

CALIXTO SALOMÃO FILHO

DIREITO CONCORRENCIAL

 MALHEIROS
EDITORES

CALIXTO SALOMÃO FILHO é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP e Professor do Institut d'Études Politiques Science Po, de Paris.

É Livre-docente pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Università degli Studi La Sapienza, Pós-Doutorado no Max Planck Institut Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht e na Universidade de Yale.

É autor das seguintes obras, todas publicadas pela Malheiros Editores:

- *Regulação e Desenvolvimento* (Org.), em colaboração, 2012;
- *O Novo Direito Societário* (4ª ed., 2011);
- *Regulação da Atividade Econômica* (2ª ed., 2008);
- *Direito Concorrencial – As Condutas* (1ª ed., 2ª tir., 2007);
- *Direito Concorrencial – As Estruturas* (3ª ed., 2007);
- *Regulação e Desenvolvimento* (Coord.) (1ª ed., 2002, esg.);
- *A Sociedade Unipessoal* (1995, esg.)

 MALHEIROS
EDITORES

utilização do produto, garantindo-se lucro normal, não abusivo, por meio da remuneração paga pelo licenciamento.

Do ponto de vista do paciente (consumidor potencial de medicamentos), o que se garante é o acesso aos medicamentos e, em última análise, à saúde, previsto no art. 6º, caput, da CF. Esse dispositivo, entendido como direito individual, tem limitado efeito sistêmico. As várias demandas que são movidas com base nesse dispositivo, por mais meritórias e fundamentais que sejam individualmente, não são capazes, por si sós, de modificar a precária situação da saúde no Brasil. Situações monopolísticas, que impedem o pleno usufruto do direito à saúde, exigem instrumentos jurídicos estruturais para seu combate (como a licença compulsória).

Analisada a questão das patentes do ponto de vista do direito concorrencial, é possível, ainda, buscar resposta para outro problema candente do acesso à saúde pública nos Países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Trata-se das *doenças tropicais*, que afetam as populações locais. Para tais doenças não há pesquisas nos Países desenvolvidos, pois elas são ali inexistentes. Assim, não seria eficaz qualquer tipo de política de preços diferenciados, mesmo baseada em licença compulsória, para medicamentos destinados a tratamento e cura das doenças tropicais, simplesmente porque não haveria pesquisa e desenvolvimento (P&D) suficiente nas plataformas da indústria farmacêutica situada nos Países desenvolvidos.

O desafio que se coloca, portanto, é como estimular pesquisa e desenvolvimento em ausência de perspectiva de retornos diferenciados que possam financiar P&D nos Países desenvolvidos. Ocorre que a concessão de patentes e sua utilização se inserem numa lógica concorrencial e servem não para atribuir um monopólio de utilização daquela invenção específica, mas, sim, ao estímulo à concorrência por inovação. Então, seria possível imaginar um sistema de subsídios cruzados em matéria de patenteamento. No subitem 2.6, acima, discutiu-se como tal objetivo poderia ser perseguido através de uma estrutura regulatória interna aos Países que permitisse tal subsídio.

Mas esse raciocínio poderia também ser transplantado para o âmbito internacional. Ou seja: poderia muito bem o País em desenvolvimento interessado, e tendo como contraprestação a obrigação de investir em P&D para doenças tropicais assumida pela indústria farmacêutica, admitir que certas categorias de produtos (e possivelmente o mercado de consumo em que há maiores condições econômicas de absorver aumento de preços) sejam isentadas da política de preços diferenciados mencio-

nada acima. O aumento de preços aí observado serviria para subsidiar a pesquisa e o desenvolvimento de medicamentos para o tratamento de doenças tropicais.

Duas observações, mais ou menos evidentes, devem ser, então, feitas. Em primeiro lugar, tal medida somente pode ser introduzida simultaneamente à política de preços diferenciados. Só assim haverá um produto que sustente o subsídio cruzado, vale dizer, um produto "subsidiador". Segundo, evidentemente, é necessário estabelecer um arcabouço jurídico coerente que assegure que, em caso de não haver o investimento prometido em P&D para o medicamento destinado à doença tropical, o benefício da isenção da política de preços diferenciados seja revogado, e o valor do qual se beneficiou a indústria farmacêutica seja restituído aos consumidores que pagaram a maior pelo medicamento subsidiador (v., por exemplo, a ação civil pública para proteção de interesses coletivos).

A implementação de tal solução é totalmente coerente com os princípios concorrenciais anteriormente mencionados. Do ponto de vista concorrencial, a patente e a disciplina de sua utilização servem para estimular concorrência em P&D para aquele e/ou outros segmentos de produtos. É o que se faria com relação a um "subsídio cruzado de patentes".

3. Estruturas de dominação de bens comuns

3.1 Introdução: o problema

Ao lado das estruturas criadas pelo mercado e aquelas criadas pelo Direito, há um terceiro tipo, tão ou mais preocupante do ponto de vista jurídico, de estrutura concentradora de poder econômico.

Trata-se dos casos em que o poder econômico provém da dominação de bens que dificilmente podem ser compreendidos dentro de uma lógica de mercado. Trata-se dos recursos naturais e dos bens de uso comum em geral (os chamados *common pool resources*). Sua característica básica é a grande necessidade comum acompanhada de uma crescente escassez relativa, que faz com que a utilização ou a dominação por uns possam excluir os demais da fruição do bem.

Observe-se que, nesses casos, a existência de poder econômico dominante pode ser — e é — ainda mais danosa que nas situações de poder no mercado (v., nesta Parte II, o Capítulo I). Deve, então, haver particular preocupação com a formação do poder econômico nessas situações, que, além de mais danosa socialmente, não pode ser bem captada pelos instrumentos tradicionais de detecção do poder econômico nos mercados.

Mas não é só isso. Em matéria de bens públicos e privados que permitem a dominação de recursos naturais, dominação e abusos estão diretamente ligados. Muito mais que nas relações de mercado. Nestas a relação entre um e outro depende da racionalidade, ou não, dos comportamentos. Em relação aos recursos naturais nada há a intermediar entre a dominação e o abuso. Isso porque dominar bens que contêm recursos de utilidade social é, por si só, um abuso. A escassez relativa gerada e a exclusividade existente já são abusivas, pois a regra, decorrente da necessidade coletiva, deve ser o amplo acesso. Assim, em relação a esses bens não há regulamentação do abuso possível que não seja a própria intervenção estrutural.

3.2 A insuficiência da dicotomia bem privado-bem público

Para entender bem o problema é preciso retornar à definição de "bens", em especial retornar de forma crítica à distinção entre bens públicos e bens privados. Essa classificação, fundamentalmente adotada pelo Direito, sempre encontrou apoio na teoria econômica, que até mesmo procurou justificar sua existência com base em certas especificidades.

Assim, na teoria econômica clássica, *bens privados* têm duas características básicas: são *excludables* (ou seja: o indivíduo "A" pode excluir o indivíduo "B" da utilização) e *rivalrous* (ou seja: o consumo pelo indivíduo "A" exclui o consumo por qualquer outra pessoa).⁸⁹ Já, os *bens públicos* teriam as características exatamente contrárias. Seriam *non excludables* e *non rivalrous*.

Essa classificação demonstra, *prima facie*, dois problemas sérios. Em primeiro lugar, uma mistura evidente entre características dos bens e disciplina jurídica. Enquanto a rivalidade é uma característica, a exclusividade é um traço de disciplina jurídica. Traço, aliás, que se justifica apenas em uma realidade de superabundância de bens. A possibilidade de exclusão de utilização como característica do bem tem como consequência direta a preocupação com a concentração do referido bem em mãos particulares (poder econômico). Com efeito, se a exclusão é admitida, o poder também deve ser.

Mas não é só. A referida classificação revela um bom grau de incoerência interna. Basta observar a própria enumeração das características dos referidos bens. Enquanto a exclusão de utilização parece ser referir

89. P. Samuelson, "The pure theory of public expenditure", *Review of Economics and Statistics* 36/387-389 (1954).

a um bem não consumível, a rivalidade parece se referir a um bem consumível.

Na verdade, essa dificuldade revela uma outra, mais profunda. Essa classificação não esgota as possíveis diferenças entre bens quanto a suas características, e, portanto, não é bom parâmetro para disciplina jurídica.

Essa dificuldade se revelou há muito tempo pela importância adquirida por trabalho de um ambientalista bem-intencionado, que se baseou, no fundo, na distinção entre bens públicos e bens privados. Trata-se do trabalho de Garret Hardin, que em 1968 identificou a existência de uma *tragedy of the commons* exatamente na utilização de bens que não se encaixavam bem na definição de privados ou públicos (e, portanto, não poderiam ter regulamentação conveniente em nenhuma das disciplinas). A clássica tragédia está na utilização e na degradação pelos privados de um bem comum (pasto). Guiados por seus interesses particulares, teriam sempre a tendência de colocar seus interesses privados acima do interesse do grupo, o que teria como consequência a destruição do pasto.⁹⁰ A ausência de reflexão sobre a possibilidade de regulamentação específica para o bem de utilidade comum se deve provavelmente à dificuldade, à época, de admitir qualquer coisa que não a regulamentação pública ou privada.

Assim, formou-se um consenso com várias sustentações. De um lado, a teoria jurídica tradicional sustentando a diferença entre direito público e direito privado e a consequente distinção unitária entre bens públicos e privados. De outro, a teoria econômica tradicional, dando ou pretendendo dar fundamento a essas convicções.

Dai a convicção de impossibilidade de regulamentação, ficando tais bens e tais situações relegados à disciplina estática da propriedade privada e da propriedade pública. Não é espantar o crescimento da concentração de poder econômico sobre bens comuns, que nada mais é que o resultado de uma disciplina meramente estática da propriedade privada. Abandonados a si próprios, tais bens acabam fadados à concentração e à escassez. De outro lado, a propriedade pública, também ela estática e incapaz, muitas vezes, de ter em conta as necessidades de cada localidade, é bem específico, carente de regulamentação especial.

Aí é fundamental uma visão estruturalista de como o poder econômico se revela sobre esses bens e como é possível regulá-los de forma a minorar seus efeitos. Mas antes é preciso aclarar a própria ideia de *bens comuns*.

90. G. Hardin, "The tragedy of the commons", *Science* 162/1.243-1.248 (1968).

3.3 Bens comuns e poder econômico

Em trabalhos hoje bastante reconhecidos, renomados cientistas sociais⁹¹ operaram importante revisão crítica dos tipos de bens. Em primeiro lugar, substituíram as categorias de rivalidade de consumo pela de possibilidade de subtração ao uso (*subtractability of use*). Em seguida substituíram as resposta "sim" e "não" para as sobrepostas categorias por gradações, alta ou baixa.

Afinal, reconheceram um novo tipo de bem, chamado *common pool resource* (CPR) ou, segundo a denominação que de ora em diante se utilizará, "bem comum". Observe-se, em primeiro lugar, que categoria de bem comum resolve o paradoxo criado pelas características de bens públicos e bens privados. Os bens comuns são caracterizados por alta subtração de uso e também alta dificuldade de exclusão, ou seja, o uso por um diminui a possibilidade de uso por outro (imaginem-se florestas, pastos, rios); mas, por outro lado, não é possível, dada a necessidade comum envolvida, excluir pessoas envolvidas pelo bem (participantes da comunidade de seu uso).

Não é o que ocorre com os bens privados (comida, bem de consumo etc.), em que há baixa dificuldade de exclusão mas alta subtração de uso. O uso por um pode causar escassez a outro (imaginem-se a comida), mas é da natureza do bem, individualizado e pertencente a só uma pessoa, a exclusão de seu uso por outrem.

Já, os bens tipicamente públicos – como educação, saúde etc. – são caracterizados tipicamente por baixa subtração de uso e alta dificuldade de exclusão.

Evidentemente, todas essas características, em um mundo de escassez montante de recursos e serviços, podem ser relativizadas.

O que ocorre é que o maior refinamento da distinção torna mais claros os problemas a serem resolvidos pela disciplina. Os bens comuns geram por natureza um problema de escassez maior que os bens públicos exatamente por terem uma alta taxa de subtração. Enquanto educação (bem público) para um não impede (em princípio) a educação de outro, a subtração de árvores de uma floresta ou de animais de uma reserva impedirá a utilização econômica da floresta ou da reserva por outrem.

91. Cf.: V. Ostrom e E. Ostrom, "Public goods and public choices", in E. E. Schattschneider (ed.), *Alternatives for Delivering Public Services: Towards Improved Performance*, Boulder, Westview Press, 1977, pp. 7-49; E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 24.

Assim, o problema de escassez é mais grave para o bem comum que para o bem público.

O mesmo deve-se dizer em relação ao bem privado. Ambos têm alta subtração de uso, mas apenas o bem comum apresenta dificuldades de apropriação (ou exclusividade); ou seja: o bem comum tem por natureza mais pessoas que dependem e devem ter acesso a ele (uma caneta não pode ser utilizada por muitos, mas uma fonte de água potável pode, e deve).

Isso gera um problema a mais para os bens comuns, que é a maior possibilidade de escassez. Observe-se que, em uma realidade como essa, qualquer apropriação privada gerará monopólio sobre a utilização de um bem disputado por muitos. O poder, aqui, deriva da possibilidade de apropriação do bem necessário para muitos, e não de uma primazia de produção. Para dada comunidade o acesso a uma floresta pode ser fundamental para sua existência, ainda que no mesmo País existam enormes quantidades de florestas. Sua subsistência e seus costumes estão a ela ligados, e dela não podem se dissociar.

Assim, a detenção por um particular da propriedade e do direito de limitar ou impedir o acesso a essa comunidade gera enorme poder sobre ela. Gera, na verdade, uma tripla drenagem, semelhante aos monopólios tradicionais.

A comunidade estará privada de bens de subsistência, dependendo do proprietário único para obtê-los. Dependerá também, para o seu trabalho, do proprietário único do recurso natural escasso. E, finalmente, acostumada ao uso da floresta para inúmeras atividades, terá poucas alternativas econômicas de sobrevivência.

Observe-se que essa descrição é válida para uma série de bens ligados à Natureza, como florestas, pesca marítima e fluvial e, mesmo, propriedades com fontes de água. Sua relação com a proteção do meio ambiente é, portanto, direta e imediata. O poder econômico ou monopólio sobre tais atividades gera consequências bastante sérias. Seu poder de gerar escassez e penúria social é enorme. A regulação deverá ter em conta esses problemas.

3.4 Bens comuns e meio ambiente: poder econômico vs. cooperação

A identificação de uma possível regulamentação para os bens comuns exige, previamente, a individualização e a tipificação das relações sociais passíveis de criar um bom tratamento para os bens comuns e, consequentemente, para a Natureza.

Direito e relações sociais estão indissociavelmente ligados, e regras jurídicas não podem existir em um vácuo, dissociadas de relações sociais. A reflexão sobre os bens comuns coloca essa afirmação particularmente em evidência.

É bem difícil, efetivamente, imaginar alguma disciplina possível para um bem a que muitos precisam ter acesso mas cujo uso por um pode gerar escassez para os demais sem algum tipo de cooperação entre os indivíduos e coletividades que precisam utilizar o referido bem. Trata-se de afirmação intuitiva, que encontra larga comprovação em estudos empíricos realizados ao longo de muito tempo por cientistas sociais.⁹²

Ocorre que, a seu turno, a cooperação, para ser realizável, exige a presença de certos requisitos. A teoria dos chamados “jogos cooperativos” tem sido objeto de muita discussão nos últimos decênios. A elaboração inicial mais completa dessa teoria para as Ciências Sociais foi feita por Axelrod em 1984.⁹³ Ali identificaram-se alguns requisitos básicos para a cooperação em sociedade: (a) a existência de pequeno número de participantes, (b) a informação completa entre eles, (c) a dependência recíproca e (iv) a duração do jogo.

Todos esses requisitos ajudavam a criar um elemento tido como fundamental para o funcionamento de qualquer estrutura cooperativa: a confiança. Estudos posteriores indicaram a importância de questões adicionais (algumas já identificadas nos primeiros trabalhos).⁹⁴ São elas o chamado “barulho” (*noise*) – ou seja, a dificuldade de reconhecimento da estratégia do outro participante – e a importância do futuro (*shadow of the future*) – ou seja, o efeito que pode ter a duração da interação (do jogo) sobre o comportamento presente dos agentes.

A dificuldade de reconhecimento da estratégia do outro dificulta a cooperação exatamente por poder dar a ideia de defecção, comportamento individualista, quando o objetivo era a cooperação. Novamente aí a confiança corre o risco de se deteriorar.

Situação semelhante ocorre em relação à importância do futuro. Exatamente por existir um momento (etapa final) em que não haverá mais interação, nessa rodada os comportamentos podem ser individuais,

92. A. Polcete, M. Janssen e E. Ostrom, *Working Together: Collective Action, the Commons and Multiple Methods in Practice*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

93. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.

94. R. Axelrod e D. Dion, “The further evolution of cooperation”, *Science* 242/1.385 (1988).

sem pensar na reação da parte contrária. O individualismo solapa, então, a dependência recíproca (e a confiança), fundamental para a cooperação.

Em estudo sobre o poder econômico, mais que ir a fundo sobre qualquer desses requisitos, é importante identificar como a existência de poder pode influenciar sua presença nas relações sociais.

O resultado mais ou menos intuitivo é que ele afeta negativamente quase todos os requisitos elencados. Vejamos: é mais que sabido que um dos principais efeitos do monopólio é a concentração de informações. Aliás, como visto acima, essa é a característica principal dos monopólios modernos. Assim, não há como imaginar qualquer fluxo de informação entre os participantes da relação social.

Também é típico das estruturas de poder econômico criar dependência e não se envolver nela. Assim, existente o monopólio, não há que se pensar em dependência recíproca, mas dependência unilateral em relação ao detentor de poder. Observe-se que, tratando-se de bens comuns e de um direito de propriedade sobre um bem, é de se excluir a possibilidade de oligopólio, ou, mesmo existente, ele é indiferente, porque os efeitos cooperativos do oligopólio se fazem sentir apenas entre seus membros. Quanto aos demais, os efeitos são de ausência de informação e exclusão. Assim, tratando-se de bem comum, cujo interesse de utilização é de muitos (o que já afasta a possibilidade de assemblar a situação de todos os potenciais usuários a um oligopólio), o efeito do oligopólio sobre o bem comum é equivalente ao efeito do monopólio.

Dessas dificuldades derivam as demais. O barulho (*noise*) é uma consequência da dificuldade de informação. Os monopólios, mais que qualquer outra estrutura, exatamente por concentrarem informação, são capazes de transmitir falsas informações sobre suas estratégias – e, portanto, criar barulho, o que dificulta a cooperação.

Também a despreocupação das estruturas de poder concentrado em relação ao futuro é bastante conhecida. A distinção entre as situações de poder permite crer na possibilidade de ser sempre o último a jogar, ou seja, “ter sempre a última reação”. Essa afirmação tem particular relevância em matéria ambiental. A reconhecida característica – mesmo nas análises mais tradicionais de direito antitruste – dos monopólios, de tornarem a vida útil do produto mais curta,⁹⁵ por serem maiores os ganhos na venda de um novo produto (venda em monopólio) do que a manutenção, demonstra essa despreocupação com o futuro, típica dos monopólios.

95. Cf. H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 293-294.

Não parece haver dúvida, portanto, de que um primeiro grande parâmetro para uma regulamentação estrutural dos bens comuns deve estar na eliminação do poder econômico. Quanto a eles, poder econômico é antinômico à cooperação.

3.5 Alternativas de intervenção estrutural

A pergunta que se deve fazer em seguida é simples: como pode o Direito influir sobre esta situação, permitindo uma maior regulamentação dos bens comuns?

Em primeiro lugar, é necessário ressaltar a importância de uma intervenção estrutural em tal campo. Com efeito, é visível a insuficiência de soluções compensatórias em matéria de proteção da Natureza e meio ambiente. Princípios gerais tradicionais do direito ambiental, como o do poluidor-pagador, o da precaução e, mesmo, o da prevenção, de nada adiantam em um mundo de crescente escassez e crescente superutilização de recursos. Alguns deles, como o princípio do poluidor-pagador, de certa forma até legitimam a destruição do meio ambiente por aqueles dispostos a pagar por ela, como se compensações monetárias pudessem ser de alguma valia nesse campo.⁹⁶ Antes que úteis, acabam por ser uma consagração e legitimação do poder econômico em matéria tão sensível.

Urge, então, uma discussão que se proponha a enfrentar a questão da regulamentação de propriedade dos bens de interesse comum. É nesse sentido que uma intervenção dita estrutural se faz necessária.

Algumas ressalvas são necessárias. Uma primeira é que, obviamente, não há que se falar, aqui, de discussão ampla de todos os aspectos relacionados aos bens comuns. Essa questão é objeto de tratamento bastante extenso na literatura especializada, e foge aos objetivos do presente trabalho.

O que importa aqui são as relações entre poder econômico e regulamentação dos bens comuns. Mas especificamente, a questão de como

96. Como afirma G. Rist, este princípio parece até mesmo atribuir o direito de poluir àqueles que têm recursos (*Le Développement – Histoire d'une croyance Occidentale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, p. 327). O individualismo exacerbado desse princípio faz alguns ambientalistas defenderem até mesmo a criação de um novo princípio, o do protetor-pagador (*protecteur-payeur*), para constrangê-lo financeiramente a levar adiante políticas públicas em matéria ambiental (cf. R. Hostiou, "Vers un nouveau principe général du droit de l'environnement – Le principe protecteur-payeur", in *Pour un Droit Commun de l'Environnement – Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 567 – p. 575).

o estímulo regulatório à cooperação pode ao mesmo tempo garantir que estruturas de poder não se formem em relação aos bens comuns. Como visto acima, isto é fundamental, posto que o poder econômico impede a cooperação e, portanto, a conveniente disciplina de bens comuns. Assim, qualquer aparato regulatório a ser erigido deve, a par de estabelecer condições que permitam a cooperação no uso e na administração dos bens, garantir que não venham a se formar estruturas de poder que possam vir a dominá-los.

Mas há ainda uma segunda ressalva, tão ou mais importante que a primeira. Não é possível imaginar uma dedução racional e geral de parâmetros regulatórios aplicáveis a todo e qualquer caso. Em particular em matéria de bens comuns, o que se demonstra é exatamente que soluções regulatórias adotadas em uma situação e localidade e ali bem-sucedidas podem não sê-lo em outras.⁹⁷ Assim, mais que indicar soluções completas, importa identificar problemas regulatórios a serem enfrentados.

Um primeiro problema a ser levantado refere-se à identificação dos tipos de bens comuns e dos problemas de regulação mais importantes relativos a cada um. Para tanto, é preciso desde logo deixar claro que não é mais possível adotar uma visão unitária de direito de propriedade. Não há mais que se falar em direito de propriedade, mas em feixes de direitos (*bundles of rights*) compondo a propriedade.

Esses feixes merecem especial atenção em sua enumeração e classificação. Alguns direitos referem-se à apropriação dos próprios bens ou recursos deles advindos; outros relacionam-se à utilização dos próprios bens. Essa enumeração e classificação é importante, pois, como será visto, terá diferentes efeitos quanto aos principais problemas econômicos identificados em relação aos bens: a dificuldade de exclusão e a possibilidade de subtração de uso (*subtractability of use*).

Dentre os vários direitos incluídos no feixe de direitos de propriedade podem ser identificados: o direito de acesso ao bem, o direito de retirar produtos ou recursos (*withdrawal rights*) de uma fonte ou propriedade, o direito de administrar (*management*) – ou seja: o direito de transformar a propriedade e/ou regular padrões internos de uso –, o direito de exclusão (*exclusion*) – ou seja: o direito de decidir quem terá direito de acesso, retirada ou administração –, o direito de uso – ou seja: o direito de utilizar economicamente o próprio bem (não se confundindo com a

97. Cf., a respeito, os vários casos analisados por E. Ostrom e as comparações feitas em *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 178 e ss.

retirada de seus frutos) – e o direito de disposição – ou seja: o poder de alienar o bem. A esses se adiciona ainda, hoje, no caso de muitos bens (sobretudo os bens consumíveis), o direito de decisão sobre o destino final do subproduto da utilização dos referidos bens.

Alguns desses direitos referem-se a grupo (ou feixe) dos direitos de apropriação, e outros ao grupo (ou feixe) do direito de utilização. Assim, dentro da descrição inicial das características econômicas dos bens, alguns estão ligados à ideia de intensidade da subtração de uso (*subtractability of use*), e outros à dificuldade de exclusão de utilização.

Assim, por exemplo, o direito de acesso para retirada de recursos e o direito de retirada estão ligados ao grupo da apropriação de bens. Já, os direitos de uso e alienação estão ligados ao feixe de direitos de uso. Finalmente, os direitos ligados à administração do bem e os direitos de decisão sobre os resíduos da utilização referem-se ora a um, ora a outro dos grupos de direitos.

Ora, não é difícil concluir que, quanto maior for o grau de subtração de uso gerado pelo bem, maior será a busca de direitos de apropriação de recursos em relação àquele bem. Assim, para os bens comuns (*common pool resources*/CPRs) será grande a necessidade de atribuição de direitos de acesso e retirada de recursos ao maior número possível de membros da comunidade deles dependentes. Inversamente, a dominação desses direitos por um só agente gerará enorme poder e enorme capacidade de drenagem de recursos e utilidades dos outros membros da comunidade interessada por parte de seu detentor.

Já, em relação a bens em que há forte possibilidade de exclusão de uso, como os bens privados de consumo, a grande preocupação deve ser com seu uso e seu abuso, em particular o direito hoje ilimitado de decisão sobre a alocações dos resíduos do processo de consumo ou produção.

Dessa descrição resultam diretamente os cuidados que devem ser observados em relação às estruturas de poder econômico.

3.5.1 Apropriação: regulação e cooperação descentralizadas

Em relação a importante parcela dos bens comuns (florestas, bacias hídricas etc.) parece evidente o reconhecimento da essencialidade dos bens e dos recursos naturais extraídos da terra para as comunidades que os circundam. É importante também reconhecer que um problema importante em relação aos recursos naturais está na tendência predatória criada pela sua retirada em escala, normalmente por grandes estruturas indus-

trias de retirada. Também não é incomum que essa retirada predatória se dê em regiões distantes das exploradas originalmente por essas estruturas econômicas, grandes ou pequenas. Ou seja: o distanciamento geográfico e a menor dependência em relação à Natureza e aos habitantes da região explorada, ajudam a tornar a interação menos cooperativa.⁹⁸

Não há dúvida de que a ligação territorial aos bens naturais do agente econômico explorador, indivíduos dependentes da existência dos mesmos bens tende a tornar a interação com a Natureza mais cooperativa.⁹⁹

Novamente aqui não se trata de predefinir a regulamentação, mas identificar os problemas relacionados a esse tipo de bem. O reconhecimento da essencialidade leva, por consequência, à necessária conferência de direitos de apropriação (acesso e retirada de recursos) à comunidade que dele depende ou a entidades representativas dessa comunidade. Obviamente, as decisões sobre a retirada de recursos (direito de administração – *management*), exatamente por se tratar de recurso escasso, devem ser institucionalizadas, atribuídas a entidades regulamentadas representativas da comunidade e de alguma forma conectadas a um órgão mais amplo de coordenação de políticas regulatórias regionais. Aliás, essa institucionalização em escala em matéria de regulação de bens comuns tem se mostrado a medida mais eficaz na prática.¹⁰⁰

Também a participação da comunidade na regulação deve se fazer de maneira consensual e equilibrada. Assim, também aí não se pode admitir a formação de uma estrutura de poder que monopolize a tomada de decisões. O efeito pode ser o desestímulo à cooperação natural na

98. Exemplo evidente ocorre em matéria de pesca oceânica. A conhecida exaustão do estoque de peixes tem levado grandes companhias pesqueiras europeias (sobretudo espanholas e irlandesas) a deslocar enorme navios de pesca para o Senegal, realizando atividade muitas vezes muito além do limite permitido (v., a respeito, o livro jornalístico investigativo de C. Clover, *The End of the Line*, New York, The New Press, pp. 41 e ss. – capítulo “Robbing the poor to feed the rich”).

99. Observe-se que do ponto de vista da teoria dos jogos a cooperação é mais difícil em caso de distância geográfica, por várias razões, entre elas porque a capacidade de retaliação pelos produtores locais ou pela própria Natureza local é limitada, ou seja a *shadow of the future* é limitada, e, consequentemente, o jogo se assemelha a um FRPD (*Finely Repeated Prisoner's Dilemma Game*), em que o que predomina é a estratégia individual. Empresas que predam ou destroem região da qual não dependem, ou porque podem fazer extração em outras regiões ou porque são elas mesmas de outras regiões, não podem ser retaliadas pela Natureza, no sentido de sentir os efeitos da escassez ou da destruição do meio ambiente. Portanto, entre elas e a Natureza o que há é um FRPD Game, de estratégia estritamente individual.

100. Cf. E. Ostrom, *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, cit., p. 190.

utilização do bem, exatamente pela desconfiância (barulho — *noise*) em relação à estratégia de apropriação decidida pelo órgão regulador local. Novamente aqui o “jogo” corre o sério risco de se transformar de um jogo de estratégia coletiva em um de estratégia individual, o que pode levar rapidamente ao uso predatório ou excessivo da reserva — ou seja: à *tragedy of the commons* identificada por Hardin.

3.5.2 Utilização: conexão entre produção e consumo

Há outra parcela de bens comuns e uma boa parcela de bens privados em que o problema do uso ou da exclusão de uso é o mais relevante. A exclusão em relação à utilização da terra produtiva é um exemplo. Trata-se de bem cuja escassez relativa e cuja importância ambiental torna cada vez mais difícil classificá-lo como bem puramente privado ou bem comum.

O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, em relação a bens de consumo como alimentos roupas etc., ainda que aqui a preocupação seja mais em relação aos subprodutos do processo de consumo que em relação ao bem em si (pois, quanto a ele, a própria utilização gera o consumo ou o desaparecimento do bem como era em seu estado de origem — ou seja, a exclusão de uso).

Tanto em relação a um quanto a outro o problema central está no amplo direito de disposição sob os subprodutos do processo de produção e consumo. São eles que geram a escassez.

No caso das terras, através da poluição ambiental e da deterioração de rios e lagos fundamentais para o interesse comum. No caso dos bens de consumo, pelo caráter até hoje facultativo da reciclagem dos subprodutos do processo produtivo e de consumo, o que exige um constante aumento de escala de produção e acarreta crescente insuficiência de recursos.

Em ambos os casos um elemento comum está presente: estrutura concentrada de poder econômico. No caso da terra, a utilização extensiva e em escala por grandes propriedades dedicadas à monocultura. A somar-se à concentração da terra está, normalmente, a despreocupação com os efeitos locais dos resíduos do processo agrícola (fertilizantes etc.).

Quanto aos bens de consumo, a produção em massa e a escala obtida pelas grandes estruturas tornam desnecessária e custosa a reciclagem. Monopolizado o circuito industrial é muito mais fácil e barato produzir

sem reaproveitar, exatamente porque a estrutura de drenagem monopolista já descrita está já toda montada desde a fonte de matéria-prima até o produto final. Já, a reciclagem exige investimento específico, normalmente de baixo retorno (pois na ponta final estão os produtores monopolistas que remuneram pouco a atividade) e trabalho intensivo.

Novamente aqui, proposição útil pode ser a intervenção seletiva sobre o feixe de direitos que compõem a propriedade, conferindo o direito de decisão sobre a destinação dos subprodutos do processo de produção e consumo a grupos de indivíduos interessados e capazes de lhe dar processamento. O estabelecimento de direitos (verdadeiros direitos, e não mero acesso a depósitos voluntários de resíduos) para cooperativas de reciclagem é, nesse sentido, instrumento dotado de grande potencial de eficácia.

Mas não é só. O reaproveitamento depende de mudanças no próprio funcionamento da estrutura industrial. Assim, é necessário um movimento inverso ao realizado pela economia monopolista e globalizada. Os processos de produção e consumo têm de se reaproximar, para que seja possível um reaproveitamento industrial mais efetivo. Isso só pode ser feito em nível local.

Também só em nível local, e na ausência de poder econômico, pode-se buscar a chamada *industrial ecology*. O que se busca aí é aproximar os processos industriais dos *natural ecological systems*, em que os rejeitos são reciprocamente reaproveitados. As empresas podem, com efeito, minorar os efeitos sobre o meio ambiente se estiverem próximas e consumirem os rejeitos umas das outras. O objetivo, aí, é conectar processos industriais produzindo rejeitos diversos, de forma a ser possível um aproveitar os subprodutos do processo industrial do outro, minimizando o desperdício total. Projetos muito bem-sucedidos nesse sentido existem na criação dos chamados *industrial ecosystem parks*, dos quais um dos mais famosos é o de *Kolundborg*, na Dinamarca.¹⁰¹

Ainda aqui, para tanto, é necessário disposição social e institucional ao relacionamento cooperativo, e não a estratégia individual. Tal ambiente será tão mais difícil de obter quanto maior for a disparidade de poder entre os participantes do processo econômico; ou, visto de outro modo, quanto maior for o poder econômico de um dos membros, que facilmente optará por uma estratégia individual.

101. V., a respeito, D. Gibbs, *Local Economic Development and the Environment*, London, Routledge, pp. 97 e 129.

3.6 *Sistemas produtivos, ausência de escolha e abuso de poder*

Obviamente, a questão da regulamentação do poder econômico exercido sobre os bens comuns não se esgota e nem pode se esgotar em elaboração de uma teoria mais refinada do direito de propriedade.

Vários outros aspectos precisam ser considerados dentro da perspectiva regulatória, que não pode, nessa matéria, se resumir a instrumentos jurídicos. Um aspecto importante a ser considerado diz respeito ao próprio modo de produção e sua utilização econômica. Tomemos o exemplo da agricultura e das terras agrícolas. A existência de um modo predominante de produção (grande propriedade agrícola, baseada no uso intensivo de bens de capital e na exploração extensiva da terra) gera consequências para a diversificação industrial, consumidores e mercado de trabalho. Inexistem os incentivos para o desenvolvimento de uma indústria voltada a pequenas propriedades rurais, que possam ser manejadas segundo suas especificidades de produção e ambientais. Desaparece, por exemplo, a possibilidade de utilização de fontes energéticas adaptáveis a cada região, o que é típico das pequenas propriedades rurais. Todo um modo de produção alternativo é drenado pelo poder do modo de produção já estabelecido.

No mercado de trabalho a drenagem é também evidente. A pouca utilização de mão de obra na agricultura extensiva, por si só geradora de desemprego e exclusão, é agravada pelo fato de a pequena propriedade proporcionar a fixação do homem ao campo e, portanto, a diminuição da migração e da pobreza urbana – realidade do século XX e risco do século XXI. A grande propriedade, impedindo a sobrevivência desse modelo, estimula, portanto, exatamente a migração e a pobreza urbana.

Note-se que a concorrência entre os sistemas é absolutamente desigual. De um lado a agricultura extensiva, que se beneficia de altos ganhos decorrentes da escala produtiva. De outro, a agricultura artesanal familiar, com seu menor volume de ganhos mas a possibilidade de eliminação das várias drenagens produzidas pelo poder econômico no setor agrícola. Por trás de tudo isso aparece o drama crescente da escassez de terras e do uso abusivo do ambiente e das fontes de energia. A existência e a prevalência absoluta de um único modo de produção agrícola em relação a um bem escasso (como a terra) impede o desenvolvimento de formas alternativas mais baratas de utilização energética (como energia eólica ou solar, mais adaptáveis a pequenas propriedades).

Evidentemente, aqui há um paradoxo. Por se tratar de uma forma de poder econômico muitas vezes de raízes históricas, a exclusão de

modelos se dá naturalmente como subproduto do funcionamento da estrutura concentrada. Não sendo relevantes na esfera econômica as sinergias sociais criadas pela pequena propriedade, esta facilmente sucumbe diante da “eficiência econômica” (e ineficácia social) da grande propriedade. Não há, aqui, racionalidade ou irracionalidade de mercado a ser disciplinada pelo Direito. Consequentemente, o remédio estrutural para tal tipo de situação está em políticas públicas aptas a promover a subsistência de alternativas entre estruturas. Aqui, os valores a serem protegidos e perseguidos através das políticas públicas são os valores sociais e ambientais próprios de estruturas que podem ser incentivadas e organizadas de forma a persegui-los conjuntamente. Não há, aqui, como inserir a discussão da questão sobre racionalidade ou irracionalidade de mercado. Deve-se, ao contrário, contrapor à lógica econômica o raciocínio jurídico sobre valores sociais e ambientais. São eles a sugerir e fundamentar juridicamente a adoção de políticas públicas estruturais.