

regulação da atividade econômica

(princípios e fundamentos jurídicos)

calixto salomão filho

Ao tratar da *regulação da atividade econômica*, "circundado por questões técnicas de difícil compreensão e por teorias econômicas alienígenas, o operador do Direito sente-se constrangido a funcionar como mero aplicador mecânico de normas. Para imprimir maior realismo a essa tarefa procura emoldurá-la com o uso protocolar (no sentido próprio) de expressões norte-americanas".

Para dar um tratamento verdadeiramente científico à matéria "é imperioso descobrir fundamentos e sistematizar princípios, transformando a regulação de uma técnica em uma *ars (boni et æquo)* no sentido latino próprio do termo. Isso não implica tornar o raciocínio jurídico estanque a análises e considerações vindas de outras áreas do conhecimento. O método interdisciplinar de análise é imperativo em matéria de ciências sociais. Importa apenas dar prevalência à força sistematizadora do Direito, organizando as idéias em função de endereços éticos, morais e constitucionais, e não de imperativos econômicos".

Nesta obra o Autor desenvolve a "elaboração de uma verdadeira teoria geral da regulação. As regras e princípios gerais pre-tendem, portanto, ser aplicáveis a todos os setores regulados, exatamente porque derivados de proposições valorativas propriamente jurídicas, e não de imperativos técnico-econômicos — esses, sim, específicos de cada setor".

calixto salomão filho

regulação da atividade econômica

(princípios e fundamentos
jurídicos)

2ª edição,
revista e ampliada

**MALHEIROS
EDITORES**



917.885741208398

Capítulo III – Teoria da Regulação: Princípios Gerais

1. Princípio da difusão do conhecimento econômico

1.1 Princípio do acesso necessário

1.1.1 Relações entre concorrentes

1.2 Função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado: significado específico

1.2.1 Co-propriedade dos bens de acesso

1.2.2 Compartilhamento dos bens de acesso

a) Restrição ao direito de propriedade. Compartilhamento e fruição

b) Compartilhamento e uso: o dirigismo contratual

c) Compartilhamento e direito de disposição

1.3 Aplicação institucional do direito antitruste

1.3.1 Concepção per se dos ilícitos antitruste

1.4 Condutas em espécie

1.4.1 A regulação da negociação compulsória

1.4.2 Regulação da predação

1.4.3 Regulação da colusão: a teoria dos jogos e suas implicações

1.5 Conclusão

2. Regulação, desenvolvimento e redistribuição

3. Princípio da cooperação

3.1 A cooperação como escolha individual

3.2 Condições para a cooperação

3.3 Papel do Direito no impulso à cooperação

3.4 Características regulatórias

3.5 Conclusão: cooperação e teoria do conhecimento econômico

3.6 Conclusão

3.7 Conclusão

3.8 Conclusão

3.9 Conclusão

3.10 Conclusão

3.11 Conclusão

3.12 Conclusão

3.13 Conclusão

3.14 Conclusão

3.15 Conclusão

3.16 Conclusão

3.17 Conclusão

3.18 Conclusão

3.19 Conclusão

3.20 Conclusão

3.21 Conclusão

3.22 Conclusão

3.23 Conclusão

3.24 Conclusão

3.25 Conclusão

Capítulo III – Teoria da Regulação: Princípios Gerais

1. Princípio da difusão do conhecimento econômico

1.1 Princípio do acesso necessário

1.1.1 Relações entre concorrentes

1.2 Função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado: significado específico

1.2.1 Co-propriedade dos bens de acesso

1.2.2 Compartilhamento dos bens de acesso

a) Restrição ao direito de propriedade. Compartilhamento e fruição

b) Compartilhamento e uso: o dirigismo contratual

c) Compartilhamento e direito de disposição

1.3 Aplicação institucional do direito antitruste

1.3.1 Concepção per se dos ilícitos antitruste

1.4 Condutas em espécie

1.4.1 A regulação da negociação compulsória

1.4.2 Regulação da predação

1.4.3 Regulação da colusão: a teoria dos jogos e suas implicações

1.5 Conclusão

2. Regulação, desenvolvimento e redistribuição

3. Princípio da cooperação

3.1 A cooperação como escolha individual

3.2 Condições para a cooperação

3.3 Papel do Direito no impulso à cooperação

3.4 Características regulatórias

3.5 Conclusão: cooperação e teoria do conhecimento econômico

3.6 Conclusão

3.7 Conclusão

3.8 Conclusão

3.9 Conclusão

3.10 Conclusão

3.11 Conclusão

3.12 Conclusão

3.13 Conclusão

3.14 Conclusão

3.15 Conclusão

3.16 Conclusão

3.17 Conclusão

3.18 Conclusão

3.19 Conclusão

3.20 Conclusão

3.21 Conclusão

3.22 Conclusão

3.23 Conclusão

3.24 Conclusão

3.25 Conclusão

1.5 Conclusão: garantia institucional e controle das estruturas em si

2. Desconcentração através de regulação indutora: a nova realidade dos monopólios naturais. Tecnologia e concorrência entre redes

2.1 A "destruição criativa" schumpeteriana

2.2 Correção das imperfeições no funcionamento dos mercados?

2.3 Tecnologia e concorrência em novas redes

3. A desconcentração no interior das organizações: diluição dos núcleos de poder privado

1. Introdução

2. O pêndulo histórico: descrição e razões

2.1 Antitruste

2.2 Regulação

2.3 Possíveis justificativas de tal evolução histórica

3. Distinção e convivência possível

3.1 Instrumentos de política econômica

3.1.1 Eficiência

a) A noção neoclássica

b) Eficiência e distribuição de seus benefícios

3.1.2 Pesquisa e desenvolvimento tecnológicos

3.1.3 A persecução de estruturas empresariais específicas

3.2 Instrumentos de equilíbrio nas relações econômicas

3.2.1 A garantia institucional da concorrência

3.2.2 Expansão e difusão dos serviços

3.3 Conclusão: relacionamento entre garantias institucionais e instrumentos de política econômica

4. O sistema brasileiro: análise e crítica

4.1 A realidade fática

4.2 As possibilidades jurídicas

1.5 Conclusão: garantia institucional e controle das estruturas em si

2. Desconcentração através de regulação indutora: a nova realidade dos monopólios naturais. Tecnologia e concorrência entre redes

2.1 A "destruição criativa" schumpeteriana

2.2 Correção das imperfeições no funcionamento dos mercados?

2.3 Tecnologia e concorrência em novas redes

3. A desconcentração no interior das organizações: diluição dos núcleos de poder privado

1. Introdução

2. O pêndulo histórico: descrição e razões

2.1 Antitruste

2.2 Regulação

2.3 Possíveis justificativas de tal evolução histórica

3. Distinção e convivência possível

3.1 Instrumentos de política econômica

3.1.1 Eficiência

a) A noção neoclássica

b) Eficiência e distribuição de seus benefícios

3.1.2 Pesquisa e desenvolvimento tecnológicos

3.1.3 A persecução de estruturas empresariais específicas

3.2 Instrumentos de equilíbrio nas relações econômicas

3.2.1 A garantia institucional da concorrência

3.2.2 Expansão e difusão dos serviços

3.3 Conclusão: relacionamento entre garantias institucionais e instrumentos de política econômica

4. O sistema brasileiro: análise e crítica

4.1 A realidade fática

4.2 As possibilidades jurídicas

Essa é apenas uma das muitas formas de políticas redistributivas setoriais que podem ser realizadas. Na verdade, a universalização insere-se no gênero mais amplo das políticas públicas de subsídios entre consumidores de alta e baixa renda. Injustamente criticada no direito concorrencial como forma de abuso,³⁶ a discriminação entre consumidores, desde que imposta por via regulatória como subsídio setorial, é totalmente admissível como política redistributiva.

3. Princípio da cooperação

O terceiro princípio básico de uma teoria jurídica regulatória é a idéia cooperativa.

A idéia de democracia econômica, como até agora descrita, permitiu estender a necessidade de difusão do conhecimento econômico a todos os componentes da sociedade, de modo a que todos eles possam formular suas escolhas. Para tanto, demonstrou-se a importância do princípio redistributivo, que permite a inclusão de participantes no processo de escolha econômica, e do princípio da diluição dos centros de poder econômico.

Nesse sentido, o Regulamento para Arrecadação da Contribuição das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, aprovado pela Resolução ANATEL-247, de 14.12.2000, estabelece que a contribuição ao FUST é devida por todas as prestadoras de serviços de telecomunicações à alíquota de 1% sobre o valor da receita operacional decorrente da prestação de serviços remunerados por preços ou tarifas (art. 4º). Evidentemente, isso é contrário a qualquer lógica econômica ou jurídica. É também contrário à letra da Constituição. Trata-se de clara hipótese de regulamentação que permite o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CF). A razão para tanto é simples. Permitir o retorno dos custos de universalização corresponde a admitir atividade empresarial sem risco. As empresas titulares das redes, além da enorme vantagem concorrencial que a pura e simples operação da rede lhes proporciona, se puderem ainda repassar às demais o custo da universalização terão obtido do Estado uma verdadeira tutela da obtenção da margem máxima de lucro. De um lado, uma posição dominante é transferida a elas e, de outro, lhes é tutelado o retorno de todo e qualquer custo social da atividade.

36. Mesmo no direito concorrencial, como tem sido demonstrado, ela não é, em si, um ilícito. Ilícito poderá ser o abuso de preços do consumidor na região em que o produtor pode deter monopólio. Em certas situações, como nas questões das patentes de medicamentos essenciais (e seu licenciamento compulsório nos países menos desenvolvidos), pode ser usada até mesmo para justificar políticas redistributivas (v., a respeito, C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 3ª ed., pp. 167 e ss.).

Ocorre que esses princípios garantem apenas que todos os agentes econômicos sejam capazes de escolher livremente (o que a exclusão social e a concentração de poder econômico, evidentemente, não permitem). É preciso, ainda, que seja possível aos agentes comparar escolhas individuais com escolhas sociais. Como se verá, isso só se torna possível através da cooperação.

O que se quer dizer é que, na verdade, *cooperação e benefício individual* não se opõem, mas se complementam. Como demonstra o dilema do prisioneiro,³⁷ o benefício coletivo pode estimular o benefício individual. Estudar a cooperação como princípio regulatório ajuda a desmistificar a dicotomia público/privado no sentido oposto ao proposto por Adam Smith. É do benefício público que deriva o privado, e não vice-versa.

3.1 A cooperação como escolha individual

A questão da decisão individual vs. decisão social é algo que há séculos atormenta a reflexão humana. Como e em que circunstâncias é possível fazer com que o indivíduo, naturalmente e *sponte propria*, coopere com seu semelhante?

O que se procurará demonstrar a seguir é que a resposta a essa pergunta não depende da adoção de pressupostos otimistas ou pessimistas em relação à natureza humana. Demonstra-se, com efeito, que o aparecimento, ou não, da cooperação é função direta da existência de condições (e instituições) que permitam seu desenvolvimento. Não por acaso a resposta que tem sido mais recentemente fornecida – e que é particularmente interessante para o presente trabalho – é que o aparecimento da cooperação depende, basicamente, de um problema de informação.

3.2 Condições para a cooperação

A mais interessante e mais simples expressão do dilema individualismo/cooperativismo está no famoso *dilema do prisioneiro*.³⁸ Nele, o

37. V. nota de rodapé abaixo.

38. O dilema do prisioneiro é um dos primeiros modelos teóricos sobre o qual se estruturou a moderna teoria dos jogos. Sua estrutura é bastante simples: imagine-se dois prisioneiros, a serem interrogados pela prática do mesmo crime, e suponha-se que a cada um deles é dito que se confessar e delatar o outro será perdoado, e o outro

que basicamente se contrapõe é a decisão individual à decisão no interesse coletivo. A perplexidade que dele resulta refere-se exatamente à incapacidade das partes de cooperarem para obter a solução para o conjunto de jogadores considerados.

O interessante é, então, observar que a solução cooperativa só não é obtida por impossibilidade de informação sobre o comportamento esperado da outra parte e em função do conseqüente comportamento defensivo de um em relação ao outro agente.

O estudo cuidadoso do *dilema do prisioneiro* e os modernos estudos sobre a cooperação através da teoria dos jogos³⁹ já permitem chegar a algumas conclusões básicas. Três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes.

Demonstra-se que — sempre raciocinando do ponto de vista estritamente individual — determinado agente econômico terá tanto mais tendência a cooperar quanto maior for a importância das “rodadas seguintes” do jogo. Traduzindo essa afirmação para termos mais con-

terá a pena máxima (por hipótese, 20 anos), enquanto que, se ambos confessarem e delatarem, ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativas ao crime mais simples (por hipótese, único que é possível demonstrar sem a existência de conflito). O comportamento estratégico individual, pois, qualquer que for esse, é, seguramente, a melhor estratégia individual, pois, qualquer que seja o comportamento do outro jogador (e imaginando-se sempre que o outro jogador adotará uma estratégia individual), o comportamento mais conveniente será sempre confessar (pois, se o outro não confessar, o primeiro jogador estará livre e, se o outro confessar, o primeiro jogador terá evitado a pena máxima). O que ocorre é que, nesse caso, as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa à maximização da utilidade coletiva (que ocorreria se nenhum dos dois confessasse) (V., a respeito do dilema do prisioneiro, D. Baird, C. Gertner e R. Pickner, *Game Theory and the Law*, pp. 48-49).

39. O principal deles é, sem dúvida, o de R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 1984. O fulcro de referido trabalho é a análise do dilema do prisioneiro. Procura-se determinar, a partir desse jogo simples, as condições para a cooperação e o comportamento que pode melhor levar à cooperação. Para tanto, foi feito um jogo entre vários matemáticos, economistas e especialistas em teoria dos jogos. O resultado foi a vitória da estratégia denominada *tit for tat*, que é aquela em que o jogador coopera na primeira rodada e segue o comportamento do outro jogador (isto é, adota a reciprocidade) nas demais. A reciprocidade de comportamentos passa a ser, então, o centro de sua construção teórica. Observado esse resultado, o autor concluiu pela possibilidade efetiva de cooperação para, então, discutir os requisitos para sua verificação.

cretos — e óbvios: tanto mais haverá tendência a cooperar quanto maior for a importância da relação futura com a contraparte.

Ocorre que todas essas condições são raramente e cada vez menos observáveis no mundo real. A realidade é crescentemente de grandes números e relações pessoais — que tendem a ocorrer uma vez e não se repetir. A tão falada e malfadada “globalização” só faz acentuar essa tendência — e, portanto, a tendência ao individualismo nas relações sociais.

A conclusão é, portanto, pela necessidade de instituições e valores que induzam e permitam a cooperação.⁴⁰

Muitos são os exemplos históricos a demonstrar a eficácia e até a simplicidade desse tipo de instituição. Talvez o mais eloqüente e mais importante deles seja o crescimento do comércio na Europa Medieval, que exigiu o restabelecimento de níveis de confiança recíproca em uma realidade de grandes distâncias e pouca informação. Esse renascimento pode ser em grande medida atribuído a regras jurídicas e éticas que aumentaram o nível de informação através da criação de critérios conhecidos e códigos de conduta uniformes para os mercadores.⁴¹

Interessante é notar — e aqui está outra prova da relevância dos valores *comitamento* e *informação* na sociedade — que as instituições requeridas pela cooperação são apenas aquelas necessárias para criar as condições de seu aparecimento. Criadas essas condições, o cumprimento das decisões econômicas por elas indicadas se faz, no mais das vezes, de forma natural, e não coercitiva. A análise histórica demonstra que soluções adotadas através do método cooperativo trazem consigo um nível muito maior de cumprimento voluntário, sem intervenção de terceiros.⁴² Assim, regras bem-elaboradas, que criem um ambiente cooperativo, acabam sendo cumpridas, e seu descumprimento controlado e policiado pelos próprios participantes da relação. É exatamente em função desse autocumprimento de normas que é possível afirmar que, em presença de valores e instituições que permitam a cooperação,

40. Cf., nesse sentido, D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, pp. 15-16.

41. P. Milgrom, D. North e B. Weingast, “The role of institutions in the revival of trade: the Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs”, *Economics and Politics* 2(1990)/1-23.

42. Cf., nesse sentido, D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, p. 38.

essa surge naturalmente. Essa conclusão é importantíssima para a fixação do papel do Direito no incentivo à cooperação.

3.3 *Papel do Direito no impulso à cooperação*

Resulta evidente das linhas acima que, em matéria de cooperação, a mais importante tarefa institucional está na criação do ambiente a ela propício.

Há duas razões bastante claras que permitem chegar a tal conclusão com tanta peremptoriedade. Em primeiro lugar, como já se viu, a cooperação, diversamente do comportamento individual, não aparece naturalmente na sociedade. Não há nessa afirmação qualquer concepção hobbesiana da natureza humana, mas simplesmente o reconhecimento de que existem condicionantes sociais a dificultar seu comportamento. Essa condicionante é, basicamente, o receio do comportamento estratégico da contraparte. Se assim é — e essa parece ser uma presunção no mínimo razoável —, então, basta ao Direito criar as condições para que desapareça esse receio para que a cooperação encontre campo fértil.

Mas existe ainda uma outra razão para sublinhar o papel do Direito na criação de condições para a cooperação. Como já ressaltado anteriormente, não é objetivo do presente trabalho substituir o determinismo econômico por um determinismo jurídico que parta de valores predeterminados. O que se quer, aqui, é apenas permitir que esses valores se transformem a partir de contribuições de toda a sociedade. Dá-lhes se transformem a partir de contribuições de toda a sociedade, a busca de valores que possam permitir o autoconhecimento social, como a redistribuição, a difusão do conhecimento econômico. Assim também para a cooperação. Pensar na forma de obtê-la é fundamental para o desenvolvimento econômico, na medida em que abre uma nova alternativa de comportamento social e econômico, eliminando as amarras que prendem o indivíduo ao comportamento egoístico.

Conseqüência disso é que para o Direito a cooperação não deve ser e não é um valor absoluto. Naquelas situações em que a cooperação não serve como instrumento de conhecimento social, mas sim como forma de estratificação de decisões e concentração de conhecimento econômico — como ocorre nos cartéis —, ela deve ser e é severamente reprimida.

De outro lado, permitir que ela surja, como alternativa ao comportamento individual, é tarefa indiscutível do Direito. Trata-se de ofe-

recer mais uma alternativa no campo econômico, ampliando as escolhas econômicas.

Em síntese, o que se quer dizer é que, dadas as condicionantes sociais e supra-individuais do comportamento humano (receio do comportamento do outro, reciprocidade etc.), a cooperação não é uma alternativa viável de interação social. Cumpre ao Direito permitir que isso ocorra.

Por outro lado, ao criar os instrumentos que permitem interações sociais baseadas na cooperação, é razoável acreditar, por razões supra-expostas, que ela surgirá naturalmente.

3.4 *Características regulatórias*

É preciso, em primeiro lugar, observar que a presença de cooperação em setores regulados é fundamental para o desenvolvimento. De um lado, assegura muito maior grau de efetividade para as normas e decisões do órgão regulador. Mas muito mais que isso, como o *dilema do prisioneiro* parece demonstrar, assegura que as partes (aqui entendidas como o agente regulador, todos os agentes regulados e todos os usuários dos serviços) possam descobrir os comportamentos de maior proveito social (ainda que de menor proveito individual).

A tendência ao autocumprimento das decisões também influencia outro debate fundamental em matéria de teoria da regulação. Trata-se da discussão — bastante acirrada em matéria regulatória — das vantagens e desvantagens da auto-regulação.

Essa característica, sem dúvida, sugere cautela em relação a experiências auto-regulatórias autônomas. Como é sabido, base e fundamento da auto-regulação é o autocumprimento das regras por seus membros. Por outro lado, referido autocumprimento depende da existência de precondições institucionais (regulatórias). Assim, tanto mais bem-sucedida será a tentativa auto-regulatória quanto mais bem-encaminhada estiver em uma forte regulação — desde que, é claro, essa regulação seja capaz de criar as condições para cooperação. A experiência razoavelmente bem-sucedida dos mercados de capitais na cumulação de regulação e auto-regulação representa demonstração interessante dessa tendência.

Segunda característica geral regulatória bastante importante é a capacidade de diferenciar, entre os estímulos, as formas socialmente

positivas de cooperação – isto é, aquelas que permitem o autocumprimento de regras e criam nos agentes disponibilidade de busca de interesses supra-individuais – e aquelas negativas para o interesse público – isto é, a cooperação que visa a reforçar posições de poder econômico e abusar do consumidor. A diferenciação está exatamente na ligação da cooperação com a aquisição de conhecimento econômico. Compreensão – por assim dizer – “positiva” se faz através do incentivo de troca ampla de informações entre agentes econômicos (empresa e consumidores). Como já visto, a existência de informação é condição essencial para a cooperação. Por outro lado, é também a forma mais legítima e eficaz de controle da existência de cartéis pelos consumidores e pelos órgãos reguladores.⁴³

Outro elemento fundamental para a distinção entre cooperação positiva ou negativa é o fato de esta versar, ou não, sobre variáveis concorrenciais. No primeiro caso é forte a probabilidade de que a aparente cooperação esconda, na verdade, uma tentativa de excluir os demais concorrentes e abusar dos consumidores. Aqui a estrutura é, portanto, exatamente contrária à que pode permitir a aquisição de conhecimento econômico, pois esse tipo de estrutura leva à concentração e teorização do conhecimento, com os resultados previsíveis. O comportamento busca exclusivamente o auto-interesse. Com a única peculiaridade de que o auto-interesse é o do grupo, e não do indivíduo. Ainda nessa linha de compreensão do significado da cooperação, a observação dos requisitos para que esta ocorra deixa claro quando a cooperação enquanto ilícito contra a ordem econômica (formação de cartel) pode ocorrer sem necessidade de acordo formal, por mero comportamento paralelo.⁴⁴ Essa conclusão, tão simples, ainda na foi compreendida pela maioria das autoridades antitruste, com prejuízos de

43. Daí por que muitas vezes a existência de compartilhamento da informação com o consumidor é critério suficiente para determinar a licitude da prática. Com base nesta justificativa, por exemplo, o CADE autorizou a empresa *Kibon* a manter preços indicativos para os sorvetes em padarias. Sem eles – argumentou a empresa e acionou o CADE –, os preços tenderiam a aumentar (Processo Administrativo 184/1994).

44. Nesse sentido, eloquente a lição de R. Axelrod (*The Evolution of Cooperation*, p. 180): “Cooperation certainly does not require formal agreements or even face-to-face negotiations. The fact that cooperation based upon reciprocity can emerge and prove stable suggests that antitrust activities should pay more attention to preventing the conditions that foster collusion than to searching for secret meetings among executives of competing firms”.

monta para o sistema econômico e para o consumidor. Contribui, ainda, para a endêmica concentração do poder econômico – fator, sem dúvida, impeditivo do desenvolvimento.

Também relevante é outra das condições mínimas para a existência da regulação supramencionada: a necessidade de convivência continuada. Como traduzir tal princípio em termos regulatórios sem, por outro lado, induzir à formação de cartéis? A resposta é mais ou menos clara. É aconselhável que a regulação desincentive os agentes especuladores, aqueles que, por hipótese, têm interesse em entrar, fazer lucro em curto prazo e depois se retirar, vendendo sua participação com lucro. Um tal tipo de agente, tipicamente, não tem compromisso com a continuidade da relação – ou, na terminologia econômica, “com a próxima rodada do jogo”. Seu incentivo para cooperar, cumprindo voluntariamente suas obrigações sem adotar comportamentos estratégicos em relação aos concorrentes, é mínimo.

Finalmente – e não menos importante –, é preciso reconhecer o valor jurídico da cooperação, e daí tirar consequências. A própria teoria econômica (teoria dos jogos) chega a essa conclusão, ainda que por vias tortas. Para os teóricos dos jogos cooperativos⁴⁵ a típica estratégia que pode levar a confusão requer que não se façam muitas elucubrações sobre a racionalidade ou a justificativa do comportamento da contraparte. O comportamento deve ser o mais possível simples e compreensível aos demais para que possa criar um ambiente cooperativo. Não se pode, portanto, confiar muito em regulações complexas do ponto de vista teórico, que procurem atuar complexas teorias econômicas. Teorias mais simples, baseadas em valores e comportamentos éticos claramente identificáveis, têm muito maior probabilidade de levar a um ambiente de cooperação entre regulador e regulado.

3.5 Conclusão: cooperação e teoria do conhecimento econômico

O dilema do prisioneiro traz consigo talvez a lição mais importante que se possa tirar em matéria de cooperação. Estratégias bem-sucedidas o são na teoria evolutiva darwiniana porque destroem as outras. Na realidade social, na maioria dos casos, estratégias bem-sucedidas o são porque levam ao mesmo comportamento dos demais

45. Cf. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, p. 120.

agentes de mercado, que aprendem a forma mais adequada de agir no mercado para potencializar os benefícios conjuntos (socialis).⁴⁶

A teoria jurídica do conhecimento econômico faz, portanto, círculo completo para retornar e justificar-se a si mesma. A cooperação é causa e consequência da difusão do conhecimento econômico.

A cooperação é consequência da difusão do conhecimento econômico, pois sem esta difusão o comportamento é baseado no auto-interesse, seja ele individual ou grupal (daí a tendência à formação de cartéis). A concentração do poder e do conhecimento econômico eliminaria a possibilidade de cooperação, por torná-la desnecessária.

Por outro lado, a cooperação é causa da difusão do conhecimento econômico, porque permite comparações de utilidade social e individual, abrindo aos agentes mais uma alternativa de comportamento social.

Capítulo IV REGULAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

1. Desconcentração compulsória: 1.1 Introdução – 1.2 Controle das estruturas: necessário ou excepcional – 1.3 Experiência histórica da desconcentração empresarial: 1.3.1 Desconcentração punitiva e meramente estrutural – 1.3.2 Desconcentração em setores regulados e não-regulados – 1.4 O problema constitucional: 1.4.1 Setores não-regulados – 1.4.2 Setores regulados – 1.5 Conclusão: garantia institucional e controle das estruturas em si. 2. Desconcentração através de regulação indutora: a nova realidade dos monopólios naturais. Tecnologia e concorrência entre redes: 2.1 A “destruição criativa” schumpeteriana – 2.2 Correção das imperfeições no funcionamento dos mercados? – 2.3 Tecnologia e concorrência em novas redes. 3. A desconcentração no interior das organizações: diluição dos núcleos de poder privado.

1. Desconcentração compulsória

1.1 Introdução

Muitas vezes contestado ou aplicado perfunctoriamente em sede antitruste, o controle das estruturas vem sendo crescentemente discriminado entre os teóricos mais liberais do direito antitruste, por ser considerado excessivamente interventivo. Essas críticas encontram-se, hoje, no Brasil parcialmente abafadas pela existência de regras muitas claras a respeito do controle das estruturas na lei antitruste (arts. 54 e ss. da Lei 8.884/1994).

No campo regulatório essas regras em geral não existem. É preciso, então, chegar à essência dos princípios concorrenciais para verificar a efetiva aplicabilidade do controle das estruturas às atividades regulamentadas. A conclusão a que se chega – e se antecipa – é que,

46. Cf. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, p. 169.