. 213-214) afirma que existem três hipóteses em que a medida desempenha papel fundamental: a) no mercado de monopólio natural; b) no mercado com restrições verticais em que há empresa com posição dominante; e c) no mercado em que o bem ou serviço seja considerado detentor de relevante interesse social.

O último escopo econômico do Direito Antitruste diz respeito à tutela das empresas de pequeno porte, pois como registra Fonseca (2001, p. 90), “garante-se liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio [...], um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas”.

Essa tutela, por sua vez, ocorre em duas dimensões: a negativa e a positiva. Pela primeira, reconhece-se que como as empresas de pequeno porte não possuem poder econômico, elas não se sujeitam às sanções previstas no Direito Antitruste. Na segunda dimensão, fala-se que ao Estado incumbe a busca ou manutenção da estrutura de alguns mercados sob o modelo da pequena empresa, de modo que elas tenham acesso às trocas comerciais.

Gomes (2004, p. 219) exemplifica a dimensão positiva com os seguintes exemplos: a) criação de reservas de mercado para o pequeno negócio, por meio de restrições à entrada, nos setores econômicos eleitos, de empresas de grande porte; b) isenção antitruste em acordo anticoncorrenciais entre pequenas empresas; c) repressão a atos que importem a saída do pequeno concorrente, mesmo que isso não provoque danos ao mercado considerado; e d) proibição ao abuso de dependência econômica entre agentes econômicos distintos.

Outra categoria de escopos do Direito Antitruste relaciona-se aos sociais, admitidos porque a racionalidade jurídica não pode ser reduzida à “pura racionalidade econômica. [...] é por não abdicar que de uma valoração não estritamente econômica da realidade econômica e da consideração de interesses não especificamente econômicos”, que é possível falar em preocupações sociais da matéria (SANTOS; et. all, 1999, p. 20).

O primeiro escopo social é a valorização social do trabalho e a tutela do pleno emprego, combatendo-se o fato de a concentração econômica promover redução do volume de postos de trabalho e dos salários. Assim, as normas antitruste contribuem para a efetivação de “uma prestação positiva por parte do Estado, consistindo no desenvolvimento de políticas

que assegurem o máximo de emprego possível e a igualdade de oportunidades e de formação específica e genérica” (SANTOS; et. all, 1999, p. 60).

Além dessa perspectiva preventiva, observa-se que a proteção ao emprego também exerce influência na repressão ao abuso de poder econômico, como, por exemplo, “nos acordos que restringem a concorrência no mercado cujo produto relevante seja o próprio trabalho, isto é, a relação (jurídica) de emprego” (GOMES, 2014, p. 238). Foi essa vertente que resultou na edição de leis pelos Estados Unidos com a finalidade de isentar os sindicatos da aplicação do Direito Antitruste pelas autoridades governamentais. Essa ideia, aliás, encontra ressonância no Brasil, na medida em que o art. 8º *caput* da Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade sindical.

Ainda nos escopos sociais, tem-se que o Direito Antitruste almeja a proteção dos níveis socioeconômicos das comunidades regionais, pois “uma determinada concentração econômica poderá retardar o desenvolvimento socioeconômico de uma dada comunidade regional que tenha se organizado, por exemplo, em torno de uma unidade industrial” (KHEMANI, 1999, p. 4).

Outro escopo social do Direito Antitruste reside no controle da livre iniciativa exercida em mercados socialmente relevantes, como saúde, educação e demais serviços públicos, áreas nas quais “o objetivo a ser buscado é francamente redistributivo, o que torna inviável a sua prestação exclusivamente por particulares, de forma a atrair para o setor, preferencialmente, a atuação estatal” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 27).

Por fim, a última categoria de escopos é a política, uma vez que “o controle do exercício abusivo de poder econômico pode ser utilizado com o intuito de proteger as instituições democráticas, tutelar a soberania econômica e o interesse nacional, bem como integrar mercados regionais” (GOMES, 2014, p. 245). Noutros termos, como as grandes corporações “exercem poder econômico capaz de influir no próprio poder político, de inspirar leis e modificar regimes, é que se destaca o sentido da Justiça Distributiva, situada com fulcro dos juízos de valor do Direito Econômico”, em alguma medida do Direito Antitruste (SOUZA, 1980, p. 175).

De acordo com Moncada (2007, p. 316), “defender a concorrência será sempre, nesta perspectiva, impedir que o Estado seja ‘tomado de assalto’ por grupos de interesses homogêneos e colocado ao seu serviço exclusivo ou preferencial”, afinal, e como bem observado por Salomão Filho (2007b, p. 47), o excesso de poder econômico no mercado “tende à criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelo, com interesse próprio e

que procuram (e frequentemente conseguem) influenciar o centro estatal de decisões políticas”.

Portanto, é através da defesa da ordem democrática, que o Direito Antitruste atua para evitar e reprimir as condutas monopolistas dos agentes econômicos na tentativa de usurpar as instituições decisórias (em todas as três esferas de Poder), com prejuízo à livre concorrência e livre iniciativa.

### 3.3 O DIREITO ANTITRUSTE NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

É equivocado pensar que desenvolvimento se trata de um conceito estático, meramente relacionado à concentração de riqueza de um determinado país. Se é verdade que em tempos remotos essa identificação era possível, também é verdade que atualmente “o desenvolvimento é um caminho, um itinerário, uma passagem de um estado de coisas para outro. Trata-se, pois de um processo” (NUSDEO, 2002, p. 19).

Esta evolução paradigmática, longe de ser gradual, iniciou-se com a ruptura ocorrida na noção de prosperidade reduzida à ideia de acumulação de reservas monetárias típica do Mercantilismo, que serviu essencialmente para promover uma minoria de Estados fortes e de uma classe comercial abastada.

Desde a constatação da falência desse modelo, foi necessário expandir o significado de desenvolvimento para abarcar em um só conceito noções que até então desfrutavam de menor, ou quase nenhuma, importância.

A primeira delas, impulsionada pela bandeira da Reforma Protestante por volta de 1756, recebeu o nome de Escola Fisiocrata e se sustentou no pensamento de François Quesnay, defendendo a liberdade de empreendimento, a concorrência, a livre iniciativa e o individualismo como valores importantes para o pleno desenvolvimento das nações, sendo reconhecida como importante iniciativa histórica que se preocupou em estabelecer as raízes da moderna Ciência Econômica (QUESNAY, 1985).

Nessa ordem de ideias, cediço que as contribuições de Smith (1999) foram, por muitos anos, sinônimo de matriz do desenvolvimento, ao defender que a existência de um sistema de garantia das liberdades naturais, associado à completa eliminação das restrições ao comércio e à agricultura, seria suficiente para a promoção do desenvolvimento, a partir de

então identificado como bem-estar da sociedade (ou como diria o autor, “opulência de uma nação”), e não apenas como mero crescimento econômico ou acumulação de riquezas<sup>125</sup>.

Em Adam Smith, portanto, identificam-se as primeiras sementes da relação entre desenvolvimento e liberdade, na medida em que é a partir da existência de livre-mercado<sup>126</sup>, liberdade de iniciativa e divisão de trabalho que será possível construir um sistema econômico promotor de crescimento e bem-estar coletivo.

Em virtude dos problemas apresentados pelo Liberalismo Econômico no início do Século XX, a ordem global passou a procurar por um novo modelo de desenvolvimento que, ainda que não escorado exclusivamente na extrema liberdade, pudesse contar com alternativas à concentração de poder e desigualdade econômica e social produzidas até então.

É a partir desse contexto histórico que surgem as contribuições do economista indiano Amartya Sen, que fortemente influenciado pela liberdade de Adam Smith, agrega ao conceito de desenvolvimento uma série de variáveis relacionadas à expansão das capacidades do indivíduo, conferindo especial importância à democracia e aos direitos de participação, razão pela qual se entende que uma sociedade desenvolvida não se limita a ter altos índices de renda e de riqueza, mas sim é “aquela em que as oportunidades são maximizadas em razão das capacidades de cada indivíduo, que deve ter liberdade para escolher suas opções de satisfação pessoal e de bem-estar” (SOUSA, 2011, p. 90).

Para Sen (2000, p. 52), o desenvolvimento é “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”, daí porque a pobreza não é apenas ausência de renda, mas é, na verdade, ausência de capacidades. Assim, o desenvolvimento passa a ser identificado como “o processo de ampliação da capacidade de os indivíduos terem opções, fazerem escolhas; ou seja, há uma preocupação com a ampliação do horizonte social e cultural da vida das pessoas” (SEABRA et alli, 2006, p. 75).

A liberdade, portanto, deve ser vista como um “fim primordial” (papel constitutivo) e “principal meio do desenvolvimento” (papel instrumental)<sup>127</sup>. Na perspectiva

125 Como percebe Sousa (2011, p. 44), “a opulência da nação era determinada por condições tais como a ética, segurança jurídica, bom governo, participação popular e uma sociedade civil extremamente organizada; ou seja, no conceito de ‘opulência de uma nação, de Adam Smith, se equilibram muitos outros fatores que não apenas a acumulação de riquezas ou índices de crescimento econômico e altas de balança comercial”.

126 Ao contrário do senso comum, a defesa do livre mercado não dispensa por completo a figura do Estado. Antes, reconhece a importância de métodos intervencionistas de regulamentação e restrição que são indispensáveis para o pleno funcionamento do sistema, afinal, “sociedade de mercado livre e intervenção não são termos que se excluem; ao contrário, ao se combinarem, possibilitam condições ideais de liberdade e igualdade de concorrência”(SOUSA, 2011, p. 48).

127 Queiroz (2019, p. 65) afirma com exatidão que “a realidade é que a simplificação do espectro ideológico entre partidários de direito e de esquerda ou, entre outros, entre liberais e igualitários pode ter contribuído para jogar uma cortina de fumaça na compreensão das múltiplas configurações possíveis por trás de modelos

constitutiva incluem-se as condições de evitar privações como a fome e a subnutrição, a morte prematura e as capacidades de participação política e liberdade de expressão (SEN, 2000, p. 52). De seu turno, a liberdade instrumental é formada por: i) liberdades políticas; ii) facilidades econômicas; iii) oportunidades sociais; iv) garantias de transparência; e v) segurança protetora.

A liberdade econômica relaciona-se com a ideia de que o acesso ao mercado deve ser garantido, tanto mais em países que ainda não atingiram satisfatório índice de desenvolvimento, pois restrições indevidas de acesso podem “levar a uma redução de liberdade” [...] Negar às pessoas as oportunidades econômicas e as consequências favoráveis que os mercados oferecem e sustentam pode resultar em privações”(SEN, 2000, p. 41).

Liberdade política, por sua vez, reside na importância de o indivíduo gozar das garantias democráticas de participação e exercício da liberdade de expressão, não podendo ser identificada essa liberdade como mera integrante indireta de outras características do desenvolvimento (SEN, 2000, p. 53). Como escreve Sousa (2011, p. 100), “são os direitos civis e políticos que dão às pessoas a possibilidade de identificar suas necessidades especiais e emergenciais, bem como exigir a ação pública apropriada”.

A relação entre necessidades econômicas e liberdade de expressão não se assenta apenas em um caráter instrumental, isto é, no “papel fundamental de fornecer incentivos e informações na solução de necessidades econômicas acentuadas” (SEN, 2000, p. 175). É possível ir além para reconhecer que “nossa conceituação de necessidades econômicas depende crucialmente de discussões e debates públicos abertos, cuja garantia requer que se faça questão da liberdade política e de direitos civis básicos” (SEN, 2000, p. 175).

Ainda no tocante às liberdades instrumentais, as oportunidades sociais são as disposições relacionadas com saúde e educação, que impactam decisivamente a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. Como registra SEN (2000, p. 56), esses atributos essenciais “são importantes não só para a condução da vida privada (como, por exemplo, levar uma vida saudável), mas também para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas”.

A quarta liberdade instrumental está ligada à relação entre as pessoas, que se assenta basicamente nos pressupostos da confiança e sinceridade, na “liberdade de lidar uns

---

econômicos e de sociedade. Igualdade e liberdade devem ser vistas como valores multidimensionais. Como vimos, é plenamente possível sustentar uma posição liberal-igualitária e, ao mesmo tempo, defender a eficiência como um dos meios para realização do bem-estar social e econômico, de tal sorte que a adoção de uma visão estreita ou unificada de igualdade e liberdade deveria ser evitada.

com os outros sob garantias de dessegredo e clareza”(SEN, 2000, p. 56), servindo como importante inibidor de corrupção, transações ilícitas e problemas financeiras.

Interessante notar que nesse particular a obra de Sen volta a dialogar com Adam Smith, mas desta vez com o pensamento esposado em *A teoria dos Sentimentos Morais* (2002), onde se pode verificar que o livre mercado somente seria possível a partir da existência de princípios éticos e de solidariedade contra injustiças, nada obstante a motivação com base em interesses individuais. É dizer, “o egoísmo (autointeresse) e a simpatia (solidariedade) não eram antagônicos; ao contrário, complementavam-se, mas era preciso que se garantisse um sistema de liberdade” (SOUSA, 2011, p. 43).

É verdade que o projeto de desenvolvimento não prescinde de aproveitar as oportunidades de mercado através da maximização das trocas. Contudo, também é importante valorizar comportamentos baseados na confiança e cumprimento de regras jurídicas e de contratos, sendo também necessário repelir práticas que desnaturem o poder econômico (fato) em exercício abusivo do poder econômico (qualificação jurídica repelida por nossa ordem constitucional).

Como observa Sousa (2011, p. 101), “se a ética, a confiança e o cumprimento de suas obrigações são valores em si disseminados, fatalmente os agentes guiarão seus comportamentos para esses valores”. Do contrário, se a noção de favorecimento evidenciar a ausência de transparência, dificilmente será possível implementar um desenvolvimento sustentável a longo prazo, pois “a prevalência da corrupção é justificadamente considerada uma das piores barreiras no caminho do progresso econômico bem-sucedido” (SEN, 2000, p. 311), afinal, ela torna políticas públicas ineficazes, afasta o interesse de investidores e prejudica atividades econômicas de setores produtivos.

Por fim, a última liberdade instrumental mencionada por Sen diz respeito à segurança protetora, assim entendida como uma rede de segurança social que impede que a população seja afetada pela miséria, fome e morte.

Sem embargo das críticas endereçadas à aplicação da teoria de Amartya Sen em países em desenvolvimento como o Brasil, ao se argumentar que “o conceito de desenvolvimento como liberdade gera problemas no momento de efetivação”(BARRAL, 2005, p. 40), o fato inescapável é que a efetivação do Direito Antitruste oferece caminhos seguros para a expansão das capacidades no país através da construção das liberdades<sup>128</sup>.

---

128 Segundo Munhoz (2006, p. 136) registra que “no tocante à ideia de desenvolvimento como liberdade, essa relação se concentra na valorização da liberdade – por exemplo a de iniciativa ou a de escolha – proporcionada pela concorrência. Esta funciona como um conjunto de regras mínimas de organização da esfera privada e, como

De acordo com Queiroz (2019, pp. 69-70), “a defesa da concorrência funciona, em grande parte, como maximizadora da igualdade no exercício de liberdades (liberdades iguais)”, por essa razão é que “a tutela antitruste objetivaria tornar menos desiguais as pessoas considerando um pressuposto de igualdade no ponto de partida do exercício daquelas liberdades”.

Em arremate, o autor pontua que “o antitruste é o ramo do direito que, por excelência, objetivaria garantir a igualdade de oportunidades no exercício das liberdades econômicas. E isto se dá, essencialmente, por meio da garantia de concorrência”, a qual pressupõe a conformação das liberdades individuais pela atuação efetiva do Estado (QUEIROZ, 2019, p. 70).

Em sentido semelhante, Lanchmann (1999, p. 3) defende que “a concorrência deve ser encarada como a fundação para o funcionamento eficaz do sistema de mercado”, traduzindo-se em instrumento que “impede que a liberdade de escolha e de ação de indivíduos que agem em interesse próprio leve à anarquia”, fazendo com que “essa liberdade produza resultados econômicos não apenas ótimos, mas também desejáveis e socialmente justos”.

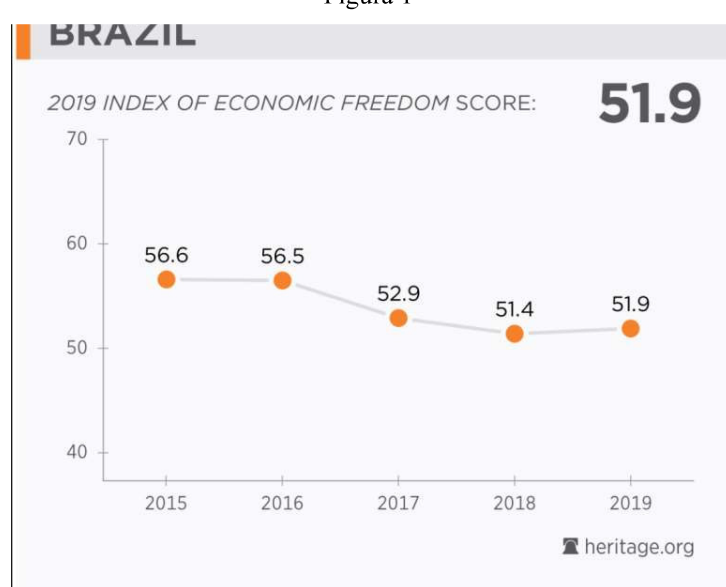
No tocante à relação entre concorrência e produtividade, que aqui também pode ser lida na perspectiva de eficiência, Castells afirma (2019, p. 154), com base em um estudo realizado pelo McKinsey Global Institute sobre a produtividade industrial nos Estados Unidos, Alemanha e Japão, que há “alta correlação entre um índice de globalização, medindo a exposição à concorrência internacional, e o desempenho relativo de produtividade de nove setores analisados nos três países”. Para o autor, a concorrência global é a via necessária para conectar tecnologia da informação, mudanças organizacionais e crescimento de produtividade.

O recorte sobre a realidade do Brasil evidencia que, a partir dos dados constantes no *Index of Economic Freedom* da *Heritage Foundation* divulgado em 2019, o país possui pontuação geral de 51,9, ocupando a 150ª posição no *ranking* mundial sobre liberdade econômica, apresentando, ainda, um declínio na média geral nos últimos cinco anos.

---

tal, visa a proporcionar a seus agentes possibilidade de escolha e de descoberta da melhor opção de conduta. Para tanto, esse mesmo conjunto de regras deve garantir pelo menos liberdade de escolha e o máximo de precisão possível das informações transmitidas. A concorrência garante também a liberdade de iniciativa por parte de todos os agentes no mercado – empresário, consumidor e trabalhador – na medida em que permite que todos transitem no mercado de acordo com seu arbítrio, desenvolvendo assim suas potencialidades.

Figura 1

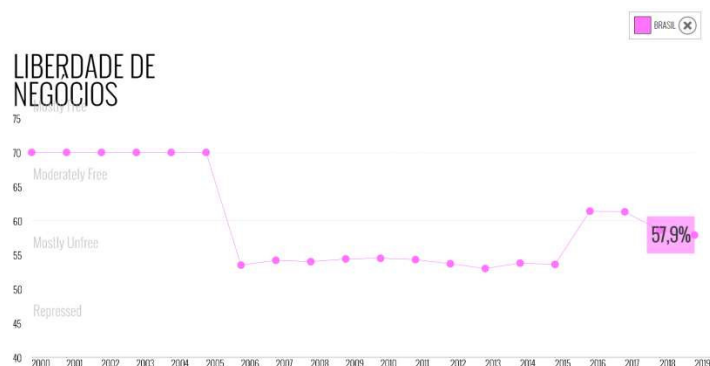


Fonte: Index of Economic Freedom, Heritage Foundation

O trágico dessa constatação repousa na explicação de que os grandes gargalos que emperram o pleno potencial do país repousam especificamente na baixíssima eficácia judicial e nos altos índices de corrupção e burocracia governamentais.

Outro dado interessante diz respeito à liberdade de negócios, medida em que o Brasil experimentou mais de dez anos de baixa performance (2006 – 2015), gozando de sensível crescimento nos anos de 2015 a 2017, porém, retornando à faixa dos países “principalmente sem liberdade” nos últimos dois anos.

Figura 2

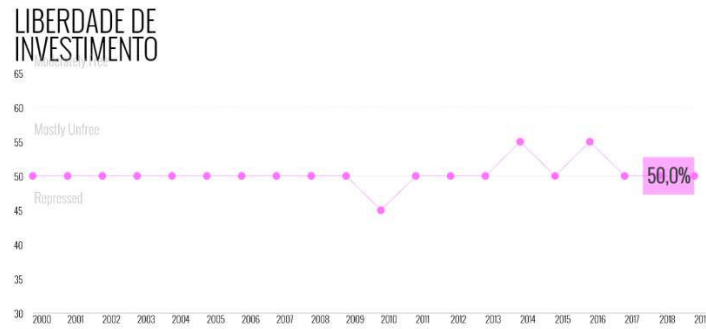


Fonte: Index of Economic Freedom, Heritage Foundation



Igualmente importante é a medida da liberdade de investimento que, ressalvados pouquíssimos anos na década passada, mantém-se historicamente no nível dos países com severa repressão.

Figura 3



Fonte: Index of Economic Freedom, Heritage Foundation

Por isso, a conclusão inegável é que “economias que não privilegiam a eficiência dinâmica, movimentos inovativos e destruição criativa não obtêm um desenvolvimento social e economicamente saudável”. Existindo alto *deficit* de concorrência e reduzido incentivo à inovação, o resultado será menos renda decorrente do processo produtivo e maior desigualdade (QUEIROZ, 2019, p. 72).

Os principais conceitos do Direito Antitruste foram abordados até o presente momento, merecendo especial atenção a sua relação com o conceito de desenvolvimento como liberdade, na perspectiva de expansão das capacidades. É por causa dessa liberdade e da possibilidade de expansão que se defende que a concorrência deve ser utilizada como parâmetro normativo geral para o tratamento adequado de controvérsias envolvendo criptomoedas, que ainda não possuem regulação legal específica no país.

Não há dúvidas de que o novo paradigma da sociedade informacional, porque promoveu ruptura no padrão social-normativo anterior, impôs ao Direito desafios até então não enfrentados. Essa circunstância, no entanto, não autoriza que o Direito promova, ou no mínimo consinta com, blindagem ao desenvolvimento de atividades negociais; ao revés, é justamente em virtude do caráter inédito das controvérsias que a ciência jurídica deve reinventar-se, atualizar-se, modernizar-se, acompanhando o devir social e a velocidade das transformações. Para tanto, as instituições do sistema de Justiça não podem julgar o novo com as lentes do velho, mas, antes, devem projetar modelos jurisdicionais que sirvam de norte para que agentes econômicos produzam bens e serviços com segurança, contribuindo com o crescimento do país.

#### **4 ANÁLISE COMPARATIVA DA ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA:** um estudo de caso sobre o encerramento de conta bancária de corretoras de criptomoeda por iniciativa unilateral da instituição financeira

Compreendidos o fundamento e os escopos do Direito Antitruste, bem como a mudança de paradigma científico que dá substrato à atual revolução industrial, caracterizada pelo surgimento da sociedade informacional no seio da qual foram desenvolvidas as criptomoedas, importa a partir de agora aplicar os conceitos trabalhados no caso que constitui objeto de estudo desta pesquisa, com vistas a analisar a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na efetivação do Direito Antitruste no país.

Organiza-se este capítulo em duas partes essenciais. Na primeira, após a demonstração do percurso metodológico trilhado, o caso será apresentado em conformidade com sua tramitação perante o Poder Judiciário, desde o início perante a Justiça de 1º grau do Estado de São Paulo até a decisão final proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, concluindo-se com a análise crítica a respeito da atuação da Corte Superior. Na segunda parte, serão apresentadas as principais nuances perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, assim como avaliado criticamente o tratamento dado à controvérsia pela autarquia federal na decisão que concluiu pelo arquivamento do Inquérito Administrativo pela Secretaria Geral do órgão.

##### **4.1 PERCURSO METODOLÓGICO DA PESQUISA**

Adotou-se o método de estudo de caso, na medida em que esse modelo permite a utilização de dados qualitativos, coletados a partir de eventos reais, tendo como objetivo explicar, explorar ou descrever fenômenos atuais a partir de seu próprio contexto. E como alerta Yin (2001), ele é o método útil para investigar novos conceitos e para verificar como elementos de uma teoria são aplicados e utilizados na prática, tentando “esclarecer uma decisão ou um conjunto de decisões: o motivo pelo qual foram tomadas, como foram implementadas e com quais resultados” (SCHRAMM, 1971, p. 25).

Como o tema das criptomoedas e o Direito Antitruste ainda é pouco estudado no Brasil, esta pesquisa, quanto ao objeto, é do tipo exploratória, pois visa compreender um fenômeno pouco estudado ou aspectos específicos de uma teoria (GIL, 1994). Por essa razão,

na etapa de preparação e coleta de dados a respeito de decisões judiciais que tratavam da temática, observou-se, ainda nos estágios iniciais deste estudo, que o primeiro caso a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça ocorreria no Recurso Especial nº. 1.696.214/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Paralelamente, fez-se um levantamento perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica para saber se a discussão também havia sido levada ao controle da autarquia federal, descobrindo-se a existência do Inquérito Administrativo nº. 08700.003599/2018-95.

Desse modo, há cerca de dois anos se realiza o acompanhamento dos mencionados processos através da consulta pública junto à página oficial dos órgãos na *internet*, observando-se que o julgamento no Superior Tribunal de Justiça ocorreu em 9/10/2018. Logo, os argumentos deduzidos por ambas as partes do processo judicial, as discussões ocorridas nas sessões de julgamento e os fundamentos utilizados pelos Ministros formam o conjunto de dados que permitiu a realização do estudo de caso.

Por sua vez, a discussão no Conselho Administrativo de Defesa Econômica tramitou por pouco mais de um ano perante a Secretaria Geral, período em que foram ouvidas as corretoras de criptomoedas atingidas pela decisão dos bancos de promover o encerramento unilateral das contas, assim como as principais instituições financeiras do país. Essas manifestações, os documentos juntados e a nota técnica elaborada pelos analistas da Secretaria Geral do CADE serviram de subsídio para a decisão de arquivamento do Inquérito Administrativo, que foi publicada em 23/12/2019.

Portanto, a partir do referencial teórico apresentado nos capítulos antecedentes, bem como dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, procedeu-se à avaliação comparativa da atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a efetivação do Direito Antitruste no país.

#### 4.2 DE SÃO PAULO PARA BRASÍLIA: O CASO PERANTE O JUDICIÁRIO

Em 17/6/2015, a sociedade empresária Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda., que desenvolve atividade econômica de corretora de criptomoedas, recebeu notificação extrajudicial do Banco Itaú Unibanco S/A., informando-lhe que a conta de depósito nº. 21702-9 seria encerrada no prazo de trinta dias em virtude do desinteresse comercial em sua manutenção.

Poucos dias depois, a sociedade empresária ingressou com ação ordinária com pedido de obrigação de fazer perante a 23ª Vara Cível do Foro Central da comarca de São Paulo, alegando que a conta bancária é utilizada para o recebimento de depósitos de seus clientes e, de conseguinte, para o desempenho de sua atividade econômica, razão pela qual a conduta da instituição financeira seria ilícita mercê do abuso de direito e da violação às normas do Código de Defesa do Consumidor. Com base nisso, pleiteou a concessão de tutela antecipada e, ao final, a procedência da ação para que o banco fosse condenado a manter ativa, e em pleno funcionamento, a conta de depósito de titularidade do autor.

Após concessão da tutela antecipada pelo Juízo e a citação para o processo, o banco Itaú Unibanco ofereceu contestação argumentando, em síntese, que o contrato firmado entre as partes possuía cláusula autorizando a rescisão unilateral mediante formalização de denúncia prévia, e que resoluções do Banco Central permitem o encerramento unilateral, razão pela qual não haveria ato ilícito em sua conduta.

Encerrada a fase postulatória e diante da possibilidade de julgamento antecipado da lide, o magistrado de primeiro grau proferiu sentença, julgando improcedente a demanda, por entender que a instituição financeira atuou com base no contrato e em resoluções do Banco Central que autorizam a rescisão unilateral da conta, desde que antecedida de notificação prévia. Essa decisão foi mantida em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sobrevivendo daí o Recurso Especial nº. 1.696.214/SP, em que foi alegada violação aos arts. 6º IV, 39 II e IX do CDC e 187 do CC.

Chegando o processo no STJ em 5/9/2017, o Relator do feito decidiu monocraticamente pelo improvimento do Recurso menos de um mês depois e, sem fazer qualquer avaliação acerca das atividades de corretagem de criptomoedas desenvolvidas pelo recorrente, fundamentou sua decisão em três julgados anteriores da Corte, segundo os quais o encerramento unilateral de conta bancária, desde que previamente comunicado ao consumidor, não viola o CDC e tampouco configura abuso do direito, razão pela qual não havia ato ilícito na conduta da instituição financeira. Diante do julgamento monocrático, foi interposto Agravo Interno para que o caso fosse julgado colegiadamente perante a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

O julgamento colegiado foi iniciado em 7/8/2018, ocasião em que o advogado do Mercado Bitcoin fez sustentação oral em que reforçou os argumentos das razões recursais, alegando, ainda, que a conduta da instituição financeira constituía violação à livre concorrência, na medida em que o encerramento da conta teve como real motivação o interesse do banco de explorar, de maneira exclusiva, o mercado de corretagem de

criptomoedas. Nesta sessão, o Min. Marco Aurélio Bellizze proferiu voto negando provimento ao recurso, registrando, ademais, que não era possível conhecer da alegação de violação à concorrência sustentada da tribuna porque não teria ocorrido o prequestionamento da matéria; após isso, houve pedido de vista da Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi.

Cerca de um mês depois, o julgamento foi retomado com a prolatação do voto divergente da Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, no qual reconheceu que a jurisprudência anterior do STJ não se aplicava ao caso, pois a matéria não deveria ser solucionada com base no direito do consumidor; “que o Bitcoin e as criptomoedas representam um grande desafio e não existe qualquer estrutura minimamente coordenada em âmbito nacional e internacional”; que a legislação brasileira não possui disposição reconhecendo a ilegalidade das operações de Bitcoin e criptomoedas; e que a conduta do Itaú Unibanco foi ilícita em virtude do abuso do direito, na medida em que negou “acesso a uma infraestrutura essencial para a existência econômica e as atividades” do Recorrente.

Após novo pedido de vista, desta vez pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, o julgamento somente foi concluído na sessão do dia 9/10/2018, ocasião em que a 3<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça, por votação majoritária, em que ficou vencida a Ministra Nancy Andrighi, decidiu pelo improvimento do Recurso, nos termos do voto do relator Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Os principais fundamentos do acórdão foram: i) no julgamento do REsp não era possível analisar a alegação de violação à concorrência e à ordem constitucional econômica, vez que não houve prequestionamento; ii) impossibilidade de analisar a alegação de que as atividades desenvolvidas pelo Mercado Bitcoin estariam inviabilizadas, pois essa matéria deve ser tratada na seara administrativa competente; iii) não aplicação do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a conta bancária é utilizada como insumo da atividade, e não como produto para o destinatário final; iv) o encerramento unilateral não constitui ato ilícito e tampouco abuso do direito, tendo sido devidamente comunicado com antecedência em conformidade às orientações do Banco Central; v) sob o aspecto institucional, é legítimo o encerramento unilateral da conta, pois a atividade de intermediação de compra e venda de criptomoedas não possui regulamentação do Conselho Monetário Nacional; vi) no aspecto mercadológico, também se justifica o ato do Itaú Unibanco, pois a atividade do Mercado Bitcoin “se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira”.

Sendo esses os principais fundamentos utilizados pelo Poder Judiciário para considerar legítimo o encerramento da conta bancária de corretora de criptomoedas, importa a

partir de agora avaliar, crítica e academicamente, a atuação do Superior Tribunal de Justiça na efetivação do Direito Antitruste, passando-se à discussão dos resultados da pesquisa.

4.2.1. Primeira análise: o Superior Tribunal de Justiça acertou ao concluir que não houve abuso do direito na conduta do Itaú Unibanco?

Inicialmente, destaca-se que o STJ entendeu acertadamente que o caso não autorizava a aplicação das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a conta bancária era utilizada pela recorrente como insumo para incremento de sua atividade econômica, e não como destinatária final do serviço, razão pela qual não restaram configurados os elementos do art. 2º da norma consumerista.

O STJ, no entanto, não acertou quando concluiu pela inexistência de abuso do direito cometido pelo banco Itaú. Isso porque ao fundamentar seu voto, o relator do Recurso Especial limitou-se a afirmar que “o encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das partes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação”, tal como previsto no art. 12 da Resolução nº 2.025/1993 do Banco Central do Brasil, citando, indevidamente, ementas de julgados anteriores do STJ que aplicaram o CDC para entender pela legalidade do encerramento unilateral de conta bancária.

O julgamento deveria avançar para a análise de todo o conteúdo da regra do abuso do direito, que não se limita à mera constatação da existência do direito, mas exige que o julgador enfrente a perspectiva de exercício abusivo como corolário da violação à boa-fé objetiva e à finalidade econômica e social do direito.

Como o Código Civil brasileiro de 2002 consolidou uma mudança normativa de especial relevo no ordenamento jurídico nacional, que havia se iniciado com a promulgação da Constituição da República em 1988, originando o fenômeno da constitucionalização<sup>129</sup> do Direito Privado no país. Como lembra Martins-Costa (2004, p. 20), em tempos de Direito

---

129 A observação de Tepedino (2004, p. 224) sobre o tema é no sentido de que “a Constituição Federal cuidou analiticamente de diversos institutos do direito privado, embora tenha tido o cuidado de fixar, em seus quatro primeiros artigos, os fundamentos e os princípios da República, de molde a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa de regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento. É preciso, pois, superar os velhos limites das doutrinas do direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não auto-aplicáveis. Toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional. A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas”.

Civil constitucional ficou claro que o Código necessitava ser reformulado para atender a uma nova racionalidade: “não mais aquela monológica do Iluminismo – totalitária, fechada e alheia aos desejos da pessoa na sua individualidade e coletividade –, mas uma racionalidade substantiva com aptidão de compreender e normatizar os valores”.

Para além dos princípios informativos da sociabilidade e operabilidade, a eticidade tornou-se pedra fundamental que passou a ser utilizada para a interpretação e aplicação do direito privado brasileiro com preferência aos critérios ético-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais<sup>130</sup>, trazendo para o centro da reflexão as noções de valorização da pessoa humana, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade e da honestidade. É em virtude da eticidade que a boa-fé objetiva tornou-se ferramenta de interpretação do negócio jurídico, exigindo do aplicador do Direito o conhecimento de outras normas do sistema a fim de atingir o resultado do justo, impondo, ademais, a correta utilização “de princípios, cláusulas gerais<sup>131</sup> e conceitos jurídicos indeterminados que fazem referência a expressões cujo significado exige uma atividade valorativa do julgador para que a regra possa ser aplicada” (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 51).

A linguagem aberta de inúmeras regras codificadas constitui contraponto ao modelo das regras fechadas típicas das legislações oitocentistas, possuindo como característica o fato de veicularem prescrição vaga na hipótese, referindo-se ao mínimo de descrição no comportamento esperado pela norma. De acordo com Pereira e Ferreira (2019, p. 292), “o legislador não mais traça pontualmente a hipótese e suas consequências, ao revés, o texto normativo passa a ser vazado numa vaga moldura de maneira a permitir a incorporação de princípios, diretrizes e regras de comportamento ou conduta”.

Miragem (2009, p. 215) registra que a vantagem da utilização das cláusulas gerais é permitir maior mobilidade no momento de aplicação da lei pelo intérprete, conferindo-lhe certa margem de escolha para, com os olhos sobre o caso concreto, criar a “solução correta

---

130 De acordo com Pereira (2018, p. 37), “operando com conceitos vagos de um sistema móvel e aberto, as cláusulas gerais ultimam por expandir o campo da ciência jurídica, possibilitando a utilização do raciocínio tópico como alternativa à rigidez do pensamento lógico-dedutivo, sem exclusão da conjugação de ambos os métodos, abrindo portas a um ‘novo pensamento sistemático’, mais apropriado para a concretização do mencionados conceitos vagos, sem a ruptura dos modelos dogmáticos ou hermenêuticos”.

131 “O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais” (MARTINS-COSTA, 1998).

para a controvérsia, tomando como referencial os valores e princípios constitucionais, assegurando aos institutos do Direito privado uma transformação qualitativa a partir do eixo axiológico do texto constitucional”.

Demais disso, as cláusulas gerais são veículo da operação intra-sistemática entre os dispositivos dispersos nos diversos livros do Código, possibilitando a aplicação de um artigo juntamente com outro dispositivo que não necessariamente possui a mesma topografia. E também promovem a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais (MARTINS-COSTA, 1998, p. 118).

Nesse cenário de cláusulas gerais, a boa-fé objetiva desempenha papel essencial na exata compreensão do Direito Civil brasileiro<sup>132</sup>, constituindo verdadeira condição essencial “da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam” (REALE, 2005, p. 241), pois com o desenvolvimento do Direito Civil na Alemanha, a partir de 1896, com o § 242 do BGB, “a boa-fé passou a usufruir de uma concepção objetiva, caracterizada como *standard* de conduta que é leal e confiável, independentemente de investigações psicológicas” (PEREIRA; FERREIRA, 2019, p. 296).

Assim, e como ilustra Martins-Costa (1998, p. 35), a boa-fé objetiva significa “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”. Além disso, em sua concreção o intérprete deve se desprender da intencionalidade da parte e de sua consciência individual. “O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico”.

Em termos dogmáticos<sup>133</sup>, a boa-fé objetiva desempenha três principais funções: i) cânone interpretativo dos negócios jurídicos; ii) regra criadora de deveres anexos ou

---

132 “A boa-fé objetiva integra o Código Civil de duas formas distintas, mas complementares, a saber: boa-fé como princípio e boa-fé como cláusula geral. Enquanto princípio, ela está regulada no art. 113 do CC: ‘os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’. Por sua vez, como cláusula geral o instituto encontra-se no art. 422 do CC: ‘os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé’. Demais disso, a cláusula geral prevista no art. 422 do CC constitui ponte entre os princípios gerais de direito e os valores e normas fundamentais da Constituição da República, possuindo como raio de abrangência essencial o direito negocial (PEREIRA; FERREIRA, 2019, p. 294).

133 “Um dos mais lamentáveis equívocos que cercam esta matéria é o que considera a cláusula geral como uma espécie de proteiforme ‘princípio geral’, aplicável à totalidade do ordenamento. Pelo contrário, as cláusulas gerais estão situadas sempre *setorialmente*, num certo domínio de casos. No direito civil são exemplos o campo da responsabilidade por culpa, o das tratativas negociais ou fase formativa dos contratos e o da execução dos contratos. Se assim não fosse, aliás, não teriam qualquer utilidade prática e importariam na mais completa assistematização do direito. A análise comparativa demonstra que a cláusula geral da boa-fé, endereçada ao Juiz e por ele adequadamente utilizada, tem, primariamente, função *individualizadora*, conduzindo ao ‘direito do



acessórios à prestação principal; e iii) regra restritiva do exercício de direitos (TARTUCE, 2007, p. 46). De relevante para esta pesquisa é essa última função desempenhada, na medida em que autoriza a imposição de limites aos direitos subjetivos nas hipóteses em que o exercício desses direitos implicar conduta incompatível com a lealdade e confiança que imperam nas relações privadas. Essa é a base conceitual<sup>134</sup> para o surgimento e desenvolvimento das teorias do abuso do direito e do *venire contra factum proprium*, interferindo no antes absoluto direito individual a fim de moldá-lo às novas exigências do solidarismo obrigacional, inclusive para vedar “comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standards* impostos pela cláusula geral” (SCHREIBER, 2012, p. 89).

No ordenamento jurídico brasileiro, comete abuso do direito aquele que exerce o direito contrariando o fim social do ato, assim como aquele que o exacerba. Eis a dicção precisa da norma do art. 187 do CC: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”. Dessa forma, e como observam Pereira e Ferreira (2019, p. 302), “caracteriza abuso do direito o exercício de maneira aparentemente normal (lícita), porém, que se apresenta em desconformidade com o *thelos* que o Direito pretende por meio dele assegurar”.

A perspectiva contemporânea para a definição do abuso do direito parte do processo de objetivação do direito civil, daí porque “o abuso do direito é uma expressão consagrada para traduzir hoje, um instituto multifacetado, internamente complexo e que persegue, em concreto, os objetivos últimos do sistema” (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 247). Ainda que não se tenha presente o ato emulativo, haverá abuso quando o titular do direito exceder a finalidade social para a qual existe. Noutros falares, “haverá abuso de direito simplesmente quando, no exercício de um direito, excede-se a sua finalidade social, a boa-fé ou os bons costumes, ou seja, quando é exercido fora da normalidade” (LUNARDI, 2008, p. 112).

---

caso’. Secundariamente, permite a formação de *instituições* para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte” (MARTINS-COSTA, 1999, pp. 342-343).

134 “Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica” (NEGREIROS, 2006, p. 41).

Partindo da previsão normativa, entende-se que a configuração do abuso do direito pressupõe a demonstração concomitante de dois requisitos: i) o exercício de direito próprio; e ii) a violação dos limites objetivos, a saber, o fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé ou os bons costumes. É por essa razão que Miragem (2009, p. 131) assevera que haverá abuso do direito “quando se avança para além dos limites do normal, do legítimo: exerce-se o direito próprio em termos que não eram de esperar, ultrapassa-se o razoável, chega-se mais longe do que poderia prever”.

O primeiro elemento caracterizador do abuso é o exercício do direito pelo titular. Parece tautologia, porém, é importante destacar que se o abuso decorrer de um ato excessivo que não se consubstancia em direito, não haverá abuso de direito, pois não há como abusar daquilo que não se tem. Abusar do direito pressupõe a existência desse próprio direito, mesmo nas hipóteses de um ato negativo. “Haverá sempre um direito, uma posição jurídica que o ordenamento jurídico autoriza o exercício, mas que deve observar os limites que ele impõe” (PEREIRA; FERREIRA, 2019, p. 303).

O erro do julgamento do Superior Tribunal de Justiça foi ter analisado o instituto do abuso do direito somente em seu primeiro elemento, que é o da existência do direito exercido pela parte, no caso, o banco Itaú. O fundamento principal do acórdão assentou-se na simplória constatação de que o encerramento unilateral da conta bancária é um direito subjetivo das instituições financeiras, que encontra amparo em resolução normativa do BACEN. O acórdão, contudo, descuroou-se de que nessa específica cláusula legal o intérprete deve buscar a observância da “finalidade de proteção da confiança em seu sentido amplo, seja confiança no comportamento do outro sujeito da relação jurídica, assim como na efetividade e adequação das normas e do próprio ordenamento jurídico” (MIRAGEM, 2009, p. 109).

É insuficiente a mera constatação da existência do direito, como sucedeu na espécie. A fundamentação que se esperava do julgado para atender aos ditames constitucionais e legais (CF, art. 93 IX e CPC, art. 489 §1º) exigia que a Corte Superior avaliasse a conduta do Itaú sob a perspectiva da violação aos limites do direito subjetivo de encerramento da conta bancária, limites que na dicção legal se traduzem no fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes.

Relativamente ao fim econômico ou social, destaque-se inicialmente a possibilidade de seu tratamento a partir da dimensão individual ou da coletiva. Pela individual, as hipóteses de configuração do abuso restringem-se aos atos emulativos. Contudo, o melhor critério se dá a partir da dimensão coletiva (ou geral), segundo a qual a

utilidade econômica do direito para seu titular deve estar compatibilizada, em seu exercício, com a expectativa da outra parte do negócio jurídico.

De acordo com Chiovenda (1933, p. 188), “*le parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà; ma in vista di certe finalità pel conseguimento delle quali entrano reciprocamente in rapporto*<sup>135</sup>”. Como resultado, Forgioni (2009, p. 60) reconhece que todo negócio jurídico possui uma função econômica na qual encontra sua razão de ser, podendo ser compreendida como a “circulação dos bens e dos serviços (perspectiva objetiva) e não ao subjetivismo das partes”. Portanto, é por causa da circulação de riquezas que se firmam contratos, que são realizados negócios jurídicos, razão pela qual o comportamento de um dos sujeitos que frustra essa finalidade econômica deve ser reconhecido como abuso do direito.

Conforme registra Pereira (2018, pp. 79 e 137), é necessário construir um “modelo jurídico de tutela da confiança que tenha como primeira *ratio* o cumprimento dos contratos e a criação de um ambiente macroeconômico favorável, capaz de tutelar o crédito e permitir o bom funcionamento dos mercados”. Em virtude disso, arremata o autor, a “imposição de sacrifício a um dos sujeitos, a ponto de subverter a economia do contrato, desvirtuando sua finalidade, revela-se uma postura não cooperativa e, em razão disso, contrária à boa-fé”.

Sobre a boa-fé enquanto limite integrante da teoria do abuso do direito, já se disse que ela funciona como *standard* ou modelo corretivo de conduta, esperado por todos os sujeitos da relação jurídica, conforme o padrão de homem médio. O complemento indispensável sobre o ponto é reconhecimento de que esse comportamento corretivo de conduta faz gerar a confiança na outra parte do negócio jurídico, confiança que não pode ser desprezada na análise da ocorrência, ou não, do abuso do direito. A importância desse ambiente de confiança é tamanha que “há quem sustente que ele constitui um factor estratégico na concorrência, bastando pensar-se no papel crucial que esse ambiente desempenha em ambientes de rede, por exemplo” (ARAÚJO, 2007, p. 361).

“O mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir: quem entra no mercado sabe que o seu agir (e também o agir do outro) é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis<sup>136</sup>” (FORGIONI, 2009, p. 76).

---

135 Tradução livre: as partes não celebram contratos pelo prazer de trocar declarações de vontade; mas tendo em vista certos propósitos cuja realização os faz manter um relacionamento recíproco.

136 “Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma, daquela maneira anônima e repetida a que fizemos referência. Daí que ambos os empresários planejam sua

Quando um dos contratantes, agindo contrariamente ao padrão esperado, quebra a confiança da relação jurídica, seu comportamento viola a boa-fé objetiva e, portanto, não pode ser albergado pelo Judiciário<sup>137</sup>, afinal, “sempre advertiram os comercialistas que um mercado que não dê guarida à boa-fé e à proteção da legítima expectativa da outra parte tenderia ao colapso, porque dificultaria o giro comercial ou a fluidez das relações econômicas” (FORGIONI, 2009, p. 80).

Sem um ambiente institucional com fortes garantias de que as obrigações serão cumpridas com boa-fé<sup>138</sup>, os negócios jurídicos deixam de ser realizados, a inovação é arrefecida e o desenvolvimento econômico fica travado, “pois ninguém, em sã consciência, arrisca patrimônio em negócio que não seja confiável. Sem confiança, não há ajuste. Sem ajuste, a riqueza não circula. E sem movimentação de riqueza, o mercado soçobra” (PEREIRA, 2018, p. 69).

Se o banco Itaú desconfiava que a conta bancária da sociedade Mercado Bitcoin poderia ser utilizada para fins ilícitos – o que ficou subtendido nas manifestações do processo judicial e expressamente afirmado no processo administrativo perante o CADE, conforme se verá no próximo tópico desta pesquisa – o comportamento ético baseado na confiança legítima não recomendava a rescisão unilateral do contrato como primeira opção, mas, antes, reclamava a observação dos desdobramentos da boa-fé elencados por Roppo (2009): i) dever de oferecer à outra parte oportunidade para sanear o vício da prestação recebida, quando isso for possível e razoável; ii) dever de cooperação, para possibilitar o adimplimento da obrigação pela contraparte; iii) dever de conceder à contraparte oportunidade para correção de erros ou

---

jogada e efetivamente se comportem de acordo com esse padrão ‘de mercado’. Portanto, não é desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas a um nível insuportável. Retomemos, pois, a lição de Max Weber, para quem um dos significados e pressupostos do capitalismo moderno é a *calculable law*. A forma capitalista de organização industrial – porque é racional – deve depender de um processo decisório, decisões e administração calculáveis, previsíveis. E esse sistema dependerá do direito, pois é impossível calcular a jogada do outro agente na ausência de um sistema jurídico racional” (FORGIONI, 2009, p. 77).

137 Araújo (2007, p. 331) observa que “quando, em nome do respeito pela autonomia da vontade, o Direito predispõe um enquadramento normativo da supervisão reguladora ou judicial das práticas comerciais, nomeadamente quando atribui às partes meios de defesa contra os constrangimentos negociais com que se depararem, a análise econômica naturalmente aplaude, tal como aplaude as salvaguardas gerais contra o abuso do direito, ou o estabelecimento de normas supletivas, ou de presunções quanto a termos implícitos, ou de cláusulas gerais de razoabilidade, sempre que se trate de promover a justiça material no seio da relação contratual”.

138 Pontes de Miranda (1974, p. 138) escreveu que “tem-se de proteger, em mais larga extensão, a boa-fé, porque a intensidade da vida, a circulação incessante, a deslocação de pessoas e das coisas não permitem que se conheçam, sempre, todos os dados de que se precisa para saber exatamente qual a situação jurídica”. A confiança dá, assim, “eficácia a negócios jurídicos que não na teriam, sem novas regras jurídicas sobre a boa-fé, ou tornando-se fatos jurídicos que, antes, a despeito da boa-fé dos figurantes, não no seriam (não entrariam no mundo jurídico)”.

de equívocos que poderiam trazer incerteza à relação; iv) dever de agir com coerência, mantendo a lógica dos próprios atos de forma a não frustrar a expectativa que germina na contraparte.

Nos termos do art. 422 do CC, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, significando que os sujeitos do negócio jurídico devem pautar seu comportamento “com lealdade, com cuidado, zelando pela contraparte e atuando sem a vontade de lesar, com a predisposição de não causar dano, e isso da fase de tratativas até a fase pós-contratual. É, portanto, um valor ético” (PEREIRA, 2018, p. 147). Logo, toda vez que esse valor ético não estiver presente na conduta da parte, o exercício do direito terá conotação abusiva, circunstância que deveria ter sido reconhecida pelo STJ no caso em estudo.

#### 4.2.2 Segunda análise: o contrato como roupagem jurídica de uma operação econômica

Para Timm e Guarisse (2018, pp. 158-159), “o contrato é um fato social, tanto quanto o crime e as relações familiares (casamento, filiação). Sua existência é anterior ao direito, consistindo numa manifestação da necessidade humana de interação econômica (troca)”, ao passo que “direito contratual é a regulação jurídica (e essencialmente estatal) do contrato, instituindo regras, por exemplo, sobre sua formação, execução, nulidade e os direitos das partes.

Por sua vez, a tradição jurídica sobre a matéria entende que desde o liberalismo econômico do século XVIII<sup>139</sup>, o conceito de contrato ligava-se à ideia de “acordo de vontades entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito, ou que se sujeitam a alguma obrigação<sup>140</sup>” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 111), sendo que sua validade

---

139 A escolha desse marco temporal decorre unicamente de fins metodológicos, pois as origens do contrato, pelo menos numa perspectiva política, podem ser encontradas no final da Idade Média, na exata valorização da liberdade pelo contrato, implicando a valorização do contrato como instrumento da liberdade: como forma de vinculação livre. A esse respeito, Pereira (2018, pp. 28-29) aduz que “no Direito romano, o contrato era considerado a própria fonte da obrigação, e não a vontade das partes, havida como mero pacto, ideia que também dominou considerável período do Direito medieval. Firmar ou não um contrato até poderia ser assunto da conveniência ou liberdade particulares, mas o contrato em si não era regido por interesses privados, era governado pelas aspirações de justiça comutativa, que se inseria em um todo orgânico e harmônico de justiça política e distributiva”.

140 Ainda segundo os autores, a acepção moderna e mais clássica do contrato é encontrada no *Code Civil* de Napoleão, de 1804, que resume com precisão lapidar o que os liberais entendiam por contrato: ‘uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se comprometem em relação a um ou a várias outras a dar, a fazer ou a não fazer, alguma coisa’. Pode ser bilateral (quando houver dois contratantes) ou multilateral (mais que dois) e conter obrigações e direitos recíprocos. Há, ainda, uma transferência dessa noção de contrato privado para o campo da sociologia política: quando se fala em contrato social, faz-se referência ao tipo de vida em sociedade que se

“dependia tão somente do fato de ser livremente aceito<sup>141</sup>. E se assim fosse, deveria ser cumprido.[...] O Poder público não cuida mais dos termos do contrato, dedica-se apenas a dar-lhe executoriedade conforme as promessas reciprocamente estabelecidas” (PEREIRA, 2018, pp. 31-32).

Ocorre que essa definição, embora clássica e importante para a história do instituto, apresenta-se “simplória num mundo em que a informação é o principal ativo e em que as mudanças ocorrem numa velocidade ímpar, transformando a realidade numa complexa e intrincada teia de relações jurídicas e econômicas” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 111), razão pela qual a acepção mais condizente com o atual momento histórico do direito privado é aquela concebida por Roppo (2009, pp. 7-8), segundo a qual contrato é um conceito jurídico, “uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito”. Por isso, que para o autor peninsular “falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou mediadamente – para a ideia de operação econômica”.

Em complemento, Roppo (2009, pp. 9-11) esclarece que essa formalização jurídica não é construída “como um fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstrata, e, conseqüentemente, incompreensível”. Logo, afirma-se que “o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas”.

Por essa razão, “o contrato é essencialmente um facilitador da circulação<sup>142</sup> de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou de governança) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses” (ARAÚJO, 2007, p. 18), reconhecendo-se que “cada pessoa é racional e se comporta de acordo com seus próprios interesses

almeja. Rousseau, por exemplo, em seu clássico *Du contrat social*, formula o seguinte enunciado: ‘cada um de nós põe em comum a sua pessoa e toda a sua potência sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos em bloco cada membro como parte indivisível do todo’ (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 112). No mesmo sentido é a observação de Pinheiro (2002, p. 136): “o contrato é chamado a desempenhar papéis: no âmbito das relações sociais ele se constitui como emancipação da personalidade do autor; na esfera política, ele mostra-se como instrumento de justificação do Estado, como pretenderam esboçar as teses contratualistas; no aspecto econômico, ele reflete as mudanças do modo de produção vigente, remetendo à idéia de operação econômica”.

141 Na visão de Sampaio (2009, p. 40), “na visão da escola econômica clássica, o contrato era concebido como uma forma eficiente de alocação de riscos, pressupondo indivíduos livres e iguais interagindo no mercado, com informação plena sobre todos os aspectos relevantes para realizar operações econômicas no mercado (trocas). A partir dessa perspectiva, o papel do direito deveria resumir-se a garantir a efetividade do pactuado, pressupondo-se o contrato como capaz de prever todas as situações juridicamente relevantes dele decorrentes”.

142 De acordo com Pinheiro (2002, p. 172), no alvorecer da sociedade moderna pós-revolução francesa, em que a transferência de riqueza das classes vencidas em direção à incipiente burguesia era fator notório, “o contrato apresentou-se como o instrumento técnico-jurídico mais adequado, significando não apenas a passagem para uma nova forma de economia, mas uma forma superior de sociedade”.

(individualismo)”, propiciando a hipótese “em que os bens tendem a passar da pessoa que lhe dá menor valor à pessoa que lhe dá maior valor” (TIMM; GUARISSE, 2018, p. 161), gerando o que no jargão da ciência econômica se chama de melhorias de Pareto<sup>143</sup>.

A perspectiva da função econômica do contrato é resultado, entre outros, da constatação de que os indivíduos não se encontram em condições materiais de igualdade no mercado<sup>144</sup>, de que o contrato não importa apenas aos contratantes, mas também implica consequências jurídico-econômicas para a sociedade, e, por fim, de que o conceito liberal de contrato, “essencialmente fundado na autonomia da vontade e na força obrigatória dos pactos, produziu inúmeros abusos, à medida que favoreceu as pessoas economicamente mais fortes, desequilibrando a relação” (PEREIRA, 2018, p. 32). Disso decorre a constatação de que “antigos princípios, regras e dogmas do passado, formadores do chamado direito dos contratos, precisaram ser revistos, remodelados”, a fim de que o instituto, ajustando-se à realidade sócio-econômica e ao panorama globalizado de comunicação de massa sem fronteiras, continue cumprindo sua função de “instrumento de formalização jurídica das operações econômicas” (PEREIRA, 2018, p. 34).

A fase do dirigismo contratual, cuja característica principal está na intervenção do Estado no âmago do contrato, importa limitar a autonomia da vontade com vistas a substituí-la pela autonomia privada, de modo que a delimitação normativa estatal não se dê apenas no conteúdo do contrato, mas afete igualmente a própria decisão de contratar, que pode, em determinadas circunstâncias, ser retirada do particular e imposta pelo Estado (SAMPAIO, 2009, p. 32). A faculdade de contratar ou não contratar deve ser exercida dentro de limites que foram fixados por “uma série de imposições de ordem pública, como as regras de proteção do consumidor e da concorrência, que caracterizam a normatividade do *Welfare State*” (PEREIRA, 2018, p. 126).

Atualmente o direito de contratar, ou não contratar, deve observar o “espaço de liberdade em que as pessoas comuns podem reger os seus interesses entre si, como entenderem, através da celebração de negócios jurídicos ou de contratos” (VASCONCELOS,

---

143 “Isso significa que, dada uma alocação inicial de bens entre um grupo de indivíduos, somente ocorrerão mudanças de alocação que satisfaçam dois requisitos: (i) deixem pelo menos um indivíduo em melhor situação; e (ii) não deixem nenhum indivíduo em pior situação. O ótimo de Pareto caracteriza-se quando se chega a uma situação em que nenhuma outra melhoria de Pareto é possível. [...] Assim, a partir da ideia de ótimo de Pareto, chega-se à conclusão de que um mercado livre, povoado por indivíduos livres, racionais e autointeressados irá levar ao ponto de ótimo social (TIMM; GUARISSE, 2018, pp. 164-165).

144 Sampaio (2009, p. 31) nota que “frequentemente as partes contratantes não se encontram em posição de equivalência na relação contratual, de forma que questões como assimetria de informações e poder de barganha também precisam ser consideradas, podendo, em determinados casos reclamar a participação do Estado para, através de normas imperativas, buscar o reequilíbrio da relação”.

2008, p. 15), o qual, antes de ser ilimitado, encontra-se condicionado pelas normas de ordem pública e bons costumes.

Essa intervenção do Estado sobre a liberdade de contratar contribuiu para o “surgimento do direito da concorrência, consistente em um conjunto de normas jurídicas que conferem ao Estado legitimidade para interferir sobre as relações econômicas privadas com a finalidade de garantir o processo concorrencial”, contra os abusos<sup>145</sup> da concentração do poder econômico (SAMPAIO, 2009, p. 33).

Aplicando ao caso em estudo os parâmetros da autonomia privada, das limitações à liberdade de não contratar e, principalmente, da função do contrato enquanto roupagem jurídica de uma operação econômica, observa-se que o STJ não poderia concluir que se revela “de todo incompatível com a natureza do serviço bancário fornecido, que conta com regulamentação específica, impor-se às instituições financeiras o dever legal de contratar”.

Além de prestar serviço mediante prévia autorização do Poder Público (Lei 4.595/1964, art. 18), devendo, portanto, atender a interesse público mercê dos princípios da ordem constitucional econômica, o banco Itaú não poderia ter desprezado que o contrato de conta de depósito firmado com a corretora Mercado Bitcoin não pode – e isso há mais de cem anos – ser visto somente segundo a ultrapassada visão liberal de mero encontro de vontade entre particulares, pois, na verdade, o contrato é instrumento para circulação de riquezas que exige respeito à segurança para o tráfego mercantil.

Nesse específico tema, a liberdade de iniciativa, aqui entendida como liberdade de rescindir unilateralmente o negócio jurídico por parte do banco, deve ceder lugar à necessidade de permanência do vínculo<sup>146</sup> enquanto instrumento para o desenvolvimento de atividade econômica em um indispensável ambiente de concorrência. Na tutela da confiança e

---

145 Em observação que parece refletir o estado atual da competição no setor bancário no Brasil, Scott (2000, pp. 45 e 46) relembra que “no final do século XIX, unidades econômicas passaram a assumir posições de destaque nos mercados, regulando-os em proveito próprio. Este poder, poder econômico, detido somente por alguns agentes econômicos, foi exercido abusivamente e acabou inviabilizando a mobilidade das próprias forças produtivas, aniquilando os valores da competição e estabelecendo uma evidente contradição no quadro de dogmas econômicos provenientes da visão liberal setecentista. O princípio da livre iniciativa, correspondente ao estado original e revolucionário das forças industriais, não mais enquadrava as condições dos agentes econômicos no mercado. A associação dos interesses das grandes empresas substituiu o livre jogo econômico – organização, produção, distribuição e repartição dos mercados – negando o ilimitado acesso ao mercado e acentuando uma vocação ao protecionismo privado de caráter associativo e monopolístico. Foi o saturamento do campo competitivo. A concentração de capitais se impôs como estratégia primordial, desvirtuando por completo a desejada dinâmica da livre concorrência”.

146 Em igual sentido: “a proibição do exercício abusivo dos direitos constitui instrumento ético eficaz para garantir a perenidade contratual durante a execução do contrato; permite vigiar o equilíbrio entre as partes e apreciar a coerência do seu comportamento à luz das circunstâncias do contrato: sob o fundamento de abuso de direito, o juiz pode limitar o direito de ruptura unilateral do contrato sem consideração ao desequilíbrio econômico e social que a ruptura poderia causar” (AGUIAR JR., 2011, p. 244).



da segurança do tráfego, “quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito” (NORONHA, 1994, p. 18).

E isso sob um viés eminentemente civil de tutela judicial dos contratos, sem necessidade de adentrar na matéria que não foi objeto de prequestionamento, relativa à Lei 12.529/2011, afinal, “com a atribuição de maior responsabilidade à parte economicamente favorecida, a contraparte vulnerável na relação sente-se mais segura ao contratar. Protegendo-se o pequeno, protege-se, na verdade, o próprio fluxo da relação econômica vertical” (PEREIRA, 2018, p. 70).

Encaixa-se perfeitamente nesse ponto a observação de Pinheiro e Saddi (2005, p. 119): “quando um cliente assina um contrato de abertura de conta-corrente (nos termos da Resolução CMN 2.025), ele está, na verdade, se comprometendo com muito mais do que depositar e sacar certos montantes; há entre eles uma relação de fidúcia, de confiança”, que ultrapassa a simples questão do contrato de depósito, razão pela qual a rescisão unilateral do ajuste pela instituição financeira, sem qualquer atribuição de culpa à contraparte, representa intolerável perturbação da finalidade econômica do instituto e, de conseguinte, menosprezo ao direito antitruste no país, na medida em que prejudica o fluxo econômico e as trocas comerciais. Sem contrato não há segurança jurídica, sem segurança jurídica não há concorrência, pois os agentes econômicos buscarão, exclusiva e egoisticamente, seus interesses de obtenção de lucro.

Outros fundamentos que evidenciam o erro de julgamento do STJ estão na completa desconsideração da função social do contrato e na má compreensão do conceito, funcionalidade e funcionamento do mercado de criptomoedas<sup>147</sup>.

Na acepção de Amaral (1998, p. 348), a função social do contrato constitui um “verdadeiro *standard* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem torna ineficazes os direitos subjetivos, orientando-lhes o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social”. Se durante o Estado liberal a função social contentava-se em assegurar a liberdade contratual e a

---

147 Para além da frágil fundamentação baseada em consulta à plataforma Wikipédia, o acórdão afirmou expressamente que a circulação de criptomoedas não depende de um terceiro intermediário, razão pela qual a atuação da corretora seria irrelevante para o mercado. Como se viu no capítulo dois desta pesquisa, a compra e venda de criptomoedas, de fato, independe de uma autoridade central, contudo, a atividade da corretora (também conhecida como *exchange*) serve para aproximar compradores de vendedores, facilitando as trocas comerciais, não tendo qualquer finalidade de chancela da operação.

igualdade formal, de modo que “o interesse coletivo seria tutelado às custas de uma atuação negativa por parte do Estado, deixando que os interesses individuais se adequassem ao livre jogo de mercado” (PINHEIRO, 2002, p. 173), desde o século XX o conceito evoluiu e atualmente se admite que “o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas” (NEGREIROS, 2006, p. 371), ao revés, recebe carga funcionalizada<sup>148</sup> “de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos” (PINHEIRO, 2002, p. 177).

E como bem observa Pereira (2018, p. 148), a função social do contrato projeta uma finalidade mediata a ser alcançada que se relaciona ao interesse social de promover a “preservação do mercado e das normas básicas que garantem a integridade da autonomia privada, da qual o contrato é o instrumento essencial para que se possa promover a circulação de bens e serviços, com segurança jurídica e previsibilidade”. Logo, função social não se confunde com justiça social e tampouco com repartição de bens através do contrato, mas significa, sim, a realização da finalidade econômica do instituto para o adequado funcionamento do mercado e o estímulo para que os agentes econômicos continuem a empreender, contratar e gerar riquezas, sem a produção de danos a terceiros.

É em virtude da função social do contrato que o STJ não poderia entender que “longe de encerrar abusividade, tem-se por legítima, sob o aspecto institucional, a recusa da instituição financeira recorrida em manter o contrato de conta-corrente, utilizado como insumo, no desenvolvimento da atividade empresarial” de intermediação de compra e venda de moeda virtual. E muito menos que “sob o aspecto mercadológico, também se afigura lúdica a recusa em manter a contratação, se sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento” do banco Itaú.

De acordo com Sampaio (2009, p. 35), somente pela lógica da Escola Liberal é possível admitir que o contrato comporta todo e qualquer conteúdo, aceita todo e qualquer comportamento do agente. Em tempos como o presente, ao se reconhecer a função social,

---

148 “A função social invade a estrutura inabalável de liberdade expressa através do direito subjetivo. E o primeiro a sofrer a aludida modificação, é o direito de propriedade. Até então, este direito consagrado nos códigos, como ‘absoluto’, imune a intervenções do Estado e sujeito apenas a limites negativos, encontra seu justo limite na função social, consagrada em nível constitucional. [...] Nessa perspectiva, é com fundamento na função social do contrato que se promove uma intervenção neste último, revelando um rompimento com o princípio de sua intangibilidade, para promover justiça contratual” (PINHEIRO, 2002, pp. 175 e 178).

passa-se a considerar como “ilícitos todos os contratos que dificultem ou obstaculizem a realização de finalidades sociais, tais como o direito a um ambiente concorrencial não distorcido”. Demais disso, as normas regulatórias que obrigam a contratar deixam de ser vistas como meros dispositivos legais isolados e hermeticamente encapsulados na lei brasileira de defesa da concorrência, e passam a ser encarados “como decorrência do princípio constitucional da livre concorrência, atrelados ao reconhecimento, pelo direito civil, da função social do contrato”.

Ao contrário do que concluiu o STJ, do ponto de vista institucional não havia qualquer margem para a rescisão unilateral do contrato de conta bancária, pois o fato de o Banco Central ainda não ter regulado a atividade de criptomoedas, nada obstante os doze anos de franca atividade comercial mundo afora com base nesse ativo financeiro, não pode servir de obstáculo para a criação de embaraços à livre iniciativa das corretoras. A correta dimensão institucional do setor bancário, que deve levar em consideração o aspecto macro do ambiente financeiro, não pode reputar como legítima a conduta de reduzir a atividade econômica privada no país, diminuindo as liberdades, de iniciativa e de concorrência, e retraindo resultados econômicos e operações comerciais que fomentam a criação de riqueza.

Outro grave equívoco está na conclusão de que, do ponto de vista mercadológico, se a atividade das criptomoedas concorre diretamente e produz impacto no faturamento do banco, a instituição financeira pode rescindir o contrato e, conseqüentemente, impedir a contraparte de acessar e usufruir de um instrumento importante para suas atividades, como constou do acórdão ora analisado.

As instituições financeiras, ao se sujeitarem à prévia autorização do Conselho Monetário Nacional, conforme expressa previsão normativa já mencionada, não podem agir para impedir que algum usuário, pessoa física ou jurídica, tenha acesso a seus serviços. Tanto mais se esse impedimento tiver como motivação a criação de reserva de mercado através da eliminação de concorrentes efetivos e potenciais.

Isso foi corretamente observado no voto-vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, ao reconhecer que “as contas-correntes podem ser compreendidas como uma espécie de infraestrutura essencial, sem a qual é impossível a recorrente competir ou mesmo ser economicamente ativa no seu mercado específico”. É dizer, sem acesso aos serviços de conta bancária para operacionalizar suas atividades de corretagem de criptomoedas, o Mercado Bitcoin restará prejudicado, ou até mesmo impossibilitado, de permanecer no mercado. Contudo, esse entendimento restou vencido no julgamento colegiado do caso perante a 3ª Turma do STJ.

Por fim, afigura-se indispensável uma última observação do julgando do STJ, relacionada à necessidade de o Judiciário, quando provocado, atuar para corrigir as falhas de mercado, privilegiando uma leitura econômica do contrato pela lente da boa-fé objetiva.

Em linhas gerais, falhas de mercado são fatores que afastam o mercado do nível ótimo, podendo ser classificadas em externalidades, assimetrias de informação, custos de transação, poder de mercado, racionalidade limitadas dos agentes, bens públicos e incompletude contratual (TIMM; GUARISSE, 2018, p. 165). Para os objetivos desta pesquisa, revelam-se mais importantes as assimetrias de informação e os custos de transação.

Conforme Sampaio (2009, p. 42), “os contratantes, no momento da celebração dos contratos, não se encontram plenamente informados sobre todas as variáveis relevantes à realização do ato. Dessa forma, a escolha do indivíduo é, em realidade, limitada” pelo conjunto de informações até então disponíveis. Isso decorre do fato de que uma das partes possui mais informações do que a outra, causando dois problemas específicos: seleção adversa<sup>149</sup> e risco moral.

Entende-se por risco moral a possibilidade de uma das partes encontrar incentivos para “alterar seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, sem que esta possa saber ou impedir essa alteração” (TIMM; GUARISSE, 2018, p. 167). Noutros termos, são “situações em que um participante do mercado não pode observar as ações do outro, de modo que este último pode tentar maximizar seus ganhos valendo-se de falhas ou omissões contratuais” (FAGUNDES, 2003, p. 233), à medida que “as partes celebram um contrato considerando sempre o seu auto-interesse, uma vez que o ser humano é hedonista, isto é, seu propósito é maximizar o seu benefício e a sua satisfação” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 131).

Para evitar o risco moral, é importante que as instituições estejam “habilitadas a contribuir para que as partes contratantes transformem conflitos em soluções cooperativas”, dando-lhes garantia do cumprimento do que foi originalmente combinado (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 120).

---

149 “A seleção adversa foi primeiro identificada por George Akerlof em 1970 e ocorre quando uma das partes está mal-informada sobre as qualidades de um produto ou serviço específico, mas sabe apenas da qualidade média dos produtos daquele mercado. Nesse caso, a parte mal-informada, por conta de sua incerteza, exigirá um prêmio/desconto para participar de uma transação. Aqueles vendedores que tiverem bens de boa qualidade não conseguirão um preço por seus produtos e, em consequência, sairão do mercado. Assim, a qualidade média dos produtos naquele mercado irá diminuir. Isso irá ocorrer sucessivamente até restarem apenas produtos da pior qualidade possível. A seleção adversa, ao afastar agentes do mercado (os produtores com bons produtos), impede diversas transações. Portanto, o número de transações efetuadas é menor do que a quantidade eficiente” (TIMM; GUARISSE, 2018, p. 167).

Por essa razão, afirma-se que os contratos constituem “uma maneira de coordenar as transações, promovendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção”, reduzindo, assim, os custos de transação (SAMPAIO, 2009, p. 46). E, surgindo controvérsia judicial sobre o comportamento de um dos contratantes, deve o julgador atentar-se para o desnível de poder econômico das partes, observando, ainda, a existência de uma “estrutura de mercado oligopolizada ou de maior concorrência, [...] além de refletir sobre os impactos da decisão nos demais subsistemas sociais, fundamentalmente na economia, diante da interconexão sistêmica do contrato com o mercado e com o sistema econômico” (TIMM, 2005, p. 117).

E como bem observam Timm e Guarisse (2018, p. 173), “enquanto dever de transparência, o princípio da boa-fé pode ajudar a corrigir falhas de mercado, em especial aquelas relacionadas à assimetria de informação”. À medida que exige a revelação de informações relevantes, o direito impede o uso abusivo dessas informações e restabelece o equilíbrio informacional, resolvendo, ainda que parcialmente, as falhas de mercado.

Em seu julgamento, o STJ não observou que a judicialização da relação negocial ocorreu, entre outros, porque falhas de mercado deram ensejo a risco moral decorrente de assimetria informacional e manifestação de custos de transação.

Com efeito, como observou a Ministra Nancy Andrighi no voto vencido e conforme será mais bem tratado na próxima seção desta pesquisa, a iniciativa da instituição financeira de rescindir unilateralmente o contrato ocorreu, coincidentemente, quando ela havia começado tratativas comerciais para aquisição de fatia societária da XP Investimentos a fim de passar a desenvolver o serviço de corretagem de criptomoedas<sup>150</sup>. Logo, observa-se que a alteração de comportamento do banco Itaú teve o nítido propósito de aumentar seus lucros, ainda que à custa de prejuízo à corretora Mercado Bitcoin.

Sem um ambiente institucional que promova segurança e confiança, os agentes econômicos não poderão transformar jogos com soluções ineficientes em outros com soluções eficientes e cooperativas; apenas os contratos dotados de exigibilidade promovem cooperação, e esta pressupõe compromisso (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 129), sendo certo, ainda, que somente “garantindo o cumprimento das promessas, as cortes criam os incentivos para cooperação eficiente (COOTER; ULLEN, 2003, p. 222), o que não foi observado na atuação do Superior Tribunal de Justiça.

---

150 Esse específico ato de concentração foi aprovado pelo CADE, por maioria e sujeito a condicionantes, através do processo administrativo nº 0870.004431/2017-16.

#### 4.3 DE BRASÍLIA PARA O BRASIL: o caso perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Paralelamente à tramitação do processo perante o STJ, a Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain – ABCB apresentou representação contra o Banco do Brasil S/A. no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a fim de que fossem apuradas condutas anticompetitivas que caracterizavam recusa de contratar (*refusal to deal*) e negativa de acesso à infra-estrutura essencial (*denial of access to an essential facility*).

Segundo a representação, a instituição financeira expediu comunicação dando ciência acerca da rescisão unilateral da conta de depósito de titularidade da Atlas Proj Tecnologia Ltda., que se dedica à aquisição e intermediação de criptomoedas. Além disso, a representação também denunciou o fato de que diversas instituições financeiras do país estavam praticando a mesma conduta com outras corretoras de criptomoedas, configurando conduta arbitrária, imotivada, anticompetitiva e lesiva aos empreendedores.

Ainda de acordo com a representante, a manutenção de contas de depósito perante as principais instituições financeiras do país constitui fator essencial para o desenvolvimento de suas atividades negociais, especialmente para receber depósitos de seus clientes interessados na compra e venda de criptomoedas, permitindo, também, a realização e recebimento de transferências de valores com baixo custo.

Diante desses fatos, a Secretaria Geral - SG do Conselho Administrativo de Defesa Econômica iniciou procedimento preparatório, oficiando as principais instituições financeiras do país que, segundo a representação, estariam atuando de maneira semelhante no encerramento de contas de depósito, a saber: Banco do Brasil, Banco Santander, Banco Bradesco, Banco Itaú, Banco Inter e Cooperativa de Crédito Sicredi. E após a manifestação preliminar destes, a SG decidiu pela instauração do Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95 mercê da presença de indícios suficientes de infração à ordem econômica pela possível violação ao art. 36 *caput*, I a IV<sup>151</sup> e §3º, III, IV e XI<sup>152</sup> da Lei

---

151 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

152 Art. 36 §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de

12.529/2011. Além disso, também foram oficiadas outras *exchanges* que estavam sofrendo a mesma conduta por partes dos bancos, quais sejam: Bitcambio, Capital Digital Aberto, E-Juno, Profitfy Negócios Digitais S/S Ltda. e BitBlue Tecnologia e Serviços Digitais.

Em síntese, as corretoras afirmaram que a conduta dos bancos gerou impactos negativos relativos à continuidade do negócio, perda de clientes, queda no faturamento, prejuízos, lentidão e aumentos de custos. Sustentaram, ainda, que em sua grande maioria aplicam ferramentas para prevenção de lavagem de dinheiro.

Em suas manifestações, os bancos esclareceram que as *exchanges* não possuem cadastro nacional de atividades empresariais – CNAE específico junto à Receita Federal do Brasil; que não há regulação sobre o setor de criptomoedas; que não houve discriminação ao setor de moedas virtuais, existindo, na verdade, comportamento preventivo no tocante às possíveis ilicitudes cometidas com o uso desse ativo financeiro; que possuem responsabilidade no sistema legal de proteção a crimes e lavagem de dinheiro, razão pela qual costumam encerrar as contas de depósito de clientes que oferecem risco potencial de cometimento de delitos; e que não possuem poder de mercado a ponto de provocar interferência negativa na concorrência.

Ao analisar o caso, utilizando como fundamentação a Nota Técnica nº 89/2019 juntada aos autos, a Secretaria Geral do CADE informou que a ilicitude das condutas seria avaliada pela potencialidade de seus efeitos com a aplicação da regra da razão, sendo identificada a existência, ou não, de poder de mercado dos bancos e se a justificativa apresentada para o encerramento da conta de depósito foi razoável.

De acordo com a fundamentação do CADE, entendeu-se que “o poder de mercado dos Representados do ponto de vista da oferta não se verifica sob o ponto de vista da demanda”, vez que “qualquer banco entre as dezenas deles instalados no país pode oferecer uma conta corrente. Assim, sem poder restringir o acesso ao ‘insumo’ conta corrente, que é a conduta em análise neste IA, não há que se falar em ilicitude antitruste”. Demais disso, registrou-se que não houve uniformidade “nas condutas dos Representados que pudesse sugerir uma ação conjunta a atingir as mesmas empresas em datas similares. Portanto, não há que se avaliar poder de mercado de forma conjunta”, razão pela qual “bastaria o acesso a um banco para que uma corretora de criptomoedas tivesse acesso a todo o sistema financeiro, ainda que a um custo maior do que se tivesse acesso a qualquer banco que pretendesse”.

A autarquia federal também entendeu que “há nessa denúncia um teor maior de lide privada do que, propriamente, efeitos negativos na concorrência e, em última instância, no consumidor tanto de criptomoedas quanto dos demais produtos financeiros dos bancos”. E que “o encerramento de uma conta corrente pode ser visto apenas como uma inconveniência”.

Relativamente ao risco gerado pelas corretoras, que segundo os bancos daria ensejo à prática de delitos de lavagem de dinheiro, o CADE entendeu que como não há “uniformidade na aplicação de políticas de PCLD por parte das corretoras”, resta reforçada “a racionalidade por trás dos encerramentos de contas de algumas corretoras de criptomoedas, haja vista que ela coloca em risco a segurança dos bancos aqui Representados”. Logo, acolheu-se a alegação dos bancos de que as “atividades relacionadas às criptomoedas podem conter risco alto, independente da ausência de regulação, mas inerentemente ligado às possibilidades que envolvem criptomoedas”, como fraudes e crimes financeiros.

Sobre a concorrência das criptomoedas com os bancos, o entendimento foi de que “os autos não mostram evidências da existência da concorrência efetiva entre criptomoedas e produtos financeiros ofertados pelos bancos, ao menos no momento, mas evidenciaram que eventual concorrência é uma possibilidade para o futuro”.

A conclusão da Secretaria Geral foi a de “não existir evidências de ilícitos antitruste em decorrência da recusa em contratar de alguns bancos frente a determinadas corretoras de criptomoedas”, além de que “os bancos apresentaram justificativas razoáveis para tal recusa”. Logo, “sob a regra da razão, sem o requisito de poder de mercado e presentes justificativas aceitáveis para as condutas”, a decisão do CADE foi pelo arquivamento do Inquérito Administrativo em virtude da inexistência de violação à concorrência.

Demonstradas as discussões ocorridas perante a Secretaria Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e, principalmente, os principais fundamentos utilizados para o arquivamento do Inquérito Administrativo, revela-se necessário avaliar, a partir dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, em que medida a decisão da autarquia federal contribui para a efetivação do Direito Antitruste no país em matéria de tecnologias disruptivas, como as criptomoedas.

Nas próximas seções desta pesquisa, portanto, o regramento previsto no art. 36 da Lei 12.529/2011, que trata das infrações ao direito antitruste, será objeto de estudo, especialmente os conceitos de posição dominante em mercado relevante, acesso à infraestrutura essencial e recusa de contratar como restrição vertical.



#### 4.3.1 Primeira análise: o mercado relevante de serviços bancários e o exercício abusivo de posição dominante no encerramento unilateral de contas de depósito

Na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica (CF, art. 170), ao Estado incumbe, entre outras tarefas, reprimir por meio de lei o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173 §4º). Atualmente, a legislação brasileira que cumpre esse papel é a Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, manifestadas através de acordos horizontais ou verticais, abuso de posição dominante e concentrações.

Importante para os objetivos desta pesquisa é verificar que nos termos do art. 36 *caput* da mencionada lei, as infrações decorrem de atos sob quaisquer formas manifestados, que produzam ou possam produzir, mesmo que não alcançados, dominação de mercado relevante de bens e serviços (inciso II) e exercício abusivo de posição dominante (inciso IV). A análise, portanto, abrange a compreensão do que seja, qualitativa e geograficamente, mercado relevante e posição dominante utilizada de maneira abusiva ou, nas palavras de Salomão Filho (2007, p. 107): “primeiro a definição do mercado relevante, através do estabelecimento dos limites geográficos e relativos ao tipo de produto, e, em seguida, a verificação da participação percentual do agente econômico nesse mercado”.

Salomão Filho (2007, p. 108) esclarece que a definição de mercado relevante trabalha com dois elementos distintos, que são os substitutos do lado da demanda e do lado da oferta. Como exemplo, ilustra que, do lado da demanda, “(a) para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto ‘X’, é necessário verificar que produtos o consumidor vê como substitutos de X” e, do lado da oferta, “(b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no mercado de ‘X’ para produzi-lo”. Em suma, vê-se que o conceito de mercado relevante é econômico, exigindo análise sofisticada para que seja delineado de forma apropriada (WHISH, 2005, p. 125), servindo essencialmente para a identificação e definição dos limites da concorrência entre os agentes econômicos e as pressões competitivas que sobre eles atuam.

No caso perante o CADE, as corretoras de criptomoedas argumentaram que o mercado relevante deveria ser analisado com base na participação por total de ativos e por quantidade de clientes, conforme os seguintes gráficos:

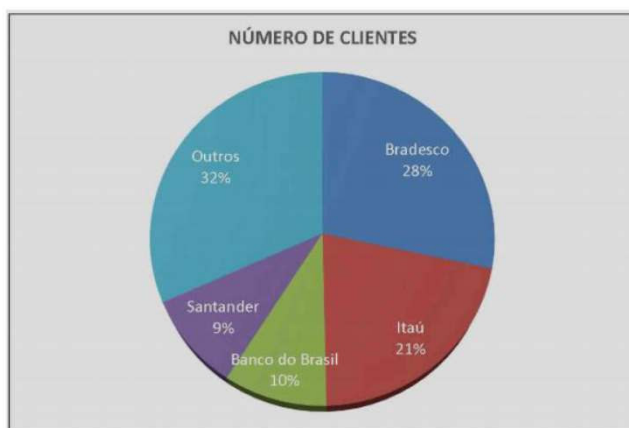
Figura 4

Participação por total de ativos – junho de 2018



Fonte: elaborado pela Foxbit com base em dados do BCB

Figura 5



Fonte: elaborado pela Foxbit com base em dados do BCB

Avaliado o mercado relevante de acordo com esses dois critérios, os bancos representados perante o CADE teriam poder de mercado equivalente a 64% do total de ativos no país, além de 68% do total de clientes bancários ativos.

Todavia, a Secretaria Geral apontou que a jurisprudência do órgão pendia entre duas possibilidades. A primeira definia mercado relevante a partir da consideração dos produtos e serviços bancários como um *cluster*, agrupando-os em uma cesta única; a segunda considera cada produto/serviço bancário como um mercado relevante distinto. E, ainda de acordo com o entendimento da SG, os julgados evoluíram para que fosse utilizado o segundo critério para a definição de mercado relevante, escorando-se na decisão proferida no Ato de Concentração nº 08012.011303/2008-96, entre Banco Itaú S/A. e Banco Unibanco S/A, de modo que o parâmetro observe que “cada produto e/ou serviço bancário constitui um mercado produto distinto, devendo ser analisado individualmente”.

E como o caso em estudo trata de produto bancário conta de depósito e acessórios para a realização de transferência destinada a enviar ou receber recursos de terceiros, decidiu-

se que a definição de mercado relevante se daria a partir do montante de depósitos a vista em instituições financeiras. Logo, os dados considerados foram os constantes das seguintes tabelas, que levaram em consideração os valores monetários dos depósitos à vista e as respectivas participações nesse mercado:

**Tabela 1 - Depósitos à vista - Conglomerados Financeiros e Instituições Independentes – 2013 a 2017 – valores em R\$ mil**

Instituição	2013	2014	2015	2016	2017
Itaú	50.006.936	63.359.176	93.754.112	99.946.590	107.710.788
Banco do Brasil	74.412.783	73.520.083	65.777.553	68.666.153	69.347.462
Bradesco	53.214.892	46.347.100	34.664.204	33.004.522	33.876.130
Caixa	25.165.991	27.002.940	27.360.464	31.882.980	32.389.648
Santander	15.516.555	15.912.435	15.546.108	15.777.949	16.995.434

Fonte: Banco Central do Brasil – elaboração SG/CADE

**Tabela 2 - Evolução das participações de mercado com base em depósitos à vista**

Instituição	2013	2014	2015	2016	2017
Itaú	21,1%	25,8%	29,4%	37,6%	38,6%
Banco do Brasil	31,3%	30,0%	20,6%	25,8%	24,8%
Bradesco	22,4%	18,9%	10,9%	12,4%	12,1%
Caixa	10,6%	11,0%	8,6%	12,0%	11,6%
Santander	6,5%	6,5%	4,9%	5,9%	6,1%

Fonte: Banco Central do Brasil – elaboração SG/CADE

Com base nessa definição de mercado relevante, o CADE entendeu que não haveria posição dominante no mercado a jusante, uma vez que apesar de as criptomoedas serem consideradas ativos financeiros que podem ser utilizados para investimentos, não se pode afirmar que as *exchanges*, à vista da falta de regulação, “são concorrentes diretas dos bancos, sendo estes sujeitos a forte regulação, em produtos de investimentos”. Outro fundamento utilizado pelo CADE foi o de que “o poder de mercado dos Representados do ponto de vista da oferta não se verifica sob o ponto de vista da demanda”, ou seja, “os Representados não detêm poder de mercado suficientes para restringir que uma corretora de criptomoedas mantenha ao menos uma conta corrente em algum dos bancos instalados no país”, mesmo que isso implique aumento de custos de transação e redução de faturamento.

A avaliação crítica desse entendimento, realizada com base na concepção doutrinária nacional e estrangeira, autoriza concluir que a decisão do CADE não observou os parâmetros normativos sobre a disciplina, os quais enxergam na concorrência uma importante

garantia institucional que deve ser preservada contra potenciais efeitos lesivos (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 110).

Conforme Korah (1980, p. 396), “*there is no sharp division between monopoly and competition: market power is a matter of degree*<sup>153</sup>”, razão pela qual a linha tênue entre mercado concentrado e mercado competitivo não pode ser avaliada sem os critérios normativos e dogmáticos adequados, tanto mais diante da dificuldade decorrente da constatação de que a posição dominante é um fato, nem sempre fácil de se constatar (FORGIONI, 2012, p. 269).

Nada obstante, ao afirmar expressamente que as corretoras de criptomoedas poderiam abrir contas de depósito em outras instituições financeiras, mesmo que isso implique aumento dos custos de transação e diminuição de faturamento, a autarquia federal olvidou-se de que o poder de mercado pode se manifestar na conduta do agente econômico que exclui concorrentes efetivamente ou, no mínimo, provoca aumento de seus custos (MONTI, 2007, p. 88). Essa abordagem, conhecida como pós-Chicago, entende que ainda que o agente aparente não possuir poder sobre preços, ele pode ter capacidade de impedir a entrada de novos agentes econômicos, de excluir rivais efetivos ou potenciais ou aumentar seus custos (BISHOP; WALKER, 2002, p. 74).

A sutileza do fundamento do CADE não pode passar despercebida, pois vem do direito norte-americano a teoria do aumento dos custos dos rivais (*raising rivals costs*), segundo a qual algumas práticas anticoncorrenciais devem ser compreendidas não como forma de destruir rivais, mas como forma de tornar mais altos seus custos de transação, produção ou distribuição (HOVENKAMP, 2001, p. 321). Assim, uma prática seria anticoncorrencial não necessariamente devido à obstrução do mercado em si, mas porque revela uma tendência em aumentar os custos dos rivais (KRATTENMAKER; SALOP, 1986, p. 209).

No caso em estudo, é importante relembrar que quando o proprietário de uma criptomoeda deseja convertê-la em moeda fiduciária (dólar, euro ou real), ele precisa acessar o mercado financeiro através de uma conta de depósito, e obviamente essa conta está vinculada a algum banco do sistema financeiro. Com o encerramento das contas, o acesso ao mercado restará dificultado e os custos aumentarão, na medida em que tarifas relacionadas a operações de transferência por meio de DOC e TED incidirão a cada operação, onerando as

---

153 Tradução livre: não existe diferença acentuada entre monopólio e concorrência: o poder de mercado é uma questão de grau.

corretoras em virtude da violação à livre concorrência. E segundo a teoria em comento, quando o agente econômico em posição dominante cria desvantagens para seus rivais através do aumento dos custos, mesmo que não implique automática exclusão, o dominador produz benefícios para si, afinal, é melhor concorrer com rivais que tenham maiores custos do que com aqueles que experimentam baixos custos.

Como bem lembra Forgioni (2012, p. 264), em princípio não há nada de ilícito no exercício das liberdades econômica, de iniciativa e de concorrência. Contudo, “no momento em que ocorre abuso do poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência”, que não pode ser tolerado pelas instituições responsáveis pela tutela antitruste.

Em reforço, a autora alerta que “a ausência de concorrência potencial em mercados concentrados é vista como um dos principais indicadores da posição dominante”, pois quando a empresa não se depara com pressões concorrenciais, atuais ou potenciais, seu agir independente concretiza-se ao máximo, dando ensejo à atuação potestativa (FORGIONI, 2012, p. 272). E embora tenha sido reconhecido pelo CADE que o mercado bancário brasileiro, “em termos amplos, é concentrado<sup>154</sup> e com características próprias”, a autarquia concluiu que não havia exercício abusivo de posição dominante dos bancos, desprezando o alerta de que “*em geral, quanto mais poder de mercado uma empresa tiver, mais prejudiciais serão suas práticas de exclusão*<sup>155</sup>” (HOVENKAMP, 1994, p. 241).

Sobre o tema, Forgioni (2012, p. 276) aduz que “quanto mais o mercado for impermeável, menor será o grau de concorrência potencial a que estará sujeito. A medida dessa impermeabilização deriva dos obstáculos à entrada (e à saída) de novos agentes”, pois as barreiras permitem que a empresa instalada no mercado sobreviva e se expanda livre de pressões competitivas, valendo-se de sua posição, geralmente dominante, para aumentar lucros de forma excessiva, sem, no entanto, atrair novos competidores para o mercado.

Salomão Filho (2007b, pp. 121 e 123) entende que a leitura finalística da regra constitucional que proíbe a dominação de mercados identifica essa dominação com “qualquer limitação efetiva ou potencial da concorrência, qualquer que seja o seu grau”, de modo que critérios econômicos/matemáticos perderiam importância na análise das condutas. Logo, toda vez que ficar caracterizado algum limite, efetivo ou potencial, à concorrência em seu sentido

---

154 O Banco Central do Brasil divulgou em 2017 o Relatório de Economia Bancária, informando que o Brasil possui a segunda maior razão de concentração dos cinco maiores bancos (RC-5) do mundo, juntamente com a França, no patamar de 82% no ano de 2016.

155 Tradução livre de: “*in general, the more market power a firm has, the more damaging its exclusionary practices might be*”.

institucional, haverá dominação de mercado. “O comportamento em si substitui as complexas avaliações de participação e estrutura do mercado, típicas do controle estrutural do poder econômico”.

Portanto, seja porque houve, sim, exercício abusivo de posição dominante, seja porque se trata de mercado relevante, não poderia o CADE decidir pela inexistência de violação à concorrência, determinando o arquivamento do inquérito administrativo. Ao assim proceder, a autarquia prejudicou o desenvolvimento de atividades econômicas baseadas em criptomoedas<sup>156</sup>, contribuiu para a manutenção do alto nível de concentração dos serviços bancários e, por fim, omitiu-se do dever de efetivação do direito antitruste no país.

#### 4.3.2 Segunda análise: a recusa de contratar como restrição vertical

Sob a ótica dos sujeitos envolvidos, as condutas anticompetitivas dividem-se em horizontais e verticais, sendo que as de natureza vertical costumam apresentar questões entre fornecedores, consumidores, distribuidores, varejistas e prestadores de serviço, tendo como principal consequência a natureza excludente da operação através da elevação das barreiras à entrada, no aumento dos custos dos rivais, no fechamento dos mercados e nos prejuízos à inovação (SAMPAIO, 2009, p. 97).

Uma das manifestações de restrição vertical é a figura da recusa de contratar<sup>157</sup>, que na doutrina e jurisprudência concorrencial compreende i) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou fornecedor de bens ou serviços, iii) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais, e iv) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou

---

156 Segundo Forgioni (2012, p. 325), “a inovação pode ser mais efetiva quando os competidores encontram-se em condições mais ou menos emparelhadas, cabeça-a-cabeça (*neck-to-neck competition*), do que quando se colocam assimetricamente no mercado. Na medida em que os exclusivos podem gerar mercados com elevado grau de assimetria entre os agentes, são vistos como certas reservas, coibindo-se sua utilização abusiva para impedir o desenvolvimento de empresa concorrente ou o desenvolvimento de novos produtos”.

157 Outra classificação diz respeito à recusa como restrição-meio, que é utilizada para implementar outras restrições, lícitas ou ilícitas, como, por exemplo, ajustes de exclusividade, sistema de distribuição seletiva, vendas casadas, cartéis e políticas de auto-regulamentação adotadas por associações de classe. Além disso, tem-se a recusa como restrição-fim geralmente ocorre na relação entre empresas concorrentes e envolve o acesso a bens essenciais. E conforme Gonçalves (2008, p. 119), “a recusa que tem por objeto eliminar concorrentes efetivos ou potenciais ou elevar seus custos, e que não está vinculada a um sistema de distribuição ou a um cartel clássico, é geralmente uma infração-fim”.

anticoncorrenciais. Para Taufick (2012, p. 202), esses são “exemplos típicos de predação. A prática predatória tem como lógica comercial a exclusão do concorrente – embora possa vir travestida de preços baixos, inovação tecnológica, brindes”.

No direito norte-americano, o *leading case* sobre a matéria é o caso da empresa Colgate que foi acusada de prática anticoncorrencial por ameaçar de exclusão alguns revendedores atacadistas que descumprissem a política de preços estabelecida. Ao julgar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que “na ausência de intenção de se criar um monopólio, um agente econômico privado é livre para escolher discricionariamente as partes com quem deseja contratar” (SAMPAIO, 2009, p. 126).

Outro caso de importância histórica no direito norte-americano foi a controvérsia *Aspen Skiing*, que tratava do rompimento de contrato entre antigos parceiros comerciais que exploravam bilhetes para utilização de pistas de esqui. Aqui, a Suprema Corte foi provocada a decidir se havia prática tendente a excluir ou restringir a concorrência ou, pelo contrário, se o sucesso empresarial de uma das empresas, em detrimento da outra, tinha decorrido da superioridade de sua gestão (FORGIONI, 2012, p. 321). O julgamento final concluiu que houve conduta ilícita, pois a recusa não foi qualificada por uma razão comercialmente legítima.

Na jurisdição europeia, o caso relevante envolveu Oscar Bronner, um editor e distribuidor de jornal diário austríaco, e a Mediaprint, que atuava na atividade de distribuição, possuindo posição dominante no mercado, mas teria se recusado a firmar contrato com Bronner. Instada a se manifestar, a Corte Europeia de Justiça entendeu que a abusividade da recusa somente estaria caracterizada se implicasse eliminação de toda a concorrência no mercado de jornais diários, se não houvesse razão legítima para a recusa e se o serviço fosse indispensável para que a contraparte desempenhasse seu negócio (SAMPAIO, 2009, p. 133).

Outros casos europeus relevantes foram: *Holyhead* em 1993, *Magill* em 1991 e *IMS Health GmbH* de 2004, os quais contribuíram para a construção da chamada teoria da *essential facility* ou infra-estrutura essencial<sup>158</sup>, cujo argumento central é no sentido de que

---

158 Para Salomão Filho (2007b, p. 113), “uma *essential facility* existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, nas quais a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou fornecimento do essencial. A existência de bens cuja utilização é condição essencial para a produção de outros justifica a necessidade de impor o fornecimento dos primeiros. Note-se que a origem da noção de *essential facility* poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infra-estruturas específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência extrema acima referida. Sob essa perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma *essential facility*”.

empresas com posição dominante não podem negar, a concorrentes, acesso a canais necessários para o desempenho de sua atividade econômica.

Nos EUA, a doutrina tem nítida preocupação com a alavancagem de posição dominante em mercados competitivos, que geralmente se situam à jusante na cadeia de produção (GONÇALVES, 2008, p. 212). A referência jurisprudencial mais importante foi a firmada no julgamento do caso *MCI Corp. versus AT&T* pela Suprema Corte<sup>159</sup>.

No direito brasileiro, desde 1973, Orlando Gomes vaticinava que em virtude do problema do acesso necessário, os agentes que se encarregam da prestação dos serviços públicos e dos serviços de primeira necessidade, assim como aqueles que exercem atividade monopolística, possuem obrigação de contratar. Isso implica tanto o acesso de concorrentes a um bem cuja detenção está nas mãos de outro agente competidor, quanto acesso de consumidores finais a um bem ou serviços essenciais (GONÇALVES, 2008, p. 205).

Ao enfrentar essa matéria no julgamento do caso que constitui o objeto de estudo desta pesquisa, o CADE entendeu que a teoria da infra-estrutura essencial não se aplicaria às corretoras de criptomoedas, pois embora os grandes bancos que possuem posição dominante no mercado brasileiro não tenham mais interesse em firmar contratos com as *exchanges*, elas ainda poderiam abrir contas em outras instituições, daí porque não estaria presente o requisito para a aplicação da teoria que é a impossibilidade de duplicação do bem essencial.

O equívoco da autarquia federal está na desconsideração de que como os grandes bancos decidiram, praticamente ao mesmo tempo e conforme os mesmos critérios, pelo encerramento, não restará alternativa para as corretoras senão contratar com instituições financeiras com pouca representatividade no mercado, trazendo como consequência o aumento de custos para a realização de recebimento ou transferência de dinheiro. A hipótese é, sim, de “recusa de contratar discriminatória, ou seja, aquela associada a cláusulas de exclusividade dirigida, quando adotadas por empresas detentoras de posição dominante, mormente oligopólios” (FERRAZ JUNIOR, 1997, p. 21), produzindo como resultado a redução do número de parceiros possíveis e a criação ou incremento de barreiras à entrada no mercado.

---

159 Nesse julgamento, ficou decidido que a aplicação da teoria da *essential facility* dependia: i) do controle de um bem essencial por uma empresa detentora de posição dominante, desde que esse bem seja necessário para que outros agentes desenvolvam seus negócios; ii) da impossibilidade (técnica, econômica ou jurídica) de duplicação do referido bem pelos agentes econômicos concorrentes ou, no mínimo, da inexistência de fontes alternativas para o fornecimento do bem essencial; iii) recusa de acesso do bem manifestada, direta ou indiretamente, por seu detentor; iv) viabilidade de fornecimento de acesso ou ausência de um motivo comercial legítimo para a recusa.



Relativamente à recusa de contratar propriamente dita<sup>160</sup> – seja na modalidade de recusar o início de relação jurídica contratual, seja na modalidade de rescisão unilateral do contrato, ambas narradas pelas corretoras em suas manifestações no inquérito administrativo – o direito antitruste contemporâneo, na busca pela proteção da livre concorrência, sanciona recusas que “possivelmente seriam consideradas lícitas durante o apogeu do liberalismo clássico e sua proteção formal ao direito à livre estipulação dos contratos e à intangibilidade do conteúdo pactuado” (SAMPAIO, 2009, p. 113).

Toda vez que se prima pela proeminência da livre iniciativa em uma determinada hipótese de recusa de contratar, é possível que tenha outro princípio constitucional, de mesmo *status* constitucional, que pode estar “sendo ferido pelo exercício ilimitado da liberdade de iniciativa. Trata-se do princípio da livre concorrência”. Em casos tais, o ordenamento jurídico reclama seja dada uma resposta institucional, estabelecendo obrigações impositivas de contratar<sup>161</sup>, revelando-se imprescindível que a concorrência seja “introduzida coercitivamente por via regulatória ou tenderá a desaparecer” (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 234).

Para tanto, revela-se necessário distinguir situações de mercado de bens essenciais, de um lado, e mercados de bens não essenciais, de outro; e ainda, mercados livres ou mercados regulados e/ou monopolizados.

Em mercados regulados com bens de utilidade pública, a melhor intervenção seria a regulatória, na medida em que a Administração atuaria *ex ante*, preventivamente, para estabelecer garantias estruturais de funcionamento do sistema, dentre as quais a imposição de acesso universal. Conforme Salomão Filho (2007b, p. 237), “essa limitação ao uso do bem aplicada ao seu proprietário, em nome do interesse público, serve para tutelar a concorrência como garantia institucional”.

---

160 Para Coelho (1995, pp. 77-78), nas relações de direito comercial “continua em plena vigência o princípio da autonomia da vontade. Nenhum empresário é obrigado, por qualquer norma jurídica em vigor no Brasil, a contratar a venda de suas mercadorias ou a prestação de seus serviços com outro empresário intermediário de fornecimento. O fabricante tem o direito de simplesmente não querer vender os seus produtos a determinando comerciante, por motivos subjetivos, particulares, pessoais, que só a este dizem respeito. [...] apenas de configura ilícita a recusa de venda se esta for o instrumento de política empresarial restritiva; quer dizer, se, através da recusa, puder ser verificado o efeito de eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros, então haverá infração à concorrência. Caso não ocorram esses efeitos, sequer potencialmente, a recusa de venda não tem importância para o direito antitruste”.

161 “O direito encontra-se atualmente impregnado de normas de ordem pública (portanto, inderrogáveis) que obrigam a contratar e disciplinam diversos aspectos dessa constatação, de forma que sua recusa injustificada poderá ensejar sanção. Podem ser mencionadas, a título ilustrativo, as disposições do Código de Defesa do Consumidor [art. 39 II e IX] que definem como abusivas as práticas de recusar atendimento às demandas dos consumidores sempre que haja estoques suficientes e de acordo com os usos e costumes, bem como a recusa de venda ou prestação de serviços diretamente q quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados por leis especiais” (SAMPAIO, 2009, p. 112).

O problema, no entanto, ocorre em mercados nos quais a regulação não existe ou, se existe, é ineficiente, como, por exemplo, situações envolvendo criptomoedas (na primeira hipótese) e softwares (na segunda). Nessas ocasiões, o direito antitruste depara-se com um importante dilema acerca de sua aptidão para atuar administrativa e preventivamente para desfazer imperfeições estruturais, quando, na verdade, sua concepção destina-se a tutelar as condutas<sup>162</sup>.

Sucedo que, como observa Salomão Filho (2007b, pp. 238-239), a ação de “regular as condutas significa disciplinar os atos, os comportamentos, no mercado. O fato de ser necessária a prática de um ato não significa que a sanção não possa ser, por assim dizer, estrutural, isto é, tendente a prevenir todos os outros atos que podem ser praticados”. Isso porque, como o direito antitruste possui um interesse institucional de preservação da ordem constitucional econômica, sua atuação pode e deve ser de cunho intervencionista, até mesmo para, na ausência ou ineficiência da regulação, estabelecer padrões de comportamento dos agentes econômicos no mercado.

Por essa razão, o CADE não poderia considerar como legítima a recusa de contratar por parte dos bancos porque a atividade de criptomoedas não possui regulação oficial no país<sup>163</sup>. Ao revés, uma vez ciente de sua missão institucional, a autarquia federal poderia (e deveria) ter utilizado o direito concorrencial como parâmetro normativo-regulador, vez que “inexistente regulamentação, a autoridade antitruste pode, através do estabelecimento de padrões de comportamento e contratação, limitar a utilização abusiva das situações de poder de mercado”, assim como determinar a abstenção da prática de atos ilícitos.

Por fim, a decisão do CADE também está equivocada ao reconhecer que a recusa de contratar se justificou em virtude do risco, supostamente experimentado pelos bancos, pela

---

162 Salomão Filho (2001, pp. 31-32) esclarece que “o direito antitruste atua de forma essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas, a regulação estatal em sentido estrito intervém de maneira ativa, criando utilidade pública, sendo certo que a concorrência é justamente um dos valores imediatos perseguidos, aliás, o mais importante deles e, portanto, inafastável. Isso porque a proteção da concorrência leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor concorrência ‘influi’, portanto, duplamente sobre a realidade – primeiro modelando-a e, em seguida, permitindo seu conhecimento. [...] A afirmação da concorrência como valor fundamental (modelagem) garante a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor. Ele, então, descobrirá sozinho a solução mais adequada para as suas necessidades”.

163 Na jurisprudência do CADE encontram-se manifestações favoráveis à intervenção concorrencial em mercados em que a regulação não existe ou é deficiente, *verbis*: “existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (*enforcement*) do regulamento. [...] A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas de concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulação” (Processo Administrativo nº 08000.021660/96-05, Rel. Cons. Marcelo Calliari).

prática de lavagem de dinheiro com a utilização da operação de compra e venda de criptomoedas, dado o caráter anônimo das transações e a dificuldade de identificação da origem e do destino do dinheiro.

Primeiro porque, apesar da alegação dos bancos, não foi produzida nenhuma prova no inquérito administrativo no sentido de que as corretoras são utilizadas para lavagem de dinheiro, limitando-se a defesa das instituições financeiras a argumentar que haveria indícios dessa prática em razão do volume de dinheiro que circula nas contas. Em segundo lugar, como um dos bancos Representados havia reconhecido em 2016, que “*this situation has started to change already*” [...] e que “*the overall risk that digital currencies could be used for money-laundering purposes is low*”<sup>164</sup>, ele não poderia argumentar, sem malbaratar a boa-fé objetiva e a proibição de *venire contra factum proprium*, que o encerramento do contrato motivou-se na prevenção de riscos de lavagem de dinheiro.

O que se percebe, portanto, é que a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no caso em estudo deixou de atender o conteúdo normativo dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, bem como não observou os significados legais e doutrinários do exercício abusivo de posição dominante e de recusa de contratar como restrição vertical.

Para completar esta pesquisa faz-se necessário elencar algumas proposições que, sem a pretensão de esgotar a matéria, são indispensáveis para a efetivação do Direito Antitruste em casos envolvendo inovações disruptivas, como as criptomoedas. Para tanto, aborda-se o papel das instituições para o processo de desenvolvimento econômico e necessidade de regulação adequada das novas tecnologias, o que será realizado no próximo tópico a título de considerações finais.

---

164 Tradução livre: A situação da utilização criminosa começou a mudar, pois o risco geral de que as criptomoedas sejam usadas para fins de lavagem de dinheiro é baixo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade informacional desenvolve-se em meio a uma mudança de paradigma científico. As categorias jurídicas do padrão anterior não se revelam mais adequadas para tutelar as situações econômico-sociais derivadas do novo modelo tecnológico, seja porque as categorias tornaram-se obsoletas, seja porque a velocidade das mudanças faz com que o fenômeno jurídico pareça sempre um ou dois passos atrás das invenções criadas pelos agentes econômicos.

A informação, na qualidade de produto essencial desta sociedade, dissipa-se em velocidade exponencial, aproveitando-se da organização distribuída das redes descentralizadas, colocando em xeque os antigos institutos forjados pela lógica cartesiana do padrão analógico. Para além do enfraquecimento do poder central das organizações e do Estado, as noções de extraterritorialidade, privacidade, acesso, ubiquidade e virtualidade passam a ocupar o espaço que antes era soberanamente dedicado à organização hierarquizada, ao indivíduo e à propriedade. Essa mudança, no entanto, não foi (sequer poderia ter sido) acompanhada por transformações do Direito.

A informação torna-se a matéria-prima mais importante da sociedade, as novas tecnologias passam a moldar aspectos da existência individual e coletiva, e a flexibilidade assume a função de ponto central de reprogramação e adaptação da ciência e das organizações, fazendo com que relações horizontais entre pessoas sejam o fio condutor de uma nova faceta do capitalismo, que pode ser identificada pela natureza lateral do poder, assim entendida como a colaboração mútua entre fornecedores e consumidores que se mostram propensos a compartilhar criatividade, conhecimento e experiência em suas relações econômicas. O resultado desta intrincada e inédita configuração pode ser visto no surgimento de um vasto número de inovações em bens imateriais, que são dotados de valor econômico em virtude da confiança extraída do próprio sistema de trocas de mercado, sem que o Estado ou qualquer outro ente central exerça controle de preços, tal como as criptomoedas.

Numa perspectiva mais profunda, o fenômeno pode ser compreendido como a substituição do pensamento cartesiano, marcadamente simplificador, estável e objetivo, por um padrão de complexidade que ressalta a incontestável inadequação das antigas teorias jurídicas para a tutela das relações sociais hauridas do capitalismo informacional distribuído, na medida em que o produto desse modelo econômico apresenta-se mutável, intersubjetivo e complexo. Desse modo, as constantes mudanças tornam-se o padrão que substitui a antiga pretensão de estabilidade dos arranjos econômicos e dos institutos jurídicos correlatos. A

ordem jurídica, então, vê-se diante de um ponto crítico: como se transformar, sem perder legitimidade, para não ficar obsoleta diante de cenários econômicos desconhecidos?

O primeiro passo é enxergar sua inaptidão para tutelar fenômenos econômicos complexos, caso permaneça atrelada ao modelo cartersiano da simplificação. Após, e uma vez identificados os defeitos do sistema jurídico, importa promover o aperfeiçoamento das instituições, que definem e limitam o conjunto de escolhas disponíveis, com vistas a recuperar a eficiência dos agentes econômicos e o bem-estar de consumidores, respeitando-se os princípios da ordem constitucional econômica que são indispensáveis para a oxigenação do mercado impactado pelas novas tecnologias, como a livre iniciativa e a livre concorrência.

Instituições são as regras do jogo que moldam a interação humana, dentro e fora do mercado, através de uma teia de incentivos para o intercâmbio de produtos, serviços e ideias, razão pela qual elas afetam o modo pelo qual a sociedade evoluiu ao longo da história (NORTH, 2018). Juntamente com as organizações políticas, econômicas, sociais e educacionais, as instituições reduzem a incerteza e os custos de transação, na medida em que criam uma estrutura mínima para o desenvolvimento das atividades cotidianas, daí porque o seu aperfeiçoamento pavimenta um seguro caminho para a expansão das capacidades. Assim, as instituições funcionam como aparatos de coordenação de relações econômicas, dentre os quais se destacam a propriedade e o contrato.

De outro modo, sem um quadro institucional confiável, os custos de transação aumentarão em função da incerteza, incluindo um prêmio de risco nos negócios jurídicos que se torna diretamente proporcional à probabilidade de descumprimento do ajustado pelas partes. E toda vez que esse prêmio se excede, as trocas comerciais complexas são afetadas e o crescimento econômico fica limitado. Essa circunstância é perfeitamente identificável, por exemplo, nos contratos bancários em que se aumentam os juros remuneratórios em virtude da inexistência de uma perspectiva de tutela judicial rápida em favor do credor, a ser utilizada na hipótese de inadimplemento do devedor. Elevam-se os custos como compensação aos riscos.

E o Direito deve ser utilizado como instrumento na construção do ambiente institucional, pois ao lado das decisões políticas, as regras jurídicas, sobretudo aquelas de direito econômico, servem como ferramenta de concretização de políticas públicas, modificando e atualizando estruturas institucionais para o cumprimento de objetivos públicos. A um só tempo, o Direito trabalha na estruturação de arranjos institucionais através dos quais políticas públicas serão implementadas a fim de dar concretização à ordem constitucional econômica, e igualmente é capaz de criar procedimentos que são verdadeiros canais de participação social que legitima aquelas decisões políticas (COUTINHO, 2016).

Por essa razão, no âmbito da sociedade informacional na qual o processo de destruição criativa do capitalismo manifesta-se com mais intensidade mercê das tecnologias disruptivas, o direito econômico afigura-se como instrumento adequado para intencionalmente redesenhar as instituições a ponto de fornecer incentivos para a mudança do mercado, este entendido não apenas na perspectiva de ambiente no qual agentes atomizados atuam livremente conforme a estrutura legal, mas, sim, compreendido como instância formatada juridicamente com vistas a cumprir um projeto institucional de desenvolvimento.

Isso, no entanto, não significa dizer que o modelo institucional da segunda metade do século XX, capitaneado pelos países desenvolvidos através das agências internacionais de fomento, como o Banco Mundial, e instrumentalizado por deliberações político-econômicas como o Consenso de Washington, continuam servindo como parâmetro a ser seguido.

Com efeito, a simples transposição do *rule of Law*, as regras do jogo, típico dos países desenvolvidos marcou a concepção de desenvolvimento da época, centrada que foi na ideia de que do Direito esperava-se apenas a função de garantidor dos interesses privados, razão pela qual era necessário que países em desenvolvimento adotassem boas práticas testadas e aprovadas no mercado europeu e norte-americano como única alternativa para o ingresso no seleto rol do capitalismo abastado que desfruta de crescimento e modernização econômica (*one size fits all*). No pacote de importações, promoveram-se mudanças de infraestruturas, apoiaram-se programas públicos de investimentos internacionais, priorizaram-se ajustes macroeconômicos e, mais recentemente, focou-se no aprimoramento institucional das nações mais pobres, alterando-se sistemas judiciais, marcos legais e organizações públicas com a finalidade de uniformizar padrões.

Para tanto, o Direito deve cuidar da não distorção dos espaços privados de transação econômica, vale dizer, deve veicular regras claras, proteção adequada à propriedade privada, certeza no cumprimento dos contratos e garantia no funcionamento do Poder Judiciário, ao passo que a regulação das atividades econômicas tem que servir para a construção de ambientes seguros entre os agentes, além de protegê-los da indevida interferência do Estado.

Todavia, atualmente quando se pensa na relação entre Estado, Direito e desenvolvimento, o paradigma do *rule of Law* é considerado ultrapassado, vez que despreza idiosincrasias dos países em desenvolvimento que resultaram no baixo índice de sucesso do modelo em várias localidades que, a despeito de terem cumprido a cartilha do movimento, permaneceram apresentando níveis insatisfatórios de crescimento, como as nações latino-americanas, as do Leste europeu e da África Subsaariana. Por essa razão, a doutrina (Rodrick,

2001; Sabel, 2005; Tamanha, 2009; Trebilcock e Prado, 2009; e Schapiro, 2010) defende que as regras jurídicas devem buscar caminhos alternativos para a formatação do desenvolvimento econômico, como, por exemplo, promover a garantia da coordenação coletiva dos agentes econômicos ou, em situações específicas, organizar um sistema financeiro público, conforme o BNDES brasileiro.

Ao mesmo tempo em que admite a existência de uma correlação entre o desenho de arranjos institucionais e crescimento econômico, o paradigma das alternativas institucionais igualmente defende que o arcabouço estrutural deve conformar-se com a trama social dada, vez que as economias de mercado não possuem um padrão único, antes são influenciadas pelos grupos de interesse locais, os valores socioculturais e o modo de funcionamento das organizações (SCHAPIRO, 2010, p. 243). O Direito, então, deixa de ser apenas uma dotação de fatores (*endowment*) facilmente transplantável entre jurisdições, e passa a ser um atributo institucional socialmente incrustado (*embedded*). Ilustrativamente, fala-se que é necessário amarrar as próprias botas, para então poder caminhar (SABEL, 2005), significando que o ordenamento do espaço econômico de um determinado país responde às idiossincrasias nacionalmente existentes, de maneira que as instituições derivadas sejam customizadas, artesanalmente manufaturadas.

Por essa razão, as organizações brasileiras não podem desprezar as potencialidades das novas tecnologias, e dos negócios por ela criados, para o desenvolvimento na perspectiva aqui trabalhada de expansão das capacidades. Especificamente no tema das criptomoedas, as utilidades destacadas de facilitação de transações, redução de custos, aumento da oferta de produtos e serviços financeiros, segurança das informações e caráter público dos registros constituem fatores que contribuem para a diversificação do sistema bancário nacional, tradicional e historicamente concentrado, reforçando a busca pela eficiência econômica e o bem-estar do consumidor mediante a ampliação da oferta de possibilidades de escolhas.

O caso estudado nesta pesquisa bem representa a falta de percepção do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca dos novos rumos e desafios gerados pelas tecnologias disruptivas e a sociedade informacional. No STJ, além de a controvérsia ter sido originalmente decidida de maneira monocrática com base em precedente sobre direito do consumidor, absolutamente inaplicável na relação jurídica entre as partes, também foi expressamente registrado no acórdão que o órgão mais capacitado para a solução seria a autarquia federal de defesa da concorrência. Nada obstante, depois de sua tramitação perante o CADE, o inquérito administrativo foi arquivado fazendo expressa

referência, entre outras coisas, à conclusão de que a denúncia das corretoras possui “um teor maior de lide privada do que, propriamente, efeitos negativos na concorrência”.

Ao se furtarem de encarar o tema com a lente apropriada das novas tecnologias, o STJ e o CADE deixaram de contribuir para o desenvolvimento do país, agarrando-se na chamada inércia institucional, assim compreendida como a opção deliberada de não mudar, mesmo quando necessário, um arranjo previamente estruturado porque os custos e interesses envolvidos seriam altos, caracterizando a dependência da trajetória institucional pregressa (*path dependence*).

Num panorama de incertezas legais ou regulatórias, como atualmente se encontra a atividade de criptomoedas no Brasil, as organizações não podem se furtar de desempenhar sua missão institucional de solução de conflitos, isto é, não podem jogar de um lado para outro a responsabilidade pela definição de marcos jurídicos decisórios acerca das novas tecnologias.

A estabilidade de uma dada estrutura não garante que as instituições sejam eficientes, ou noutras palavras, a estabilidade não é condição automática de eficiência nas trocas comerciais, embora seja elemento importante na composição do todo. Desse modo, quando essa estabilidade não mais se acopla à ciência para a resolução de quebra-cabeças, jurídicos ou não, faz-se urgente reconhecer o estado de crise e abrir-se para o surgimento de um novo paradigma.

Ficou claro em ambos os julgados que os obstáculos criados pelos interesses dos bancos de varejo, que são contrários à permanência das corretoras de criptomoedas no mercado de investimento privados no país e, portanto, contrários à mudança nas regras do jogo, prevaleceu irracionalmente com apoio em uma concepção cultural arraigada no Brasil, a de que inexistindo regulação oficial sobre determinada matéria, como as criptomoedas, o agente econômico privado deve suportar restrições em sua atuação comercial. Em diversas vezes do debate, judicial e administrativo, essa justificativa foi mencionada pelos bancos e usada como fundamento pelas autoridades encarregadas da decisão.

Sabido que a regulação estatal, para além de servir à correção das falhas de mercado, contemporaneamente também é vista como mecanismo para a promoção de valores sociais e culturais, proteção das falhas de escolha e a efetivação de direitos fundamentais. Relacionado aos fins desta pesquisa, é importante destacar que a intervenção regulatória igualmente serve para a preservação e promoção das novas tecnologias, bem como para a efetivação de um ambiente concorrencial praticável, de modo que agentes econômicos com diferentes níveis de poder de mercado possam competir pela preferência nas trocas



comerciais. Em resumo, a regulação constitui elemento de fundamental importância quando se pensa em desenvolvimento a partir de inovações tecnológicas, na medida em que impede comportamentos excludentes, surgimento de catalisadores de inovação e problemas de oportunidade.

Aliado a isso, tem-se o problema acerca da decisão de quando se implementar a regulação de novas tecnologias. É consenso que a regulação precoce do fenômeno tecnológico pode inibir o seu aperfeiçoamento e até mesmo o surgimento de novos níveis de inovação, especialmente em atividades caracterizadas por alta especificidade técnica, como a criptografia da estrutura *Blockchain*. Noutra ponta, aguardar-se o momento de maior estabilidade para se proceder à regulação também traz alguns pontos sensíveis, como a paralisia por análise que é a possibilidade da espera resultar em inércia regulatória. Essa dúvida é chamada de dilema *Collingridge*, e tem ocupado as discussões sobre o melhor momento para se fazer a regulação.

Apesar desse dilema, é possível afirmar que não há um momento ideal aplicável a todo tipo de regulação. A escolha depende, também, da forma pela qual a regulação será realizada. Se através do modelo setorial, que é a edição de instrumentos normativos com designação prévia de condutas a serem observadas pelos agentes econômicos; ou, por outro lado, se através do modelo de regulação antitruste, em que em vez de se estabelecer condutas e comportamentos desejados, o ente responsável faz a regulação por meio de mecanismos capazes de afetar o comportamento competitivo do agente depois de sua manifestação. Assim é que em mercados nos quais a destruição criativa avança rapidamente, a competição tende a ser mais dinâmica e, por isso, o segundo tipo de regulação se apresenta como o mais adequado, na medida em que se alinha à eficiência dinâmica desse tipo de atividade.

Em qualquer dos casos (precoce ou tardiamente) e tipos (setorial ou antitruste), resta definir qual intensidade de regra deve ser utilizada pelo órgão regulador. Desde um modelo de *soft law*, prioritariamente não coercitivo, que prima por advertências e guias de orientação, passando por uma espécie de regras rígidas, típicas de *hard law*, chega-se a defender a possibilidade de um modelo regulatório experimentalista e, ao extremo, um padrão de autorregulação pelo próprio agente econômico motivado pelo interesse de sobrevivência no mercado.

Especificamente no tema das criptomoedas, acredita-se que o Brasil está em mora no tocante à regulação dessa nova tecnologia, pois já se passou cerca de uma década desde seu surgimento, sem que nenhuma resposta estatal tenha sido satisfatoriamente dada a ponto de gerar segurança jurídica. A inércia paralisante a respeito do tema é injustificável e, como

visto, tem sido utilizada como argumento para impedir ou, no mínimo, dificultar negócios baseados em criptoativos. Para superar esse estado, é importante que o Congresso Nacional ou, até mesmo, o Conselho Monetário Nacional se dedique a um estudo aprofundado sobre as criptomoedas no cenário econômico mundial, absorvendo alguns elementos de qualidade das normas estrangeiras, adaptando-as às vicissitudes locais, de modo que a lei ou a resolução sobre o tema seja instrumento de promoção do desenvolvimento enquanto liberdade, na perspectiva do Direito Antitruste.

Entretanto, o cenário que se apresenta não é dos mais animadores, pois o PL 2.303/2015 que está em tramitação na Câmara dos Deputados insere a discussão sobre criptomoedas no bojo do debate a respeito de milhagem aérea como arranjo de pagamento, tema central da mencionada proposta legislativa. De seu turno, o PL 2.060/2019, embora seja específico e mais detalhado, não avançou em termos de andamento regimental na casa legislativa.

Nesse contexto, não se pode aguardar a boa vontade do Congresso Nacional em deliberar sobre a matéria, razão pela qual alguma resposta segura deve ser dada para que agentes econômicos possam continuar desenvolvendo suas atividades com criptomoedas. E essa resposta ampara-se no Direito Antitruste.

Para não haver confusão, regulação Antitruste mencionada em alguns parágrafos anteriores não é a mesma coisa de resposta dada pelo Direito Antitruste durante o vácuo regulatório. Na primeira, presume-se que o ente regulador já tenha atuado na edição da regulação e, ao assim proceder, tenha optado pela regulação *ex post*, editando normas que, em vez de prescrever comportamentos e condutas previamente, optam por incidir sobre o comportamento competitivo em si, de maneira a manter/reforçar o processo de concorrência. Por outro lado, a resposta do Direito Antitruste durante o vácuo legislativo significa que enquanto não ocorrer a intervenção regulatória específica, pela lei ou outro instrumento normativo, os princípios constitucionais da ordem econômica e as regras legais da concorrência podem cumprir a função regulatória de maneira imprópria, ao menos para oferecer um mínimo de segurança jurídica ao mercado, conforme a exegese dos arts. 170 *caput* e 173 §4º da Constituição Federal e art. 31 da Lei 12.529/2011.

Essa aplicação obedece as diretrizes normativas da livre iniciativa e livre concorrência, na medida em que deve se assegurar não apenas o ingresso no mercado (acesso), mas também a continuidade do usufruto de condições mínimas de competição (permanência), sem que concorrentes efetivos sejam alvos de alguma das práticas ilegais previstas no art. 36 da Lei 12.529/2011, da mesma forma que concorrentes potenciais não

sejam alijados da possibilidade de adentrar no mercado relevante de bens ou serviços. A proibição de comportamentos abusivos e o resguardo à função social do contrato e à boa-fé objetiva são corolários dessa possibilidade.

Em que pese a inexistência de regulação específica sobre criptomoedas no país, o STJ e o CADE não poderiam ter chancelado a conduta dos principais bancos de procederem ao encerramento unilateral de contas de depósito, pois esse comportamento implica violação à livre iniciativa e livre concorrência das corretoras, criação de barreiras à entrada ou permanência no mercado e aumento dos custos de transação, tudo a evidenciar o comportamento abusivo das instituições financeiras e o desprezo à função econômica do contrato.

Portanto, sendo inegável a importância das novas tecnologias para o desenvolvimento do país em tempos de sociedade informacional, e considerando a mudança de paradigma científico que se está atravessando, revelam-se imprescindíveis para a efetivação do Direito Antitruste em território nacional as seguintes medidas: i) arranjo institucional consciente de sua importância constitucional; ii) construção de organizações especializadas na matéria e comprometidas com o desenvolvimento; iii) urgente edição de regulação técnica pelas instâncias normativas, legais ou infralegais, como forma de garantia de segurança jurídica; iv) abertura de mercados para setores que desfrutam de elevada concentração, como o bancário; e v) tutela judicial dos contratos efetiva, como forma de assegurar ambiente propício às trocas comerciais mediante redução dos custos de transação.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. Da extinção do contrato. Volume VI, Tomo II, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Os fatos jurídicos. A autonomia privada. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: de definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTONOPOULOS, Andreas. **Mastering Bitcoin**: programming the Open Blockchain. California, EUA: O'Reilly Media, Inc., 2016.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias? Entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *In*: FREITAS, Rafel Vêras de; et. all. **Regulação e Novas Tecnologias**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. *In*: \_\_\_\_\_ (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. vol. 226, out/dez. São Paulo: RT, 2001.

BRANCO, Nelson de Azevedo; BARRETO, Celso de Albuquerque. **Repressão ao abuso do poder econômico**. São Paulo: Atlas, 1964.

BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. São Paulo: Cultrix, 1973.

BENACHIO, Marcelo. A ordem econômica constitucional e o exercício da atividade empresarial. *In*: JORGE, André Guilherme Lemos; et. all. (org). **Direito empresarial**: estruturas e regulação. vol. 2. São Paulo: Universidade Nove de Julho, Uninove, 2018.

BENTO, Leonardo Valles. **Utilização de blockchains para rastreamento de recursos públicos**: o projeto “BNDESTOKEN” do governo brasileiro, 2018. Disponível em:

[http://www.sicarm.es/servlet/integra.servlets.Multimedias?METHOD=VERMULTIMEDIA\\_7237&nombre=valles\\_final.pdf](http://www.sicarm.es/servlet/integra.servlets.Multimedias?METHOD=VERMULTIMEDIA_7237&nombre=valles_final.pdf). Acesso em 10 mar. 2019.

BISHOP, Simon; WALKER, Mike. **The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement**. London, Sweet & Maxwell, 2002.

BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1993.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução 2.025/1993, de 24 de novembro de 1993. Brasília, DF, nov 1993.

\_\_\_\_\_. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95. Disponível em [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSmM4M2ETTN1Mv7wWLGnEUiWmCLsr9jExmU5t47oOILQ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSmM4M2ETTN1Mv7wWLGnEUiWmCLsr9jExmU5t47oOILQ). Acesso em 28 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Código Civil brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, jan 2002

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, set 1990.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil, de 15 de março de 2015. Brasília: DF, mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, out 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.595/1964, de 31 de dezembro de 1964. Brasília, DF, dez. 1964.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.865/2013, de 9 de outubro de 2013. Brasília: DF, out. 2013.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 1.696.214/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 16 out. 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702244334&dt\\_publicacao=16/10/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702244334&dt_publicacao=16/10/2018). Acesso em 15 nov. 2018.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997.

CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. **Considerações sobre o direito econômico**. São Paulo: USP, 1971.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 20 ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1993.

CLARK, John Maurice. **Instituições econômicas e bem-estar social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

COASE, Ronald. *The firm, the Market and the Law*. Chicago: Chicago University Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. vol. 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. *In: Revista dos Tribunais*. vol. 375. São Paulo: RT, 1967.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and Economic**. Boston: Addison Wesley, 2003.

CORTEZ, Nathan. **Regulating Disruptive Innovation**. Berkley Technology Law Journal. Berkley, n. 29, pp. 175-228, 2014. Disponível em [https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=law\\_faculty](https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=law_faculty). Acesso em 10 set. 2019.

COUTINHO, Diogo R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático. **Revista Estudos Institucionais**. Vol. 2, 1, 2016.

CROSBY, Michael; et. all. **Blockchain technology: beyond bitcoin**. Applied Innovation Review. Issue No. 2. Pantas and Ting Sutardja Center for Entrepreneurship & Technology. Berkeley Engineering. UC Berkeley, 2016. Disponível em <https://j2-capital.com/blockchain-technology-beyond-bitcoin>. Acesso em 2 dez. 2019.

DAVIDSON, Sinclair; et. all. **Blockchain and the economic instituions of capitalism**. Journal of Institutional Economics, Cambridge University Press (CUP), 2017, 14 (4), pp.639 - 658. ff10.1017/S1744137417000200ff. fhal-01850927f. Disponível em <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01850927/document>. Acesso em 10 set. 2019.

FAGUNDES, Jorge. Assimetria de informação, risco moral e reputação: o caso Copesul. *In: MATTOS, César (org.). A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada aos casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais. *In: Revista de Direito Público*. n. 91. São Paulo: RT, 1989.

\_\_\_\_\_. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. *In: Revista do Ibrac*. São Paulo, v. 4, n. 1, 1997.

FILIPPI, Primavera de. WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law: the rule of code**. Cambrigde, Massachusetts: Harvard University Press, 2018.

FOBE, Nicole. **O Bitcoin como moeda paralela: uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos**. Dissertação de mestrado em Direito. Departamento de Direito, Fundação Getúlio Vargas, 2016.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os fundamentos do antitruste**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2012.

FREEMAN, Christopher. Prefácio da parte II. *In*: Dosi et all. (orgs.) **Technical change and economic theory**. London: Pinter, 1988.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics**, 2018. Disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2018/pdf/18-11.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

GARCIA, Ricardo Lupion; TAVARES, Claudio Kaminski. Livre iniciativa: considerações sobre seu sentido e alcance no direito brasileiro. *In*: **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. vol. 88, jan/jun. Recife: Faculdade de Direito, 2016.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3 ed. Atlas: São Paulo: 1994.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRAU, Eros. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução de Vamireh Chacon. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HARRISON, Jeffery L. **Law and economics in a nutshell**. 2 ed. Sain Paul: West Group, 2000.

HAYEK, Friedrich A. **Desestatização do dinheiro**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2011.

HOVENKAMP, Herbert. **Economics and federal antitrust law**. Saint Paul: West Puslising Co., 1985.

\_\_\_\_\_. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

\_\_\_\_\_. Post-Chicago Antitrust: a review and critique. *In*: **Columbia Business Law Review**, 2001.

KAZAN, Erol; et. all. **Value Creation in Cryptocurrency Networks: Toward Taxonomy of Digital Business Models for Bitcoin Companies** (2015). Pacis 2015 Proceedings 34. Disponível em: <http://aisel.aisnet.org/pacis2015/34>. Acesso em 8 ago. 2019.

KHEMANI, Shyam. **A framework for the design and implementation of competition law and policy**. Washington: World Bank, OECD, 1999.

KRATTENMAKER, Thomas; SALOP, Steven C. Anticompetitive Exclusion: raising rivals cost to achieve power of price. *In: Yale Law Journal*, v. 96, 1986.

KORAH, Valentine. Concept of a dominant position within the meaning of article 86. **Common Market Law Review**. v. 17, n. 3, 1980.

KUHN, THOMAS S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2018.

LANCHMANN, W. **The development dimension of competition law and policy**. UNCATD Series on Issues in Competition law and policy. UM, New York and Geneva, 1999.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2018.

LEWYS, Antony. **The basics of Bitcoin and Blockchains**. Florida: Mango Publishing Group, 2018.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional: novos paradigmas para os contratos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. vol. 34, Abr-Jun/2008.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, vol. 753, jul. 1998.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, vol. 819, jan. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Software e direitos de propriedade intelectual**. Curitiba, Gedai, 2019.

MEHTA, Neel; et. all. **Bubble or Revolution: the Present and the Future of Blockchain and Cryptocurrencies**. California: Paravane Ventures, 2019.



MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2007, v. I, t. IV.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado: parte geral**. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974.

MISES, Ludwig Von. **The Theory of Money and Credit**. Ludwig Von Mises Institute, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ação Humana: um Tratado de Economia**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito económico**. Coimbra: Coimbra, 2007.

MONTI, Giorgio. **EC Competition Law**. Cambridge University Press, 2007.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 10 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MOSES, Lyria Bennett. **How to Think about Law, Regulation and Technology: problems with Technology as a Regulatory Target**. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2014/30.pdf>. Acesso em 8 ago. 2019

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. 2008. Disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 10 out. 2018.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NSEKE, Pisso. **How Crypto-Currency Can Decrypt the Global Digital Divide: Bitcoins a Means for African Emergence**. International Journal of Innovation and Economic Development. Vol. 3. Issue 6, February, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18775/ijied.1849-7551-7020.2015.36.2005>. Acesso em 8 ago. 2019

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2001.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas.** São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSSBAUM, Arthur. **Money in the Law, national and international: a study in the borderline of law and economics.** New York: The Foundation Press, 1950.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. **Contratos: tutela judicial e novos modelos decisórios.** Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten; FERREIRA, Carlos Anderson dos Santos. A cláusula geral do abuso do direito: um olhar sobre o direito civil brasileiro sob as lentes da boa-fé objetiva. *In: GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel et all (org.). A dinâmica do Direito do Estado no mundo globalizado.* 1 ed. São Luís: EDUFMA, 2019.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados.** São Paulo: Editora Campus, 2005.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law: an economic perspective.** Chicago: University Chicago Press, 1978.

\_\_\_\_\_. **Economic analysis of law.** 7<sup>th</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência.** São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Pedro Aurélio. **Direito antitruste: os fundamentos da promoção da concorrência.** São Paulo: Singular, 2018.

QUESNAY, François. **Quadro económico: análise das variações do rendimento de uma nação.** 3. Ed. Tradução de Bento Murteira e Teodoro Cardoso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REVOREDO, Tatiana. **Criptomoedas no cenário internacional: qual o posicionamento dos Bancos Centrais, Governos e Autoridades.** São Paulo: The Global Strategy, 2018.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso.** São Paulo: Makron Books, 2001.

\_\_\_\_\_. **A Terceira Revolução Industrial: como o poder lateral está transformando a energia, economia e mundo.** São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2012.

RODRICK, Dani. **In search of Prosperity – Analytic Narratives on Economic Growth.** Nova Jersey: Princeton Press, 2001.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina, 2009.

SABEL, Charles. **Bootstrapping development: rethinking the role of public intervention in promoting growth.** Disponível em: <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers.htm>. Acesso em 12 jan 2020.

SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na Internet. Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?** 2016. 237f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).** São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito concorrencial: as estruturas.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2007b.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da concorrência e obrigação de contratar.** São Paulo: Elsevier, 2009.

SANTOS, Antônio Carlos; et all. **Direito económico.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”. *In:* FREITAS, Rafael Vêras de; et. all. (coord.) **Regulação e novas tecnologias.** Belo Horizonte: Forum, 2018.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV.** São Paulo: jan/jun, 2010.

SCHRAMM, W. **Notes on case studies of instructional media projects.** Working paper. The Academy for Educational Development. Washington, DC, 1971.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factumproprum.** 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy.** London: George Allen & Unwin Publishers, 2003.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo: Edipro, 2016.

SCOTT, Paulo. **Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SEABRA, Fernando; FORMAGG, Lenina; FLACH, Lisandra. O papel das instituições no desenvolvimento econômico. *In:* BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Teoria jurídica e desenvolvimento.** Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006.

SELGIN, George. **Syntethic Commodity Money.** 2013. SSRN Scholarly Paper, nº ID 2000118. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2000118>. Acesso em 10 set. 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 3. ed. Tradução de Luís Cristóvão de Aguiar. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, v. II.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos sentimentos morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos**. Tradução Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito e desenvolvimento: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação**. Curitiba, Juruá, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SUDA, Peter. **Economics of Bitcoin: is Bitcoin an alternative to Fiat currencies and gold?** Disponível em <https://nakamotoinstitute.org/static/docs/economics-of-bitcoin.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019

SUSTEIN, Cass R. **Free markets and social justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

SWAN, Melanie. **Blockchain: blueprint for a new Economy**. California, EUA: O'Reilly Media, Inc., 2015.

\_\_\_\_\_; FILIPPI, Primavera de. **Toward a philosophy of Blockchain**. SSRN Scholarly Paper, nº ID 3097477. Metaphilosophy (Wiley). Vol. 48, nº 05, October 2017. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3097477>. Acesso em 10 dez. 2019.

SZABO, Nick. **Shelling Out: the origins of money**, 2002. Disponível em: <https://nakamotoinstitute.org/shelling-out/>. Acesso em: 10 set. 2019.

TAMANHA, Brian. **The primacy of Society and the Failures of Law and Development**. Nagoya, 2009.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016.

TARTUCE, Flávio. Sentença: a boa-fé objetiva e o dever do credor de mitigar a perda (*duty to mitigate the loss*): aplicação do Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil.** 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental à livre iniciativa na teoria e na prática institucional brasileira. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil, ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

TREBILCOCK, Michael; PRADO, Mariana Mota. Path dependence theory, economic development and the dynamics of institutional reform. **University of Toronto Law Journal.** 2009. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1415040](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1415040). Acesso em 10 jan 2020.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital.** São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência.** 7 ed. Campinas: Papyrus, 2008.

VIEIRA PINTO, Álvaro. **O conceito de tecnologia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

VIGNA, Paul; CASEY, Michael J. **The age of cryptocurrency: how bitcoin and the blockchain are challenging the global economic order.** Picador: 2016.

WACHOWICZ, Marcos. Reflexões sobre a revolução tecnológica e a tutela da propriedade intelectual. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. **Propriedade intelectual em perspectiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WHISHI, Richard. **Competition Law.** 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? *In*: ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações.** São Paulo: Editora Campus, 2005.

WRIGHT, Alan. **Blockchain: uncovering Blockchain Technology, Cryptocurrencies, Bitcoin and the Future of Money.** California: American Bar Association, 2017.

Yin, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos.** Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do Direito e das organizações. *In*: \_\_\_\_\_ (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações.** São Paulo: Editora Campus, 2005.