

CALIXTO SALOMÃO FILHO

*REGULAÇÃO DA
ATIVIDADE ECONÔMICA*

*(Princípios e Fundamentos
Jurídicos)*

*2ª edição,
revista e ampliada*

 **MALHEIROS
EDITORES**

Em vista desses problemas, parece bastante evidente a necessidade de compatibilizar a tutela da segurança e higidez do mercado com o combate às estruturas monopolísticas e oligopolísticas. Tal compatibilização é necessária, pois, como visto, a própria garantia de higidez do sistema requer a existência de concorrência. É preciso levá-la a cabo em várias frentes distintas.

Em primeiro lugar, é necessário atuar sobre as estruturas, criando condições que dificultem os comportamentos estratégicos. É necessário, então, selecionar as barreiras à entrada existentes no setor (isto é, exatamente o contrário do que vem sendo feito nos já mencionados setores), mantendo exclusivamente aquelas realmente imprescindíveis à garantia da segurança e higidez. Essa última tarefa, apesar de aparentemente limitada, é de fundamental importância para o funcionamento de tal tipo de disciplina regulatória. Se o objetivo é, com efeito, impedir os comportamentos estratégicos, então, é preciso que se combata preventivamente seu mais mortal inimigo: as barreiras à entrada que bloqueiam exatamente toda a concorrência potencial e seus efeitos benéficos para o mercado em questão,⁹ garantindo ao agente econômico o sucesso de sua predação.

De outro lado, é preciso combater de maneira preventiva certos comportamentos estratégicos, tanto os tendentes a eliminar os concorrentes do mercado como aqueles que convidam à colusão.

Pode-se dizer que os agentes seriam, nesses mercados, estruturalmente incentivados a práticas anticoncorrenciais, pois a existência natural de barreiras à entrada, somada às condições instáveis da demanda, faz com que esses mercados sejam particularmente suscetíveis a práticas anticoncorrenciais. Tanto a colusão quanto a eliminação de concorrentes são práticas prováveis. A colusão acompanha, via de regra, as barreiras à entrada e a eliminação de concorrentes, com especial ênfase à predação, que acompanha setores de demanda instável.

9. São dois os efeitos negativos das barreiras à entrada sobre o mercado. Com relação aos concorrentes, na presença dessas barreiras, há uma diminuição da possibilidade efetiva de concorrência, pois, sendo eficazes as barreiras, o poder monopolístico poderá ser exercido sem ser ameaçado pela entrada de um novo concorrente no mercado. Além disso, há o efeito negativo para os consumidores, que não recebem qualquer benefício oriundo do ganho adicional de eficiência proporcionado pelas barreiras (v. C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial - As Estruturas*, 3ª ed., pp. 185 e ss.).

É preciso, então, desenvolver instrumentos que previnam colusão e predação. A reflexão doutrinária sugere alguns, que, se bem utilizados, podem levar a interessantes resultados.

Evidentemente, esse tipo de tutela não é suficiente. Ao lado dela, é importante desenvolver regras que garantam a higidez e segurança dos sistemas. Tais regras terão tanto maior facilidade de ser impostas e cumpridas quanto menos dominante for o poder econômico dos agentes regulados em cada um desses setores. Aí mais uma demonstração da complementaridade da tutela da higidez e do combate estrutural ao poder econômico nesses setores.

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 limitações – 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.

A tarefa de tentar identificar princípios gerais para a regulação não é simples. No seu caminho está o tradicional dilema entre, de um lado, generalidade e conseqüente dificuldade de tradução em elementos de utilidade aplicativa e, de outro, excessiva especificidade e conseqüente incompatibilidade com a variada gama de necessidades dos vários setores envolvidos.

A opção, aqui, há de ser pela maior generalidade. O problema da tradução em elementos de utilidade aplicativa será enfrentado, ao menos parcialmente, tentando-se indicar nuances específicas para cada setor. Claro está, no entanto, que essa fraqueza só poderá ser totalmente eliminada com um estudo específico e pormenorizado dos principais setores regulados -- o que se pretende fazer em volumes posteriores a este estudo.

1. Princípio da difusão do conhecimento econômico

De todos os princípios mencionados no Capítulo I, este é, sem dúvida, o mais amplo e pleno de conseqüências estruturais. Desdobra-se em várias regras e princípios e mesmo, em certos casos, em instrumentos estruturais específicos de diluição do poder econômico. Passar-se-á, a seguir, a estudar seus vários desdobramentos.

1.1 Princípio do acesso necessário

Para traçar as características gerais desse princípio é preciso, de início, identificar como e por quê a análise antitruste tradicional não é capaz de dar resposta conveniente ao problema do acesso tanto para concorrentes como para consumidores. A seguir, é preciso determinar como esse princípio se revela na relação com os consumidores. Finalmente, é necessário identificar que modificações devem ser feitas na disciplina contratual para garantir a solidez de tais regras.

1.1.1 Relações entre concorrentes

Envolvendo a conexão a uma determinada rede, basicamente, um problema de garantia de contratação, os ilícitos antitruste normalmente relacionados a esse problema são os de recusa de contratar e discriminação entre concorrentes. Há inúmeros outros (como subsídios cruzados, venda casada etc.) que ocorrem com frequência no setor mas que não afetam diretamente o direito à conexão à rede, aqui identificado como problema regulatório fundamental.

O instrumento antitruste original de tutela da conexão é a recusa de contratar.¹ A insuficiência desse tipo de disciplina para uma garan-

1. V., em especial, "Southern Pacific Comm. Co. vs. AT&T", 556 F.Supp. 825 (1983). Nesse sentido, v. também as determinações da FCC, *Amendment of Part 21 of the Commission's Rules*. A discussão sobre concorrência e regulação na Europa já avançou um passo além disso, e a grande discussão diz respeito ao caráter anticoncorrencial das negociações de interconexão. A Comissão Europeia, inclusive, estabeleceu um documento específico para orientar a aplicação das regras concorrenciais aos acordos de acesso às redes de telecomunicações (*Notice 98/C 265/02*). A razão para tanto é simples: "So far as the application of art. 85 is concerned, generally interconnection agreements tend to be predominantly pro-competitive in nature, in that they support the communication of messages from a customer of one network to the customer of another and, where infrastructure competition exists, promote customer choice of net-

tia ativa de conexão é evidente. Em primeiro lugar, como o próprio nome deixa bastante claro, trata-se de disciplina aplicável quando há um comportamento negativo. Não é possível garantir um efetivo direito de contratar. A disciplina visa apenas a sancionar aquelas situações em que há negativa injustificada, motivo pelo qual a casuística mais frequente desse ilícito se constrói em torno das relações contratuais continuadas que são abruptamente e injustificadamente interrompidas. Essa interpretação – limitativa – dada ao ilícito “recusa de contratar” deve-se à já tradicional postura das correntes mais tradicionalistas de aplicação do direito antitruste (capitaneadas pela Escola de Chicago) de evitar qualquer confronto entre a aplicação do direito concorrencial e a mais ampla liberdade de iniciativa.

A extensão da disciplina da recusa de contratar para uma obrigação ativa de contratar se dá em sede antitruste através da chamada *essential facility doctrine*,² que, na verdade, fornece as bases para o

work operator. On the other hand, depending on the symmetry of the relationship of the interconnecting parties (relative market position and bargaining power) there exists the possibility for abusive practices collusive arrangements which might taint the agreement” (Colin D. Long, *Telecommunications Law and Practice*, p. 201). Vale mencionar que após o Tratado de Amsterdã o art. 85, anteriormente mencionado, corresponde ao art. 81. Da mesma forma, o art. 86 ao art. 82, e o art. 90 ao art. 86.

2. A doutrina das *essential facilities* surgiu nos EUA, no início do século XX, e tem como caso seminal o “United States vs. Terminal Railroad Association”, de 1912 (224 US 383). O caso é descrito da seguinte maneira: “The Court required joint owners of a railroad switching junction to afford competing railways access to it upon such just and reasonable terms and regulation as will (...) place every such company upon as nearly an equal plane as may be with respect to expenses and charges as that occupied by the proprietary companies”. O primeiro caso da Suprema Corte a aplicar a *essential facilities doctrine* a uma *facility* fornecida via cabo, um marco histórico com relação à interconexão na energia elétrica e telecomunicações, foi o “Otter Tail Power Co. vs. United States” (410 US 366). A *Otter Tail* fornecia, em regime de monopólio, energia elétrica para o mercado local. A empresa recusou-se a vender energia para os revendedores locais, bem como recusou que os mesmos utilizassem suas linhas de transmissão de energia elétrica para que estes adquirissem a energia de fornecedores distantes. A Suprema Corte entendeu que as linhas de transmissão da *Otter Tail* eram *essential facilities*, e a recusa, no caso em tela, violava a Seção 2 do *Sherman Act* (v. M. K. Kellog, J. Thorne e P. W. Huber, *Federal Telecommunications Law*, pp. 139-140). À diferença do instituto concorrencial da recusa de contratar, a *essential facilities doctrine* considera a recusa de contratar ilícita em todos os casos em que haja o controle pelo sujeito ativo de um meio de produção imprescindível e insubstituível para a produção de determinado bem final e seja tecnicamente e economicamente possível colocá-lo à disposição do sujeito passivo. V. “MCI Communications Corp. vs. AT&T”, 104 S.Ct 234 (1983); v. também os comentários em H. Hovenkamp,

desenvolvimento da disciplina regulatória. A *essential facility doctrine*, ao romper com o caráter essencialmente passivo da disciplina antitruste, permite o desenvolvimento da disciplina regulatória.³ Nota-se aqui, portanto, mais uma vez, aquela aproximação entre teoria regulatória e disciplina antitruste interventiva, destacada no início.

A *essential facility doctrine* foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem.

Como originariamente elaborada, contém quatro requisitos de aplicação. Em primeiro lugar, é preciso que exista controle de um bem fundamental para a concorrência. Também deve haver impossibilidade prática e/ou econômica de duplicação do referido bem (e aqui entram as considerações – sobretudo econômicas – relativas aos monopólios naturais). Terceiro requisito óbvio é o da negativa de uso do bem fundamental. Finalmente, é preciso que haja possibilidade física e técnica de fornecer a interconexão.

É importante notar – e aqui está, evidentemente, o ponto fraco da referida teoria – que não há exigência de que seja fornecido acesso em igualdade absoluta de condições com os próprios serviços ou com a

Economics and Federal Antitrust Policy, pp. 274 e ss.: “Most of the things found by Courts to be essential facilities have fallen in one of three classifications: (1) natural monopolies or joint venture arrangements subject to significant economies of scale; (2) structures, plants or other productive assets that were created as part of a regulatory regime, whether or not they are properly natural monopolies; or (3) structures that are owned by the government and whose creation or maintenance is subsidized”. Apenas a primeira categoria (dos monopólios naturais) escapa de uma certa convergência com os setores submetidos a privatização no sistema brasileiro. Não à-toa, é exatamente nesse categoria que se encontram as mais ilustrativas e interessantes discussões sobre essa teoria.

3. A lei alemã de defesa da concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) positivou a doutrina da *essential facility*, antes existente apenas na casuística concorrencial. O § 19, Abs. 4, Nr. 4, reza: “Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist”.

conexão fornecida a empresas ligadas que se queira beneficiar. São admissíveis certas diferenças, desde que razoáveis (e o critério de razoabilidade é bastante flexível).⁴ É na flexibilidade do critério que podem se centrar as principais críticas à aplicação direta dessa teoria na esfera regulatória. Não apenas admitem-se as justificativas regulares, como necessidade de impedir o *free riding*, como justificativas absolutamente subjetivas, tais como: inexistência de poder econômico dos agentes,⁵ falta de espaço, incapacidade financeira, possível redução do volume das atividades ou dos padrões éticos⁶ e, por fim, o argumento de que a eficiência gerada pelo não-compartilhamento é maior se comparada aos custos incorridos em virtude do compartilhamento.⁷ Nessa hipótese, é bastante evidente que a questão teórica permanece em segundo plano. Em primeiro plano desponta a tradicional aversão da doutrina concorrencial à invasão das liberdades – contratual e de iniciativa – do particular. A amplitude desmesurada e assistemática atribuída à discriminação lícita entre concorrentes é, na verdade, uma compensação à disciplina considerada excessivamente “interventiva” da *essential facility doctrine*.

Evidentemente, essa excessiva permissividade da discriminação deve ser afastada em sede regulatória. A admissão, ainda que teórica, da diferenciação entre preço e serviço prestado é fator que elimina em absoluto a possibilidade de concorrência no setor. Isso porque, como

4. A razoabilidade da recusa de interconexão pode ser analisada com base em critérios objetivos e subjetivos. Os critérios objetivos são, essencialmente, dois: (i) está justificada a recusa se a interconexão implicar prejuízo do dono da *facility*; ou (ii) se a interconexão implicar o aproveitamento, por parte dos concorrentes, dos benefícios obtidos através do investimento inicial e dos resultados de pesquisas sem que haja qualquer ônus para esses. São ilustrativos dos critérios objetivos os seguintes casos: “Alameda Mall Inc. vs. Houston Lighting & Power Co.”, 615 F.2d 343 (1980); “Berkey Photo Inc. vs. Eastman Kodak Co.”, 603 F.2d 263 (1979); “Memorex Corp. vs. IBM Corp.”, 636 F.2d 1.188 (1980) (v. M. K. Kellog, J. Thorne e P. W. Huber, *Federal Telecommunications Law*, p. 140, notas 6-7). Além disso, há a razoabilidade de recusa com base em critérios subjetivos. São esses segundos critérios que dão margem para a possibilidade de fornecimento de acesso desigual à rede. Os seguintes casos são representativos do fato de que não há exigência de oferta de interconexão em condições iguais a todos os agentes: “United States vs. AT&T”, 524 F.Supp. 1336, (1981); “Southern Pacific Comm. Co vs. AT&T”, 740 F.2d 980 (1984).

5. “Associated Press vs. United States”, 326 US 1 (1945), pp. 49-52.

6. “Providence Fruit & Produce Building Inc. vs. Gamco Inc.”, 344 US 817 (1952), p. 487.

7. “Hecht vs. Pro-Football Inc.”, 436 US 956 (1978).

se sabe, o comportamento típico nesses mercados é exatamente o que tende à diferenciação e à discriminação. Dessa forma, fica limitada a concorrência. O desenvolvimento tecnológico é retardado, pois o investimento em tecnologia se dá geralmente para criar formas de impedir ou dificultar o acesso à rede.⁸

É necessária, portanto, uma intervenção regulamentar ativa, que garanta iguais condições de uso da rede. Evidentemente, a melhor solução seria a da rede entendida como um bem público, à qual todos têm livre acesso.⁹ Só assim seria possível dar às redes a importância que merecem.

Quando isso não ocorre, geralmente por razões ligadas ao interesse em maximizar os resultados econômicos obtidos com as privatiza-

8. Ilustrativo desse tipo de desvirtuação da finalidade do investimento em tecnologia é o caso *Microsoft*. É basicamente ao fato de, em 1981, a *Microsoft* ter sido indicada como a provedora oficial de sistemas operativos do novo computador pessoal (PC) que acabava de ser lançado pela IBM que é atribuída sua dominação, até hoje, desse mercado. A partir do aproveitamento desse evento histórico, e baseada em evoluções de tecnologia que sempre visaram à criação de incompatibilidade de rede para outros concorrentes, chegou a *Microsoft* à sua presente posição de dominação (v., para o histórico completo das práticas comerciais e de mercado da *Microsoft*, K. Baseman, F. Warren Boulton e G. Woroch, “Microsoft plays hardball: the use of exclusionary pricing and technical incompatibility to maintain monopoly power in market for operating system software”, *The Antitrust Bulletin* 40/273 e ss.).

9. Essa característica fica bastante clara no setor de telecomunicações. Com efeito, “in the US the driving force behind the achievement of interconnection was private litigation initiated by prospective competitors of the established carriers as well as regulatory action, acceptance was ultimately won for the notion that the competition in the provision of inter-state services which interconnection would make feasible would be in the public interest. In Canada, the process which led to the introduction of competition followed a similar course. Outside North America, the pattern has been somewhat different. There has not been the same propensity to introduce competition through litigation and regulatory intervention. Rather, reforming governments have tended to create appropriate liberalization framework (with the honourable exception of New Zealand) and then proceed to issue licenses to compete with the established operator on the basis of a new set of rules and conditions created specifically for the new operators competitive environment. These rules have also recognized that new operators competing with the incumbent telecommunications organization (TO), whether or not government-controlled, will not always have an easy time reaching negotiated arrangements with the monopolist. Typically there fore they have reserved that disputes between competing operators on issues subject to regulation – such as interconnect and local access – should be resolved by the regulators themselves” (v. Colin D. Long, *Telecommunications Law and Practice*, p. 190). O Brasil, sem dúvida, inclui-se entre esses últimos países.

ções (o que é, claramente, uma excrescência), a solução tem de ser a elaboração e a aplicação ativa de um princípio geral de amplo acesso. Os resultados da regulação são, nesse caso, no entanto, incertos.

É o que ocorre na regulamentação do setor de telecomunicações brasileiro. Releva mencioná-lo, por ser emblemático das possibilidades e dificuldades existentes na estruturação de uma regulamentação ativa da interconexão.

Ciente das dificuldades de aplicação efetiva das regras de interconexão, editou o regulador brasileiro um regulamento geral de interconexão que procura criar uma obrigatoriedade ativa de interconexão. Para criá-la o regulador sentiu a necessidade de, na declaração dos princípios a reger a interconexão, afirmar o caráter quase-público das redes. No art. 28 do Regulamento Geral de Interconexão (Regulamento aprovado pela Resolução ANATEL-40, de 23.7.1998), além da afirmação da obrigatoriedade da interconexão, afirma-se que as redes "devem ser organizadas como vias integradas de livre circulação"; e, no inciso III, que "o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social".

Apesar dessa solene e ousada declaração de princípios – como, de resto, com freqüência ocorre no sistema jurídico brasileiro –, sua operacionalidade concreta fica muito limitada pelas próprias regras que pretendem atuá-los. O maior problema está, evidentemente, na possibilidade de livre negociação dos contratos, prevista no art. 7º do Regulamento de Interconexão. *Livre negociação e livre acesso* são conceitos de difícil compatibilização, especialmente quando um dos agentes é monopolista. Enquanto o primeiro pressupõe a disponibilidade pelo detentor da concessão das redes, o segundo a nega. Na verdade, a compatibilização só seria possível através da admissão de bom nível de dirigismo contratual. Uma aplicação coerente desses princípios só pode ser feita através de revisão dos princípios jusprivatísticos. É o que se fará no n. 1.2.2, "b", infra.

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

De há muito inserido em nosso ordenamento constitucional, o princípio da *função social da propriedade* teve por longo tempo aplicação muito limitada. Aplicado ao clássico conceito romano de pro-

priedade estática, permitia limitação ao uso do bem e à sua disposição. Explica-se sua larga aplicação em matéria de desapropriação.

Essa limitação, como corretamente demonstrou F. K. Comparato no clássico artigo "Função social da propriedade dos bens de produção", restringe por demais a verdadeira aplicação do princípio. Esse princípio refere-se também – e, talvez, sobretudo – à propriedade dos bens de produção, isto é, ao exercício do poder de controle empresarial.¹⁰ Aí, a função social passa a significar uso da propriedade em benefício de terceiros.

A classificação bens de consumo/bens de produção não esgota, no entanto, a variedade de bens que podem estar sujeitos a aplicações várias do princípio da função social. Existem também os chamados bens de acesso, isto é, bens de cuja utilização depende a possibilidade de poder concorrer naquele mercado. Em relação a esse bem de acesso deve-se falar, sem dúvida, em função social, consistente não apenas em sua boa utilização, mas também em sua disponibilização a terceiros.

A função social ganha, aqui, um terceiro sentido. Como visto, tratando-se de bens de consumo, "função social" significa restrições ao uso e, por vezes, até disposição coercitiva do bem. Ao se falar em bens de produção a idéia é a utilização do bem em benefício da comunidade.

Finalmente, ao se falar em bens de acesso a "função social" significa uma limitação muito mais incisiva ao direito de propriedade. Trata-se da obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso.

Aqui, função social e institucionalismo se vinculam. Pode-se admitir que o puro e simples acesso de vários concorrentes ao mercado cumpra uma função social desde que se compreenda a concorrência como um processo institucional que, de um lado, garante as eficiências distributivas e, de outro, assegura que a concorrência não resulte em um processo de exclusão social (v., supra, Capítulo I, n. 3.2.3).

Um compartilhamento assim entendido em uma perspectiva institucional tem duas formas diversas de se expressar: ou pela co-propriedade efetiva dos bens fundamentais ao acesso ou pela garantia de acesso através da restrição do direito de propriedade do titular (único) da rede.

10. Cf. F. K. Comparato, "Função social da propriedade dos bens de produção", *RDM* 63/71 e ss.

1.2.1 Co-propriedade dos bens de acesso

Uma primeira alternativa existente é o estabelecimento de co-propriedade dos bens de acesso. Nessa alternativa, todos aqueles agentes que dele dependem têm propriedade sobre o bem fundamental.

Em termos econômicos, adotando-se o raciocínio da nova teoria institucional, essa solução, sem dúvida, diminui os custos de transação, evitando as longas negociações de acesso, interconexão e compartilhamento de infra-estrutura.

Por outro lado – e exatamente por diminuir os custos de transação –, essa solução traz consigo outros problemas típicos de uma concentração vertical. Será tanto mais perigosa quanto mais concentrado for o mercado das empresas que utilizam a rede ou o bem cuja propriedade é compartilhada.

A razão para isso é bastante simples. Muitas vezes é o poder de mercado do comprador (chamado *countervailing power*) a impedir o exercício do poder monopolista por parte do vendedor. Nesse caso, é possível que a aquisição do comprador pelo vendedor ou grupo de vendedores sirva para eliminar o empecilho ao exercício do poder monopolista (decorrente do cartel) por parte do vendedor.

O poder compensatório funciona não apenas como forma de impedir o exercício do poder decorrente do cartel, mas também como forma de impedir sua própria constituição. Com efeito, elemento-chave para o funcionamento de qualquer estrutura oligopolista é a transmissão completa e rápida de informações sobre preço e quantidade produzida pelos oligopolistas. Existindo claramente um oligopsonio, o incentivo para a criação do oligopólio é enorme. Para empresas que já podem se organizar para adquirir em conjunto insumos ou fornecer em conjunto serviços, trocar informações sobre condições de venda do produto final é muito simples. O “custo de informação” é bastante baixo.

Em função de todas as dificuldades estruturais, esse modelo não tem sido muito utilizado.¹¹ Sua aplicação, sobretudo naqueles setores nos quais a propriedade por apenas um agente econômico demonstrasse, na prática, inviável, não deve ser excluída.

11. Cf., para uma argumentação em favor dessa utilização nas telecomunicações, citando o exemplo do sistema de comunicações por satélite, S. Stürmer, *Netzzugang und Eigentumsrechte in der Telekommunikation*, 1997.

Por esse motivo, esse tipo de solução tem dois requisitos fundamentais para ser minimamente viável: (i) em primeiro lugar, que o mercado não seja oligopolizado. Sendo muitos os participantes, a fiscalização do cumprimento de qualquer acordo é muito improvável e, portanto, a possibilidade de cartelização é remota; (ii) é necessário desenvolver remédio estrutural-societário que permita limitar o risco de utilização do bem fundamental como instrumento de cartelização e abuso do consumidor.

1.2.2 Compartilhamento dos bens de acesso

Exatamente por esse risco de cartelização, as soluções baseadas na contraposição de interesses entre os concorrentes são as preferidas. Daí a fórmula mais comumente usada ser a venda do bem fundamental a um concorrente e a obrigatoriedade de compartilhamento com os demais.

Esse compartilhamento deve ser amplo. O fato de determinado agente econômico ser o titular da rede não significa (i) que dela possa fazer uso exclusivo e nem, tampouco, (ii) que possa exigir o que bem entender para fornecer o acesso.

É importante notar que o termo “compartilhamento”, aqui empregado, refere-se tanto ao acesso às redes operadas por terceiros (a chamada *interconexão*) como ao uso de infra-estrutura de terceiros (o chamado *compartilhamento de infra-estrutura*). A denominação genérica do termo “compartilhamento” é utilizada, então, para diferenciá-lo da co-propriedade, deixando claro que na hipótese de compartilhamento há propriedade da rede por um só agente, que, de diversas formas, deve permitir que algum ou alguns dos elementos do direito de propriedade (portanto, uso, gozo e fruição) sejam detidos por terceiros (concorrentes). Há uma clara limitação ao direito de propriedade, que a seguir será examinada em suas variadas formas.

a) Restrição ao direito de propriedade. *Compartilhamento e fruição*

Das limitações aos três elementos que compõem o direito de propriedade (uso, fruição e disposição), a limitação à fruição é talvez a mais grave, sobretudo em um sociedade capitalista. Limitar a fruição

significa que o preço da ligação à rede não pode ser imposto pelo monopolista.

O preço do acesso tem, assim, caráter central e é indissociável do próprio dever de garanti-lo.¹² Não se trata apenas de impedir que o titular do bem aufera lucros exorbitantes em decorrência de sua posição dominante. Resultado igualmente danoso decorrerá da cobrança de preço excessivo em função da inexistência de concorrência.

O poder econômico por ele detido permite a transferência dos custos aos agentes que estão no estágio seguinte da cadeia de produção, comprometendo a competitividade destes e a própria fruição dos bens que estariam sendo produzidos. A depender do setor no qual se esteja, o impacto destes custos poderá repercutir por toda a economia.

Assim, o cumprimento do dever de oferecer o acesso só estará plenamente caracterizado quando o titular do bem conseguir suprir os agentes econômicos que dele dependem de forma equivalente à que ocorreria caso existisse um mercado competitivo. Só assim os efeitos nocivos da existência de uma *essential facility* serão eliminados.

Essa conclusão teórica encontra reconhecimento expresso em legislações que procuraram disciplinar por via regulamentar o problema trazido por estes bens.

Digno de nota é o § 24, c/c o § 39, da *Telekommunikationsgesetz*, o qual estabelece que as tarifas de interconexão e acesso às redes de telecomunicações devem, necessariamente, ser baseadas nos custos para o fornecimento eficiente deste acesso. No § 7 da *Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung*, de 1.10.1996, esta exigência é especificada ao se vedar uma modificação de tarifas de serviços relativos ao acesso às redes que injustificadamente prejudique as oportunidades competitivas das empresas que dependem deste acesso.

Este tratamento da questão no Direito Alemão reflete o próprio direito comunitário europeu. No já citado comunicado da Comissão das Comunidades Européias sobre a fixação de preços de interconexão é bastante clara a orientação no sentido de que estes devem refle-

12. É oportuno destacar a disciplina do acesso às redes de telecomunicações (um exemplo paradigmático de *essential facility*) no direito comunitário europeu. Aqui, a fixação do preço cobrado na interconexão foi percebido como tão fundamental para o desenvolvimento de condições de livre acesso às redes que a Comissão das Comunidades Européias editou comunicado específico estabelecendo critérios para o estabelecimento deste preço (*Commission Communication 98/C 84/03*).

tir um preço competitivo (isto é, o preço que seria praticado no mercado se houvesse pressões competitivas sobre os agentes que controlam a rede). Esta conclusão decorre de forma expressa da recomendação de que sejam considerados os custos variáveis médios futuros de longo prazo.¹³ Acrescenta-se, ainda, a recomendação de que sejam tomados em consideração os preços mais baixos praticados em outros Estados-membros na avaliação das tarifas propostas pelas operadoras às autoridades nacionais.

Inexiste um parâmetro de preço competitivo (exemplo: preços no mercado internacional); a medida utilizada deve ser o custo total médio dos produtos. Trata-se, como tem salientado a doutrina,¹⁴ do substituto mais próximo do custo marginal, e, portanto, da situação mais próxima do ponto de equilíbrio em concorrência perfeita. Permite, portanto, uma boa aproximação dos preços concorrenciais.

b) *Compartilhamento e uso: o dirigismo contratual*

A existência de bens cuja utilização é condição essencial para prestação de determinado serviço cria a obrigatoriedade de limitar o uso dos referidos bens. Ter acesso necessário a determinados tipos de bens implica limitar o uso do proprietário, que deve compartilhá-lo com os demais (potenciais) concorrentes.

Isso significa que o titular da rede deve obrigatoriamente contratar com o concorrente. Mais do que isso, esse contrato deve conter cláusulas que permitam o efetivo acesso. O Direito Brasileiro contém princípio geral nesse sentido, constante do art. 73 da lei geral de telecomunicações, segundo o qual qualquer prestador de serviço de interesse coletivo tem o direito de utilizar a infra-estrutura de outros prestadores de serviços de interesse público, de telecomunicações ou não, para construir suas redes, a preços e condições justos e razoáveis.

13. Na Recomendação 98/195/EC da Comissão estes são justificados da seguinte forma: "Interconnection costs should be calculated on the basis of forward-looking long run average incremental costs, since these costs closely approximate those of an efficient operator employing modern technology. Interconnection charges which are based on such costs may include justified 'mark-ups' to cover a portion of the forward-looking joint and common costs of an efficient operator, as would arise under competitive conditions". Orientação semelhante foi adotada pela *Federal Communications Commission* norte-americana a partir da *Interconnection Order* de 8.9.1996.

14. D. Turner, "The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal", *Harvard Law Review* 75/655.

Qualquer prestador de serviços de telecomunicações de interesse coletivo tem, portanto, o direito de exigir de qualquer empresa que explore serviços de interesse público – não só telecomunicações, mas também energia elétrica, gás e petróleo e rodoviário, por exemplo – que permita a instalação de redes e equipamentos de telecomunicações em postes, dutos, condutos, e servidões desses últimos.

Por outro lado, todos os prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são obrigados a permitir que outros prestadores de serviços de telecomunicação de interesse coletivo utilizem seus postes, dutos, condutos, para instalar suas redes.¹⁵

Esses dois enunciados legislativos são nada mais que duas vertentes do princípio do obrigatório compartilhamento da infra-estrutura, ou seja, a possibilidade de uso da infra-estrutura dos demais titulares de redes de qualquer espécie para construção de redes próprias. O primeiro refere-se ao compartilhamento externo (com outros serviços), e o segundo ao compartilhamento interno, com os próprios serviços de telecomunicações.

O princípio geral do compartilhamento de uso completa-se com o tão popular princípio da interconexão, segundo o qual não só a infra-estrutura, mas também a própria rede, nela incluídos os meios técnicos para transmissão de informações, deve ser compartilhada, podendo o concorrente a ela se ligar e por ela transmitir suas informações (art. 28 do Regulamento de Interconexão). Essa possibilidade não pode ser negada nem dificultada pelo titular da rede. Uma alternativa a essa possibilidade – essa, não-obrigatória no Direito Brasileiro – é a locação da própria rede (ou de algumas de suas frequências).

A lei geral de telecomunicações (Lei 9.472, de 16.7.1997) prevê essa possibilidade em seu art. 155: “Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo”.

O mesmo princípio do compartilhamento, amplamente formulado, encontra-se em outras leis, como a lei do petróleo (Lei 9.478, de 6.8.1997), que prevê, em seu art. 58: “Facultar-se-á a qualquer inte-

15. Regulamento Geral de Interconexão, art. 12. Regulamento aprovado pela Resolução ANATEL-40, de 23.7.1998.

ressado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações”.

Esse princípio genérico incluído nas várias leis setoriais nada mais é que a atuação do princípio constitucional da livre concorrência (arts. 170 e 173 da CF), não estando limitado, portanto, aos serviços de telecomunicações. Aliás, a amplitude do princípio do livre compartilhamento de redes torna essa intenção bastante evidente.

Mas o compartilhamento não se faz sentir apenas na obrigação de contratar. Influência há – e deve haver – também nas cláusulas contratuais. A garantia de acesso não pode ser apenas formal, deve ser também material.

Várias normas servem para garantir materialmente o compartilhamento das redes no sistema regulatório brasileiro. A título de exemplo, pode-se citar o art. 68 do Regulamento de Interconexão, que prevê, em seis incisos, conteúdos mínimos necessários do contrato de interconexão. Outro bom exemplo é o setor de energia elétrica. O art. 9º da Lei 9.648, de 27.5.1998, impõe a separação de conteúdo entre o contrato de compra e venda de energia elétrica e contrato de transmissão e distribuição, exatamente para evitar qualquer forma de restrição de acesso à rede de distribuição.

Essa é a razão de se afirmar que o fenômeno do compartilhamento se faz sentir através de um amplo dirigismo contratual. Dirigismo contratual que se revela, como visto, tanto na obrigação contratual como no conteúdo da contratação.

É interessante notar, por outro lado, que esse tipo de regulação implica uma mudança de rumos do dirigismo contratual e, de fato, o reconhecimento de seu mais amplo aspecto.

O fenômeno do dirigismo contratual¹⁶ tem sido tradicionalmente associado à defesa do consumidor. A associação entre ambos remonta

16. A expressão “dirigismo contratual” tem, na verdade, um significado amplo e outro mais restrito. Em sentido amplo significa qualquer forma de imposição obrigatória de cláusulas contratuais. É nesse sentido amplo que as regras de proteção ao consumidor são normalmente qualificadas como dirigistas. Em um sentido mais estrito – e talvez mais preciso –, distingue a doutrina moderna entre dois tipos de ordem pública contratual: a ordem pública de proteção e a ordem pública de direção. A ordem pública de proteção destina-se a impor cláusulas contratuais que protejam grupos socialmente desfavorecidos nas negociações contratuais. É nesse primeiro grupo que

ao crescimento da sociedade de massa e ao crescimento da contratação em massa. Essa contratação põe em risco o consumidor, que, via de regra, não pode discutir ou negociar cláusulas. O dirigismo contratual serve, então, para compensar a posição economicamente fragilizada do consumidor e sua debilidade negocial, estabelecendo cláusulas que devem estar obrigatoriamente incluídas nos contratos.

A defesa do consumidor, ainda que seja a mais popular fonte de dirigismo contratual, não é única, e nem sequer a básica. O dirigismo contratual é, na verdade, apenas manifestação de um fenômeno mais amplo, há muito identificado pela doutrina civilística como "fuga do contrato". "Fugir do contrato" significa, na verdade, a tendência a buscar a proteção de regras institucionais (*status*), e não a instável proteção das regras contratuais (situação).¹⁷ Trata-se da exigência social que prevalece sobre a liberdade contratual.

Essa proteção institucional pode assumir várias formas. Um bom exemplo dessa institucionalização está no direito societário. O aumento do tamanho das empresas e, sobretudo, a necessidade de participação na sociedade de pequenos investidores, com pouca possibilidade de renegociação do contrato (contrato social), tornaram necessária uma fuga do paradigma contratual para um *status* institucional concreto, com regras básicas imutáveis. Passa-se, então, da concepção contratual à concepção institucional do vínculo social.

A mesma migração da situação contratual para o *status* institucional ocorre no campo regulatório. As mesmas razões que criam a posição dominante do mercado impõem uma reação em sede contratual. A situação contratual não é mais suficiente para garantir livre acesso e condições equânimes de contratação. O aparato regulatório deve, en-

se enquadrariam as principais regras impositivas do Código de Defesa do Consumidor. Já o segundo grupo é formado por aqueles objetivos necessários da ordem econômica (exemplo: justiça social, repressão ao abuso do poder econômico e à dominação dos mercados etc.) que devem encontrar respaldo também nos contratos. Essa segunda forma de intervenção permite não apenas a predeterminação de certo conteúdo básico do contrato como, também, a própria imposição da contratação. É nesse grupo que se incluem as disposições regulatórias (v., a respeito da diferença ordem pública de proteção e de direção, R. Lorenzetti, "Análisis crítico de la autonomía privada contractual", *Revista de Derecho del Consumidor* 14/5-19, pp. 13 e ss.).

17. V., a respeito, o interessante trabalho de P. Rescigno, "Situazione e *status* nell'esperienza contrattuale", *Rivista di Diritto Civile* (1973), p. 222. Para um contraponto, v. G. B. Ferri, "La 'cultura' del contratto e le strutture del mercato", *Rivista del Diritto Commerciale* 11-12/843, pp. 856 e ss.

tão, estabelecer proteção institucional para o acesso ao mercado. A proteção institucional deve dirigir-se a todas as variáveis que possam causar descompasso concorrencial. Por outro lado, é também necessário que se explicitem em regras concretas na relação contratual entre os agentes, que permitam dar atuação a esses princípios gerais.¹⁸

Por óbvio, em termos teóricos isso significa distanciar-se do paradigma liberal que concebe os contratos como forma de expressão da autonomia da vontade. É imperioso reconhecer sua influência na esfera social e, portanto, a necessidade de "normatização" dos contratos, isto é, a inserção de cláusulas que permitam compatibilizá-los com um mundo em que pretendem e podem influir. Esse último ponto deve ser muito bem compreendido. É absolutamente vão crer, sobretudo em setores regulados – e com especial força naqueles setores em que há uma clara dominação do mercado –, que o contrato influencia apenas a relação das partes. Exemplificativamente, um contrato de interconexão firmado entre o detentor de uma rede fixa de telecomunicações e aqueles concorrentes que a ela precisam se interconectar influencia a esfera de milhares de consumidores e outros tantos concorrentes, existentes e potenciais. A regulação deve servir, então, a compatibilizar a negociação privada contratual com seus efeitos públicos.

c) Compartilhamento e direito de disposição

O terceiro e último dos componentes do direito de propriedade também é afetado pelas regras de compartilhamento. Trata-se da regra sobre disposição.

18. No Brasil essa institucionalização tem-se limitado, até agora, à submissão dos contratos à agência regulatória e à possibilidade de esta vir a estabelecer regras sobre condições contratuais. Citem-se, a título de exemplo, as regras aplicáveis ao contrato de transmissão e distribuição de energia do setor elétrico brasileiro. A Lei 9.648, de 27.5.1998, dispõe, em seu art. 9º, parágrafo único, que: "Cabe à ANEEL regular as tarifas e estabelecer as condições gerais de contratação de acesso e uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica por concessionário, permissionário e autorizados". Tal regra é complementada pela Resolução ANEEL-281, de 1.10.1999, que estabelece, em seu art. 3º, VI, que: "O Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, além das atribuições que lhe foram atribuídas pela Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, regulamentada pelo Decreto n. 2.655, de 2 de julho de 1998, e pela Resolução n. 351, de 11 de novembro de 1998, deverá celebrar, em nome das empresas de transmissão, os contratos de uso dos sistemas de transmissão e firmar, como interveniente, os contratos de concessão, encaminhando os de uso para homologação da ANEEL".

De um lado, é impossível permitir a livre disposição da rede, e isso as regras administrativas já garantem. Ao seu titular são impostas regras específicas (geralmente ligadas ao amplo acesso de consumidores), que tornam a rede incindível do exercício da empresa.¹⁹

Tratando-se de bem de produção, a incindibilidade entre empresa e propriedade atinge seu ponto máximo, não podendo uma ser transferida sem a outra.

Por outro lado, e pela mesma razão, a disponibilidade dos titulares de direito de uso sobre suas quotas-partes tem de ser mais ampla. A sublocação de rede, ainda que devendo ser autorizada, não pode ficar ao arbítrio do proprietário. O amplo acesso impõe uma mais fácil e ágil circulação do direito de uso, que não pode ser obstaculizado pelo proprietário.

Nesse sentido, as regras civilísticas sobre sublocação e cessão de uso, que sempre exigem o consentimento do proprietário para sua realização, devem ter interpretação muito estrita.²⁰ O não-consentimento para a sublocação e a cessão de uso só é admissível com justificativas pró-concorrenciais. O amplo acesso é a regra, e não a exceção.

19. O art. 101 da lei geral de telecomunicações prevê que a alienação, oneração ou substituição dos bens reversíveis dependerão de prévia aprovação da Agência. De outro lado, em matéria de telecomunicações a maioria dos contratos de concessão contém disposições específicas relativas aos bens vinculados à concessão (isto é, aqueles fundamentais à prestação do serviço – e que, portanto, são reversíveis). A concessionária só poderá utilizar bens dessa natureza que não sejam de sua propriedade mediante autorização da ANATEL, a qual pode dispensar essa exigência nos casos e hipóteses previstos na legislação. Quando houver risco à continuidade do serviço ou impedimento de reversão dos bens vinculados a ANATEL pode exigir, para autorizar a contratação de um terceiro, que o respectivo contrato contenha cláusula pela qual o proprietário se dirija, em casos de extinção da concessão, a manter o contrato e subrogar os direitos à ANATEL. O requisito, portanto, claramente, não é a manutenção da propriedade da rede, mas o controle de sua destinação, isto é, a capacidade de garantir que seja utilizada para os fins a que foi vinculada. O controle ou vinculação da destinação nada mais é que um dos aspectos clássicos do direito de disposição.

20. De acordo com a lei de locações, é vedado ao locatário ceder, sublocar ou emprestar a terceiros o imóvel locado sem o consentimento do locador (Lei 8.245/1991, art. 13). De acordo com os princípios do direito civil, a sublocação sem autorização do locador pode levar à rescisão integral do contrato, por violação de dever legal (2ª TACivSP, 7ª C., AI 389.562, j. 3.1.1993). Essa lei aplica-se aos contratos de locação, cessão de uso e empréstimo de infra-estrutura nos setores regulados quando esses se referirem a imóveis urbanos. Citem-se a título de exemplo de infra-estrutura necessária para instalação de redes os postes urbanos.

1.3 Aplicação institucional do direito antitruste

O terceiro e importantíssimo princípio regulatório inspirado por considerações de ordem concorrencial é, de certa forma, decorrência de tudo o que foi dito até agora.

É, por outro lado, princípio que pode e deve ter aplicação imediata, na medida em que propõe uma aplicação diferenciada dos princípios e regras do direito da concorrência em sede regulatória.

Trata-se de solução compatível com nosso sistema legal, já que todos os setores cuja regulação tem um fundamento concorrencial mínimo não escapam ao controle concorrencial. Ocorre que a aplicação dos princípios concorrenciais constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa tratando-se de setores regulados. Isso é decorrência do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados. É o que se verá a seguir.

1.3.1 Concepção *per se* dos ilícitos antitruste

A regra da razão em matéria concorrencial é, sem dúvida, a mais importante e talvez única unanimidade na doutrina nacional. Desde o famoso estudo de B. Shieber,²¹ salvo discordâncias quanto à utilização da expressão “regra da razão”,²² considera a doutrina majoritária não ser suficiente para caracterizar a ilicitude de certa conduta a sua simples verificação formal.

E nem poderia deixar de ser deste modo. A regra da razão tem duas partes distintas e duas justificativas específicas que não podem ser dissociadas do direito antitruste moderno, por uma razão muito simples. São elas que garantem a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais; e, portanto, só em ausência delas é possível presumir um objetivo anticoncorrencial. A regra da razão é, portanto, uma garantia fundamental de legalidade da punição administrativa.

Os dois componentes da regra da razão são, respectivamente, a existência de poder no mercado e as justificativas (concorrenciais ou extraconcorrenciais) para o ato.

21. B. Shieber, *Abusos de Poder Econômico*, 1966.

22. T. S. Ferraz Jr., “Lei de defesa da concorrência – Origem histórica e base constitucional”, *Revista dos Mestrados da Universidade Federal da Bahia* 2/69.

A primeira delas é a existência e/ou possibilidade de criação do poder econômico. Esse requisito faz todo sentido quando se trata de ilícitos de dominação e/ou abuso de situação de dominação. Neles, inexistente a situação real ou potencial de poder, o controle concorrencial é desnecessário e ineficaz, exatamente porque o objetivo/necessidade da persecução desse ilícito é evitar a formação/utilização abusiva do poder. Inexistente o poder, não existe razão para persecução do comportamento. Assim, é imperativo que se pesquise a fundo a existência, ou não, de poder no mercado.

O segundo componente da regra da razão deriva de imperativo lógico e de política econômica.

O imperativo lógico consiste na inexistência de justificativas pró-concorrenciais para o ato. Em sua presença, o ilícito, obviamente, sequer se verifica.

Mas não são apenas concorrenciais as justificativas tradicionalmente admitidas. Também as extraconcorrenciais ou de política econômica. O que não falar, por exemplo, da eficiência, em seu sentido distributivo? Em um sistema econômico que convive com vários imperativos de política econômica esse elemento é até que compreensível em sede antitruste.²³ Desse modo, é sempre admissível justificativa que, ainda que admitindo certo dano concorrencial, demonstre a existência de benefício mais que compensador para outro objetivo de política econômica.

Não é difícil intuir que tudo muda tratando-se de regulamentação (ou, mesmo, caso se adote uma perspectiva mais institucional e intervencionista do antitruste). Em primeiro lugar, como já visto, nos setores de que ora se trata a regulamentação é necessária exatamente por não haver condições mínimas de existência/manutenção da concorrência sem ela. Assim, o poder no mercado já é um dado, não precisa ser pesquisado. Desaparece, portanto, o primeiro dos elementos da regra da razão.

A compreensão genérica da desnecessidade do segundo elemento da regra da razão não é tão direta. Na verdade, ela só ocorrerá quando da exemplificação de ilícitos que se fará abaixo. De todo modo, o que se pode dizer é que nenhuma justificativa extraconcorrencial é

23. Para suas limitações, v. C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial - As Estruturas*, 3ª ed., pp. 201 e ss.

admissível tratando-se de setores regulados. Essa conclusão decorre da própria prevalência do raciocínio institucional nesse tipo de regulação. Se a inexistência ou a pouca firmeza institucional da concorrência nesses setores levam, como já visto, ao raciocínio institucional, então, justificativas extraconcorrenciais para restrições concorrenciais não devem ser, via de regra, admissíveis. Em outras palavras, a persecução *per se* da existência da concorrência justifica-se pela própria razão de ser da regulação. A concepção institucional do princípio concorrencial coloca-se como barreira intransponível à sua instrumentalização por objetivo de política econômica.

Esta é uma regra geral. Não é de se excluir, especialmente em relação aos objetivos endógenos e expressamente declarados no sistema concorrencial, uma aplicação conjunta de certos objetivos de política econômica com os princípios concorrenciais. Note-se que aqui se manifesta outra diferença. Propugna-se pela aplicação conjunta dos princípios concorrencial e extraconcorrencial, e não pela substituição de um pelo outro, como ocorre com frequência em matéria antitruste.²⁴ As justificativas extraconcorrenciais podem e devem ser avaliadas e admitidas apenas quando compatibilizáveis com os objetivos concorrenciais.

Em termos positivos, o que foi dito acima corresponde a um virtual descolamento do art. 21 da lei concorrencial do art. 20 da mesma lei, quando aplicados a setores regulados. Esse descolamento é imperioso não porque o art. 20 deixe de ser aplicável, mas porque os requisitos ali exigidos (em especial a dominação do mercado) estão presentes *per se*, decorrendo da própria estrutura do mercado. Desse modo, a prática de atos previstos no art. 21, nas situações aqui discutidas, conduz e produz naturalmente os efeitos previstos no art. 20.

1.4 Condutas em espécie

Aqui, não é o caso de analisar uma a uma as condutas anticoncorrenciais. Interessante é verificar a tendência geral de adaptação das regras concorrenciais em sede regulatória.

24. Para entendê-lo basta ver a oposição que é identificada na doutrina antitruste mais liberal entre *eficiência* e *concorrência* (v. R. Bork, *The Antitrust Paradox*, pp. 50 e ss.) e como essa visão tem prevalecido na aplicação concreta do direito antitruste.

O caso mais ilustrativo é, sem dúvida, o da própria recusa de contratar. Como foi visto no n. 1.1.1, supra, a mudança operada no ilícito "recusa de contratar" constitui o fulcro do próprio desenvolvimento da noção de regulação com base em princípios concorrenciais, a ponto de constituir a base do desenvolvimento do princípio do acesso necessário. O desenvolvimento do ilícito "recusa de contratar" nada mais é que uma demonstração do movimento geral da regulação nessa área: para longe da racionalidade microeconômica neoclássica e para perto de uma imposição geral de acesso e de concorrência.

O mesmo pode-se observar nos três grandes grupos de ilícitos concorrenciais (ao menos aqueles tendentes à dominação dos mercados, os mais preocupantes tratando-se de regulação): a *negociação compulsória* e a *predação* (entre os atos de exclusão) e a *colusão*.

1.4.1 A regulação da negociação compulsória

Dentro da categoria genérica da negociação compulsória estão englobados vários tipos de condutas: a exclusividade, a recusa de contratar, a venda casada, a negociação recíproca etc. Em todas elas há uma tônica comum: a dependência de um determinado concorrente em relação a outro, fazendo com que o primeiro perca sua liberdade contratual, sendo forçado de várias formas a contratar, compra de serviços do vendedor para ter determinado bem (negociação recíproca), a não contratar quando a contratação lhe é necessária (recusa de contratar), a contratar apenas com determinado agente do qual depende (exclusividade) ou a adquirir outro produto do mesmo agente para ter o produto de que precisa (venda casada). Em todos os casos a dependência econômica gera a dependência jurídica e a inexistência de liberdade contratual.

Por essa razão é que no direito antitruste tradicional todas as preocupações voltam-se para determinar se existe, ou não, dominação. Existente a dominação, desaparece imediatamente o primeiro dos pilares da regra da razão. Sobraria, então, apenas o segundo, isto é, a existência de justificativas para o comportamento, compatibilizáveis com os objetivos concorrenciais. Tratando-se de negociação compulsória, essa justificativa, na prática, resume-se à proteção contra o chamado *free-riding*.

A proteção contra o *free-riding* é, em certas hipóteses de restrição da liberdade contratual, a proteção necessária a um investimento que seria aproveitado sem custo caso a prática fosse considerada ilícita. Assim, uma vedação *per se* à exclusividade poderia restringir o inves-

timento em tecnologia, infra-estrutura ou vendas, pois o agente econômico saberia que sem – por exemplo – a cláusula de exclusividade o benefício econômico do mesmo investimento poderia ser obtido sem custo pelos seus concorrentes.

Essa situação não se verifica em campo regulatório por várias razões. Em primeiro lugar, de um certo modo, as redes e os retornos crescentes de escala que estas proporcionam já representam um *free-riding*. O simples fato de cada consumidor a mais constituir um acréscimo de utilidade para o próximo consumidor já é um benefício para o qual o titular da rede não fez qualquer investimento. Assim, não há que se pensar em recuperação de investimentos através de restrições adicionais às já limitadas liberdades contratuais dos concorrentes que dependem dos titulares das redes.

Desaparecida a justificativa, a punição torna-se, na prática, relativa exclusivamente à conduta, ou, por assim dizer, uma punição *per se* – a não ser, é óbvio, que exista alguma justificativa (não ligada à defesa genérica do *free-riding*) para aquela situação específica. Essa é a interpretação que deve ser dada ao art. 21 da lei concorrenciais quando aplicada aos setores regulados.

1.4.2 Regulação da predação

Por "regulação da predação" devem ser entendidas aquelas regras destinadas a evitar ou prevenir a predação de concorrentes. Tratando-se de comportamento predatório essas regras são de extrema necessidade, por duas razões.

Em primeiro lugar porque, exatamente em função da regra da razão, a punição da predação em sede antitruste é bastante rara. Os critérios para reconhecimento da existência da predação utilizados, em especial aqueles que servem para determinar se a predação efetivamente levará a uma situação de dominação, são extremamente rigorosos.²⁵

25. A teoria mais extremada e mais liberal a respeito da prática de predação é – como não poderia deixar de ser – defendida pela Escola de Chicago. Ilustrativa da posição da Escola de Chicago é a idéia de que o rebaixamento de preços é uma prática saudável que deve ser incentivada, e não punida. Os três trabalhos mais conhecidos e citados nessa linha são os de J. McGee, "Predatory price cutting: the Standard Oil (NJ) case", *Journal of Law and Economics* 137/168 e ss.; R. Bork, *The Antitrust Paradox*, pp. 144 e ss.; e F. Easterbrook, "Predatory strategies and counterstrategies", *University of Chicago Law Review* 48/265 e ss. Segundo esses teóricos, podem exis-

Por outro lado (e essa é a segunda razão acima aventada), a predação é a prática mais comum tratando-se de setores dominados. Existente uma rede, a maneira mais efetiva de impedir qualquer competição é criar barreiras (sobretudo tecnológicas) a que os concorrentes venham a ter efetivo acesso a ela. A chamada "predação tecnológica" é, nesses mercados, a regra geral.²⁶

tir casos em que esse rebaixamento é estratégico, mas eles são tão marginais que não é conveniente persegui-los. Em primeiro lugar porque corre-se o risco de atingir hipóteses em que o rebaixamento é pró-competitivo (casos que, segundo esses mesmos teóricos, são a maioria numérica). Além disso, a prova da prática de preço predatório é muito complexa. Os dados empresariais sobre custo de produtos e formas de contabilização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento são meras estimativas, não oferecendo dados seguros para elaboração de presunções econômicas. Além disso, dados estruturais como poder econômico e barreiras à entrada são também incertos, não fornecendo indícios seguros (v. F. Easterbrook, "Predatory strategies and counterstrategies", *University of Chicago Law Review* 48/265). Easterbrook, após desenvolver todos esses argumentos, afirma, peremptório: "If there is any room in antitrust law for rules of *per se* legality, one should be created to encompass predatory conduct. The antitrust offense of predation should be forgotten" (pp. 336-337). Finalmente — e mais importante de tudo —, a prática de preços predatórios, segundo esses mesmos autores, seria despida de razoabilidade econômica para o predador. Isso por qualquer ângulo em que se analise a questão. Caso os preços predatórios sejam praticados por agente econômico que não detém poder no mercado (mas apenas poder financeiro), as perdas que deverão ser incorridas até a eliminação do(s) concorrente(s) que detém(êm) a maioria do mercado serão tão grandes que tornarão o estratagema inviável. Inversamente, caso o agente econômico detenha poder no mercado, a estratégia também será inconveniente, pois as perdas por ele incorridas serão proporcionais à participação por ele detida no mercado, e, portanto, muito maiores que as das vítimas da predação (cf. R. Bork, *The Antitrust Paradox*, pp. 149 e ss.). Muitos dos casos históricos no Direito Americano em que houve condenação foram reavaliados por essa corrente doutrinária, procurando-se demonstrar que não houve predação. Em especial, após reavaliar alguns casos históricos em que houve condenação por predação (*Standard Oil* e *Gunpowder Trust*), chegam à conclusão que não houve predação de preço. Ampliando o raciocínio, afirmam que não há necessidade de preocupação com os preços predatórios, pois uma empresa, operando racionalmente, sempre considerará mais conveniente adquirir o concorrente que eliminá-lo através de predação. É essa a conclusão a que chega J. McGee, "Predatory price cutting: the *Standard Oil* (N.J.) case", *Journal of Law and Economics* 13/168. Também H. Elzinga, analisando novamente o caso do *trust* da pólvora (*Gunpowder Trust*), chega à conclusão de que, na realidade, não houve predação (v. "Predatory pricing: the case of the *Gunpowder Trust*", *Journal of Law and Economics* 13/233 e ss.).

26. É exatamente essa a principal acusação contra a *Microsoft*, a de predação tecnológica. Em seus produtos principais o investimento não teria sido em novas tecnologias para o consumidor, mas em novas tecnologias para criar incompatibilidades. Esses investimentos não eram — e nem poderiam ser — repassados ao consumidor. Assim, caracteriza-se a prática de preço inferior ao custo.

Por outro lado, nos setores de acesso controlado o próprio limite à expansão do mercado e da oferta, comparado à inexistência de limite à expansão da demanda, leva a que a concorrência tenda a ser destrutiva ou predatória.²⁷ O problema é grave a ponto de se sugerir dispositivo regulatório que impeça os aumentos de preços que se seguem a reduções.²⁸ As dificuldades práticas de administração desse critério e a inexistência de regra expressa nesse sentido sugerem um outro tipo de solução.

E a solução é novamente uma reinterpretação dos princípios e regras concorrenciais aplicáveis aos setores regulados. Poder financeiro/possibilidade de eliminação do concorrente, os tradicionais componentes da regra da razão tratando-se de setores regulados, decorrem diretamente das condições estruturais já descritas. São elas razão para a própria regulação. Se é assim, resta apenas diferenciar as situações em que reduções de preços representam, ou não, tentativas reais de concorrência.

Para tanto a doutrina econômica tem fornecido importantes subsídios,²⁹ de modo a ser, hoje, possível considerar resultado pacífico que a prática de preços abaixo do custo variável médio não pode ter objetivo pró-concorrencial.

Assim, tratando-se de setores regulados com as características estruturais acima descritas, a prática anticoncorrencial ilícita de preços predatórios pode ser determinada diretamente a partir dos preços praticados.

27. Como já mencionado acima, as flutuações de demanda são uma das maiores causas econômicas de concorrência predatória.

28. W. Baumol, "Quasi-permanence of price reductions: a policy for prevention of predatory pricing", *Yale Law Journal* 89/1 e ss.

29. O pressuposto que norteia esse entendimento é a idéia de que, depois de eliminar a concorrência com preços predatórios, a empresa recuperará os prejuízos com preços monopolísticos. A constatação da possibilidade de recuperação dos prejuízos sofridos, todavia, é de difícil operacionalização, dada a dificuldade de constatação do custo marginal do produto. Diante desta dificuldade, Phillip Areeda e Donald Turner propuseram como base de cálculo dos preços predatórios o custo variável médio dos produtos, que é facilmente calculado pelas empresas (para a elaboração original dessa doutrina, cf. P. Areeda e D. F. Turner, "Predatory pricing and practices under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review* 88/697). Derrubou-se, com isso, o entendimento neoclássico segundo o qual a cobrança de preços predatórios era benéfica ao consumidor. A crítica, todavia, não abandona os pressupostos neoclássicos de racionalidade absoluta dos agentes econômicos, e deve, por isso, ser vista com ressalvas. Há que se considerar, ainda, que preços acima do custo variável médio podem ser também predatórios.

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

O tratamento jurídico atual da colusão repousa primordialmente sobre a *teoria dos jogos*. Em matéria de oligopólios sua primazia é incontestada desde a atribuição do Prêmio Nobel a J. Nash pelo estudo dos jogos não-cooperativos e sua aplicação aos oligopólios.

Paradoxalmente, é exatamente a centralização (defendida por Nash) das atenções da teoria dos jogos e da teoria dos oligopólios com exclusividade em torno da idéia de jogo de estratégia individual uma das principais razões de seu pequeno poder explicativo, especialmente em setores regulados. Desde que von Neumann, em seu célebre livro *The Theory of Games and Economic Behaviour*,³⁰ lançou a pedra fundamental para o estudo das relações econômicas a partir do raciocínio matemático, duas eram as vias possíveis de desenvolvimento.

Uma primeira via seria procurar determinar jogos que tivessem resultado matemático certo (ao menos no que tange à definição de ponto de equilíbrio). Essa foi a única linha adotada pela teoria dos jogos desde o famoso artigo "The bargaining problem", de J. Nash.³¹ A consequência foi, sem dúvida, tornar matematicamente mais rigorosa a análise do comportamento dos oligopólios. Sua utilidade como forma de previsão de comportamentos é, no entanto, muito limitada.

A razão é simples. Houve pouquíssimo desenvolvimento da idéia oposta, a segunda linha de desenvolvimento possível da teoria dos jogos: a análise de como, quando e por quê os agentes econômicos cooperam. Na teoria de Nash a cooperação é atitude eventual e rara, só justificável desde que em linha com a estratégia individual dos agentes. Ocorre que muitas vezes as condições estruturais e jurídicas fazem com que a única estratégia possível seja a coletiva.

A teoria baseada na estratégia individual contém, portanto, pressupostos discutíveis e seguramente inaplicáveis a setores regulados. A maior razão para tanto é que pressupõe um moto único no comportamento dos indivíduos. Trata-se da estratégia individual, orientada a indicar a melhor decisão *em face da estratégia a ser adotada pelo competidor*.

30. J. von Neumann e O. Morgenstern, *The Theory of Games and Economic Behaviour*, 1944.

31. J. Nash, "The bargaining problem", *Econometrica* 18/155 e ss., 1950 (original), consultado em H. Kuhn, *Classics in Game Theory*, pp. 5 e ss.

Ocorre que esse pressuposto não é, de maneira alguma aplicável, a toda e qualquer hipótese de inter-relacionamento econômico em ambiente oligopolizado. Olhar para o comportamento do outro, seja adversário, seja co-partícipe em qualquer forma de interação social, antes de ser uma forma de descobrir comportamentos aconselháveis, é um modo de adquirir conhecimento.

A teoria dos jogos, a partir do estudo empírico dos comportamentos, de sua sistematização e organização, é mais apta, portanto, a fornecer dados para elaboração de uma teoria do conhecimento, e não para uma teoria dos comportamentos.

Uma vez compreendido esse postulado óbvio de comportamento econômico — isto é, que primeiro o agente adquire conhecimento, para só então orientar seu comportamento —, é possível redirecionar as atenções das teorias dos jogos. Se isso é verdade, a determinação do comportamento dos indivíduos não é influenciada exclusivamente por um objetivo estratégico individual. Sua disposição e seus objetivos são grandemente influenciados pela concepção que têm dessa realidade. É preciso primeiro que o indivíduo descubra o modo de funcionamento do mercado, para depois definir sua forma de atuação (individualista ou cooperativa). O conhecimento que se tem da realidade — esse, sim — é determinado pela observação dos comportamentos alheios e de sua comparação.

Ora, é fácil entender por que em mercados regulados a observação dos comportamentos alheios — isto é, a experiência em campo econômico — leva a um jogo cooperativo, e não de estratégia individual. O fundamento para a regulação (ao menos no seu aspecto concorrencial) nos mercados regulados nada mais é que a existência de condições estruturais que possibilitam uma concorrência predatória (demanda variável, barreiras à entrada etc.). O exato oposto, portanto, do comportamento colusivo.

Ocorre que a possibilidade de predação leva diretamente à necessidade de cooperação explícita e não à colusão eventual como mera decorrência de comportamentos estratégicos individuais convergentes. A ameaça de concorrência predatória tem efeito direto na compreensão do agente econômico. Este passa a entender que qualquer comportamento não-cooperativo pode levá-lo a uma guerra predatória, com consequências extremamente negativas. A cooperação explícita e formal é, então, necessária exatamente porque a percepção da existência de liberdade para concorrer pode devolver os agentes a uma situação de concorrência predatória, inconveniente para todos.

A observação do comportamento dos agentes no passado faz, portanto, concluir pela necessidade de cooperação. Faz descobrir a realidade. É de sua compreensão que surgem os padrões de comportamento.

A conseqüência é, naturalmente, que a regulação deve ter dois objetivos.

Em primeiro lugar, é preciso criar condições estruturais que evitem as crises de superprodução e, conseqüentemente, a concorrência predatória. As barreiras à entrada e sua eliminação, se necessário, devem ser cuidadosamente reguladas, para evitar o agravamento de crises de oferta (entenda-se como "crises de oferta", aqui, tanto crises de superprodução como crises de escassez).³²

32. O sistema de transporte aéreo brasileiro é um exemplo claro dos efeitos maléficos que a regulação pode trazer para o mercado. Iniciada em 1992, a abertura do setor foi marcada principalmente pela flexibilização das tarifas e das possibilidades de exploração de linhas de transporte aéreo regular. Os efeitos da superprodução estão diretamente relacionados à flexibilização da exploração das linhas aéreas. Vale mencionar que anteriormente o transporte aéreo brasileiro estava dividido em linhas regionais, especiais e nacionais. A flexibilização decorreu das alterações instituídas, gradativamente, em cada um desses setores. Dentre as principais mudanças citem-se as sofridas pelas linhas regionais, que estiveram durante longo período sujeitas a clara restrição territorial. O território nacional era dividido em cinco áreas de exploração exclusiva, nas quais não poderia atuar qualquer outra companhia aérea. Da mesma forma, as companhias aéreas que ali atuassem não poderiam explorar outros territórios ou linhas nacionais e especiais (Decreto 76.590, de dezembro/1975, regulamentado pela Portaria 22/GM5, de 7.1.1976, e posteriormente pela Portaria 956/GM5, de 19.12.1989). Em um primeiro momento da flexibilização foram abolidas as restrições para as companhias aéreas regionais se tornarem nacionais (a Portaria GM5, de 17.5.1990, revogou expressamente o art. 6º da Portaria 956, de 19.12.1989, que impunha essas restrições). Posteriormente, também foram abolidas as restrições territoriais, e as empresas regionais passaram a poder atuar em todo o território nacional (Portaria 687/GM5, de 15.12.1992). Manteve-se, todavia, a distinção entre linhas regionais e nacionais. A mesma Portaria 687/GM5 introduziu a definição de *linhas regionais* como aquelas "caracterizadas pela afluência ou complementaridade" às nacionais, ou que ligassem "duas ou mais localidades não servidas pelas linhas nacionais" (anteriormente o transporte regional era definido como "linhas e serviços aéreos de uma região, que destina-se a atender às localidades de baixo e médio potencial de tráfego" – Portaria 956/GM5, de 19.12.1989, art. 1º). Anos mais tarde, a Portaria 504/GC5, de 12.8.1999, eliminou a restrição, e permitiu expressamente que as linhas aéreas domésticas regionais pudessem ligar "dois centros populacionais e econômicos". Foram justamente essas mudanças na regulamentação que permitiram às empresas regionais expandir suas atividades no território nacional. Da mesma forma, elas possibilitaram o ingresso de novas empresas no mercado regional. Com efeito, o número de participantes do mercado regional passou de 5 em 1991 para 18 em 1999 (*IV Plano de Desenvolvimento do Sistema de Aviação Civil*, p. 31). A abertu-

Em segundo lugar, em presença de comportamentos paralelos, deve-se pressupor a intencionalidade a partir de dados econômicos, sem se ater à difícil – se não até impossível – demonstração do objetivo colusivo.

Em presença dos fatores estruturais já mencionados (exemplo: barreiras à entrada e possibilidade de excesso de oferta – demanda variável), o mero comportamento paralelo não-eventual basta para caracterizar o ilícito concorrencial. Por outro lado, justificativa aceitável é apenas a existência de crise estrutural que torne imprescindível a cooperação.³³

1.5 Conclusão

Em conclusão, a análise dos princípios concorrenciais da regulação parece evidenciar dois fatos muito importantes.

tura dos mercados de linhas aéreas nacionais, regionais e especiais foi gradualmente aumentando com a flexibilização. Se, por um lado, esse fenômeno levou ao acirramento da competição no setor aéreo, simultaneamente – como não poderia deixar de ser –, levou também à elevação do volume de oferta. Na medida em que essa evolução não foi acompanhada nas mesmas proporções por crescimento da demanda, a conseqüência que se seguiu foi uma crise de superprodução, e a guerra tarifária dela decorrente, no início de 1998. Seguiram-se o comportamento paralelo dos concorrentes já considerado em nota anterior (cf. nota 8 do Capítulo II) e a forte elevação de preços para o consumidor final. Mais recentemente, o poderio econômico das empresas atuando em mercado pouco regulado levou à evidente captura da Agência reguladora (ANAC, criada pela Lei 11.182, de 27.9.2005), incapaz de fazer frente aos desejos dos regulados e garantir um mínimo de qualidade e segurança ao serviço.

33. Frente a uma situação de crise aguda em determinado setor da economia, a lei concorrencial considera aceitável a formação do chamado *cartel de crise*, assim definido como um acordo entre empresas para fins de controle ou manutenção da capacidade produtiva. Em especial as Cortes europeias têm aceitado esse tipo de cooperação entre empresas em casos específicos (cf. *Re Synthetic Fibers* [1984] *OJ L* 207/17; *BPCLICI* [1985] *2CMLR* 330). A aprovação dessa conduta, em um primeiro momento, parece ser uma exceção à Lei 8.884/1994, pois permite uma concentração aparentemente anticoncorrencial. Há, entretanto, justificativa concorrencial para essa aparente exceção: caso não seja permitida a cooperação, a saída de agentes em decorrência da crise implicaria maior concentração do poder no referido mercado. O cartel de crise não é, portanto, uma exceção aos princípios concorrenciais, mas é uma verdadeira aplicação destes. Nesse sentido, v. C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 3ª ed., pp. 214-215. Saliente-se, ainda, que a possibilidade de cooperação de empresas em caso de crise estrutural pode ser insuficiente para a solução do problema do setor. Em virtude disso, em alguns casos a saída possível para a crise será a concentração empresarial.

Uma regulação com ênfase na criação coercitiva de um ambiente concorrencial incentiva o equilíbrio das forças de mercado, permitindo a difusão do conhecimento econômico.

Porém, apenas isso não é suficiente. Sobretudo em setores monopolizados ou oligopolizados, é necessário introduzir regras que operem o reequilíbrio de forma impositiva.

Aqui, o reequilíbrio não é mais entre concorrentes, pois não é possível garantir a existência de real ambiente concorrencial. O reequilíbrio deve ser entre consumidor e produtor. As medidas devem, portanto, ser diretamente redistributivas.

Finalmente, no caso dos setores regulados em que há concorrência o objetivo tem que ser a garantia contra a instabilidade sistêmica. Isso não se faz através da prevenção de comportamentos de agentes econômicos que ponham em risco essa estabilidade econômica. Medidas concorrenciais preventivas são, portanto, bastante úteis. Mais que úteis, são necessárias, devido às condições concorrenciais específicas desses mercados.

Nesse sentido, imperativa parecer ser uma visão *per se* tanto das condutas anticoncorrenciais quanto das estruturas.

O presente capítulo traçou princípios gerais para as primeiras. O próximo será dedicado às últimas.

2. Regulação, desenvolvimento e redistribuição

Se – com exagero de pretensão e sem apego à originalidade – alguém procurasse estabelecer uma trajetória histórica da intervenção do Estado no domínio econômico em sua era moderna (adotando-se como marco inicial a reafirmação do poder estatal na França revolucionária), poderia fazê-lo como segue. No início, e por mais de 100 anos, acreditou-se no Estado-polícia, cuja única função era proteger a liberdade econômica e política do particular. A esse Estado exageradamente liberal opõe-se o Estado da era keynesiana e dos comunistas revolucionários. De formas diversas esses Estados pretenderam ser os grandes gestores do sistema econômico. Não por acaso, ambos os movimentos citados são macroeconômicos. Há efetivamente nesse período, que dura mais de 80 anos, uma concepção do Estado como gestor máximo, superior e distante do sistema econômico.

A época presente – à parte as acomodações iniciais, de difícil percepção para observadores que vivem a história por eles próprios narrada – deverá ter outra característica. Parece haver consenso no sentido de que o Estado, como mero gestor distante e abstrato, não cumpre a contento suas funções. Isso não significa que é necessário diminuir sua presença ou destituí-lo de sua função.

Implica atribuir outra função, talvez até mais onerosa. Em vez apenas de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpre-lhe também fazer algo que o particular e o mercado jamais farão: incumbê-lo *redistribuir*. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive do campo econômico) em valores, e não em objetivos econômicos.

Ocorre que – exatamente pelos problemas de gestão acima identificados – *redistribuir* está longe de ser tarefa exclusiva do direito tributário, como se acreditava nas antigas concepções de Estado (e ainda em grande parte se acredita). A função redistributiva deste ramo do Direito estará sempre presente, especialmente para suprir as necessidades daqueles setores geradores de externalidades sociais (saúde, educação etc.), cuja responsabilidade sempre deve ser estatal.

Mas não pode ser objetivo só deste ramo do Direito. Se o problema é de gestão, qualquer manual de administração (pública ou privada) indica que tanto mais eficiência haverá quanto mais proximidade do problema e especialidade houver na gestão. Ora, isso só pode ser obtido através de uma redistribuição setorial, e não apenas macroeconômica. O objetivo redistributivo é, então, também uma forma de dar eficiência ao Estado.

Ocorre que esse tipo de redistribuição só pode ocorrer se for também objetivo da regulação econômica. O que passa com frequência despercebido é que essa redistribuição pode ser feita de várias formas. Algumas das mais eficazes dessas conjugam instrumentos tributários setoriais com medidas regulatórias.

A redistribuição pode ser direta – como ocorre, por exemplo, quando a regulação exige dos grandes produtores ou monopolistas que estendam seus serviços a consumidores (ou candidatos a consumidores) que a eles não têm acesso. É o que se tem, ultimamente, chamado de *universalização de serviços*.

A *universalização* é, via de regra, não-lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo.

Por outro lado, a empresa privada não estará disposta a estender a prestação de serviços simplesmente pelas externalidades sociais positivas que apresenta. Em conseqüência, há características que o assemelham bastante aos problemas que levaram à identificação de setores não-regulamentáveis, onde a intervenção direta do Estado é necessária.

Não por outra razão, como se verá, as principais propostas para resolução do problema de fornecimento universal baseiam-se exatamente em soluções estatais ou quase-estatais. Particularmente apropriada para resolução desse tipo de problema é a utilização da figura – até hoje letra morta na Constituição Federal – da contribuição de intervenção no domínio econômico (art. 149, *caput*).³⁴ Essa contribui-

34. As contribuições sociais sobre o domínio econômico têm natureza tributária, dado que sua aplicabilidade deve observar o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, da CF (v.: R. Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 23ª ed., pp. 565 e ss.; P. de B. Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 17ª ed., pp. 42 e ss.; H. de B. Machado, *Curso de Direito Tributário*, 28ª ed., pp. 431 e ss.; e L. E. Schoueri, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, 2005). No entanto, diferentemente dos outros tributos, a Constituição Federal não instituiu para as mesmas uma regra-matriz (prevendo hipótese de incidência, sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo e alíquota). Ao contrário, a Constituição prevê apenas a finalidade que essas contribuições devem atingir. As contribuições de intervenção no domínio econômico, portanto, deverão ter uma finalidade comum às finalidades de intervenção do Estado no domínio econômico. Conforme explicita Roque Carrazza, "a intervenção no domínio econômico poderá dar-se para assegurar a livre concorrência, para defender o consumidor, para preservar o meio ambiente, para garantir a participação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal no resultado da exploração, nos respectivos territórios, de recursos minerais etc." (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 28ª ed., p. 575). Disso decorre que a contribuição de intervenção no domínio econômico poderá ter como sujeito passivo qualquer particular que explore, sob regime privado, atividade econômica objeto de regulação estatal, e terá como fim qualquer um dos apresentados acima. A necessidade de visar a um fim determinado implica o fato de que necessariamente a receita oriunda das contribuições será vinculada, ao contrário dos demais tributos, nos quais essa finalidade é elemento accidental. Em virtude dessa peculiaridade, as contribuições terão natureza para-fiscal, apesar de serem entendidas como tributos. Hugo de Brito Machado chama a atenção para isso. Literalmente: "A função das contribuições sociais, em face da vigente Constituição, decididamente não é a de suprir o Tesouro Nacional de recursos financeiros. As contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, bem como as contribuições de seguridade social, ostentam nítida função para-fiscal. Destinam-se a suprir de recursos financeiros entidades do Poder Público com atribuições específicas, desvinculadas do Tesouro Nacional, no sentido de que dispõem de orçamento próprio. (...). As contribuições de intervenção no domínio econômico vinculam-se ao órgão do Poder Público incumbido de desenvolver ações intervencionistas, ou de administrar fundos decorrentes da intervenção estatal na economia" (*Temas de Direito Tributário-II*, pp.

ção serve para dois objetivos. De um lado, cria um ônus adicional para setor ou empresas particularmente beneficiadas por um determinado serviço ou atividade. De outro, financia a intervenção compensatória do Estado em determinada atividade ou até subsetor particularmente atingido.

Desse modo, a contribuição, em uma de suas formas mais eficazes, pode ter importante externalidade social positiva. Pode – e deve – contribuir para reequilibrar setores em que especiais condições de mercado criam benefício adicional para determinados agentes econômicos, em potencial detrimento dos demais concorrentes e dos consumidores. É exatamente o que ocorre na maioria dos setores em que há necessidade de regulação de monopólios formados a partir de redes. O titular de direitos sobre as redes parte de uma imensa vantagem inicial. Essa vantagem pode proporcionar lucros extraordinários. Esses lucros podem ser compensados tanto por uma obrigação direta de provimento de serviços a consumidores sem poder aquisitivo como pela instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico.

Note-se, no entanto – e isso é muito importante sublinhar –, que o destinatário dessas regras é, em primeira linha, o consumidor. A universalização é algo que a ele serve. Não tem como objetivo primário o reequilíbrio das relações entre concorrentes, ainda que indiretamente possa ter o efeito benéfico de compensar as vantagens concorrenciais existentes a favor dos detentores de redes. Se assim é, essa contribuição não deve ser repassada para o mesmo consumidor ou concorrente.³⁵

50-51). A título de exemplos da contribuição de intervenção no domínio econômico citem-se a quota de contribuição ao Instituto Brasileiro do Café/IBC, a quota adicional ao frete para Renovação da Marinha Mercante e a contribuição ao Instituto do Açúcar e do Alcool/IAA.

35. Exatamente o oposto foi feito no setor de telecomunicações. O chamado *Fundo de Universalização*, previsto pela Lei 9.472, de 16.7.1997, e instituído pela Lei 9.998, de 17.8.2000, foi criado para financiar a universalização dos serviços de telecomunicações e tem como princípio básico exatamente a não-interferência nas condições de concorrência. A Lei 9.472 estabelece que as fontes de financiamento da universalização devem ser neutras em relação à concorrência (art. 80, § 1º). Ademais, a Lei 9.998 e o Decreto 3.624, de 5.10.2000, que regulamenta o Fundo de Universalização, afirmam expressamente que o Fundo tem por finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. E complementam: constituirão receitas do Fundo, dentre outras coisas, contribuição de 1% sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes públicos

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.

e privados. 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 bruta 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 confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os jogadores a confessarem. Essa 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 conclui 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 impessoais – 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 contábeis e códigos de conduta uniformes para os mercadores.⁴¹

Interessante é notar – e aqui está outra prova da relevância dos valores *conhecimento 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. Daí 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 (aquí 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-encaixada 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. Compreendida essa ligação, é fácil, de um lado, entender que o estímulo à cooperação – 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 aceitou 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 (sociais).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.

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

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,