

## DIREITO DA CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO: O USO DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN E POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES CONCORRENCIAIS

*Danilo Sérgio de Souza\**

“Decifra-me ou te devoro”, foram com estas palavras que a Esfinge desafiou Édipo antes deste tornar-se Rei de Tebas. A alegoria é propícia se forem considerados os desafios que a inovação apresenta ao direito da concorrência, especialmente os relacionados à tecnologia *blockchain*.

Tanto no campo do direito concorrencial quanto no da regulação financeira, cada vez mais as tecnologias – sejam elas avanços técnicos de produtos e serviços ou arranjos ligados à atividade econômica – exigem das autoridades competentes e profissionais do direito atualidade e proatividade.

Neste sentido, a aplicação da teoria da incipiência (*incipiency*), própria da proteção da concorrência enquanto instituição, mais especificamente a defesa contra a dominação de mercados, preconiza que determinadas ações de limitação da defesa da concorrência, ainda que meramente potenciais, devem ser vigiadas pelas autoridades da concorrência desde seu estágio inicial.

E isto porque, a mera possibilidade de limitação da concorrência, guardados os modos e gradações, dado seu potencial de produzir efeitos altamente danosos às economias nacionais, tais quais o risco de exclusão de competidores e a colusão entre concorrentes, já é motivo bastante para gerar um alerta nas autoridades da concorrência.

É em razão disto que, ainda que o uso da tecnologia *blockchain* esteja em seu estágio embrionário no mercado bancário brasileiro, europeu e mundial,

---

\* Advogado – Erhardt Advogados, São Paulo (Brasil).

faz-se necessário abordar os potenciais riscos à concorrência causados pelo uso da *blockchain*.

Em um guia elaborado pelo escritório de advocacia internacional Norton Rose Fullbright, intitulado “*Unlocking the blockchain. A global legal and regulatory guide*”, são levantados alguns problemas potencialmente associados à tecnologia *blockchain*, como por exemplo: o controle de entrada em uma *blockchain* poder provocar exclusão de concorrentes; a adoção de normas e requisitos técnicos impedirem ou dificultarem a participação de concorrentes; o risco de colusão entre concorrentes envolvidos em uma *blockchain*; e a troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes que participam de uma *blockchain*.

Tais aspectos serão abordados neste artigo, ainda que brevemente, para além do exposto no mencionado documento. A intenção é provocar mais dúvidas do que respostas. Porque o decifrar de toda coisa, assim como no mito grego, não é forjar uma resposta totalizante e definitiva, mas é o empenhar-se na interminável aventura de prescrutar a essência.

Destaca-se, neste cenário, o modelo de introdução da tecnologia no sistema bancário, a saber, por meio do consórcio internacional “R3 CEV Consortium” do qual fazem parte bancos internacionais como Barclays, BBVA, Commonwealth Bank of Australia, Credit Suisse, Goldman Sachs, JP Morgan, Royal Bank of Scotland, State Street, UBS, Société Générale, BNP Paribas, Natixis e, bancos brasileiros como o Bradesco e o Itaú Unibanco, e a Bolsa de Valores de São Paulo a B3 (Brasil, Bolsa, Balcão), que se tornaram acionistas do referido consórcio.

Foi apenas com as saídas de Morgan Stanley e Santander do consórcio, em novembro de 2016, que surgiram questionamentos a respeito dos custos de acesso ao consórcio e do possível abuso do poder de mercado decorrente do fato de ser o único consórcio a oferecer a tecnologia *blockchain* para instituições financeiras.

Segundo Antoine Yeretian, co-fundador da Blockchain Partner (ex-Blockchain France), em entrevista ao portal *Journal du Net* (JDN), “R3 é muito caro e abusa de sua condição de quase-monopólio no mercado”<sup>1</sup> (tradução livre).

A tecnologia tem sido usada por estes bancos para pagamentos internacionais, como é o caso do BBVA, que reduziu o tempo de verificação de documentos de 7 a 10 dias para 2,5 horas. Outros bancos, como os brasileiros, têm usado a tecnologia para calcular e armazenar informações relacionadas às margens de

---

1 *Journal du Net*, 2018

garantias de derivativos negociados em balcão, utilizadas para dimensionar e diminuir a exposição de crédito do banco.

Esta garantia (*guarantee*) tem um valor que muda conforme a oscilação do preço do ativo que lastreia o contrato e cuja fórmula é acordada entre as partes. Para o acompanhamento desta oscilação e determinação desta fórmula com os clientes, os bancos costumam realizar uma infundável troca de e-mails. Porém, com a tecnologia *blockchain* a percepção da oscilação do preço do ativo e a rapidez da troca de informações, além de criarem uma vantagem competitiva exponencial, promoverão a redução de custos em relação às formas usuais de processamento destas transações.

Ou seja, à medida em que a maioria dos bancos tiverem acesso à tecnologia *blockchain*, o modo como os bancos não detentores desta tecnologia fazem tais operações pode torna-se obsoleto e desnecessário em pouco tempo e, a partir disso, criar um outro *standard* de essencialidade à *blockchain*.

Além disso, em razão do custo de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) associado à tecnologia, a *blockchain* é fornecida aos bancos atualmente em caráter monopolista. Desta forma, dado seu caráter disruptivo, e por ser ofertada por um monopolista, não seria desarrazoado supor que a *blockchain* pode, em um futuro próximo, vir a ser caracterizada como uma *essential facility*, momento no qual as autoridades antitruste deverão examinar se não há uma negativa de acesso de uma essencialidade pela prática de preço excessivo.

Não se pretende afirmar que exista um interesse colusivo entre os participantes do referido consórcio, o que seria leviano. Muito menos estigmatizar os investimentos e as vantagens competitivas advindas destes pois, se as empresas, no caso os bancos, passassem a ser punidas por terem investido demais (*over-investment*), o efeito prático seria a inibição da inovação. A preocupação se origina do exato oposto pois, dado seu custo elevado da tecnologia *blockchain*, como poderão competir com os grandes bancos aqueles que hoje são os grandes responsáveis por técnicas e serviços financeiros e bancários disruptivos e competitivos, como é o caso das *fintechs*?

Dado ser inerente às inovações o gerar de assimetrias, seja por meio de ganhos de eficiência ou escala, é natural que estas modifiquem mercados e rompam com assimetrias pré – existentes. Porém também é verdade que as mesmas assimetrias que possibilitam a entrada de novos atores com novas técnicas e produtos podem produzir cenários anticompetitivos<sup>2</sup>.

2 Domingues & Gaban, 2016: 356-358.

Outra *red flag* no caso da *blockchain*, nos dizeres de Herbert Hovenkamp, deve ser levantada para o risco de predação tecnológica<sup>3</sup>. Para este autor, a inovação resultante de colaboração geraria mais riscos do que a inovação exclusivamente interna à empresa, para ele esta última modalidade raramente violará a legislação concorrencial.

Quanto à troca de informações, mesmo nas inovações oriundas de colaboração, é preciso ter cuidado para evitar falsos positivos, pois como estabelece a Comissão Europeia (parágrafo 263, das Orientações Relativas aos Acordos de Cooperação Horizontal): “as normas comuns, acordadas e aplicadas pelos participantes num mercado, serão geralmente pró-competitivas, pois permitem promover a interpenetração econômica (*economic interpenetration*)”.

É certo que cada vez mais o uso da tecnologia *blockchain* suscitará debates e *trade-offs* envolvendo a relação entre competitividade, progresso tecnológico e desenvolvimento econômico. A este respeito é pertinente o conselho de Hovenkamp: “*As far as innovation is concerned, antitrust’s main job is not to stand in the way, trusting that the market will generally take care of things, yet intervening when a significant restraint threatens to limit the avenues of innovation*”<sup>4</sup>.

Em termos de direito comparado, Brasil e Portugal adotam em suas legislações nacionais, justificações e critérios de análise de atos de concentrações, na terminologia brasileira; e, na terminologia portuguesa: acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, semelhantes, como mostra o quadro abaixo.

Comparação entre Lei Portuguesa e Lei Brasileira de Defesa da Concorrência quanto aos requisitos e justificações para Atos de Concentração / Associações entre empresas e condutas ilícitas vedadas.		
Justificações e Requisitos	Lei n.º 12.529/2011 – Brasil	Lei n.º 19/2012 – Portugal
Melhoria na produção ou distribuição de bens ou serviços.	Art. 88, §6º, I, alíneas “a” e “b”.	Art. 10º, 1, <i>caput</i> .
Promoção do desenvolvimento técnico ou econômico.	Art. 88, §6º, I, alínea “c”.	Art. 10º, 1, <i>caput</i> .
Necessário repasse de benefícios aos consumidores.	Art. 88, §6º, II.	Art. 10º, 1, “a”.
Vedação a restrições e limitação de acesso a novas empresas.	Art. 36, §3º, III.	Art. 10º, 1, “b”.
Vedação à eliminação da concorrência em parte substancial do mercado.	Art. 88, §5º.	Art. 10º, 1, “c”.

3 Hovenkamp, 2008.:25-30.

4 Idem. p.15.

Ou seja, estão presentes nos ambientes institucionais brasileiro e português critérios suficientes para a correta distinção dos atos de concentração que promovem ganhos de eficiências, daqueles que podem causar externalidades negativas para o consumidor, a defesa da concorrência e o desenvolvimento econômico e técnico dos países.

Assim, também no caso da tecnologia *blockchain* aplicada ao setor bancário e financeiro, é preciso considerar os ganhos de eficiências e os benefícios ao consumidor, bem como os demais critérios aplicáveis aos atos de concentração, como é o caso dos consórcios (Art. 90, IV, Lei nº 12.529/2011 – Brasil), figura em que se insere o Consórcio R3.

Como em relatório recente do Institute for Business Value da IBM<sup>5</sup>, a *blockchain* transformará radicalmente como as organizações operam, geram receita e interagem com parceiros, clientes e concorrentes, numa velocidade muito mais rápida que as autoridades regulatórias e de defesa da concorrência produzem suas normas.

Entretanto, é evidente que, até que venham a ser completamente compreendidas e absorvidas pelo mundo jurídico, estas tecnologias demandam o debate e, quiçá, a confecção de recomendações (*guidelines*) e códigos de melhores práticas que estejam alinhados com o papel do direito atual de ser não apenas um conjunto de regras mas um sistema de gestão de riscos, sejam estes econômicos ou sociais.

Sem embargo, é preciso analisar os impactos concorrenciais destas tecnologias disruptivas de forma dinâmica, não estática, como preconiza Joseph Alois Schumpeter<sup>6</sup>, uma vez que as consequências da apropriabilidade dos resultados econômicos e concorrenciais da inovação só podem ser analisadas *ex post*, de preferência com base em dados empíricos e em especial consideração ao bem-estar do consumidor (*consumer welfare*).

Assim, as autoridades concorrenciais, ao assumirem a tarefa de decifrar as tecnologias disruptivas, podem transformar a resposta do Rei de Tebas à Esfinge em pergunta, qual seja: faz bem para a maioria das pessoas (consumidores e concorrentes), ou para apenas uns poucos (monopolistas)?

Por fim, em qualquer consideração sobre tecnologia, e a fim de manter o equilíbrio entre inovação, concorrência, desenvolvimento econômico e benefícios para o consumidor, a resposta deverá, como Édipo ante a Esfinge, revelar o animal que sente, trabalha, pensa, cria e desenvolve a técnica: o ser humano.

---

5 Ibm Institute for Business Value, 2016.

6 Schumpeter, 2005: 91-92.

## BIBLIOGRAFIA

### JOURNAL DU NET

*R3 est très cher et abuse de son statut de quasi-monopole sur le sujet*, disponível em <https://www.journaldunet.com/economie/finance/1196309-r3-le-consortium-blockchain-qui-divise-les-banques/> (consultado em 25 de janeiro de 2018)

DOMINGUES, Juliana de Oliveira & GABAN, Eduardo Molan

2016 *Direito Antitruste*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva.

HOVENKAMP, Herbert

2008 *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Reimpr. Cambridge (Ms.), London: Harvard University Press.

IBM INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE.

2016 *Fast forward: Rethinking enterprises, ecosystems and economies with blockchains*, Executive Report. IBM Corporation, June, 2016. Disponível em <https://public.dhe.ibm.com/common/ssi/ecm/gb/en/gbe03757usen/GBE03757USEN.PDF>. (Acesso em 18 de fevereiro de 2018).

SCHUMPETER, Joseph Alois

2005 *Business Cycles: A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process- Vol I*, Reimpr. da 1ª ed, Chevy Chase/Mansfield Centre: Bartleby's Books/Martino Publishing.