

MONOPOLIO NATURAL: A LEGITIMAÇÃO DO MONOPÓLIO PARA MINIMIZAR OS CUSTOS DE PRODUÇÃO

Carlos José de Castro Costa*

RESUMO

O presente estudo busca fazer uma abordagem em tema cuja importância em uma sociedade capitalista possui grande repercussão. Destarte, na análise que ora se apresenta inicia-se com a dicotomia Direito/Economia e a ligação existente entre as disciplinas mencionadas. Posteriormente, passa-se à argumentação atinente às duas estruturas de mercado existentes: concorrência perfeita e o monopólio. Demonstrada a impossibilidade de ocorrência, na prática, da existência de concorrência perfeita, em virtude das chamadas *falhas de mercado*, vislumbra-se a necessidade da regulação econômica, bem como a abordagem de três falhas de mercado: externalidades, assimetria de informação e a ocorrência de monopólios naturais. Elucidadas as falhas de mercado, o estudo trata da regulação econômica em setores verticalmente integrados, isto é, onde há ocorrência de monopólio natural, todavia, este possibilita a existência de segmentos competitivos, como por exemplo, no setor de telefonia, onde se verifica que o monopolista natural é aquele que detém as centrais telefônicas, contudo, há possibilidade de concorrência entre aqueles que conectam com as referidas centrais.

PALAVRAS-CHAVE

MONOPÓLIO NATURAL; FALHAS DE MERCADO; ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO; TELEFONIA

ABSTRACT

The present study it searches to make a boarding in subject whose importance in a capitalist

* Mestrando em Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos, Pós Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito de Campos, Professor Universitário da Faculdade Redentor, Professor do Curso de Pós-Graduação da Faculdade Redentor, Advogado.

society possesss great repercussion. Destarte, in the analysis that however if presents initiates with the Right dichotomy/Economy and the existing linking between you discipline them mentioned. Later, it is transferred the argument with relation to the two existing structures of market: perfect competition and the monopoly. Demonstrated the occurrence impossibility, in the practical one, of the existence of perfect competition, in virtue of the calls market imperfections, it is glimpsed necessity of the economic regulation, as well as the boarding of three imperfections of market: external, asymmetry of information and the occurrence of natural monopolies. Elucidated the market imperfections, the study it deals with the economic regulation in sectors vertically integrated, that is, where it has occurrence of natural monopoly, however, this makes possible the existence of competitive segments, as for example, in the telephony sector, where if it verifies that the natural monopoly is that one that withholds the telephone exchanges, however, has competition possibility between that they connect with the cited central offices.

KEYWORDS

NATURAL MONOPOLY; IMPERFECTIONS OF MARKET; ASYMMETRY OF INFORMATION; TELEPHONY.

INTRODUÇÃO: O PAPEL DO DIREITO NA ECONOMIA:

A proteção jurídica outorgada à pessoa humana, conforme estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, notadamente no art. 1º, inciso III, constitui corolário da visão civil-constitucional do Direito.

Neste quadrante, a concepção individualista – reinante no ordenamento jurídico pátrio desde os confins do século XVIII – emoldurou o modelo bem acabado sustentado pelo Código Napoleônico, corroborando os ideais burgueses fincados na igualdade formal entre as partes – sofre, diante de inúmeros fatos sociais ocorridos no século XX, uma mudança paradigmática.

Há de se ressaltar, que a massificação do consumo acentua a necessidade de intervenção estatal nas relações sociais. Não se pode olvidar que os sistemas jurídico e econômico estão intimamente ligados ao sistema político. É de se observar, portanto, uma economia de

mercado inspirada com direito, e um direito que considere as regras de mercado, sob pena de se obter, adotando-se a aplicação isolada do direito, a “justiça” sem funcionamento do mercado ou, aplicando-se as regras de mercado, a paralisação do país, o que caracteriza óbice ao desenvolvimento. Verifica-se, pois que há de ser feita justiça no plano individual, contudo, de modo que não gere a falência do Estado e da sociedade.

As regras emanadas pelo Poder Legislativo, que constituem o ordenamento jurídico, destarte, hão de conter valores morais e econômicos. O movimento *Law & Economics* – movimento de Direito & Economia – surge, inicialmente, como uma disciplina nas faculdades de direito, onde se percebe, posteriormente, os benefícios alcançados com a construção de uma teoria econômica do direito. Evidencia-se, portanto, não obstante as diferenças de ponto de vista de juristas e economistas, o reconhecimento de que as leis, o Judiciário e o Direito em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica.

As leis, para Ronald Coase¹, atuam, por intermédio da política econômica e desempenham cinco funções básicas, as quais gostaria de destacar: a) protegem os direitos de propriedade privados; b) estabelecem as regras para negociação e a alienação dos referidos direitos, entre agentes privados e entre estes e o Estado; c) definem as regras de acesso e de saída dos mercados; d) promovem a competição; e, e) regulam a estrutura industrial e a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência.

Os contratos também exercem papel fundamental na organização da atividade econômica, pois caracterizam a base de sustentação de muitas transações realizadas no mercado. Demonstra-se, pois, a importância para a economia de se estabelecer um sistema judiciário que tenha por fito proteger contratos e garantir os direitos de propriedade. O Direito e a Economia estão intimamente ligados. As privatizações, por exemplo, ressaltam a importância de se estabelecer bons sistemas legais e judiciais com o escopo de viabilizar níveis adequados de investimento.

¹ COASE, Ronald. *The firm, the market and the Law*. Chicago: Chicago University Press, p. 27-8, 1988.

O Direito possui, conforme demonstrado, papel importante na economia, influenciando inúmeros fatores econômicos, tais como o estabelecimento da política econômica, a determinação dos direitos de propriedade, o direito dos contratos etc. O respeito aos contratos e à propriedade privada, cuja garantia compete à lei assegurar, por meio de normas cogentes, beneficia o eficiente funcionamento da economia.

O mercado – instituição própria do capitalismo – tem como mais relevante função “ordenar a troca econômica de forma a, ao facilitar a circulação de riqueza a partir de uma dada e prévia atribuição de propriedade, tornar o sistema mais eficiente”². O mercado, portanto, para atingir tal desiderato, precisa da intervenção do Direito, o qual o constitui e disciplina. Não há, pois, condições de se debater mercados, uma estrutura decorrente de relações humanas, sem análise do direito e da economia.

O papel exercido pelo Direito nos mercados é de suma importância, pois o sistema de preços é o grande incentivador do comportamento humano, e, por outro lado, o Direito é, por excelência, um indutor de condutas. Diante do fato de que os recursos econômicos são escassos há de se obter decisões que maximizem o bem-estar social. Neste diapasão surge o Direito na Economia, como um importante instrumento para políticas públicas que visam garantir segurança e estabilidade ao sistema.

Um conjunto de normas jurídicas constitui regra de conduta social, além de regular a atividade dos homens e suas relações sociais, constitui um meio de solucionar conflitos. A função de induzir condutas e de resolver conflitos, assim, torna mais preciso o funcionamento do Direito. É cediço que, em uma sociedade capitalista, torna-se imperiosa a intervenção estatal nas relações econômicas.

1. DA CONCORRÊNCIA PERFEITA:

No modelo de mercado intitulado de concorrência perfeita, supõe-se que há muitos consumidores e muitas empresas, todos de tamanho reduzido em relação ao mercado como um todo. Há a suposição, ainda, de que há uma simetria de informações no que atine aos preços, ou seja, de que todos dispõem de informação perfeita sobre os preços cobrados por todas as empresas e que não há nenhum tipo de cooperação entre as empresas.

² SZTAJN, Rachel. *Ensaio sobre a natureza da empresa*. Organização contemporânea da atividade. p. 11, mimeo.

Nesta moldura, portanto, se uma empresa cobra um preço superior ao de mercado, efetivamente não conseguirá obter êxito em suas vendas. Ao revés, se fixa um preço inferior ao das outras empresas, tende a arrebatar todo o mercado. As demais empresas serão obrigadas a baixar o preço sob pena de não obterem êxito em suas vendas. O preço, então, é tomado pelos consumidores e pelas empresas como um dado, pois as empresas têm de cobrar o mesmo preço.

O próprio mercado, todavia, há de exercer um controle sobre o preço dos produtos, pois se uma empresa resolve cobrar um preço mais alto que o preço de mercado, fatalmente perderá seus clientes e será obrigada a baixar o preço para que volte a se equiparar ao mercado. Se, por outro lado, com o intuito de reunir uma clientela maior, a empresa opte por reduzir seu preço abaixo do preço de mercado? Em se tratando de concorrência perfeita, o lucro econômico da empresa será nulo, e, conseqüentemente, amargará um prejuízo em cada produto vendido. Não obstante haver um aumento em sua parcela de mercado, inevitavelmente terá perdas, o que, após certo tempo, levará a referida empresa à falência. Para que não alcance tal destino, o preço do produto terá de voltar ao nível anterior, isto é, determinado pelo mercado.

2. DO MONOPÓLIO:

Consiste em um modelo de estrutura de mercado oposto ao da concorrência perfeita, pois apenas uma empresa supre todo o mercado. Inúmeros motivos podem ensejar a criação de um monopólio, por exemplo, restrições legais à entrada de outras empresas – o que ocorreu durante décadas no setor de petróleo no Brasil; ou, ainda, quando a tecnologia de produção tenha um custo tão elevado que somente se consiga obter um custo mais baixo de produção quando o mercado é suprido por um só produtor – hipótese chamada de monopólio natural³.

Conforme foi salientado, na concorrência perfeita, tem-se o preço como um dado, enquanto que no monopólio, a empresa monopolista ao decidir quanto produzir toma o preço como uma função da quantidade produzida. Maximiza-se o lucro com a elevação da produção até o ponto em que a receita marginal com a última unidade produzida se torne igual ao custo marginal de produzi-la.

³ *Idem.*, pp. 58-59.

A instituição de um monopólio gera perda social – tanto que é vedada pelo ordenamento jurídico –, pois além de transferir a renda dos consumidores para a empresa, devido ao preço mais alto, resulta em menor quantidade produzida.

3. DA TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO:

Havendo concorrência perfeita, tem-se um equilíbrio de mercado e o bem-estar é maximizado. As condições para a existência de concorrência perfeita, todavia, dificilmente são encontradas na prática. Surgem, neste quadrante o que se convencionou chamar de *falhas de mercado*. Configura a existência de empresas que gozam de poder de mercado, externalidades e assimetrias de informação, as quais serão tratadas nos itens 6, 7 e 8.

Com o escopo de entender como se moldam as instituições econômicas, se torna imperioso analisar como elas atuam para permitir aos agentes celebrar transações a um custo mais baixo. Para a Teoria Neo-Institucionalista, o principal papel das instituições econômicas é reduzir o valor dos custos e, para tanto, compreender os custos de transação.

Custos de transação abrangem os custos com a realização de cinco atividades necessárias para a concretização de uma transação: a) a busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias, insumos e potenciais compradores e vendedores, além de informação sobre o comportamento desses agentes e as circunstâncias em que operam; b) a negociação com o fito de elucidar as verdadeiras intenções e os limites dos compradores e vendedores; c) a realização e a formalização dos contratos, de acordo com as formalidades legais, característica fundamental sob a égide do direito privado, pois reveste o ato das garantias legais; d) o monitoramento dos parceiros contratuais, para verificar o devido cumprimento da avença, bem como a proteção dos direitos de propriedade contra particulares ou o próprio setor público; e, e) a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos em decorrência de eventual descumprimento⁴.

A análise dos custos de transação leva em conta também o fato de que as pessoas têm racionalidade ilimitada, isto é, são capazes de absorver e processar toda a informação disponível. A Teoria dos Custos de Transação trabalha com o conceito de racionalidade

⁴ *Idem*, p.62.

limitada, na qual as pessoas buscam maximizar sua utilidade. Ademais, tem-se que o comportamento das pessoas é baseado na busca do interesse próprio – oportunismo –, mas respeitando as regras do jogo.

Diante destes fatos é importante que haja instrumentos de salvaguarda, dentre os quais as leis e o Poder Judiciário constituem os principais, porém, não são os únicos. Existem outros instrumentos de salvaguarda, por exemplo, a criação de uma agência reguladora, a qual tem por escopo arbitrar as disputas entre as partes, com base em objetivos próprios. Outros tipos de salvaguardas que podem ser incluídos no próprio contrato, tais como garantias reais em caso de inadimplência, além de limites às atividades que podem ser desenvolvidas pelas empresas.

4. DA REGULAÇÃO ECONÔMICA:

A atividade econômica tem presenciado inúmeras reformas liberais, todavia, a regulação da atividade econômica vem se tornando intensa no mundo. As normas e decisões exaradas pela Organização Mundial do Comércio – OMC, as decisões provenientes das Câmaras Internacionais de Arbitragens, atos do Banco Internacional de Compensações e da Organização Internacional do Trabalho, além de outras instituições têm exercido influência crescente na organização da atividade econômica.

Acordos internacionais como o de Kyoto, que tem por fito reduzir a emissão de gases na atmosfera; as restrições impostas às empresas por acordos regionais tais como a União Européia e o Mercosul, tornam-se cada vez mais freqüentes.

Processo semelhante tem sido verificado também nas economias nacionais, onde se expandem regulações incidentes sobre as atividades das empresas, dos profissionais liberais e mesmo das pessoas, como, por exemplo, utilização obrigatória do cinto de segurança e restrição ao fumo em locais públicos.

No âmbito nacional, desde a década de 1980 tem sido observada a substituição de um Estado empresário por um Estado que se preocupa em regular o setor privado. Verifica-se, pois que o mercado é mais eficiente que o Estado em definir a alocação de recursos e produzir. Cumpre-nos ressaltar, que durante o século XX, quando o Estado estava presente

de forma intensa no mercado, ficaram assentes inúmeros problemas, os quais foram caracterizados como *falhas de mercado*⁵.

A regulação econômica consiste em “*um conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado*”⁶. É de se salientar a distinção entre regulamentação e regulação econômica. Esta se refere a um plano elevado e geral de intervenção estatal, enquanto aquela é pertinente ao detalhamento normativo da intervenção estatal realizada por meio da regulação econômica.

O termo regulação econômica pode ser utilizado sob três acepções, dependendo do problema que se apresenta: a) regulação econômica como um conjunto específico de comandos normativos, em que a regulação envolve um agrupamento de regras coercitivas, editadas por órgão criado para determinado fim; b) regulação econômica como influência estatal deliberada, em um sentido mais amplo, com o escopo de influenciar os comportamentos social, econômico e político; e c) regulação econômica como forma de controle social.

A regulação econômica, em regra, é definida e aplicada diretamente pelo Poder Público, o qual cria órgãos específicos. Em uma Federação, como é o caso do Brasil, a regulação é feita conjuntamente por União, Estados-membros e Municípios. Por vezes, todavia, o Poder Público, pode delegar esta função, é o que ocorre, por exemplo, nas atividades profissionais de médicos, advogados, engenheiros, contadores e muitos outros profissionais cuja regulação é feita por entidades de classe.

A regulação era vista como a substituição da competição pelo comando estatal, que a exercia como principal mecanismo para garantir um bom desempenho da economia. Atualmente, entretanto, a regulação funciona de forma mais sutil, isto é, influencia, contudo, dificilmente determina com precisão o comportamento dos agentes econômicos.

À regulação cabe criar incentivos para que as empresas, consumidores e demais agentes econômicos tomem decisões que maximizem o bem-estar social. Para atingir tal desiderato,

⁵ “Utiliza-se a expressão *falhas de mercado* para referir-se à situação em que o mercado por si só não consegue alocar recursos eficientemente”. In MANKIN, N. Gregory. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

⁶ *Idem*, p. 254.

a regulação consiste em um conjunto de normas, regulamentos e procedimentos, oriundos do Poder Executivo – em regra –, para alterar os incentivos e restrições com que operam os agentes econômicos, com o escopo de corrigir as ineficiências geradas por falhas de mercado.

A regulação econômica é estudada sob a ótica da Economia, do Direito e da Ciência Política. Não há condições de se analisar sob qualquer destas perspectivas isoladamente, tendo em vista o fato de que as três perspectivas se complementam. A análise sob o enfoque econômico se efetua na forma em que a regulação influencia o comportamento dos agentes e, em consequência, impacta o bem-estar social. Sob a perspectiva do Direito, a regulação consiste em resultado de restrições legais ao comportamento dos agentes, cuja origem, hierarquia e consistência interna são o resultado de processos, por vezes completamente dissociados da lógica econômica. Sob o foco da ciência política a regulação consiste no resultado de um jogo político entre grupos de interesse que buscam moldar a intervenção estatal em seu benefício.

Quatro dimensões básicas são identificadas em qualquer regulação econômica: função, tipo, escopo e forma⁷: a) a função da regulação refere-se à falha de mercado que determinada regulação econômica busca corrigir; b) no que concerne aos tipos de regulação, subdivide-se em duas: regulação informativa e impositiva. A regulação informativa visa informar os consumidores sobre os males causados pelo consumo de um produto, por exemplo, os males causados pelo consumo do cigarro; a regulação impositiva tem por fito proibir a venda desse produto para determinados tipos de consumidores, pode-se citar, à guisa de exemplo, a vedação de venda de bebidas alcoólicas para menores de dezoito anos de idade. A principal diferença entre a regulação informativa e a impositiva consiste no poder de escolha que é outorgado ao consumidor; c) o escopo da regulação alude à extensão do controle e da supervisão que o regulador impõe à empresa regulada. Tendo em vista o fato de que as falhas de mercado são variadas, uma empresa pode estar sujeita a um conjunto variado de regulamentos, provenientes de diferentes ministérios, agências públicas, governos estaduais e municipais; d) a forma da regulação compreende os

⁷ SAPPINGTON, David E. M. “Principles of Regulatory Policy Design”, artigo preparado para subsidiary o World Development Report de 1994, publicado pelo Banco Mundial, mimeo, 1993.

diversos procedimentos que podem ser utilizados para impor as regras da regulação. Há pelos menos seis técnicas diferentes de regulação.

No que concerne à forma, portanto, a regulação pode se dar de acordo com as seguintes técnicas: a) Comando e controle: o regulador define cada detalhe das ações que a empresa deve tomar; b) por incentivos: várias etapas do processo decisório são delegadas à empresa, que em função do sucesso com o alcance das metas estabelecidas é recompensada; c) potencial: não há restrição à empresa, a menos que o desempenho da empresa seja considerado insatisfatório; d) reativa: a própria empresa regulada propõe ou executa determinada ação e, posteriormente, o regulador aprova ou reprova; e) proativa: o regulador, de antemão, especifica quais são as ações permitidas e quais são as ações proibidas; f) delegada: o poder de regular é delegado para os agentes regulados.

5. DAS FALHAS DE MERCADO DECORRENTES DE EXTERNALIDADES, DISTRIBUIÇÃO ASSIMÉTRICA DE INFORMAÇÃO E DE MONOPÓLIOS NATURAIS:

Inúmeros motivos podem levar o Estado a regular os agentes econômicos, dentre os quais destaca-se, a influência de grupos de pressão para defender o interesse específico da indústria regulada e a existência de objetivos políticos próprios – quando, por exemplo, o governo visa legitimar-se no poder ou busca a reeleição. Ressalte-se, que sobre essas duas hipóteses se debruçam os cientistas políticos. Os economistas, a seu turno, analisam a motivação do Estado em regular os agentes econômicos como um instrumento que pode aumentar a eficiência econômica, sem que haja interferência no mercado.

A ausência de interferência no mercado revela-se impossível, tendo em vista os seguintes fatos: a) os agentes econômicos interagem de forma intencional e de comum acordo; b) a informação não se configura igualmente disponível para todos; c) há um número muito grande de empresas competindo em condições desiguais em cada mercado; e, d) há, também, um número elevado de consumidores em condições de desigualdade. A partir desta realidade, não há coincidência entre os interesses dos produtores, consumidores, famílias, trabalhadores etc., e, conseqüentemente, o mercado deixa de ser eficiente.

Desta constatação exurgem três tipos de ineficiência, as quais se verificam quando ocorrem falhas de mercado: a) ineficiência alocativa, se verifica quando os bens e serviços

não são produzidos/consumidos em quantidades ótimas, e, assim, não maximizam o bem-estar social; b) ineficiência técnica ou produtiva, quando a produção não é alcançada ao menor custo possível; e c) ineficiência dinâmica, diante do fato de que uma quantidade insuficiente de recursos é dispensada na busca de inovações de produto e processo.

A regulação, nesses casos, visa alterar a forma como o mercado funciona, busca produzir uma situação de maior bem-estar social, pois se se deixar o mercado funcionar sem interferência estatal, pode resultar na minimização do bem-estar social. A regulação, então, tem por fito melhorar os resultados de mercado, com a correção dos efeitos das chamadas falhas de mercado.

Para a concretização da correção – ou minimização – das falhas de mercado, e, conseqüentemente, melhorar os resultados de mercado, a função, o tipo, o escopo e a forma da regulação a ser utilizada depende do tipo de falha de mercado que se quer neutralizar e da natureza da ineficiência causada pela referida falha de mercado.

A abordagem far-se-á sobre as falhas de mercado resultantes de externalidades⁸, de uma distribuição assimétrica de informação e de monopólios naturais⁹.

6. DAS EXTERNALIDADES:

A existência de externalidades é demonstrada pelo fato de que nem todas as interações ocorridas entre os agentes econômicos são intencionais e resultantes de acordo mútuo. Na ocorrência de uma externalidade, o preço pago pelo consumo de um produto não reflete o custo, para a sociedade, de produzi-lo.

As externalidades podem se dar de forma negativa ou positiva: a) podem ser citados como exemplos de externalidades negativas a poluição do ar, a poluição da água, a poluição sonora, pois a pessoa que respira ar contaminado consome água proveniente de um rio poluído ou se vê obrigada a dormir com um barulho decorrente do trânsito do local em que reside não está consumindo essa poluição por livre e espontânea vontade; e b) um exemplo de externalidade positiva consiste na chamada externalidade de rede, fenômeno corrente em

⁸ Externalidade se verifica quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa, ou a produção de uma empresa, afeta diretamente o bem-estar de outra pessoa ou empresa que não é parte na transação, ou seja, é uma cesta de bens ou serviços que é “fornecida” por um agente econômico a outro, na ausência de qualquer transação econômica entre estes dois agentes, relacionada a esse “fornecimento”.

⁹ Monopólio natural se verifica quando o custo é minimizado concentrando toda a produção de um conjunto de bens e serviços em uma única empresa.

redes de comunicações, tais como a de telefonia e Internet. Quando uma pessoa, por exemplo, compra um telefone, além de ter um benefício pelo fato de poder se comunicar, os demais usuários também ganham, pois podem passar a se comunicar com essa pessoa que acabara de adquirir o produto. Ademais, o comprador só demonstra disposição em pagar pelo benefício que tem individualmente porque pode se comunicar com o restante da rede.

7. DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO:

As trocas efetuadas entre agentes econômicos com base em informações incompletas sobre custos e benefícios demonstram falhas de mercado. Nestes casos, quando uma parte da transação tem mais informações sobre o produto do que a outra parte está presente uma *assimetria de informação*.

É possível partir de um exemplo simples: a venda de um carro usado, onde somente o dono sabe se, onde e como o carro sofreu algum acidente, se o veículo apresenta problemas no motor, além de outros fatores inerentes à propriedade daquele veículo automotor.

No mercado em que se apresenta a concorrência imperfeita – como o nosso – a assimetria de informação é regra, contanto, nem sempre é recomendável ou necessária a regulação, pois pode o vendedor manifestar interesse em manter uma boa reputação ou deferir garantias e fornecer incentivos suficientes para que a assimetria não prejudique a parte que detém menos informações. Para estes casos, basta que seja mantida uma regulação potencial, a qual somente será utilizada se houver evidência de abuso, como é o caso, por exemplo, do Procon em relação aos varejistas que vendem bens de consumo.

Há de se citar, ainda, como exemplo de se possibilidade de se manter apenas uma regulação potencial, a prestação de serviços especializados, tais como consultas médicas ou legais. A assimetria informacional entre cliente e fornecedor consiste em uma disparidade muito grande, a qual, inclusive, motiva a realização da consulta.

Neste caso, apresentam-se dois problemas distintos causados pela assimetria de informação, na qual o cliente sabe menos que o profissional que está realizando a consulta: a) a seleção adversa e b) o risco moral. A seleção adversa resulta do fato de o cliente não ter condições de avaliar a competência do profissional que escolhera. Caso os serviços prestados pelo profissional não sejam bem sucedidos, fala-se em risco moral, pois o cliente

não possui condições de avaliar se o insucesso decorreu de falta de esforço pessoal do profissional ou em razão de questões que não estavam ao alcance do referido profissional.

Em se tratando de serviços profissionais, a forma mais usual de regulação consiste na delegação aos próprios órgãos de classe, por exemplo, Conselho Regional de Medicina – CRM –, Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – etc. Esses órgãos de classe são os responsáveis por impedir a entrada de prestadores de serviços que não atendam a requisitos mínimos, referentes à qualidade e à ética, mitigando, portanto, os problemas de seleção adversa, bem como aplicam sanções àqueles profissionais que não tenham um desempenho profissional adequado ou ético, reduzindo, destarte, o problema do risco moral.

8. DO MONOPÓLIO NATURAL:

Quando o mercado não é competitivo, uma ou mais empresas gozam de poder de mercado, isto é, têm habilidade de fixar seu preço acima do custo marginal. Existe uma ineficiência alocativa, pois tal situação não maximiza o bem-estar social. Ademais, a falta de competição se traduz em menos incentivos para que a empresa seja tecnicamente eficiente e introduza inovações de processo e de produto.

Nesse caso, de ineficiência alocativa, compete ao setor público, por meio das agências de defesa da concorrência, impedir que a empresa exerça seu poder de mercado. As agências de defesa da concorrência têm a missão de limitar o grau de concentração industrial e coibir práticas anticompetitivas, tais como a formação de cartéis, vendas casadas e outras condutas, que violam a proteção outorgada ao consumidor.

Há determinadas situações, contudo, em que a tecnologia de produção revela-se de tal forma, que se torna mais eficiente uma única empresa atendendo todo o mercado. Neste caso diz-se que o mercado é caracterizado pela existência de um monopólio natural. Quando a tecnologia de produção se caracteriza por economias de escala¹⁰ e economia de escopo¹¹, tal situação faz com que haja subaditividade¹².

¹⁰ Economia de escala se dá quando o custo de uma empresa produzir uma quantidade Q é menor do que o custo total de duas empresas produzirem quantidades q_1 e q_2 separadamente.

¹¹ Economia de escopo ocorre quando o custo de uma única empresa produzir quantidades Q^A e Q^B de dois bens A e B é menor que alocar toda produção de A para uma empresa e toda a produção de B para outra empresa.

¹² Subaditividade é demonstrada quando o custo de ter uma única empresa produzindo as quantidades Q^A e Q^B revela-se menor que o custo total de ter duas empresas produzindo.

As economias de escala resultam da existência de elevados custos fixos, os quais incorrerão independentemente de quanto é produzido. Cita-se, por exemplo, uma rodovia, que exige alto investimento, antes que o primeiro carro possa transitar pela referida estrada. As economias de escopo, a seu turno, demonstram a existência de custos comuns à produção de mais de um bem ou serviço. Uma empresa, por exemplo, que faz o transporte ferroviário de passageiros e de carga entre duas cidades pequenas há de ser capaz de oferecer os dois serviços a um custo mais baixo do que se fossem ofertados separadamente os referidos serviços por duas empresas distintas.

As economias, de escala e de escopo, estão presentes em setores que requerem, antes de começar a operar, investimentos altos na instalação de redes físicas de distribuição, tais como telefonia fixa, ferrovias, rodovias, água, saneamento e distribuição de eletricidade. A competição nesses setores, não é socialmente eficiente, pois exige a duplicação dessas redes, o que importa em elevado custo de capital.

A vedação ao monopólio e, em consequência, o estímulo à competição tem por escopo minimizar o custo de produção. No caso do monopólio natural, todavia, estimular um mercado competitivo atrita com o objetivo de minimizar o custo de produção, e, inviabiliza, neste caso o estímulo à competição.

O papel da regulação, nos casos de monopólio natural, consiste em conseguir os resultados de uma situação de competição. O regulador, quando tem informações perfeitas, tem por escopo fazer com que a empresa opere com os custos, preço, quantidade e qualidade ótimas. Na prática, porém, a assimetria de informação entre regulador e a empresa consiste em regra, pois aquele tem menos informações do que este sobre os custos e a demanda dos produtos.

A recomendação, por essa razão, neste caso, estriba-se em o regulador conceder flexibilidade decisória à empresa, outorgando permissão para que ela faça algumas escolhas sobre como produzir e atender o mercado. O regulador deve aplicar a regulação à empresa para estabelecer incentivos de forma que ela utilize seu maior conhecimento sobre seus custos e sobre o mercado, para que, maximizando seu lucro, opte pela tomada de decisões que levem a se comportar como se estivesse em um mercado competitivo. O monopolista natural, portanto, possui mais informação sobre o negócio que o regulador, destarte, as

decisões operacionais não de ficar a cargo da empresa, enquanto o regulador somente observa os resultados finais, tais como vendas, receitas e custos. O regulador tem por fito estabelecer um modelo regulatório que torne os objetivos da empresa consistentes com os daquele, isto é, que levem à compatibilidade de incentivos.

9. DOS PRINCÍPIOS REGULATÓRIOS DOS MONOPÓLIOS NATURAIS:

Quando a tecnologia de produção é caracterizada por economias de escala e economias de escopo, o custo médio de produção cai à medida que aumenta a quantidade produzida. Em se tratando de monopólio natural, usualmente o regulador fixa o preço e deixa a empresa livre para definir como produzir. Surge, então, a questão de se saber em que nível o regulador fixa o preço de forma a maximizar o bem-estar social.

O setor público, em alguns setores do monopólio natural, arca em parte com os custos fixos da empresa. Os economistas denominam tal fato como a situação primeira melhor. No Brasil, por vezes, há na concessão para o setor privado de rodovias, ferrovias, água e saneamento. A aprovação política e a transferência de recursos do governo para uma empresa privada – monopolista –, todavia, revela-se muito difícil.

Diante deste fato, o regulador opta por uma solução segunda melhor, na qual ele fixa o preço de forma a maximizar o bem-estar social, entretanto, sujeito à restrição de que a empresa não tenha prejuízo. Em se tratando de uma empresa que produz apenas um produto, o resultado é obtido ao igualar o preço ao custo médio, incluindo a remuneração do capital investido.

Quando, entretanto, a empresa produz mais de um produto, e, conseqüentemente, há preços diferentes a ser fixados o regulador se encontra em situação mais complexa, dada a assimetria de informação.

10. DA REGULAÇÃO EM SETORES VERTICALMENTE INTEGRADOS:

Os monopólios naturais ocorrem em certas atividades de um setor que necessitam de grandes investimentos em redes para que possam ser executadas. Pode ser que, dentro do mesmo setor, contudo, em outros segmentos, possam funcionar mercados competitivos. No setor elétrico, por exemplo, a distribuição e a transmissão de energia são monopólios naturais, entretanto, na atividade de geração de energia pode ser estabelecido um mercado competitivo. Outros exemplos, que vale ressaltar, consistem na telefonia fixa local e a de

longa distância; distribuição e extração de gás natural; e, no setor de transportes, onde pode haver competição na operação de trens, ônibus e caminhões, ainda que a malha ferroviária e rodoviária sejam monopólios naturais. As redes – chamadas de instalações essenciais ou gargalos – são indispensáveis para que as empresas, nos segmentos competitivos, possam prover seus serviços.

Nestes casos verifica-se uma relação vertical entre os segmentos competitivos e o segmento que funciona como monopólio natural, pois, não adianta, por exemplo, gerar eletricidade, mas não haver redes para que ela chegue ao consumidor; não adianta possuir caminhões ou trens se estradas e ferrovias não podem ser utilizadas.

A abordagem da telefonia local, por exemplo, a qual conecta as centrais telefônicas às residências e aos locais de trabalho dos clientes, consiste em um monopólio natural. As operadoras de telefonia de longa distância, para ter acesso à conexão com o consumidor, e, conseqüentemente, poder operar, necessitam utilizar as redes de telefonia local. Verifica-se, pois, que o segmento competitivo não possui condições de funcionar dissociado daquele segmento detentor do monopólio natural.

Nesta moldura, caracteriza papel da regulação fixar regras de interconexão e tarifas de uso da rede, ainda quando o monopolista natural não opera de modo verticalmente integrado. No exemplo citado da telefonia de longa distância, a qual precisa interconectar-se com a rede da operadora local, o regulador há de garantir condições técnicas para que a conexão seja efetuada, obrigar a operadora local a permitir o uso de sua rede, bem como definir uma tarifa que a remunere pela conexão com a rede.

Se se tratar de um monopolista natural que atua no segmento competitivo, a situação fica ainda mais crítica, pois há uma assimetria informacional entre a operadora verticalizada e suas concorrentes. As regras de conexão e acesso, nestes casos, também hão de garantir isonomia competitiva entre as referidas empresas.

A opção era a de deixar que a empresa responsável pelo segmento monopolista atuasse, de forma isolada, nos segmentos competitivos. Recentemente, todavia, passou-se a dar mais ênfase à introdução da competição, sendo feita uma reavaliação da efetiva capacidade de o regulador controlar a conduta do monopolista.

As empresas que ingressam no segmento competitivo dependem do acesso aos usuários, o qual se dá mediante o acesso às redes controladas pelo monopolista. Em não havendo restrições regulatórias, o monopolista tem condições de impedir a competição criando desvantagens para os concorrentes no mercado de serviços finais, disponibilizando, por exemplo, um acesso em piores condições à sua rede.

A dificuldade reside em como reunir condições de impedir que o monopolista natural se valha do controle das instalações essenciais e, em consequência, do seu poder de mercado no segmento não competitivo para impedir que competição exista nos demais segmentos do setor. Há, pois, duas formas de obtenção de resultados: a regulação de conduta e a regulação estrutural.

A regulação de conduta (a), permite que o monopolista atue nos segmentos não-competitivo e competitivo, porém, impõe restrições com o fito de impedi-lo de criar desvantagens competitivas para os seus concorrentes nos segmentos competitivos. A regulação estrutural (b), a seu turno, impõe a separação vertical entre os segmentos não-competitivo e competitivo, aliado à restrições para que o monopolista atue no segmento competitivo.

Dada a assimetria de informação entre o regulador e o monopolista verticalmente integrado, a regulação de conduta torna-se demasiadamente difícil de ser implantada, pois o monopolista tem interesse em criar inúmeras dificuldades para os concorrentes, e para tanto, utiliza-se de informações superiores que detém, além dos mecanismos que dispõe no controle da rede.

O regulador, destarte, tem de impedir que o monopolista usufrua destas vantagens e garantir que os concorrentes da empresa verticalmente integrada tenham acesso às instalações essenciais em condições competitivas. Para que obtenha êxito, o regulador possui duas maneiras: a) impor diretamente a provisão de acesso em condições de preço e qualidade adequadas; e b) tornar a desagregação dos serviços obrigatória.

Ao impor diretamente a provisão de acesso em condições de preço e qualidade adequadas, o regulador deve garantir um equilíbrio entre o lucro obtido pela empresa monopolista quando provê o acesso para ela e o lucro que obtém quando disponibiliza – “vende” – esse acesso aos seus concorrentes, isto é, a tarifa de uso da rede cobrada aos seus

concorrentes, não pode ser mais alta que aquela implicitamente cobrada de si mesmo. Ademais, a qualidade e a facilidade do acesso disponibilizada aos competidores não pode ser de qualidade inferior àquela que utiliza. Os concorrentes precisam ter acesso igual às informações sobre os usuários com o escopo de garantir a briga pelo consumidor.

No que concerne à desagregação obrigatória dos serviços providos pelo monopolista, é importante salientar que quando um potencial competidor deseja ingressar no mercado, oferecendo serviços especializados, e, para a prestação dos referidos serviços, não necessita de todo o pacote ofertado pelo monopolista, não há de ser obrigado a adquiri-lo, o que torna necessária, destarte, a desagregação dos serviços.

Um gerador de eletricidade, por exemplo, deseja ingressar no mercado para suprir consumidores industriais, entretanto, não possui interesse no acesso a consumidores residenciais. Para que tenha acesso aos consumidores industriais, a empresa precisa utilizar as linhas de alta tensão de uma distribuidora. Uma das formas de inviabilizar a especialização, seria o monopolista se recusar a prover o serviço individualizado, ou, caso não consiga fazê-lo, cobrar uma tarifa proibitiva pelo acesso desagregado, ou, ainda, exigir que o competidor adquira todo o pacote de serviços.

Verifica-se, pois, que a regulação de conduta precisa fazer mais do que somente abrir o mercado e buscar condições de igual acesso quando o mercado é dominado por uma empresa verticalmente integrada que controle instalações essenciais. O regulador, além de ter de garantir acesso às instalações em condições de igualdade, tem de contrabalançar certas vantagens competitivas que aquele que ingressou primeiro no mercado detém. O regulador, portanto, não deve apenas defender, mas promover ativamente a competição, com o recurso à regulação assimétrica.

A regulação estrutural – aquela que impõe a separação vertical entre os segmentos não-competitivos e competitivos, combinada com restrições a que o monopolista atue nos segmentos competitivos – possui uma série de vantagens na regulação estrutural, pois elimina o incentivo do monopolista natural de diferenciar o acesso dado aos concorrentes do segmento. Com a ocorrência da separação vertical, todos os concorrentes procurarão os serviços do monopolista, e, sob a ótica do monopolista, quanto maior a competição e o

nível de atividade no segmento competitivo, maior o interesse em que os competidores possuam solidez e eficiência, de forma que ambos auferam maiores receitas e lucros.

Havendo integração vertical facilita condutas anticompetitivas como o *price squeezing* e a prática de preços predatórios no segmento competitivo, pois a contabilidade do monopolista natural evidencia-se mais complexa e difícil de acompanhar, facilita a transferência de custos entre os segmentos competitivos e os não-competitivos e infla as tarifas no segmento caracterizado pelo monopólio natural. A separação vertical, por outro lado, torna a contabilidade do monopolista mais transparente e elimina a possibilidade de que ele aloque contabilmente custos incorridos no segmento competitivo ao não-competitivo.

CONCLUSÃO:

Infere-se, portanto, com base no que foi afirmado no decorrer do presente trabalho, que dado às falhas de mercado, não se tem condições de existir um mercado em que haja concorrência perfeita. Ademais, a existência de monopólio também não é salutar ao desenvolvimento do mercado, pois a ausência de concorrência acarreta a não preocupação em minimizar os custos de produção.

Em alguns setores, todavia, a existência de concorrência inviabiliza a redução dos custos de produção. Setores em que há economias de escala e economias de escopo o custo com apenas uma empresa realizando a produção é menor do que se existisse mais de uma empresa produzindo. Eis o chamado monopólio natural, no qual um mercado competitivo atrita com o objetivo de minimizar o custo de produção.

O monopólio natural, paradoxalmente, tem por escopo minimizar os custos de produção, tendo em vista o fato de que em setores cujo investimento há de ser alto e o retorno financeiro somente é alcançado em longo prazo, o deferimento de privilégio na produção a uma única empresa, culmina com a redução dos custos, pois havendo mais de uma empresa no setor, os custos com a produção serão elevados.

REFERÊNCIAS

- COASE, Ronald.** *The firm, the market and the Law*. Chicago: Chicago University Press, 1988.
- GOMES, Orlando.** *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 1967.
- GRAU, Eros Roberto.** Um Novo Paradigma dos Contratos? *In Revista Crítica Jurídica*, n. 18, jun/2001.
- MATTIETTO, Leonardo.** O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. *In Problemas de Direito Civil-Constitucional*, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de.** O Princípio da Dignidade Humana. *In MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEGREIROS, Teresa.** *Teoria dos contratos: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINHEIRO, Armando Castelar & SADDI, Jairo.** *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SAPPINGTON, David E. M.** “Principles of Regulatory Policy Design”, artigo preparado para subsidiary o World Development Report de 1994, publicado pelo Banco Mundial, mimeo, 1993.
- SZTAJN, Rachel.** *Ensaio sobre a natureza da empresa*. Organização contemporânea da atividade. mimeo.
- TEPEDINO, Gustavo.** *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*. *In Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.