

A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO: UMA ALTERNATIVA PARA INTERPRETAR A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE REFUSALS TO DEAL

*Mauro Hiane de Moura**

Abstract: a lei sobre refusals to deal é incrivelmente confusa – um cenário que decorre, em parte, do fato de que, embora os Tribunais sempre utilizem certas expressões-chave nas decisões que versam sobre esse tema, seu significado muda sutilmente de caso para caso. Nesse contexto, ainda que recusas de venda praticadas por um monopolista sejam tradicionalmente classificadas como casos típicos de monopolização, alguns casos sugerem que esse tipo de conduta tende a ser analisado sob uma moldura teórica diferente. Essa moldura teórica coloca grande ênfase em intenção específica e envolve ferramentas analíticas que desviam, em certa medida, do padrão aplicado a casos de monopolização. Embora ela não corresponda, oficialmente, ao estado da lei contra monopolização, a aplicação da teoria do abuso de direito a cenários de recusas de venda ajuda a explicar uma parcela substancial dos resultados atualmente suportados pela Suprema Corte, e oferece uma razão clara para a rejeição da doutrina das essential facilities.

Palavras-chave: Sherman Act – monopolização – abuso de direito – essential facilities – refusals to deal.

1. Introdução

A idéia de que recusas de venda (“refusals to deal”) praticadas por um monopolista podem ser enquadradas como uma violação à Seção 2 do Sherman Act possui ampla aceitação. Isso, contudo, não quer dizer muito, porque diferentes teorias têm sido apresentadas para explicar o que deve e o que não deve contar como uma recusa de venda ilícita, e definir quais testes devem ser aplicados pelos Tribunais para identificar tais hipóteses propriamente.

* Bacharel em Direito, com láurea acadêmica, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Chicago. Pós-graduando em Economia do Direito da Concorrência pela Universidade de Londres. Advogado.

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com a doutrina das essential facilities: de um lado, consumidores tentam utilizá-la para garantir seu suprimento de um determinado bem; de outro, companhias telefônicas invocam-na para garantir acesso às redes de prestadoras de serviços de longa distância, ou às redes de seus competidores. Em alguns casos, contudo, a doutrina das essential facilities é totalmente ignorada, e o elemento subjetivo da conduta do monopolista quando ele recusou-se a negociar com alguém torna-se o elemento chave da análise judicial. Alguns casos, por fim, forçam o réu a apresentar uma justificativa legítima para seu comportamento, enquanto outros sugerem que o autor possui o ônus de provar que o réu buscou um certo rumo de ação enquanto possuía uma determinada intenção.

Resumidamente, a lei sobre recusas de venda é incrivelmente confusa – um cenário que decorre, em parte, do fato de que, embora os Tribunais utilizem certas expressões-chave em todo caso que versa sobre esse tema, o significado de tais expressões muda sutilmente em cada um deles. Nesse contexto, ainda que recusas de venda sejam tradicionalmente classificadas como casos típicos de monopolização, alguns casos julgados pela Suprema Corte sugerem que esse tipo de conduta tende, na realidade, a ser analisado de acordo com uma moldura teórica diferente. Essa moldura teórica coloca grande ênfase em *intenção específica*, sendo similar à teoria do abuso de direito, e envolve ferramentas analíticas que desviam do modelo aplicado a casos de monopolização. Meu objetivo, neste artigo, é identificar esses casos e oferecer uma maneira alternativa de explicar o que deve e o que não deve contar como uma recusa de venda ilícita sob o regime do Sherman Act.

O artigo inicia, na segunda parte, com uma descrição breve das origens e do papel da doutrina do abuso de direito, explicando como ela apareceu nos sistemas Continentais e indicando sua compatibilidade com o sistema norte-americano. A seguir, descreverei os testes básicos utilizados pelas Cortes para aplicar a Seção 2 do Sherman Act – para, na quarta parte, analisar precedentes-chave de recusas de venda. Na quinta parte, utilizarei a doutrina do abuso de direito para explicar o que *realmente* foi feito nos casos analisados na quarta parte do artigo, oferecendo um meio alternativo de entendê-los.

2. A Teoria do Abuso de Direito no Sistema Anglo-Americano

A doutrina do abuso de direito surgiu na França, durante o século dezenove, como uma maneira de compensar o amplo alcance da definição do Código de Napoleão referente a direitos de propriedade. De acordo com o Código, a propriedade forneceria um direito absoluto de uso e disposição,

desde que tais usos não contrariassem outras leis e regulamentos. Os Tribunais franceses, contudo, rapidamente encontraram uma maneira de eliminar alguns dos resultados indesejáveis que poderiam ser produzidos por uma formulação tão ampla, e desenvolveram a doutrina do abuso de direito. Uma das decisões mais antigas em tal direção foi produzida pela Corte de Colmar, declarando que “os limites do direito de propriedade são definidos por um interesse sério e legítimo, e, por consequência, eles não autorizam ações lesivas (no caso, a construção de uma chaminé) que não são justificadas por razões de utilidade e que são destinadas a causar prejuízo aos interesses de terceiros”.¹

Atualmente, a idéia de abuso de direito é compartilhada pela grande maioria dos sistemas Continentais, muito embora suas características variem de lugar para lugar. As maneiras diferentes em que o conceito é implementado podem ser classificadas em três grupos, que chamarei “*intencionalista*”, “*objetivista*” e “*mista*”. Para a vertente intencionalista, *intenção maliciosa* é o elemento essencial para a definição de abuso – o artigo 833 do Código Civil Italiano, por exemplo, afirma que o proprietário não pode praticar atos que não tenham outra finalidade que não prejudicar ou causar dano a outrem.² Em uma mesma linha, de acordo com o artigo 1295, parágrafo 2º, do Código Civil Austríaco, qualquer um que exercite seus direitos com a finalidade manifesta de lesar os interesses de outrem é responsável por danos.³

Onde a teoria objetivista é adotada, um abuso existe quando, à luz das circunstâncias, o exercício de um direito é irrazoável, ou seus efeitos são excessivos. Na Suíça, por exemplo, se um direito é exercido de uma maneira que causa dano a terceiro, quando uma maneira menos lesiva de exercê-lo era possível, há abuso.⁴ Em Portugal, o artigo 334 do Código Civil indica que o exercício de um direito é ilegítimo quando seu titular manifestamente exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.⁵

¹ Vera Bolgar, *Abuse of Rights in Europe*, 35 La. L. Rev. 1021 (1974-1975).

² Codice Civile, art. 833. Atti d'emulazione – Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

³ Joseph Voyame *et al.*, *Abuse of Rights in Comparative Law*, 30, in *Colloquium, Abuse of Rights and Equivalent Concepts: the Principle and its Present Day Application* (Council of Europe, 1990).

⁴ *Id.*, pág. 37.

⁵ Decreto-Lei n. 47.344, de 25 de Novembro de 1966, Artigo 334. (Abuso do direito) – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os

Na abordagem mista, Tribunais considerarão a natureza objetiva do ato de exercício de um direito e a intenção de seu titular. Como exemplo, leia-se o artigo 13(2) do Código Civil de 1992 da Holanda, conforme o qual “situações de abuso de direito são o exercício de um direito com a única intenção de lesar a outrem, ou por um propósito diferente daquele para o qual o direito foi concedido; ou o exercício de um direito quando seu titular não poderia razoavelmente ter decidido exercê-lo, dada a desproporção entre o interesse no exercício do direito e o dano causado por tal conduta”.⁶

A Inglaterra e os Estados Unidos pertencem a uma *quarta* categoria de países: aqueles que não reconhecem, *abertamente*, a existência de uma doutrina de abuso de direito. Usualmente, com o propósito de demonstrar que o conceito não possui lugar dentro do sistema Anglo-Americano, faz-se referência ao caso *Mayor of Bradford v. Pickles*, [1895] AC 587. Nele, um certo senhor Pickles cavou poços em sua propriedade – e, muito embora tenha declarado fazê-lo apenas para drenar algumas camadas de pedra subterrâneas, seu propósito específico era *reduzir o suprimento de água da comunidade* na qual se inseria. Pickles esperava que, desse modo, ele pudesse auferir alguns lucros no futuro – pois a comunidade seria obrigada a (i.) comprar suas terras ou (ii.) pagar-lhe por alguma espécie de direito que lhes concedesse acesso à água.

Em outras palavras, Pickles exerceu seu direito com uma única finalidade: lesar a comunidade. Depois que uma medida restritiva contra Pickles foi deferida, o caso foi submetido à Chancery Division – e, muito embora nenhum dos Lordes julgando o caso possuísse qualquer dúvida sobre a intenção real de Pickles, eles *deixaram de ordenar que os poços fossem fechados*. A decisão mostra que os Lordes *conheciam* a doutrina conforme a qual Pickles poderia ser impedido de maliciosamente exercer seus direitos legais e simplesmente declara que tal princípio *não havia encontrado lugar* no sistema inglês.⁷

limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

⁶ Michael Byers, *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*, 47 McGill L.J. 389 at 394-395 (2002).

⁷ *Corporation of Bradford v. Pickles*, [1895] 1 Ch 145. Depois de uma avaliação inicial, Lorde Herschell explicou que “*there [remained] the point to which I adverted, viz., the argument that, even if the Defendant is not otherwise infringing any rights of the Plaintiffs, he may be restrained from a malicious exercise of his legal rights,*

A disputa foi enviada à Câmara dos Lordes. Lá, o caso foi litigado sob a premissa de que Pickles havia agido maliciosamente, e sob a teoria de que um uso “que seria, em outras circunstâncias, justificável, deixa de sê-lo quando seu objeto é lesar a outrem”.⁸ A decisão do Tribunal *a quo*, contudo, foi mantida. A Câmara dos Lordes explicou que havia decidido uma questão idêntica em *Chesmore v. Richards*, 7 H.L.C. 349 – onde declarou que “o proprietário tinha um direito de fazer o que havia feito, independentemente de seu objeto ou finalidade, e ainda que a finalidade esteja totalmente desconectada do desfrute de seu próprio patrimônio”.⁹ As consequências dessa posição foram claramente explicadas por Lorde Macnaghten:

Muito talvez pudesse ser dito em defesa ou em ataque à conduta do Sr. Pickles. Mas a resposta real para o pedido da municipalidade é que, em um tal caso, motivos são imateriais. É o ato, não o motivo do ato, que deve ser considerado. Se o ato, separado do motivo, enseja o aparecimento de dano sem violação legal, o motivo, independentemente do quão repreensível possa ser, não irá fornecer esse elemento.¹⁰

Uma característica interessante desse caso é que os autores tentaram invocar a autoridade de *Chesmore v. Richards*, citando um trecho no qual era afirmado que “todo homem tem um direito às vantagens naturais de seu terreno [...], mas de acordo com a regra da razão e a lei ‘sic utere tuo ut alienum non laedas’, parece certo entender que ele deva exercer seu direito em uma maneira razoável, com tão pouco dano aos direitos de seu vizinho quanto possível”.

his design being to injure the Plaintiffs, and not to benefit himself. There is the high authority of Lord Wensleydale for stating that this principle has not found a place in our law. No case has been cited where relief has been given by the Courts on any such ground”. Lord Lindley, em complemento, explicou que “the only question a Court of Law or Equity can consider is whether the Defendant has a right to do what he threatens and intends to do. If he has he cannot be interfered with, however selfish, vexatious, or even malicious his conduct may be: see Chesmore v. Richards”. Grifei.

⁸ “The respondent in diverting this water is not making a reasonable use of the land. He is acting maliciously, and the cases shew that a user which would otherwise be justifiable ceases to be so when the object is to injure another”. *Mayor of Bradford v. Pickles*, [1895] AC 587. Grifei.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* Grifei.

Infelizmente para os autores, o voto condutor também disse que “o *Direito Civil* [dos sistemas Continentais] *considera um ato, que em outro contexto seria considerado legal, ilegal se praticado com a intenção maliciosa de lesar um vizinho, animo vicini nocendi. O mesmo princípio é adotado pelas leis da Escócia, onde um ato é proibido se ‘praticado em aemulationem vicini’, mas esse princípio não encontrou lugar em nosso direito*” (grifei). Em *Mayor of Bradford v. Pickles*, portanto, Lorde Watson corretamente explicou que “os nobres e ilustrados Lordes que participaram na decisão de *Chasemore v. Richards* entenderam que a doutrina não tem lugar na lei da Inglaterra”.

O caso anterior serve de ilustração à idéia de que o sistema inglês não conhece a idéia de abuso de direito. Um comentador reconhece que pontos isolados da lei referente a *nuisance* regulam boa parte do território coberto pela teoria do abuso de direito, mas explica que essas são instâncias isoladas, e que a lei da Inglaterra recusou-se a adotar a teoria como um princípio geral – simplesmente perguntando *o que* o réu fez, e não *por qual motivo* ele o fez.¹¹ Muito embora as causas reais de tal condição sejam desconhecidas, é possível pensar em vários motivos potenciais; uma opção seria fundamentar a rejeição da doutrina na concepção *individualista* de direitos individuais do sistema inglês, ou no fato de que a maioria dos autores ingleses está convencida de que as intenções de um indivíduo desafiam a análise racional.¹²

De qualquer maneira, nos Estados Unidos, a visão absolutista de direitos que provavelmente gerou a rejeição da doutrina do abuso de direito na Inglaterra foi *modificada* – e, como resultado, uma teoria *mais moderada* emergiu. Essa teoria *não é incompatível* com a idéia de que, em certos cenários, o exercício de um direito pode levar a um resultado ilegal porque o titular de tal direito agiu com uma intenção maliciosa. O melhor meio de ilustrar as diferenças entre os dois sistemas é o caso *Burke v. Smith*, 68 Mich. 380 (1888), como explicarei abaixo.

Burke e Smith eram proprietários de dois terrenos contíguos. Inicialmente, Smith tinha uma casa que cobria metade de seu terreno, e o lote de Burke estava vazio. Burke então decidiu construir duas casas em seu terreno para, subseqüentemente, alugá-las – o que, aparentemente, incomodou Smith, que decidiu construir mais uma casa na parte remanescente de seu terreno. Os conflitos entre os vizinhos aumentaram e Smith decidiu

¹¹ H.C. Gutteridge, *Abuse of Rights*, 5 Cambridge L.J. 30 (1933-1935).

¹² Ver Voyame, nota 4, supra, pág. 40.

construir uma *cerca de madeira*, em sua propriedade, que *impedia que a luz solar chegasse* nas janelas das casas de Burke.

Burke processou Smith, requerendo uma injunção compelindo-o a retirar a cerca de madeira – adotando a teoria de que Burke havia sido movido por uma intenção maliciosa e que sua ação não tinha qualquer propósito prático. A defesa de Smith baseou-se (i.) no fato de que, como a cerca estava dentro de sua propriedade, seus motivos eram irrelevantes, e (ii.) em uma afirmação de que o papel da cerca era impedir que Smith olhasse para as dependências das casas de Burke. A Corte rejeitou as justificativas de Smith e decidiu em favor de Burke, explicando que “*nenhum homem tem um direito legal de fazer uso malicioso de sua propriedade, não para benefício próprio, para para o claro propósito de lesar seu vizinho*”.¹³ O detalhe curioso está em que a maioria que suportou o voto contrário a Smith também invocou, como precedente, *Chasemore v. Richards* – um caso em que, como acima explicado, a conclusão *oposta* foi alcançada:

Em *Chasemore v. Richards*, 7 H.L. Cas. 387, 388, a Corte, ao firmar a regra conforme a qual o proprietário da terra tem direito a seu aproveitamento, e às terras subterrâneas que sob ela estejam, e que ele pode, para obter tal água, escavar um poço em prejuízo de seu vizinho, qualificou a regra dizendo que – “Parece certo dizer que ele deve exercer seu direito de uma maneira razoável, com tão pouco dano ao direito de seu vizinho quanto possível”, e aludiu ao fato de que a lei civil “considera um ato, que, de outra maneira, seria legal per se, ilegal se praticado com a intenção maliciosa de lesar a um vizinho animo vicini nocendi”.¹⁴

A Suprema Corte de Michigan, em outras palavras, adotou a mesma leitura de *Chasemore* que foi adotada, sete anos mais tarde, pelo Prefeito de Bradford (adversário do sr. Pickles na ação referida mais acima) – e que seria *rejeitada* pela Câmara dos Lordes. Não se deve pensar, contudo, que a Suprema Corte de Michigan não estava ciente das possibilidades alternativas de solução do problema: Smith fez expressa referência a uma série de casos que rejeitavam a idéia de que a motivação poderia tornar uma conduta ilícita. A Corte de Michigan, contudo, (i.) declarou que eles não representavam a lei em Michigan, e (ii.) consignou que o resultado defendido pela maioria era

¹³ 69 Mich. 380, 388 (1888).

¹⁴ *Id.*, pág. 386. Grifei.

“justo e eqüitativo, e poderia ser sustentado, se não pelo peso de precedentes, pela melhor razão e pela melhor autoridade”¹⁵ – *apenas então* citando *Chasemore*, juntamente com outros casos e tratados¹⁶ que poderiam fornecer apoio à conclusão desejada. *Burke*, por tudo isso, é sinal de uma rejeição *deliberada*¹⁷ à rota adotada em *Mayor of Bradford v. Pickles*, e serve como símbolo da idéia de que a teoria absolutista de direitos existente na Inglaterra não foi reproduzida nos Estados Unidos.¹⁸

¹⁵ *Id.*, pág. 386.

¹⁶ “*Mr. Cooley, in his work on Torts, in speaking of nuisances, says: ‘If a discomfort is wantonly caused from malice or wickedness, a slight degree of inconvenience may be sufficient to render it actionable.’ Cooley, Torts, 596. Mr. Washburn, in his treatise on Easements quotes with favor the doctrine as to rights in the use of water laid down in Wheatley v. Baugh, supra: ‘Neither the civil nor the common law permits a man to be deprived of a spring or stream of water for the mere gratification of malice. * * * The owner of land on which a spring issues from the earth has a perfect right to it against all the world, except those through whose lands it comes. He has even a right to it against them until it comes in conflict with the enjoyment of their right of property.’ Washb. Easem. (3d ed.) 487, 488”.* *Id.*, pág. 387. (grifei)

¹⁷ O voto divergente menciona que “*it was urged on the argument that there was at least foundation for such relief in the civil law, and that we might follow that if we chose*”. Ver *id.*, pág. 390, (grifei), dando uma boa idéia do contexto em que *Chasemore* foi usado pela maioria. Provavelmente essa é a razão pela qual o voto divergente *não faz referência* ao fato de que, em *Chasemore*, a Câmara dos Lordes atingiu um resultado inteiramente oposto. Diferentemente, depois da frase acima transcrita, o voto divergente continua com “*I have searched diligently, and found no such authority*”. Aqui, contudo, há uma armadilha sutil: o que o voto divergente procurou, e não encontrou, era uma regra permitindo a criação de uma *servidão* (um *easement*) em benefício de Burke, e dando a ele o direito de olhar às dependências de seu vizinho. A despeito disso, a solução de Direito Civil Continental mencionada em *Chasemore* e pelos autores não era uma “*servidão judicial*”, mas a doutrina do *abuso de direito*. Se o voto divergente houvesse procurado por tal solução, teria certamente encontrado referências a ela.

¹⁸ Em 1905, James Barr Ames, Dean da Harvard Law School, investigou o estado da lei sobre cercas restritivas (spite fences) e desvio malicioso de água nos Estados Unidos. Ele verificou que “in thirteen of the fifteen jurisdictions in which the question [had] arisen the courts have declared that the malevolent draining of a neighbor’s spring is a tort. On the other hand, in six of the ten states in which actions have been brought for the malevolent erection of a spite fence, the opinion of the court was against the plaintiff”. J.B. Ames, *How Far an Act May Be a Tort Because of the Wrongful Motive of the Actor*, 18 Harv. L. Rev. 411 (1905), *apud* Joseph M. Perillo, *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*, 27 Pac. L.J. 37, pág. 45.

Assim, ainda que não esteja claramente codificada ou definida, a idéia de abuso de direito não é totalmente estranha ao sistema Americano. Meu objetivo, com os exemplos anteriores, é demonstrar que essa idéia, ainda que não abertamente reconhecida, faz parte do que podemos chamar de “*inconsistente jurídico*” norte-americano – e se manifesta, episodicamente, nas mais diferentes áreas de seu Direito.¹⁹

Deve ser mencionado, de qualquer sorte, que uma cláusula geral de abuso de direito pode não ser tão necessária ao sistema Anglo-Americano quanto é aos sistemas Continentais. Nos países de Direito Civil, direitos são (i.) fundamentalmente, baseados em *textos legais*, onde são (ii.) definidos *amplamente*. Nesse contexto, a doutrina do abuso de direito tem uma *função corretiva*,²⁰ tornando ilícitas certas condutas que poderiam aparentar estar dentro do escopo de uma fórmula textual ampla. Nos países de common law, como direitos tendem a ser *incrementalmente definidos* a partir de *decisões judiciais*, é menos provável que uma doutrina equivalente seja necessária:²¹ é perfeitamente razoável assumir que a evolução paulatina e constante dos direitos nesse sistema tenderá a definir os limites externos de cada direito, em cada momento de tempo, em sua extensão desejável.

A evolução incremental dos conceitos legais nos sistemas de common law, no entanto, tem seus próprios problemas. Às vezes, em razão da doutrina *stare decisis*, Tribunais parecem, na superfície, estar utilizando conceitos legais mencionados nos precedentes que citam – mas, na verdade, estão, subterraneamente, *redefinindo-os* e adaptando-os às necessidades de cada caso. Nesse contexto, a idéia de abuso de direito ainda pode ser útil, ajudando o observador superar aquilo que as decisões *afirmam* fazer e entender aquilo que elas *realmente* fazem. Isso é o que farei a seguir.²²

¹⁹ Um comentarista chegou a pretender que *há* uma *doutrina de abuso de direito* no Direito Americano, “and is employed under such labels of nuisance, duress, good faith, economic waste, public policy, misuse of copyright and patent rights, lack of business purpose in tax law, extortion and others”. Perillo, nota 19, *supra*, pág. 40.

²⁰ Ver A.N. Yiannopoulos, *Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New...*, 54 La. L. Rev. 1195 (1993-1994).

²¹ Esta teoria foi oferecida por Pierre Catala and Tony Weir in *Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II*, 38 Tul. L. Rev. 221 (1964), *apud* Michael Byers, *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*, 47 McGill L.J. 389, pág. 396 (2002).

²² A tese de fundo contida neste artigo é a de que, por trás da linguagem dos testes de monopolização, a Suprema Corte está aplicando uma variante da teoria do abuso de direito para separar o que deve e o que não deve ser visto como uma recusa de

3. A Lei contra Monopolização: da Intenção Específica à Análise Proporcional

A Seção 2 do Sherman Act afirma que “*toda pessoa que monopolizar, ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, para monopolizar qualquer parte do comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras*”,²³ deve ser considerada culpada por uma infração criminal²⁴ e condenada. Não há definição textual, contudo, do que deva ser considerado “*monopolização*” ou “*tentativa de monopolizar*” – de modo que os Tribunais ficaram com o encargo de interpretar tais conceitos e determinar sua extensão correta.

Na antiga *common law*, “*contratos em restrição ao comércio*” e “*monopólio*” eram idéias conectadas.²⁵ Basicamente, alguém poderia obter um monopólio através de uma série de contratos restringindo os direitos de

venda ilícita. Se essa leitura estiver correta, isso pode demonstrar uma insuficiência comparativa dos sistemas de common law em relação aos sistemas de Direito Civil: válvulas de escape normativas como o abuso de direito possuem uma função corretiva. Nos países de common law, precisamente em razão de seu funcionamento incremental e retrospectivo, Tribunais não possuem condições de delinear válvulas de escape normativas da mesma maneira; se o fizerem, provavelmente estarão parecendo *afrontar a força dos precedentes que devem respeitar*. A única maneira de respeitar um precedente e adaptá-lo a casos novos é *mudando o significado de suas palavras* – provavelmente, o que foi feito pela Suprema Corte em relação ao tema objeto deste comentário.

²³ No original: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations*”.

²⁴ No original, “*felony*”, termo utilizado em oposição a “*misdemeanor*”, que designa infrações criminais de menor potencial ofensivo. Felonies são crimes sérios – na mesma categoria, por exemplo, estão homicídios, estupros e incêndios criminosos.

²⁵ “*This is shown by my Lord Coke’s definition of monopoly as being ‘an institution or allowance (...). whereby any person or persons, bodies politic or corporate, are sought to be restrained of any freedom or liberty that they had before or hindered in their lawful trade.’ It is illustrated also by the definition which Hawkins gives of monopoly wherein it is said that the effect of monopoly is to restrain the citizen ‘from the freedom of manufacturing or trading which he had before.’ And see especially the opinion of Parker, C.J., in Mitchel v. Reynolds (1711), 1 P. Williams, 181, where a classification is made of monopoly which brings it generically within the description of restraint of trade*”. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 55 (U.S., 1911). Grifei.

uma das partes de tal contrato de livremente dedicar-se a alguma atividade econômica.²⁶ Como resultado, um monopólio apareceria, gerando o poder de aumentar preços e impedindo pessoas de livremente exercer a ocupação que desejassem.²⁷

Nos Estados Unidos, houve uma ligeira modificação dessa concepção: não apenas contratos em que alguém fosse forçado a retirar-se de certa atividade econômica, mas também contratos que tendessem a “indevidamente diminuir a competição e, portanto, aumentar preços – em outras palavras, monopolizar – vieram [...] a ser considerados e tratados como eles tinham sido na Inglaterra, como restringindo o fluxo devido do comércio, e, por consequência, como sendo em restrição ao comércio”.²⁸

²⁶ Em sua definição da idéia de “*contracts in restraint of trade*”, Justice White explicou que eles eram o resultado de um *abuso do direito de contratar*, e eram efetuados com a *intenção de causar dano ao público*. “As monopoly as thus conceived embraced only a consequence arising from an exertion of sovereign power, no express restrictions or prohibitions obtained against the creation by an individual of a monopoly as such. But as it was considered, at least so far as the necessities of life were concerned, that individuals by the abuse of their right to contract might be able to usurp the power arbitrarily to enhance prices, one of the wrongs arising from monopoly, it came to be that laws were passed relating to offenses such as forestalling, regrating and engrossing by which prohibitions were placed upon the power of individuals to deal under such circumstances and conditions as, according to the conception of the times, created a presumption that the dealings were not simply the honest exertion of one’s right to contract for his own benefit unaccompanied by a wrongful motive to injure others, but were the consequence of a contract or course of dealing of such a character as to give rise to the presumption of an intent to injure others through the means, for instance, of a monopolistic increase of prices”. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 52 (1911). Grifei.

²⁷ À época em que *Standard Oil* e *American Tobacco* foram decididos, a Suprema Corte já havia decidido uma dezena de casos sobre o Sherman Act. Nesses dois casos, contudo, a Corte *modificou* sua interpretação do Sherman Act – embora, claro, não tenha expressamente admitido tal circunstância no corpo das duas decisões. Para os fins da presente análise, contudo, os casos anteriores assumem um papel secundário.

²⁸ *Id.*, pág. 57. Mais uma vez, a idéia de abuso do direito de contratar está presente: uma análise desses contratos justificava a conclusão de que “they had not been entered into or performed with the legitimate purpose of reasonably forwarding personal interest and developing trade, but on the contrary were of such a character as to give rise to the inference or presumption that they had been entered into or done with the intent to do wrong to the general public and to limit the right of individuals, thus restraining the free flow of commerce and tending to bring about the evils, such as

Esses atos, contudo, inicialmente, só seriam rejeitados quando envolvessem “uma intenção e um propósito de excluir outros, o que era frequentemente manifestado nos atos e em negociações totalmente inconsistentes com a teoria de que eles haviam sido feitos sob a única idéia de aumentar o desenvolvimento de poder negocial por meio de métodos tradicionais”.²⁹ Em outras palavras, nas origens de sua aplicação, a Seção 2 era *direcionada* à captura de atos em cuja raiz estava um tipo de *intenção maliciosa*. Leia-se a seguinte passagem de *U.S. v. Socony-Vacuum*, decidido em 1940:

A existência ou o exercício de poder para atingir o objetivo desejado torna-se importante apenas em casos nos quais a acusação é a real monopolização de qualquer parte do comércio, em violação à Section 2 do Ato. *Uma intenção e o poder para produzir o resultado condenado pela lei são, então, necessários*. Como afirmado em *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 396, 25 S.Ct. 276, 279, ‘... quando essa intenção e a conseqüente perigosa probabilidade existem, esse estatuto, assim como vários outros, e como a common law em alguns casos, dirige-se contra tal perigosa probabilidade bem como contra o resultado completo.’³⁰

Durante a década de 40, todavia, o Sherman Act passou a ser lido com um alto grau de hostilidade contra grandes companhias – de modo que a maioria ações adotadas por um monopolista começou a ser vista como fonte de potenciais problemas. O ponto mais alto dessa tendência é, provavelmente, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945), onde o Juiz Learned Hand entendeu que a Alcoa havia ilegalmente *monopolizado* um determinado mercado por meio da progressiva ampliação de sua capacidade de produção.

Há aqui, contudo, uma sutil manobra interpretativa. A Alcoa, efetivamente, havia mantido sua posição por meio de ações voluntárias – mas seria difícil provar que, por trás de tais ações voluntárias, havia a *intenção específica* de construir ou manter um monopólio. Nesse contexto, era provável que, se o caso fosse submetido aos testes-padrão referentes à Seção 2 do Sherman

enhancement of prices, which were considered to be against public policy”. *Id.*, pág. 59. Grifei.

²⁹ *Id.*, pág. 76. *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 181-182 (1911). *United States v. United States Steel Corp.*, 223 F. 55, 62 (U.S. Dist., 1915).

³⁰ 310 U.S. 150, 224 (1940). Nota de rodapé n. 59. Grifei.

Act, o governo dos Estados Unidos *perderia* a ação movida contra a Alcoa. Learned Hand, não obstante, encontrou uma solução – e *redefiniu* o teste de monopolização, fundamentando-o em *ação voluntária*, não em intenção específica de construir um monopólio.

Em *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946), a Suprema Corte aceitou o centro da tese de *Alcoa*, acatando a idéia de que uma violação à Seção 2 requeria *ação voluntária*, mas não *intenção específica* de construir um monopólio. Aqui, todavia, há outra inconsistência – provavelmente decorrente do fato de que a Corte não poderia ignorar abertamente seus próprios precedentes. Leia-se o seguinte trecho:

Uma interpretação correta do estatuto e das fontes pertinentes leva à conclusão de que o crime de monopolização ocorre, sob o parágrafo 2 do Sherman Act, quando as partes, como nestes casos, combinam ou conspiram para adquirir ou manter o poder para excluir competidores de qualquer parte do comércio entre os vários estados ou com nações estrangeiras, desde que elas também tenham um poder tal que sejam capazes, como um grupo, de excluir competição real ou potencial e *desde que tenham a intenção e a finalidade de exercer tal poder*. Ver *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 , 226, n. 59, 60 S.Ct. 811, 846 e as fontes lá citadas.³¹

O trecho acima grifado, lido por seu valor de face, conduziria qualquer leitor à conclusão de que a abordagem intencionalista continuaria sendo decisiva para a definição da ofensa de monopolização. No entanto, alguns parágrafos a seguir, a Suprema Corte expressamente fala sobre a decisão do caso *Alcoa*, explicando que ela havia sido proferida pela Corte de Apelação do Segundo Circuito sob a autoridade de uma lei que a autorizava a decidir “*em lugar da Suprema Corte*” – e afirma *recepção* a força de seus argumentos, *transcrevendo* um bom trecho da decisão original. Simbolicamente, o seguinte parágrafo é o último a ser transcrito:

Para ser alcançado pela Seção 2, o monopolista deve ter tanto o poder para monopolizar quanto a intenção de monopolizar. *Ler essa passagem como demandando uma intenção “específica”, contudo, faz com que ela não tenha sentido, pois nenhum monopolista monopoliza inconsciente do que ele está fazendo.*³²

³¹ 328 U.S. 781, 809 (1946). Grifei.

³² *Id.*, pág. 814. Grifei.

Esse é um movimento decisivo no sentido da “objetivização” da Seção 2, com o expurgo dos testes sobre motivação subjetiva de seu interior. Dentro desse contexto, o futuro da regra terminaria sendo definido nos próximos casos submetidos à apreciação da Suprema Corte – o que ocorreu em *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948). Ali, a Corte claramente afirmou que:

Todavia, *nem sempre é necessário afirmar a existência de uma intenção específica de restringir o comércio ou de construir um monopólio para que se possa estabelecer que as leis antitruste foram violadas*. É suficiente que a restrição ao comércio ou o monopólio resultem como a consequência da conduta do réu ou de seus arranjos negociais. (...) Requerer uma demonstração maior iria aleijar o Ato. Como afirmado em *United States v. Aluminum Co. of America*, 2 Cir., 148 F.2d 416, 432, “nenhum monopolista monopoliza inconsciente do que ele está fazendo”. Intenção específica, no sentido requerido pela *common law*, é necessária apenas quando os atos não conseguem produzir os resultados condenados pelo Ato.³³⁻³⁴

³³ 334 U.S. 100, 104. Grifei. O voto, a seguir, busca fundamentar tal posição em um voto do Justice Holmes em *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375. O detalhe digno de nota é que o *mesmo voto* já havia sido citado em *Socony-Vacuum* com o objetivo de provar, precisamente, a tese *contrária* – qual seja, a de que a intenção específica *era relevante*. É fácil ver que o voto em *Griffith* distorce *Swift*; em *Swift*, a intenção específica *estava presente*, e o argumento apresentado pelos réus foi de que seus atos, vistos isoladamente, *não poderiam ser tidos como ilegais*. A decisão afirma que esses atos “faziam parte de um plano”, e que, nesse contexto, poderiam ser rejeitados. Leia-se: “The scheme as a whole seems to us to be within reach of the law. The constituent elements, as we have stated them, are enough to give to the scheme a body and, for all that we can say, to accomplish it. Moreover, whatever we may think of them separately, when we take them up as distinct charges, they are alleged sufficiently as elements of the scheme. It is suggested that the several acts charged are lawful, and that intent can make no difference. But they are bound together as the parts of a single plan. The plan may make the parts unlawful. *Aikens v. Wisconsin*, 195 U.S. 194, 206, 25 S. Sup. Ct. Rep. 3, 49 L. ed. 154. The statute gives this proceeding against combinations in restraint of commerce among the states and against attempts to monopolize the same. Intent is almost essential to such a combination, and is essential to such an attempt. Where acts are not sufficient in themselves to produce a result which the law seeks to prevent, – for instance, the monopoly, – but require further acts in addition to the mere forces of nature to bring that result to pass, an intent to bring it to pass is necessary in order to produce a dangerous probability that it will happen. *Com. v. Peaslee*, 177 Mass. 267, 272, 59 N. E. 55. But when that intent and the consequent dangerous probability exist, this statute, like many others, and like the common law in some cases, directs itself

Esse era o estado básico da lei quando a Suprema Corte decidiu *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), no qual o delito de monopolização foi remodelado e descrito como sendo o resultado de dois elementos: “(1) a posse de poder de monopólio dentro do mercado relevante e (2) a aquisição voluntária [willful acquisition] ou manutenção de tal poder, como oposto do crescimento ou desenvolvimento como consequência de um produto superior, tino negocial, ou acidente histórico”.³⁵ A linguagem “*willful acquisition*” é descendente direta, por sua vez, da idéia de “comportamento voluntário” de Learned Hand em *Alcoa* – e uma idéia mais acurada de seu significado pode ser vista na decisão do Juiz Wyzanski que a Suprema Corte manteve em *Grinnell*:

Outro ponto preliminar merece nota – e esse é a relevância, se existente, da intenção do réu. A questão é saber se, quando o Governo ou outro autor acusa o réu com uma violação do Sherman Act, o reclamante está submetido ao dever de provar que seu adversário tinha ou *mens rea* ou, mais do que isso, a intenção específica de violar as leis antitruste. *No que diz respeito a uma acusação de “monopolização”, diferentemente da ofensa menor de “tentativa de monopolização”, não é necessário, como Aluminum e United Shoe declaram, que o reclamante prove mais do que o réu tinha a intenção de adotar práticas que mantiveram seu poder de mercado.*³⁶

A fórmula de *Grinnell* partia do pressuposto de que uma participação substancial de mercado seria alcançada, na maior parte do tempo, por meio

against that dangerous probability as well as against the completed result. What we have said disposes incidentally of the objection to the bill as multifarious. The unity of the plan embraces all the parts”. Os grifos são meus. O trecho final dessa passagem – a partir de “where acts are not sufficient...” – não leva à conclusão de que a intenção específica não era relevante. Foi essa contudo, a conclusão da Suprema Corte em *Griffith*.

³⁴ Como complemento, em *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (1953), o Juiz Wyzanski enfatizou que, sob a tese de Learned Hand em *Alcoa*, um monopolista poderia eximir-se de responsabilidade se conseguisse demonstrar que seu monopólio era simplesmente o resultado de “*habilidade superior, produtos superiores, vantagens naturais, (...) eficiência econômica ou tecnológica (incluída a pesquisa científica), baixas margens de lucro mantidas permanentemente e sem discriminação, ou licenças conferidas, e utilizadas, dentro dos limites da lei*”. *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295, 342 (1953).

³⁵ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966).

³⁶ *United States v. Grinnell Corp.*, 236 F. Supp. 244, 247-248 (U.S. Dist., 1964).

de práticas comerciais inaceitáveis.³⁷ Assim, depois que o autor definisse o mercado relevante e provasse que o réu havia obtido uma parcela substancial dele por meio de ação *voluntária*, o réu teria o ônus de demonstrar que sua posição era unicamente o resultado de habilidades superiores ou vantagens naturais. Se uma companhia houvesse *voluntariamente* buscado um curso de ação diferente, o delito de monopolização poderia ser constatado.

A análise de *intenção específica* sobreviveu, mas confinada aos testes aplicados a situações de tentativa de monopolização. Esse entendimento, anterior a *Alcoa* e reafirmado em *Griffith*, foi defendido pelo próprio Learned Hand, para quem “conduta que produz menos que um monopólio não é ilegal a menos que seja parte de um plano para monopolizar, ou pra ganhar controle sobre um mercado de uma maneira igualmente proibida. Para efetuar essa demonstração, o autor deve demonstrar o que, em Direito Penal, é conhecido como ‘intenção específica’; uma intenção que vai além da simples intenção de praticar o ato”.³⁸ Para o teste de monopolização, contudo, intenção específica havia *claramente* deixado de possuir qualquer importância.

Mais à frente, a tônica que guiava a aplicação do sistema antitruste foi modificada – e, da proteção de uma estrutura de mercado onde pequenos

³⁷ O seguinte trecho da decisão de Wyzanski serve como uma boa indicação das premissas que o guiavam: “in the two decades since the opinion of Judge Learned Hand in *United States v. Aluminum Co. of America*, 2nd Cir., 148 F.2d 416 (1945), most of the cognoscenti have expected that a day would come when the Supreme Court would announce that where one or more persons acting jointly had acquired so clear a dominance in a market as to have the power to exclude competition therefrom, there was a rebuttable presumption that such power had been criminally acquired and was a monopolizing punishable under § 2. (...) To this Court it appears that the day has come for it, and more important for counsel, to proceed on the acknowledged principle that once the Government has borne the burden of proving what is the relevant market and how predominant a share of that market defendant has, it follows that there are rebuttable presumptions that defendant has monopoly power and has monopolized in violation of § 2. The Government need not prove, and in a well-conducted trial ought not to be allowed to consume time in needlessly proving, defendant’s predatory tactics, if any, or defendant’s pricing, or production, or selling, or leasing, or marketing, or financial policies while in this predominant role. If defendant does wish to go forward, it is free to do so and to maintain the burden of showing that its eminence is traceable to such highly respectable causes as superiority in means and methods which are ‘honestly industrial’, as Judge Hand characterized the supposititious socially desirable monopolizer”. *Id.*, págs. 247-248.

³⁸ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 431-432 (1945). Grifei.

competidores também tivessem espaço, migrou-se para a defesa da *eficiência econômica*. A abordagem objetivista de *Grinnell*, contudo, permaneceu sendo boa lei, a despeito das evoluções pelas quais os testes para casos de monopolização passaram ao longo dos anos. Seus subseqüentes refinamentos terminariam levando à introdução de uma espécie de teste de *proporcionalidade* em seu âmago – sem que isso significasse que a abordagem *intencionalista* houvesse sido de qualquer modo reinstituída.

Em *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (2001), por exemplo, depois de invocar *Grinnell* e transcrever seu teste básico, o D.C. Circuit iniciou sua análise da acusação de monopolização efetuada contra a Microsoft afirmando que “uma firma viola o §2 apenas quando ela adquire ou mantém, ou tenta adquirir ou manter, um monopólio por meio da adoção de conduta exclusionária, ‘como oposta ao crescimento ou desenvolvimento como consequência de um produto superior, tino negocial, ou acidente histórico’”.³⁹

O conceito de “exclusionary conduct” vem dois parágrafos à frente: “primeiro, para ser considerada como exclusionário, o ato de um monopolista deve ter um ‘efeito anticompetitivo’. Isto é, ele deve prejudicar o processo competitivo e, por intermédio disso, prejudicar os consumidores. Diversamente, prejudicar um ou mais competidores não será suficiente. O [Sherman Act] dirige-se não contra conduta que é competitiva, mesmo que agressiva, mas contra conduta que, injustamente, tende a destruir a própria competição”.⁴⁰ Depois que o autor satisfaz esse requisito mínimo, a Corte explica, o monopolista deverá oferecer uma “justificativa pró-competitiva para sua conduta”; se o réu lograr sucesso nesta demonstração, o autor ainda poderá demonstrar que alternativas *menos restritivas* estavam disponíveis para atingir o mesmo propósito, ou que o prejuízo causado pela conduta é superior a seus benefícios competitivos.

Salta aos olhos a semelhança desses dois últimos testes às etapas finais do teste de *proporcionalidade*, estruturado em torno de (a.) adequação, (b.) necessidade e (c.) vulneração do núcleo essencial. A existência de alternativas menos restritivas é funcionalmente idêntica ao teste de necessidade; o balanceamento entre o prejuízo causado pela conduta e seus benefícios competitivos pode, em alguns casos, ter o mesmo papel desempenhado pela idéia de vulneração do núcleo essencial. Uma “*conduta voluntária*” com

³⁹ 253 F.3d 34, 58 (2001) Grifei.

⁴⁰ *Id.* Grifei.

efeitos anticompetitivos, portanto, continuava a ser o ponto de partida para a constatação do delito de monopolização; a despeito disso, seus efeitos precisariam ser qualificados por meio de um teste de proporcionalidade.

Considerando os resultados dos testes de efeitos, justificativas e balanceamento, podemos dizer que, sob a lei atual referente a monopolização, um monopolista não pode interferir com o processo competitivo (a) sem uma razão procompetitiva ou (b) excessivamente – onde “excessivamente” significa que (b.1) um padrão de conduta que desnecessariamente gera dano ao processo competitivo foi adotado, ou que (b.2) a conduta impõe danos inaceitáveis ao processo competitivo. Essa análise, em suma, (i.) expressamente *rejeita* a abordagem intencionalista, (ii.) parte da prática de uma conduta *voluntária* e (iii.) adota uma análise *objetivista*, tentando qualificar os efeitos de tal conduta a partir de um teste de proporcionalidade. Tendo essa conclusão em mente, vamos à próxima seção.

4. Recusas de Venda e o Papel da Intenção Específica

Antes de examinar os casos sobre recusas de venda em maior detalhe, uma referência breve deve ser feita à sua antítese: *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919). A Colgate fabricava sabão e outros artigos manufaturados, e tinha ativamente encorajado atacadistas e varejistas a adotar preços uniformes em suas operações de revenda. Se houvesse adesão geral a tal proposta, a competição seria eliminada no mercado varejista – em razão do que o Governo ajuizou uma ação contra a Colgate e invocou, fortemente, o precedente proferido pela Suprema Corte em *Dr. Miles*.⁴¹

Dr. Miles era um fabricante de produtos médicos cujo sistema de distribuição era baseado em contratos de consignação que definiam o preço ao qual seus produtos deveriam ser revendidos aos consumidores. Depois de declarar que tais contratos de consignação eram, na verdade, *vendas*, a Suprema Corte anulou-os, explicando que “acordos e combinações entre negociantes, tendo por seu único propósito a destruição da competição e a combinação de preços, são lesivos ao interesse público”.⁴²

A analogia com a situação contida em *Colgate* é quase perfeita – a não ser por um pequeno detalhe. Enquanto Dr. Miles *requeria* que seus revendedo-

⁴¹ *Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

⁴² *Id.* at 385.

res praticassem certos preços, Colgate apenas *encorajava-os* a tanto. É claro que, se um revendedor não seguisse as sugestões da Colgate, provavelmente ele não assinaria outros contratos no futuro – mas essa circunstância fez toda a diferença para a Suprema Corte. Para a Corte, não havia *acordo real* envolvendo a Colgate e preços de revenda; o simples fato de que a Colgate poderia negar-se a vender para alguém que vendia seus produtos a preços mais baixos não seria suficiente para disparar a incidência do Sherman Act, pois, “na ausência de qualquer propósito de criar ou manter um monopólio, o ato não restringe o direito de há muito reconhecido do comerciante ou fabricante, em uma atividade inteiramente privada, de livremente exercer sua própria descrição independente com relação às partes com quem ele irá negociar”.⁴³

Ainda tendo as conclusões da parte anterior deste artigo em mente, analisemos *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985). Aspen Skiing era a proprietária de três *resorts* de esqui em Aspen, Colorado, e, por mais de uma década, operou um programa em conjunto com outro resort da área – Highlands – por intermédio do qual consumidores compravam tickets conjuntos que davam acesso às áreas dos quatro *resorts*. As receitas da venda dos tickets eram divididas entre os *resorts* em conformidade a um acordo previamente negociado entre eles. No final dos anos 70, pensando que poderia aumentar seus lucros *sem* o ticket conjunto – ou seja, fazendo os consumidores passarem mais tempo em um de seus três estabelecimentos ao invés de passarem um dia em Highlands –, a Aspen Skiing ofereceu à Highlands um percentual *inaceitável* das receitas oriundas do ticket conjunto. A Highlands, como era esperado, rejeitou essa oferta; a seguir, tentou *comprar* tickets da Aspen Skiing e oferecer, por sua própria iniciativa, uma versão do ticket conjunto – mas a Aspen Skiing categoricamente recusou-se a vender seus tickets à Highlands. Highlands, por fim, processou a Aspen Skiing, afirmando que ela havia monopolizado o mercado para serviços de esqui em Aspen.

Aqui está parte do problema com esse caso: a idéia central de *Alcoa* e da linguagem “*willfully acquired*” de *Grinnell* é detectar condutas que um monopolista adotou, mas que não precisaria ter adotado – o que é definido de acordo com a idéia de que a competição deve girar em torno de conceitos

⁴³ *United States v. Colgate & Company*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

como “*produto superior*” e “*tino negocial*”.⁴⁴ É bastante fácil, nessa perspectiva, entender por qual razão uma venda casada, por exemplo, pode ser vista como não estando conectada a esses conceitos, já que ela não é razoavelmente “*necessária*” ao desenvolvimento de competição pelos méritos. No entanto, como poderia um Tribunal dizer que a recusa de negociação praticada por um monopolista não é parte de seu “*tino negocial*” – especialmente quando você tem (i.) uma decisão como *Colgate* definindo, amplamente, um direito de escolher com quem uma parte irá negociar ou não, e (ii.) um corpo consolidado de jurisprudência afirmando que, para casos de monopolização, a intenção específica não é relevante?

Aspen Skiing estava ciente dos problemas contidos na ação movida por Highlands, e fundamentou sua apelação à Suprema Corte em uma teoria conforme a qual (i.) a intenção específica de causar dano era absolutamente irrelevante para casos de monopolização e (ii.) conduta substancialmente exclusionária era o elemento *central* do delito de monopolização.⁴⁵ Já que a Aspen Skiing não tinha *adotado* nenhum curso *ativo* de ação – ela simplesmente *recusou-se* a negociar com a Highlands –, pode-se ver que uma teoria (a.) desconsiderando totalmente a relevância de *intenção anticompetitiva* e (b.) considerando que a ofensa de monopolização deveria estar baseada apenas em “conduta substancialmente exclusionária” faria com que o êxito

⁴⁴ “Exclusionary conduct is defined as conduct, other than competition on the merits or restraints reasonably ‘necessary’ to competition on the merits, that reasonably appears capable of making a significant contribution to creating or maintaining monopoly power”. *Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F.3d 1147, 1182 (1994).

⁴⁵ Aspen Skiing Company, na petição que submeteu à Suprema Corte em *Aspen Skiing v. Aspen Highlands*, Lexsee 1984 U.S. Briefs 510, disse que “o que é mais surpreendente em Griffith é a sobrevivência de qualquer referência a propósito ou intenção. O Juiz Hand tinha ‘desconsiderado qualquer questão de intenção’. Nenhuma intenção específica de ganhar ou manter um monopólio era requerida; a única intenção necessária era a de praticar atos que causavam ou preservavam o monopólio”. A referência a intenção específica feita em *Griffith* não deve ser vista como problemática – pois, de modo geral, *Griffith* suporta a teoria central de *Alcoa*, e só menciona intenção específica quando explica como casos de *tentativa de monopolização* devem ser analisados. Aspen Skiing Co. (i.) não fez essa ressalva, (ii.) tentou construir uma teoria conforme a qual “*conduta substancialmente exclusionária*” deveria ser o elemento central da ofensa de monopolização, e (iii.) enfatizou que, já que, sob o §1, o Direito Antitruste protegia a “*competição, não os competidores*”, o §2 deveria seguir o mesmo princípio.

da Highlands fosse muito menos provável. O argumento que se pretendia afirmar era o de que, como a Aspen Skiing não tinha impedido a Highlands de competir, seria impossível encontrar uma conduta substancialmente exclusionária no caso.

A Suprema Corte adotou outra solução – e aplicou um teste intitulado “finalidade negocial legítima” (“legitimate business purpose”) para avaliar a negativa da Aspen Skiing de negociar com a Highlands. Antes de examinar o significado deste teste em maior detalhe, é interessante revelar sua origem, que parece estar na Corte Distrital perante a qual a ação da Highlands foi apresentada. O Juiz Distrital, em suas instruções para o júri, apresentou uma versão *emendada* do teste de *Grinnell*, afirmando que o delito de monopolização era composto pelo elemento poder de monopólio e pela “aquisição voluntária, manutenção, ou uso de tal poder por meios anticompetitivos ou exclusionários ou para propósitos anticompetitivos ou exclusionários”.⁴⁶ As instruções encaminhadas ao júri informavam aos jurados para:

Ao considerar se os meios ou propósitos eram anticompetitivos ou exclusionários, vocês devem desenhar uma distinção entre práticas que tendem a excluir ou restringir a competição, de um lado, e o sucesso de um negócio que reflete apenas um produto superior, um negócio bem administrado, do outro. (...) Por exemplo, uma firma que legalmente adquiriu uma posição de monopólio não é impedida de aproveitar as vantagens decorrentes de economias de escala por meio da construção de uma fábrica grande e eficiente. Estes benefícios são consequência de tamanho, e não um exercício de poder de monopólio. Uma corporação que possua poder de monopólio também não possui o dever de cooperar com seus rivais negociais. *Além disso, uma companhia que possua poder de monopólio e que se recuse a entrar em um acordo operativo conjunto com um, de algum modo, competidor, não viola a Seção 2 se razões negociais válidas existirem para tal negativa.*

Em outras palavras, se havia razões negociais legítimas para a recusa, então o réu, ainda que seja decidido que ele possui poder de monopólio em um mercado relevante, não violou a lei. Nós estamos preocupados com conduta que desnecessariamente exclui ou prejudica competidores. Isto é conduta que não beneficia os consumidores ao

⁴⁶ 472 U.S. 585, 595-596 (1985).

tornar disponíveis um produto ou um serviço melhores – ou em outros meios – e, ao invés disso, tem o efeito de danificar a competição.

*Para resumir, vocês devem determinar se Aspen Skiing Corporation ganhou, manteve, ou usou poder de monopólio em um mercado relevante por meio de arranjos e políticas que, ao invés de serem o resultado de um produto superior, senso negocial superior, ou um elemento histórico, foram criadas, primeiramente, para aumentar qualquer dominação do mercado ou submercado relevantes.*⁴⁷

Em outras palavras, (a.) o Juiz Distrital *introduziu intenção específica* dentro da definição de monopolização de *Grinnell*; (b.) as instruções refletem a idéia de que uma conduta será considerada exclusionária de acordo com *intenção específica* – “criadas, primeiramente, para aumentar qualquer dominação do mercado ou submercado relevantes” – e (c.) sugeriam que, se tal intenção específica não pudesse ser encontrada no comportamento da Aspen Skiing, então o júri poderia decidir que havia “razões negociais legítimas” para as recusas de negociação atacadas pela Highlands. O júri, ao responder aos quesitos, decidiu que a conduta da Aspen Skiing tinha sido criada primeiramente, para aumentar sua dominação.

A Aspen Skiing apelou, mas a Corte de Apelação manteve a decisão impugnada, entendendo que (a.) o ticket conjunto, para vários dias e várias áreas, poderia ser entendido como sendo uma *essential facility*; e que (b.) havia “evidência suficiente para fundamentar uma decisão de que a intenção [da Aspen Skiing] ao recusar-se a vender o ticket conjunto, ‘analisada juntamente com suas outras condutas’, era criar ou manter um monopólio”.⁴⁸

Ao levar o caso à Suprema Corte, a Aspen Skiing propugnou que a teoria das *essential facilities* não tinha sido corretamente utilizada e que “intenção anticompetitiva” não transformava conduta que não tinha efeitos exclusionários em um crime de monopolização. Dado o estado da jurisprudência de então – lembre-se que, desde *Alcoa*, intenção específica era absolutamente irrelevante para a caracterização do delito de monopolização –, a estratégia da Aspen Skiing ao oferecer essa linha de argumentação foi rigorosamente correta. Se as fórmulas para monopolização definidas nos precedentes existentes houvessem sido seguidas, Aspen Skiing poderia haver vencido.

⁴⁷ *Id.*, pág. 597. Grifei.

⁴⁸ *Id.*, pág. 600.

A Suprema Corte, ao invés de fundamentar sua decisão em *Griffith* e *Grinnell*, foi buscar amparo em *Colgate*. *Colgate*, como transcrito acima, explicou que o direito de escolher com quem negociar não sofreria restrições “na ausência de qualquer propósito de criar ou manter um monopólio”, e a Corte entendeu que tal referência a propósito poderia eliminar o direito de Aspen Skiing de recusar-se a negociar. Em *Colgate*, todavia, um caso anterior a *Alcoa*, “propósito” significava o que Learned Hand descreveu como “*intenção específica*”. Em *Aspen*, portanto, o direito de recusar-se a negociar foi limitado pela existência de uma “*intenção específica*” de criar ou manter um monopólio – hipótese sob a qual a Suprema Corte pôde entender que Aspen Skiing havia cometido o delito de monopolização.

Se é estranho que este raciocínio seja contrário à estrutura básica de *Grinnell*, é ainda mais estranho que, em outros casos de recusas de negociação, as referências a *intenção específica* também existam aos quilos. Tome-se, por exemplo, *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973): Otter Tail era uma transmissora de energia elétrica que também atuava como distribuidora em 465 cidades em Minnesota, Dakota do Norte, e Dakota do Sul.⁴⁹ A distribuição de energia elétrica é um monopólio natural, e, por isso, Otter Tail só poderia executá-la, em cada cidade, sob o amparo de *franchises* locais com a duração de dez a vinte anos. Quando a *franchise* da Otter Tail expirou em algumas cidades, os cidadãos locais optaram pela criação de um *sistema municipal de distribuição de energia*; estas cidades, então, comprariam energia de Otter Tail e efetuariam a distribuição por si sós. Otter Tail, contudo, *recusou-se* a permitir que esse cenário se concretizasse, afirmando que, se não obtivesse novas franquias, *não venderia energia para tais cidades*, e também *não permitiria que a energia de terceiros chegasse até elas* (em uma operação conhecida por “wheeling”) por intermédio das linhas de transmissão da Otter Tail.

⁴⁹ A diferença entre a transmissão e a distribuição de energia é definida pela *tensão* em que a energia é transmitida. A energia é gerada e consumida em tensões baixas, mas não pode ser transmitida por longas distâncias desse modo. Tensão e corrente elétrica são inversamente proporcionais – e o fluxo de energia em alta corrente temina aquecendo as linhas de transmissão e gerando a dissipação de energia. Um aumento de tensão reduz a corrente – eliminando, ou reduzindo, o grau de dissipação. Por isso, geradores têm que aumentar a tensão da energia por eles gerada antes de seu encaminhamento aos centros de consumo – onde, novamente, a tensão é reduzida e entregue, no varejo, aos consumidores.

Os Estados Unidos processaram a Otter Tail, acusando-a de monopolizar o mercado de distribuição. A Otter Tail, muito embora tenha admitido que os fatos acima narrados eram verdadeiros, argumentou que sua conduta era “inteiramente justificada pelo direito de lutar por sua vida corporativa, permanecer viável em atender o público e prevenir a erosão de seu sistema integrado e a danificação de seu crédito”.⁵⁰ A Corte Distrital *rejeitou* a tese da Otter Tail e decidiu em favor do Governo; a despeito do fato de haver invocado *Grinnell*, a Corte também disse que “está bem estabelecido que a recusa unilateral de negociar com outrem, motivada por um propósito de preservar uma posição de monopólio, é ilegal”.⁵¹ O Justice Douglas, escrevendo pela Suprema Corte, *manteve* a decisão inferior, acentuando que “os autos fazem abundantemente claro que a Otter Tail usou seu poder de monopólio nas cidades na área de serviços para fechar o mercado à competição [foreclose competition] ou ganhar uma vantagem competitiva, ou para destruir um competidor, tudo em violação às leis antitruste”.⁵²

Oito anos mais tarde, o Juiz Greene, em *United States v. AT&T*, 524 F.Supp. 1336 (D.D.C. 1981), explicou da seguinte forma qual o real significado do voto do Justice Douglas:

O último caso do trimestre, *Otter Tail Power Co. v. United States*, oferece mais dano do que ajuda à doutrina dos gargalos [bottleneck doctrine]. Em *Otter Tail*, um sistema de energia elétrica integrado recusou-se a permitir que seu sistema de distribuição intermunicipal fosse usado para fornecer energia a sistemas municipais que a própria Otter Tail queria abastecer. A Corte Distrital não teve problema em utilizar a doutrina dos gargalos para condenar essa ação. Mantendo o

⁵⁰ *United States v. Otter Tail Power Co.*, 331 F. Supp. 54, 58 (1971).

⁵¹ *Id.*, pág. 61. Grifei. Como autoridade que suporta essa afirmação, o Juiz Distrital invocou *Eastman Kodak Company of New York v. Southern Photo Materials Company*, 275 U.S. 359 (1927). De fato, em *Southern Photo*, a Suprema Corte reprovou uma recusa de venda porque ela havia sido praticada “para implementar um propósito de monopolizar”, 273 U.S. 359, o que era, “por justa e razoável inferência”, dedutível a partir das circunstâncias de fato contidas nos autos. O problema não está no que *Southern Photo* diz, mas em quando seu conteúdo foi afirmado: *Southern Photo* é um caso anterior a *Alcoa* e, como tal, nele o delito de monopolização está baseado na idéia de *intenção específica*. Invocar *Southern Photo*, assim, ainda que leve ao resultado correto, desvia dos testes demandados por *Grinnell* – e, ao invés de “willful acquisition”, faz com que a Corte analise, diretamente, *intenção específica*.

⁵² *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 377 (1973).

resultado, Justice Douglas ignorou a retórica dos gargalos e *enfatizou a intenção da Otter Tail em destruir a competição. Ao fazer referência à intenção, a decisão em Otter Tail permanece na mainstream da doutrina referente à Seção 2.*⁵³

Em uma direção convergente, o Juiz Richard Posner, em 1986, indicou que “a característica essencial dos casos de recusa de venda” é “que um monopolista discrimine um consumidor porque o consumidor decidiu competir com ele”, *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986) – em uma referência que parece amoldar-se perfeitamente à idéia de intenção específica.

Um caso recente, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 124 S.Ct. 872 (2004), serve para consolidar a relevância da intenção específica do monopolista dentro da jurisprudência norte-americana. O Ato das Telecomunicações de 1996 possui por objetivo a criação de um ambiente competitivo, baseado na construção de redes por cada um dos agentes de mercado. Ainda assim, já que seria altamente improvável que entrada maciça e imediata ocorresse no mercado de telecomunicações por meio da construção de redes próprias, o Ato criou *rotas alternativas de entrada* através da imposição de deveres adicionais às prestadoras já existentes.

Duas obrigações são especialmente relevantes: (i.) a Seção 251(c)(3) cria o dever de “fornecer, a qualquer prestador de serviços de telecomunicações, para a provisão de um serviço de telecomunicações, acesso não-discriminatório aos elementos de rede, desagrupadamente [unbundled], em quaisquer pontos tecnicamente possíveis”; e (ii.) a Seção 251(c)(4) cria o dever de “oferecer para revenda, a preços de atacado, qualquer serviço de telecomunicações que o prestador oferece, no varejo, para assinantes”. Dentro desse esquema regulatório, a entrada seria facilitada por dois mecanismos: um entrante poderia usar a Seção 251(c)(4) para comprar, a preços de atacado, serviços do incumbente e revendê-los aos consumidores; ou poderia, sob a

⁵³ Robert Pitofsky, Harvey Goldschmid e Diane Wood indicam que a “emphasis on intent predominates in the reasoning of [Otter Tail]. There are a few references to Otter Tail’s ‘strategic dominance,’ but any monopoly refusing to deal with competitors could be so described. The point is that Justice Douglas did not stop with that description and infer an obligation to deal; instead, he repeatedly referred to the defendant’s malign intent, citing ample evidence to support that finding”. Robert Pitofsky *et al.*, *Trade Regulation: Cases and Materials*, 755 (5th ed. 2003).

Seção 251(c)(3), pagar apenas pelo acesso aos “elementos de rede desagrupados” (“unbundled network elements”) de sua preferência.

Os preços de atacado, no entanto, eram baseados nos preços de *varejo* do incumbete, enquanto o preço aos elementos desagrupados de rede foi definido por meio de uma fórmula baseada em custo incremental de longo prazo. Como resultado, os preços no atacado eram *muito maiores* do que os preços cobrados pelo acesso a cada elemento de rede – e os entrantes terminaram tentando obter acesso a *todos os elementos da rede dos incumbentes* por meio da Seção 251(c)(3). Os incumbentes protestaram, mas a Suprema Corte, em *AT&T Corporation v. Iowa Utilities Board*, 535 U.S. 366 (1999), confirmou que o Ato de 1996 poderia ser lido de modo a permitir o objetivo dos entrantes. Os incumbentes também alegaram que a fórmula de definição do preço para acesso aos elementos de rede era *confiscatória*; a Suprema Corte rejeitou essa tese em *Verizon Communications v. FCC*, 122 S.Ct. 1646 (2002).

A Verizon Communications era a operadora incumbente (ILEC – incumbent local exchange carrier) servindo o Estado de Nova York – e estava, portanto, submetida à obrigação de dividir sua rede com os entrantes (ou CLECs – competitive local exchange carriers). No final de 1999, os entrantes reclamaram aos reguladores que seus pedidos de acesso não estavam sendo devidamente atendidos pela Verizon, e que tal problema estava claramente afetando a qualidade do serviço prestado por eles.⁵⁴ A Verizon, como resultado de uma ação ajuizada pelos CLECs, concordou em pagar⁵⁵ 3 milhões

⁵⁴ “Part of Verizon’s UNE obligation under §251(c)(3) is the provision of access to operations support systems (OSS), a set of systems used by incumbent LECs to provide services to customers and ensure quality. Verizon’s interconnection agreement and long-distance authorization each specified the mechanics by which its OSS obligations would be met. As relevant here, a competitive LEC sends orders for service through an electronic interface with Verizon’s ordering system, and as Verizon completes certain steps in filling the order, it sends confirmation back through the same interface. Without OSS access a rival cannot fill its customers’ order”. 124 S.Ct. 872, 876 (2004).

⁵⁵ As partes concordaram, no entanto, que o “Consent Decree [was] for settlement purposes only and that by agreeing to this Consent Decree, the Company does not admit any noncompliance, violation, or liability associated with or arising from such alleged actions or failures, including any problems or failures described in the introductory paragraph of the data request, or in any informal complaints, ex partes, or other information received by the Commission on or before the Effective Date of this Consent Decree. Indeed, BA-NY expressly denies any such noncompliance, violation, or liability”. 15 FCC Rcd 5413, 5414 (FCC, 2000).

de dólares ao Tesouro Americano e 10 milhões a seus competidores. No dia seguinte ao estabelecimento de tal acordo, o escritório de advocacia de Curtis V. Trinko, um consumidor da AT&T, apresentou uma ação contra a Verizon, alegando que ela havia atendido aos pedidos de acesso de rivais de modo *discriminatório* – como parte de um esquema anticompetitivo que tinha por objetivo desencorajar consumidores a se tornarem ou permanecerem clientes das CLECs.⁵⁶

A Corte Distrital mencionou que o reclamante havia indicado apenas “um ato ou série de atos adotados pela Bell Atlantic para manter seu poder de monopólio: a falha, da Bell Atlantic, de cooperar com competidores locais da forma requerida”.⁵⁷ A seguir, afirmou que um monopolista não estava sob qualquer obrigação geral de cooperar com seus competidores e, portanto, entendeu que Trinko tinha falhado em alegar qualquer “willful acquisition” ou manutenção de monopólio – e rejeitou seu pedido. A Corte de Apelação do Segundo Circuito, diferentemente, explicou que “enquanto é verdade que um monopolista não tem um dever geral de cooperar com seus competidores, [um] monopolista não pode, é claro, usar seu poder de mercado, não importa se obtido legalmente ou ilegalmente, para prevenir ou impedir a competição no mercado relevante”⁵⁸ e reverteu a decisão *a quo*, explicando que Trinko provavelmente poderia estabelecer uma violação ao Sherman Act sob a doutrina das *essential facilities*, a tese da alavancagem de monopólio e a constatação de uma tentativa de monopolização.

A Verizon apelou, argumentando que (a) os precedentes da Suprema Corte sobre recusas de venda estabeleciam responsabilidade “apenas onde o réu recusava a um rival o mesmo produto, nos mesmos termos, que o réu já estava fornecendo a consumidores não-competidores”;⁵⁹ (b) para ser considerada como predatória, uma conduta *não deve fazer sentido negocial* (make no business sense) a não ser pelo fato de que permite ganhos de monopólio; (c) reconhecer a validade do pedido de Trinko geraria problemas de política antitruste, transformando juízes em Agências Reguladoras; (d) o Ato de 1996 fazia com que uma nova extensão dos deveres decorrentes da Seção 2 fosse

⁵⁶ 124 S.Ct. 872, 877 (2004).

⁵⁷ *Law Offices of Curtis V. Trinko v. Bell Atlantic Corp.*, 123 F. Supp. 2d 738, 741 (2000).

⁵⁸ *Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. v. Bell Atlantic Corp.*, 305 F.3d 89, 107 (2002).

⁵⁹ 2002 U.S. Briefs 682, 10.

“especialmente desaconselhável”; e que (e) o pedido de Trinko não deveria ser reconhecido sob a teoria das essential facilities ou sob a teoria da alavancagem de monopólio. A Verizon destacou que “não há, nem poderia haver, alegação de que a Verizon estava voluntariamente fornecendo a consumidores não-competidores os serviços de atacado, com descontos especiais, que agora estende à AT&T e a outros rivais sob as regras do Ato de 1996”.⁶⁰

Trinko, de outro lado, argumentou que seu pedido demonstrava a existência de conduta exclusionária conforme precedentes já estabelecidos da Seção 2 do Sherman Act. Sua tese assumia que um pedido, sob a teoria das essential facilities, poderia ser feito com amparo na Seção 2 do Sherman Act, explicando que “onde um monopolista recusa-se a cooperar com um competidor em uma situação na qual alguma competição é indispensável para competição efetiva, essa conduta pode ser ‘exclusionária’ na ausência de uma ‘razão competitiva legítima’ para a recusa”, e ressaltando que, em seu *complaint*, havia indicado que a Verizon tentou excluir rivais independentemente de sua eficiência e sem qualquer razão comercial válida.⁶¹ Como complemento, Trinko explicou que (i) a definição de “conduta exclusionária” de Verizon era uma interpretação incorreta da Seção 2, e que (ii) o Ato de 1996 não poderia ser ignorado na determinação de como a Seção 2 deveria ser aplicada.

A principal regra contida na decisão de *Trinko* é sobre *imunidade regulatória*: a Suprema Corte afirmou que o Ato de Telecomunicações tinha por intenção *quebrar* um monopólio, enquanto o Sherman Act possuía por objetivo simplesmente impedir monopolização ilegal, e que seria um erro confundir essas duas finalidades. Além disso, como *já havia* um plano regulatório para remediar a conduta contra a qual Trinko reclamou, as leis antitruste pouco teriam a fazer.

O detalhe relevante é que, *antes* de avaliar qual a possibilidade de interferência do Sherman Act no plano regulatório do Ato de Telecomunicações, a Suprema Corte avaliou a tese de que, sob *Aspen Skiing*, a recusa de venda praticada pela Verizon configurava o delito de monopolização. A Corte respondeu *negativamente*, sublinhando que:

A recusa de venda alegada no presente caso não se amolda à exceção limitada reconhecida em *Aspen Skiing*. A reclamação não

⁶⁰ *Id.*, pág. 10.

⁶¹ *Id.*, pág. 21-23.

alega que a Verizon voluntariamente adotou um curso de negociação com seus rivais, ou que teria procedido a tanto na ausência da obrigação legal. *Aqui, em consequência, a conduta anterior do réu não joga qualquer luz sobre a motivação de sua recusa de venda, sobre se suas falhas regulatórias foram causadas não por zelo competitivo, mas por malícia anticompetitiva.* O contraste entre os casos é aumentado pela diferença na definição de preços. Em *Aspen Skiing*, o réu rejeitou uma proposta para vender ao seu próprio preço de varejo, sugerindo uma análise de que seu preço de monopólio futuro seria maior. A relutância da Verizon em interconectar-se à taxa de compensação baseada em custo que está disponível sob a Seção 251(c)(3) não nos diz nada sobre sonhos de monopólio.⁶²

Justice Scalia, no trecho acima transcrito, distingue *Trinko* de *Aspen Skiing* com base nos fatos de cada caso: em *Aspen Skiing*, Aspen tinha voluntariamente adotado um curso de negociação com a Highlands, e o encerramento unilateral de sua relação sugeria “uma disposição de sacrificar lucros, a curto prazo, para alcançar um fim anticompetitivo”.⁶³ Em *Trinko*, como a Verizon nunca havia negociado com a AT&T, nenhuma inferência sobre a intenção da Verizon poderia ser efetuada a partir de seu comportamento prévio.

É importante enfatizar que (i) Scalia recusou-se a estender *Aspen Skiing* a *Trinko* porque, pela evidência disponível, não poderia ser afirmado que o comportamento da Verizon haveria sido causado por *malícia anticompetitiva*, e, sobretudo, que (ii) os testes-padrão referentes a casos de monopolização claramente *não foram aplicados* pela Suprema Corte em *Trinko*.⁶⁴ A despeito do fato de que a falha da Verizon em permitir a interconexão da AT&T tenha claramente gerado efeitos anticompetitivos, a Corte *não ordenou* que a Verizon apresentasse uma justificativa procompetitiva para seu comportamento – como seria de se esperar pelos testes de *Griffith* e *Grinnell*. Ao invés disso, simplesmente afirmou que, como não havia evidência de malícia anticompetitiva, os precedentes sobre *refusals to deal* não eram aplicáveis.

Como foi mostrado acima, *Aspen Skiing*, *Otter Tail* e *Trinko* dependem, fundamentalmente, de uma constatação de fato sobre a *intenção do monopolista* quando ele recusou-se a vender. Em *Aspen Skiing*, o teste de “pro-

⁶² 124 S.Ct. 872, 879-880 (2004). Grifei.

⁶³ *Id.*, pág. 880.

⁶⁴ *Id.*, pág. 880.

pósito negocial legítimo”, conforme as instruções dadas ao júri, era apenas um instrumento para identificar condutas que tinham por objetivo aumentar dominação de mercado; em *Otter Tail*, o Justice Douglas, nas palavras do Juiz Greene, enfatizou a intenção da Otter Tail em destruir a competição; em *Trinko*, Scalia afirma que o caso sob análise é diferente de *Aspen Skiing* porque não poderia ser verificado, dos fatos alegados na inicial, se o monopolista havia agido com zelo competitivo ou por malícia anticompetitiva. À luz destes fatos, devemos dizer que casos de recusas de venda são simplesmente uma sub-espécie da jurisprudência geral sobre monopolização? Ou será que estamos diante de algo inteiramente diferente?

5. A Abordagem do Abuso de Direito

Quero propor a idéia de que, ao invés de serem um simples resultado dos testes gerais aplicados a cenários de monopolização, os casos mencionados acima podem ser vistos como sendo o reflexo de uma teoria inteiramente diferente – e que, em termos gerais, é substancialmente similar à velha teoria do *abuso de direito*, tal como delineada na segunda seção deste artigo. A idéia proposta é de que este é um daqueles cenários, mencionados ao final da seção 2, onde a teoria do abuso do direito veio à superfície e tem sido aplicada – embora não abertamente – pelos Tribunais.

Ignorando toda a retórica legal utilizada pelos Tribunais em *Otter Tail*, *Aspen Skiing* e em *Trinko*, e tendo em mente que, em *Aspen* e em *Otter Tail*, *intenção específica* foi um elemento central para a resolução dos cenários levados à apreciação do Judiciário, uma nova questão deve ser proposta: afinal de contas, o que está errado nos fatos mencionados em *Aspen Skiing* e em *Otter Tail*? E o que *não está errado* em *Trinko*?

Em uma primeira aproximação, o elemento comum entre *Aspen Skiing* e *Otter Tail* está em que, em ambos, um monopolista recusou-se a praticar uma transação que, *vista isoladamente*, colocaria-o em uma situação *mais vantajosa* – e, em *ambos os cenários*, a recusa decorreu *unicamente* do fato de que o monopolista temia a *competição* que poderia ocorrer entre ele e o potencial comprador de seus produtos. Em *Aspen Skiing*, a venda de *tickets* para Highlands, quando analisada *isoladamente*, traria *benefícios* à Aspen Skiing – é melhor vender os tickets a Highlands do que *não vender quaisquer tickets*. Aspen Skiing recusou-se a praticar a operação porque temia que, ao vender tais tickets, Highlands poderia criar um produto atrativo e *reduzir os gastos* efetuados por consumidores nos resorts da própria Aspen.

Em *Otter Tail*, o fato que o serviço de distribuição é um monopólio natural faz com que o medo da competição seja menos claro – mas ele também está presente. A venda de energia requerida da Otter Tail, quando vista *isoladamente*, também traz – *benefícios* à empresa. Apenas *no contexto geral* – quando vemos que a Otter Tail era uma transmissora e uma distribuidora em potencial – é que as possíveis desvantagens aparecem. O fato de que o serviço de distribuição seria executado, com exclusividade, por uma corporação pública, *não elimina a competição*: se a corporação pública fosse menos eficiente do que a Otter Tail, os residentes das cidades onde tais corporações atuassem iriam receber a Otter Tail de volta de bom grado – talvez até mesmo demandar seu retorno. A Otter Tail, em última análise, estava impedindo o estabelecimento de um padrão de competição que poderia definir *quem iria ocupar* a condição de monopolista (uma espécie de competição *pelo* mercado, ao invés de uma competição *no* mercado).

Seguindo essa linha de raciocínio, é quase irrelevante, em *Aspen Skiing*, que Aspen Skiing e Aspen Highlands houvessem estado previamente envolvidas em um empreendimento conjunto. O empreendimento, por si só, é irrelevante; que a Aspen Skiing haja *repentina e imotivadamente* retirado-se de tal combinação é o elemento relevante. O empreendimento conjunto é relevante apenas até o ponto em que alguém pode assumir que, *se ele não houvesse sido lucrativo à Aspen Skiing*, ela não teria permanecido nele por uma década. E, *a contrario sensu*, se a permanência na combinação era lucrativa, uma *retirada dele não deve ser* – e uma suspeita razoável de *intenção maliciosa* pode plausivelmente aparecer. Nessa abordagem, ainda, o fato de que a Aspen Skiing recusou-se a vender *tickets* para a Aspen Highlands pode ser visto como ainda *mais relevante* que a retirada da Aspen Skiing do empreendimento cooperativo que ambas possuíam: por qual motivo Aspen Skiing iria recusar-se a vender, para a Aspen Highlands, algo que vendia para *qualquer outra pessoa* – e aos *mesmos preços* cobrados de qualquer outra pessoa? Por essas razões, Justice Scalia, em *Trinko*, corretamente explicou que “a disposição do réu a respeito da renovação do ticket, ainda que compensado ao preço de varejo, revelava uma diferente inclinação anticompetitiva”.⁶⁵

Estas considerações permitem uma leitura mais clara do significado das palavras acima transcritas do Juiz Posner em *Olympia Leasing Equipment*, e conduzem a uma compreensão mais acurada das razões que movem a Suprema Corte nos casos em que decidiu que recusas de venda violavam o Sherman

⁶⁵ *Id.*, pág. 880.

Act: basicamente, a lei contra recusas de venda está tentando identificar casos em que um monopolista recusa-se a negociar *em razão de uma intenção de lesar um competidor* – ou, adotando os conceitos empregados na segunda parte desse artigo, *abusa de seu direito de recusar-se a negociar*. Os casos de recusas ilegais de negociação, nessa ótica, seriam o limite externo do direito reconhecido em *Colgate* – quando exercida dentro de limites permissíveis, a faculdade de escolher com quem negociar integra o “*tino negocial*” de cada agente econômico; quando abusada, dispara a incidência do Sherman Act.

Essa formulação, todavia, ainda nos deixa com um problema: a despeito do fato de que é *possível* para um autor supor, ou inferir, que um monopolista recusou-se a praticar uma operação comercial em razão de uma intenção maliciosa, é quase impossível *provar* tal circunstância. Assim, um autor em potencial deve ter apenas o ônus de demonstrar um *estado de fatos que poderia plausivelmente haver sido gerado* em decorrência de uma intenção de lesar – depois, o ônus da prova será revertido para o réu, que terá a oportunidade de explicar sua conduta. Para definir com um grau mínimo de certeza quais estados de fato servem para tal propósito, é necessário analisar mais fundo a estrutura de recusas de venda ilícitas. Como o direito de vender é, fundamentalmente, uma derivação do direito de *propriedade*, esta é uma rota plausível de investigação para a análise dos problemas envolvidos em recusas de venda.

Geralmente, a criação de direitos de propriedade é justificada como um meio para “encorajar a produção, desencorajar o furto, e reduzir os custos da proteção de bens”.⁶⁶ Isso é verdade, mas esse insight não é muito útil para os propósitos do presente artigo: na verdade, um direito de propriedade concentra um *feixe* de diferentes direitos – e cada um deles possui uma justificativa diferente.⁶⁷ Um direito de propriedade contém não apenas (i.) o direito ao uso de certo recurso e (ii.) o direito de *excluir* outros do acesso a tal recurso, mas também (iii.) um direito a *transferir* o recurso em questão a outrem. Essas prerrogativas foram criadas por diferentes motivos – e o trecho transcrito acima lida apenas com a face “*excludente*” do direito de propriedade.

⁶⁶ Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, 81 (3rd ed. 2000). Ver também Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 32 (6th ed. 2003); Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, 163 (2004); Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 *Am. Econ. Rev. Papers & Proceedings* (1967).

⁶⁷ Ver J.E. Penner, *The “Bundle of Rights” Picture of Property*, 43 *UCLA L. Rev.* 711 (1996).

A *transferibilidade* do direito de propriedade possui um alicerce diferente, e está baseada na idéia de que tal condição é necessária para o *uso eficiente de recursos*⁶⁸ – assumindo, aqui, que um recurso está sendo utilizado de modo eficiente quando ele está com a pessoa, dentro de um determinado grupo, que *dá mais valor a ele*. Se os direitos não pudessem ser transferidos, a *realocação* de um recurso de uma pessoa que lhe conferisse pouco valor a outra, cuja avaliação subjetiva de utilidade é maior, não seria possível, e o bem-estar geral da sociedade seria reduzido. Se isso está correto, então, quando um monopolista recusa-se a praticar uma operação que, individualmente, lhe traria *benefícios* – e.g., a venda de um direito para uma pessoa que valora um determinado recurso a um nível superior ao preço cobrado pelo monopolista –, nós devemos ser capazes de dizer, ao menos *prima facie*, que um abuso do direito de venda pode estar acontecendo.

Uma limitação óbvia deste approach está em que, se uma recusa de venda entre A e B é analisada isoladamente, é muito difícil determinar qual a avaliação que A faz de seu direito e o quão inadequada foi a oferta de B quando comparada com a valoração subjetiva de A. No entanto, quando nós analisamos uma recusa de venda entre A e B, sabendo que A efetuou exatamente a mesma operação com C, D e E, torna-se muito mais fácil entender por qual razão a recusa de A era provavelmente abusiva: se uma determinada operação foi vantajosa a A quando performada com C, D e E, A *deveria*, em tese, também querer executar a mesma operação com B. Se esta intenção não está presente, isso pode ser um sinal de que a recusa de A é motivada por malícia. Isso foi exatamente o que aconteceu em *Aspen Skiing* (Aspen venderia tickets para qualquer consumidor, *menos* para Highlands) e em *Otter Tail* (Otter Tail teria efetuado operações de venda de energia ou de wheeling para qualquer um, *menos* para as cidades que estava tentando coagir.).

⁶⁸ “The creation of individual (as distinct from collective) ownership is a necessary rather than a sufficient condition for the efficient use of resources. The rights also must be transferable. Suppose the farmer in our first example owns the land that he sows but is a bad farmer; his land would be more productive in someone else’s hands. Efficiency requires a mechanism by which the farmer can be induced to transfer the property to someone who can work it more productively. A transferable property right is such a mechanism”. Posner, nota 67, *supra*, pág. 33. Na mesma direção, Robert Cooter and Thomas Ulen, sinteticamente, explicam que “property rights achieve allocative efficiency by bargains and productive efficiency by internalization”. Cooter & Ulen, nota 67, *supra*, pág. 113.

Além disso, isso foi exatamente o que *não aconteceu em Trinko*. Como eu expliquei anteriormente, a Verizon utilizava suas redes para vender serviços de telecomunicações, para seus consumidores, a um determinado preço de varejo. Os preços definidos pelo Ato de Telecomunicações de 1996 para vendas no atacado e para acessar elementos de rede eram *mais baixos* do que o preço de varejo. Se os preços aos quais a Verizon poderia haver vendido serviços ou acesso à AT&T eram *mais baixos* do que os preços utilizados pela Verizon para negociar com seus consumidores, então, efetivamente, a recusa de venda da Verizon *nenhuma inferência pode ser feita*. Precisamente por isso, Justice Scalia indicou que “a relutância da Verizon em interconectar-se à taxa de compensação baseada em custo que está disponível sob a Seção 251(c)(3) não nos diz nada sobre sonhos de monopólio”.⁶⁹

Se tudo o que foi dito acima está correto, uma razão clara para entender por qual motivo a doutrina das essential facilities não possui lugar sob a Seção 2 do Sherman Act também pode ser encontrada, como explicarei abaixo.

A doutrina das essential facilities “impõe responsabilidade quando uma firma, que controla uma essential facility, nega a uma segunda firma um acesso razoável a um produto ou serviço que a segunda firma deveria obter para que pudesse competir com a primeira”.⁷⁰ Seu resultado prático é um dever similar àqueles impostos a atividade afetadas por um interesse público (pense-se, por exemplo, nos *common carriers*)⁷¹ sob o velho regime da common law – requerendo liberdade de acesso e tratamento não-discriminatório

⁶⁹ O argumento seria válido se aplicado a contextos em que o monopolista pudesse *livremente negociar* o preço da interconexão: se o monopolista pode vender seus produtos a um preço “X”, sua recusa de venda ao preço “X menos 10” não sugere que a recusa de negociar foi anticompetitiva. No entanto, quando aplicado a *Trinko*, o argumento enfrenta um complicador: sob a Seção 252(d)(3), o preço de atacado é determinado de acordo com a *efficient component pricing rule* (ECPR) – significando que o preço de atacado *preservava a margem de lucro* que a ILEC obteria por meio de seu preço de varejo. Assim, ainda que aceitemos o argumento de Scalia, uma recusa de venda *aos preços de atacado poderia ser vista como anticompetitiva*. A recusa de venda aos preços apurados com base na metodologia TELRIC, contudo, como tais valores gerariam resultados indubitavelmente *menores* do que aqueles produzidos pelos preços de varejo, não geraria qualquer inferência de comportamento anticompetitivo.

⁷⁰ *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (9th Cir. 1991).

⁷¹ Ver, sobre isso, Bruce Wyman, *The Public Duty of the Common Carrier in Relation to Dependent Services*, 17 Green Bag 570 (1905).

das pessoas interessadas no uso de um certo recurso. Os deveres impostos às atividades tingidas por interesse público e os resultantes da doutrina das essential facilities, contudo, são apenas *similares*, não *idênticos*: enquanto os primeiros afetam a relação entre uma firma e seus *consumidores*, os segundos projetam-se na relação entre uma firma e seus *concorrentes*.

Esta distinção foi efetuada com precisão em *Intergraph v. Intel*, 195 F.3d 1346 (1999), onde a Intergraph, uma fabricante de workstations, tentou garantir acesso aos microprocessadores da Intel enquanto uma ação por violação de patente pendia entre elas. Entre outros argumentos, a Intergraph argumentou que não seria capaz de sobreviver no mercado sem os produtos da Intel – e utilizou a teoria das essential facilities para tentar assegurar seu fornecimento. A Corte de Apelação do Circuito Federal *rejeitou* essa tese, explicando que Tribunal algum havia levado a teoria das essential facilities além da “situação de competição com o controlador da ‘facility’”, e que “deve haver um mercado em que o autor e o réu sejam competidores, tal que o monopolista estenda seu monopólio ao mercado a jusante por meio da recusa de acesso à ‘facility’ que ele controla”.⁷² O pedido da Intergraph, rejeitando essa jurisprudência, argumentava que uma violação ao Sherman Act, sob a teoria das essential facilities, poderia ser encontrada *independentemente* da existência de competição entre o autor e o réu – o que foi redondamente *rejeitado* pela Corte de Apelação.⁷³

Assim, quando os Tribunais efetivamente *adotam* a teoria das essential facilities, uma versão mais moderada dela, cobrindo apenas relações entre competidores, é o que eles empregam. Um exemplo dessa abordagem pode ser visto em *MCI Communications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, 708 F.2d. 1081 (1983). Neste caso, a MCI processou a AT&T reportando a existência de uma série de práticas anticompetitivas, dentre as quais preços predatórios, vendas casadas ilegais e negativas de interconexão. Respondendo à ação da MCI, o Sétimo Circuito explicou que “os precedentes definem quatro elementos necessários para o estabelecimento de responsabilidade sob a doutrina das essential facilities: (1) controle da essential facility pelo monopolista; (2) a falta de capacidade de um competidor de, razoavelmente

⁷² 195 F.3d 1346, 1357 (1999).

⁷³ A Corte enfatizou, claramente, que “the presence of a competitive relationship is fundamental to invoking the Sherman Act to force access to the property of another”. *Id.*, pág. 1357.

ou praticamente, duplicar a essential facility; (3) a negativa de uso da facility para um competidor; e (4) a possibilidade de fornecimento da facility”.⁷⁴

Olhando apenas para estes elementos, parece que a doutrina das essential facilities gera um *dever positivo de compartilhamento*: se o monopolista é proprietário de um certo recurso, e se é tecnicamente possível permitir o acesso a tal recurso por parte de um competidor, tal acesso *deve ser concedido*. Não importa que, economicamente, o monopolista possa auferir mais lucros por meio da negativa de acesso para, posteriormente, vender o próprio recurso diretamente, como Justice Scalia argumentou em *Trinko*.

⁷⁴ 708 F.2d 1081, págs. 1132-1133. Nesse caso, o Sétimo Circuito mencionou que delitos de monopolização, sob o Sherman Act, poderiam apenas ser detectados se “algo mais do que intenção geral” fosse demonstrado pelo autor, rejeitando a alegação da MCI de que “a Corte a quo equivocou-se em requerer que a MCI provasse que cada ato alegadamente anticompetitivo ou prática atribuída à AT&T foi praticado com a intenção de manter um monopólio no mercado relevante”. A Corte Distrital havia encaminhado a seguinte instrução ao júri, contra a qual a MCI protestou: “A MCI deve provar mais, todavia, do que o fato de que a AT&T recusou-se a fornecer as interconexões. Como vocês sabem, a AT&T afirma que recusou a fornecer as conexões porque acreditava que não estava obrigada a tanto, e que o recebimento das conexões pela MCI violaria políticas regulatórias estabelecidas. Se a AT&T recusou as interconexões devido a tais razões, acreditando, de boa-fé, que elas justificavam a negativa, então a recusa de fornecer as interconexões não foi conduta anticompetitiva e não pode ser considerada como conduta adotada com o propósito de manter um monopólio. A MCI tem o ônus de provar que, ao recusar as interconexões FX e CCSA, a AT&T agiu com intenção anti-competitiva, para o propósito de manter um monopólio, ao invés de motivos que ela, de boa-fé, considerou como razões legítimas”. Antes que se pense que esta instrução, e sua subsequente manutenção pelo Sétimo Circuito, significam uma ampla e incondicional reinstauração da doutrina anterior a *Alcoa*, deve-se ter em mente que o Tribunal só admitiu a utilização da defesa “boa-fé” pela AT&T porque a MCI e a AT&T estavam inseridas em um *quadro regulatório* particular, e a AT&T afirmou que acreditava que, de acordo com um determinado ato administrativo, a MCI *não tinha direito* à obtenção das interconexões pleiteadas. O argumento da AT&T, nesse contexto, não é de pura *boa-fé* particular: é, de certo modo, de *boa-fé administrativa*, baseado na idéia de que uma interpretação razoável de uma instrução pública levava à conclusão de que o objetivo da MCI era ilegal. O ponto relevante é que, a despeito da utilização da doutrina das essential facilities, a solução do caso acabou dependendo de uma discussão sobre a *intenção específica* do monopolista ao praticar a recusa de venda – e o júri acabou decidindo que a negativa de interconexão envolveu *má-fé* por parte da AT&T. De modo similar ao que ocorreu em *Kodak* (vide seção 6 deste artigo), a referência à falta de clareza do regime regulatório pertinente foi considerada *pretextual*.

As diferenças entre as duas abordagens são relevantes: a tese do “*abuso de direito*” assume que o monopolista (a) *possui o direito de recusar-se a vender*, (b) salvo quando fizer *pelos razões erradas*. A doutrina das “*essential facilities*”, de outro lado, assume que (a) propriedade “*essencial*” deve ser compartilhada, (b) a menos que o monopolista tenha uma razão legítima para se recusar a tanto – e essa razão legítima, na prática, confunde-se com a *impossibilidade técnica* do acesso ao recurso essencial. Enquanto a tese do abuso de direito concentra-se sobre a *transferibilidade* de direitos de propriedade, a doutrina das *essential facilities* trabalha sobre a prerrogativa *exclusionária* contida em tais direitos – e, enquanto a tese do abuso de direito irá presumir que o direito à transferência foi abusado quando o monopolista recusar-se a efetuar o que parecia ser uma operação que maximizaria sua riqueza, a doutrina das *essential facilities* não terá maiores preocupações sobre a eficiência econômica da recusa de venda.

Assumindo que os dois testes sejam aplicados depois de constatações prévias sobre (i.) a existência de poder de mercado e (ii.) os efeitos anticompetitivos da recusa de venda, sua diferença prática estará na *dimensão* da excludente “*legitimate business reasons*” – sob a teoria do abuso de direito, um monopolista poderá dizer algo como “*não pratiquei a operação solicitada porque, sob as condições em que ela foi proposta, não a faria com qualquer outra empresa*”; sob a teoria das *essential facilities*, isso é irrelevante.

As conclusões contidas no parágrafo anterior não significam que *não possa haver* espaço para a doutrina das *essential facilities* sob a Seção 2 do Sherman Act: a resposta para tal questão dependeria, fundamentalmente, da interpretação que fosse dada a essa cláusula legal. Em *Alcoa*, por exemplo, a Seção 2 foi lida como se contivesse um mandato requerendo a preservação de “*small business concerns*”⁷⁵ – em uma perspectiva que provavelmente é compatível com os valores que a doutrina das *essential facilities* tenta promover. No entanto, se esses valores foram abandonados, e se a lei referente a recusas de venda está hoje preocupada apenas com a detecção de situações em que há abuso da prerrogativa de transferir um direito de propriedade, então a doutrina das *essential facilities* deveria efetivamente ser abandonada.

Suporte adicional para esta conclusão pode ser obtido em *Trinko*. Como expliquei, um dos pedidos de *Trinko* era baseado na doutrina das *essential facilities*. Como resposta, a Suprema Corte esclareceu que, em toda a sua história, “*nunca havia reconhecido uma tal doutrina*” – e indicou que *Terminal*

⁷⁵ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d. 416 (1945).

Railroad e *Associated Press*, comumente referidos como sendo *leading cases* para a doutrina das essential facilities, eram simplesmente casos de *ação concertada*⁷⁶ nos quais a Corte havia demandado que “o ‘outsider’ recebesse admissão não-discriminatória ao clube”.⁷⁷ A conclusão – implícita – sugerida

⁷⁶ 124 S.Ct. 872, 881 (2004). A primeira pergunta que vem à mente é, claro, *como explicar Terminal Railroad e Associated Press* se a doutrina das essential facilities não pode ser admitida no sistema norte-americano. A solução pode estar na própria teoria do abuso de direito e em uma concepção de como as prerrogativas negociais *devem* ser exercidas dentro de um ambiente de livre mercado. Idealmente, seria possível pensar que decisões dentro de um ambiente de livre mercado devem ser adotadas com base nos *méritos* de cada *proposta* encaminhada a um agente econômico – não nas *qualidades da pessoa* que efetua tais propostas. Quando o agente econômico deixa de efetuar uma transação que, por *seus termos objetivos*, lhe seria *ideal*, ou *substancialmente benéfica* (quero, aqui, excluir situações em que a proposta rejeitada geraria alguma espécie de *saldo positivo*, mínimo, em favor do agente que a recusa), apenas em razão da *pessoa* que encaminha tal proposta, teríamos um cenário de *abuso* – que causaria redução do bem-estar social. É verdade que, até aqui, pelos padrões atualmente adotados, a intervenção do Direito Antitruste ainda não é justificada; quando, no entanto, a recusa de transação envolver poder de mercado e produzir substanciais efeitos anticompetitivos, o antitruste interviria – para eliminar essa recusa de transação que, *na origem*, já é viciada. Em seu centro, o problema não é, efetivamente, referente à prerrogativa *exclusionária* do direito de propriedade; é sobre sua *transferibilidade*, e sobre a *discriminação irrazoável* de pessoas que estejam em posições *funcionalmente equivalentes*. Uma espécie de abuso *per se*, cobrindo cenários de negativas objetivamente irrazoáveis, é encontrado no artigo 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor; nas relações entre fornecedores e consumidores, a empresa que se recusar a completar uma transação funcionalmente razoável estará implementando uma prática abusiva de mercado. Para verificar se esse tipo de ilícito é preenchido em um determinado caso, é necessário investigar, do mesmo modo como expliquei acima, se a transação rejeitada *seria efetuada* com outros agentes ou não – ou seja, se a negativa é causada *unicamente* pelas características pessoais do proponente. No entanto, diferentemente do que ocorre em relação aos ilícitos antitruste, aqui não é necessário apurar a existência de poder de mercado, tampouco a intensidade dos efeitos anticompetitivos da recusa – até mesmo porque, à toda evidência, não se está falando de relações entre competidores, mas apenas entre firmas e consumidores. Leia-se o artigo: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”.

⁷⁷ *Id.*, pág. 872-880. Na direção contrária – mas escrevendo antes da publicação de *Trinko* – Robert Pitofsky, Donna Patterson e Jonathan Hooks afirmaram que

pela posição da Suprema Corte é de que, quando for conveniente produzir algo similar aos efeitos da doutrina das essential facilities, essa tarefa deve ser deixada ao Poder Legislativo ou às Agências Reguladoras.

6. Conclusões

Eu expliquei, acima, que vários casos sobre recusas de venda, ao invés de serem um simples produto das regras contra monopolização, podem ser vistos como o resultado da aplicação do instituto do abuso de direito. Além disso, eu indiquei que, nesses casos, os Tribunais também adotaram algumas ferramentas analíticas que desviam, em parte, do modelo tradicionalmente utilizado para casos de monopolização. A aplicação da teoria do abuso de direito ajuda a explicar os resultados atualmente suportados pela jurisprudência da Suprema Corte – e oferece uma justificativa para a rejeição da doutrina das essential facilities.

O argumento contido nas seções anteriores, esclareça-se, está baseado na jurisprudência da Suprema Corte – e reconhece a existência de alguns casos desviantes nas Cortes inferiores. Talvez a melhor área para perceber as diferenças entre a abordagem do abuso de direito e a abordagem objetivista dos testes tradicionais de monopolização sejam as recusas de venda que envolvem propriedade intelectual. Vamos analisar, com esse intuito, a decisão da Suprema Corte em *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992), e a solução que foi dada ao litígio depois de seu *remand* ao Nono Circuito.

O caso envolvia uma disputa entre a Kodak e um grupo de companhias a quem a Kodak recusava vender peças de reposição de suas copiadoras. As companhias em questão – chamadas, no caso, de “*Organizações de Serviço Independentes*”, ou ISOs – costumavam competir contra a Kodak nos mercados de serviços de manutenção e peças de reposição para as máquinas fabricadas pela Kodak. A Kodak, depois de um certo ponto, decidiu simplesmente *recusar-se* a vender quaisquer peças de reposição para as ISOs – com a finalidade de eliminá-las do mercado de serviços. As ISOs processaram a

Associated Press, Lorain Journal e Otter Tail tornavam claro que “the essential facilities doctrine renders a unilateral refusal to deal subject to liability as a monopolization violation of Section 2 of the Sherman Act”. Robert Pitofsky *et al.*, *The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law*, 70 Antitrust L.J., 443 (2002).

Kodak, que imediatamente pediu que a ação fosse sumariamente extinta. O pedido da Kodak foi aceito, o Nono Circuito reverteu tal decisão, e o caso foi submetido à Suprema Corte. A Suprema Corte entendeu que as ISOs haviam apresentado questões legítimas para julgamento sobre a possibilidade de monopolização dos mercados de serviços e peças de reposição pela Kodak, e o caso foi remetido de volta às instâncias ordinárias. Ao final, o Nono Circuito entendeu que as recusas de venda da Kodak violavam o Sherman Act, pois elas produziam efeitos anticompetitivos e todas as justificativas oferecidas pela Kodak eram “*pretextuais*”.

O *texto* da decisão do Nono Circuito, em uma primeira análise, não fornece amparo à idéia de que a teoria do abuso de direito foi de qualquer modo relevante para a solução do litígio. Desde 1990, quando avaliou o caso que levaria à decisão da Suprema Corte em *Kodak*,⁷⁸ o Nono Circuito passou a seguir a tradicional fórmula de monopolização definida em *Grinnell* – e, ao invés de detectar se havia uma intenção anticompetitiva envolvida em uma recusa de venda, sempre tentou verificar se os casos que analisava envolviam (i.) condutas que interferiam com competição sem uma razão legítima ou (ii.) condutas que interferiam excessivamente com a competição. Um típico exemplo, portanto, de análise proporcional.

Por isso, em *Image Technical Services v. Kodak*, 125 F.3d 1195 (1997), decidido depois do retorno dos autos da Suprema Corte, os limites do direito de recusa não foram definidos por meio de referência direta à fórmula de *Colgate* – a “ausência de um propósito de monopolizar” – mas por meio de referência a uma fórmula objetivista, baseada em *Aspen* – “apenas se há razões negociais legítimas para a recusa”. É verdade, como expliquei antes, que, quando apareceu, o teste de “razões negociais legítimas” foi utilizado como um *proxy* para detectar situações de abuso de direito. Não obstante, quando integrado à lei geral de monopolização, ele conduz a uma abordagem *objetivista*, alinhada com *Griffith* e *Grinnell*, e conforme à qual uma violação ao Sherman Act pode ser encontrada independentemente da intenção específica do réu.

Na mesma linha, as instruções fornecidas ao júri pela a Corte Distrital à qual *Kodak* foi enviado, ao invés de adotar um critério baseado em intenção específica para definir se havia ocorrido monopolização ilícita ou não (como a Corte Distrital em *Aspen* havia feito), orientaram os jurados a adotar um critério puramente *objetivo*, similar ao teste de *balanceamento* empregado

⁷⁸ *Image Technical Serv. v. Eastman Kodak Co.*, 903 F.2d 612, 618 (1990).

em *Microsoft*. Sua parte pertinente afirmava que “uma companhia com poder de monopólio em um mercado relevante não possui dever geral de cooperar com seus rivais e pode recusar-se a negociar com eles ou com seus consumidores se razões negociais válidas existirem para tal recusa. É ilegal, contudo, para um monopolista iniciar conduta, incluídas aí recusas de venda, que desnecessariamente excluem ou prejudicam consumidores para manter um monopólio”.

Ao final, contudo, os fatos do caso mostravam que a Kodak recusou-se a negociar *em razão de uma intenção específica de lesar as ISOs*, e também recusou-se a praticar operações comerciais que, vistas isoladamente, maximizariam sua riqueza – ou seja, esse parece ser um dos casos em que as abordagens *objetivista* (as ferramentas analíticas tradicionalmente utilizadas para casos de monopolização) e *intencionalista* (os teste do abuso de direito) alcançariam o mesmo resultado.

Antes de analisar o caso *Kodak* mais a fundo, vejamos um caso em que as duas abordagens levariam claramente a soluções diferentes: *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, 203 F.3d 1322 (2000), onde um grupo de ISOs apresentou uma ação contra a Xerox Corporation em razão de fatos similares àqueles relatados no caso *Kodak*. Na mesma linha do Nono Circuito em *Kodak*, a Corte Distrital perante a qual o caso foi apresentado entendeu que a recusa da Xerox poderia representar uma conduta exclusionária – mas, em reconsideração, entendeu que a recusa de vender produtos *patenteados* não poderia ser tida como ilegal sob as leis antitruste. Com base em tal argumento, a ação foi sumariamente rejeitada. Em apelação, a Corte de Apelação para o Circuito Federal *expressamente rejeitou o molde analítico* adotado pelo Nono Circuito em *Kodak* e afirmou que, se o autor não pudesse oferecer provas de que o réu tinha produzido um efeito anticompetitivo que “*ilegalmente estendia-se além de sua patente*”, nenhum pedido sob a Seção 2 poderia ser feito.

A diferença entre os dois casos é clara: quando seu caso foi remetido de volta às instâncias ordinárias,⁷⁹ a Kodak *também* usou o argumento de que suas “numerosas patentes e copyrights forneciam uma razão negocial legítima para sua alegada conduta exclusionária”.⁸⁰ O Nono Circuito *rejeitou* essa tese, explicando que, ainda que “o desejo de um monopolista de excluir

⁷⁹ 125 F.3d 1195 (1997).

⁸⁰ *Id.*, pág. 1213.

outros de seu trabalho protegido seja uma razão negocial presumidamente válida para qualquer dano imediato aos consumidores”,⁸¹ tal presunção era *contestável* – e, no caso, a evidência levava à conclusão de que a justificativa oferecida pela Kodak era meramente *pretextual*.⁸² Pra propósitos práticos, essa referência a “*pretexto*” significa que, se o titular da patente tivesse *apenas a intenção de lesar um competidor quando recusou-se a negociar com ele*, os testes empregados em *Kodak* levarão ao estabelecimento de responsabilidade. Isso quer dizer que, novamente, estamos diante da doutrina do abuso de direito.

No caso *Xerox*, a Corte de Apelação, apesar de reconhecer que “direitos de propriedade intelectual não conferiam um privilégio para violar as leis antitruste”⁸³ e que “o direito do titular da patente de excluir (...) não era ilimitado”,⁸⁴ deixou de seguir o modelo empregado em *Kodak*. Ao invés disso, afirmou que o direito de exclusão concedido por uma patente seria limitado apenas se a parte contra quem uma ação por violação de patentes fosse movida pudesse demonstrar, objetivamente, (a) a existência de uma prática ilegal de vendas casadas, indicando que o titular da patente estaria utilizando-a para adquirir um *outro monopólio*, não concedido pela legislação de propriedade intelectual, (b) que a patente foi obtida por meio de “knowing and willful fraud”,⁸⁵ (c) ou que a acusação de violação foi uma “simples fachada” para encobrir “o que [era], na verdade, não mais do que uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um competidor”.⁸⁶ Como tais condições iniciais não haviam sido satisfeitas, a Corte recusou-se a investigar a motivação subjetiva da *Xerox* para recusar-se a vender. Assim, sob o approach utilizado na decisão *Xerox*, *ainda que o titular da patente recuse-se a vender um produto com a intenção de lesar um competidor*, nenhuma responsabilidade será estabelecida contra ele apenas por esse fato.

Qual das duas abordagens é mais autoritativa? Em razão dos precedentes mencionados na parte anterior desse artigo, *até que a Suprema Corte efetivamente rejeite uma recusa de venda* em um caso no qual *não possa ser*

⁸¹ *Id.*, pág. 1218.

⁸² *Id.*, pág. 1218-1219.

⁸³ 203 F.3d 1322, 1325 (2000).

⁸⁴ *Id.*, pág. 1326.

⁸⁵ *Id.*, pág. 1326.

⁸⁶ *Id.*, pág. 1326.

constatada a existência de intenção específica, os resultados produzidos pela abordagem do abuso de direito possuem maiores chances de corresponder ao efeito desenlace de futuros litígios submetidos a tal Tribunal. Se a abordagem objetivista devesse prevalecer, por exemplo, muito provavelmente o resultado em *Trinko* teria sido diferente – pois a Verizon não teria sido capaz de fornecer uma “razão *negocial legítima*” para justificar sua recusa. Isso sugere que o modelo analítico empregado em *Kodak* está mais próximo da abordagem dominante para esse tipo de questão – especialmente em razão de sua referência a um “*pretexto*”, o que permite *reintroduzir* a análise de intenção específica dentro dos testes de monopolização –, e que os *standards* que levaram à produção de uma decisão favorável em benefício da Xerox deveriam ser repensados.

Essa conclusão pode ser intuitivamente defendida por meio de um recurso ao teste que empreguei na quinta parte deste artigo. Analisemos *apenas* as operações que a Xerox e a Kodak negaram-se a concluir com as ISOs: vistas *individualmente*, elas seriam transações que *maximizariam* a riqueza da Xerox e da Kodak; se os preços propostos pelos ISOs fossem preços *praticados* pela Xerox e pela Kodak com quaisquer outros clientes, então suas negativas de venda são, *prima facie*, efetivamente comparáveis à negativa da Aspen Skiing. Enquanto tais, deveriam ser capturadas pela legislação antitruste.

Direitos de propriedade intelectual podem ser utilizados como uma justificativa *negocial* válida para negativas de negociação? Sim e não. Nós efetivamente podemos pensar que a titularidade de uma patente confere uma legítima prerrogativa de não *compartilhar* o método de produção do bem patenteado e de impedir que terceiros *autonomamente* coloquem o mesmo produto no mercado.⁸⁷ Em casos-limite, talvez efetivamente tenhamos que discutir sobre a possibilidade de *licenciamentos compulsórios*, e ponderar se a aplicação das leis antitruste pode fragilizar a proteção conferida pela

⁸⁷ Examinando o sistema legal brasileiro, a idéia de colocação “autônoma” no mercado por terceiros perpassa todos os verbos listados no *caput* do artigo 42 da Lei n. 9.279/96. Leia-se: “Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I – produto objeto de patente; II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo”. Grifei.

legislação de propriedade intelectual.⁸⁸⁻⁸⁹ Isso, no entanto, *não é o que ocorre*

⁸⁸ Em abstrato, essa discussão pode ser colocada em qualquer sistema legal. Em sistemas nos quais exista *dispositivo legal específico* regulando o licenciamento compulsório, contudo, um argumento razoavelmente sólido de *regulatory immunity* poderia ser efetuado – em uma variação do argumento central utilizado por Scalia em *Trinko*. Sua versão mais simples seria algo como: “forçar o licenciamento compulsório por meio da legislação antitruste termina interferindo com o sistema de incentivos criado pela legislação específica de propriedade intelectual. Assim, no que tange a recusas de venda que envolvam propriedade intelectual [pelo raciocínio desenvolvido neste artigo, apenas recusas de licenciamento, não recusas de venda de produtos patenteados, estariam compreendidas aqui], a solução deve ser encontrada apenas em conformidade à legislação específica, sem recurso à legislação antitruste”. Em tese, este argumento é razoavelmente sólido. Não obstante, no que diz respeito ao Brasil, ele parece ser inaplicável – porque o *caput* do artigo 68 da Lei n. 9.279/96 afirma que umas das hipóteses de licenciamento compulsório é a prática de *abuso de poder econômico* por intermédio de uma patente, uma previsão legal *aberta* que faz remissão expressa à *legislação antitruste* como condição para definir se o licenciamento compulsório pode ocorrer. Nessa hipótese, voltaríamos à discussão contida neste artigo para saber se o licenciamento compulsório é provocável (i.) apenas em casos nos quais a recusa de licenciamento seja motivada por uma *intenção maliciosa* ou (ii.) em qualquer cenário onde a recusa não possa ser justificada por “*razões negociais legítimas*”. Qualquer que seja a solução correta, a redação do artigo 68 já parece afastar, de plano, uma utilização *ampla* dos direitos de propriedade intelectual como defesa contra reclamações baseadas em recusas de venda – ao estilo do que foi efetuado em *Xerox*. Leia-se o *caput* do dispositivo em questão: “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial”.

⁸⁹ Como complemento à nota de rodapé anterior, referência deve ser feita ao artigo 70 da Lei n. 9.279/96. *In verbis*: “Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses: I – ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra; II – o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e III – o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior. § 1º Para os fins deste artigo considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior. § 2º Para efeito deste artigo, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo. § 3º O titular da patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória cruzada da patente dependente”. Há casos na jurisprudência americana e europeia sobre licenciamento compulsório, provocado por meio da legislação antitruste, que incorporam os mesmos princípios contidos nos incisos do artigo 70 da Lei n. 9.279/96 (ver, nos

nos dois casos discutidos nesta seção: uma vez *produzido* o bem patenteado,

Estados Unidos, *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 49 F3d. 807(1995), onde a Borland requereu acesso aos sistemas de *menu* do Lotus 1-2-3 como condição para poder lançar seu próprio conjunto de aplicativos – o Quattro e o Quattro Pro – no mercado; na Europa, a idéia do caso *IMS Health* parece ser a mesma: o objeto do pedido de licenciamento foi um *método de organização* de dados sobre o consumo de remédios em diferentes regiões da Europa. Nos dois casos, o produto que *se queria desenvolver* após o licenciamento compulsório tinha, claramente, *maior valor agregado* – o que pode equivaler ao nosso “*substantial progresso técnico*” – do que o objeto do licenciamento em si.). Apesar de os princípios serem os mesmos, os *efeitos* das duas abordagens são diferentes: uma ordem de licenciamento compulsório por meio da legislação antitruste dependerá (i.) da verificação da existência de poder de mercado por parte do titular da patente e (ii.) da avaliação dos efeitos anticompetitivos de sua negativa de licenciamento. Para que haja a maior coincidência possível entre os dois campos – reduzindo os *desincentivos* criados pelo instituto do licenciamento compulsório tal como definido na Lei n. 9.279/96 –, a interpretação da idéia de “*dependência de uma patente a outra*” deve ser absolutamente *estrita*. Mesmo assim, isso não resolveria situações em que, por exemplo, um potencial requerente pudesse desenvolver sua invenção com base em seis patentes marginalmente substituíveis, todas competindo entre si dentro do mesmo mercado relevante. Dentro desse cenário, a negativa de cada um dos titulares de patentes provavelmente não teria efeitos anticompetitivos suficientes para justificar uma ordem de licenciamento compulsório – mas o argumento da “*dependência*” parece continuar a poder ser feito com base na legislação de propriedade intelectual. Em uma aproximação inicial, a inexistência de poder de mercado sugere a existência de razoáveis possibilidades de o potencial requerente *desenvolver* uma inovação, por si só, que pudesse propiciar-lhe a utilidade que deseja auferir por meio da patente cujo licenciamento compulsório lhe interessa. A solução mais correta, assim, parece ser *negar* o licenciamento compulsório em tais cenários. Essa discussão é relevante porque, se a idéia de “*dependência*” for interpretada amplamente, a tensão entre o sistema antitruste o sistema de proteção à propriedade intelectual tenderá a *nem se estabelecer*: antes de precisarem utilizar a idéia de abuso de poder econômico, terceiros interessados em obter o licenciamento compulsório *já conseguirão atender a seus interesses* por meio da *própria legislação protetiva dos direitos de propriedade intelectual*. Nos Estados Unidos, frise-se, o dispositivo legal existente é *diametralmente oposto* aos artigos 68 e 70 da Lei n. 9.279/96, e isso *acentua* a tensão entre o sistema de proteção da propriedade intelectual e o sistema antitruste. Veja-se: “(d) No patent owner otherwise entitled to relief for infringement or contributory infringement of a patent shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having done one or more of the following: (...) (4) refused to license or use any rights to the patent; or (5) conditioned the license of any rights to the patent or the sale of the patented product on the acquisition of a license to rights in another

e estando seu titular explorando-o economicamente por meio de sua *colocação regular no comércio*, não existe razão para pensarmos que o direito de *propriedade* sobre tal recurso não possa ser *abusado* da mesma forma que ocorre em relação a bens que não são objeto de direitos de propriedade intelectual. Isso é o que a referência a *pretexto* feita em *Kodak* quer capturar – e é também esse fenômeno que a decisão de *Xerox*, ao admitir que a titularidade de direitos de propriedade intelectual possa ser usada genericamente como escudo contra ações baseadas em recusas de venda, *deixa de controlar*.

Neste artigo, eu expliquei uma maneira de compreender o que os Tribunais *têm feito*, e forneci um método para prever o seu comportamento em casos similares no futuro. Abordando este ponto, indiquei que, conforme a jurisprudência da Suprema Corte, uma abordagem *subjetivista* tem mais chances de indicar a provável solução de casos de recusa de venda do que uma abordagem *objetivista*. Os motivos desse comportamento não são claros – mas parece razoável entender que a cultura jurídica norte-americana *não está pronta* para dizer, frontalmente, que uma recusa de venda deve ser tida por ilícita apenas em razão dos *efeitos objetivamente anticompetitivos* que ela gera. Essa leitura acabaria impondo um *dever positivo* de negociação a um monopolista que talvez seja *incompatível* com o conjunto de valores existentes nos Estados Unidos; a utilização da teoria do abuso de direito como solução para casos de recusa de venda significa que, a menos que seja possível encontrar *um elemento subjetivo reprovável* na conduta do monopolista, o dever de vender não será judicialmente estabelecido.

Na União Européia, diversamente, a doutrina das *essential facilities* possui maior aceitação. Não por coincidência, o Direito da Concorrência europeu tem como uma de suas pedras fundamentais a noção de *abuso* de uma posição dominante – e insiste na idéia de que firmas com posições dominantes possuem uma *responsabilidade especial* para com o mercado. A noção de *responsabilidade especial*, a seu turno, parece trazer consigo uma série de *deveres positivos* – estranhos ao antitruste da América do Norte, mais preocupado com o *dano* que certas condutas podem causar ao ambiente competitivo do que com a responsabilidade especial de algumas empresas. Faço essa ilustração para ressaltar que, além de analisar o que os

patent or purchase of a separate product, unless, in view of the circumstances, the patent owner has market power in the relevant market for the patent or patented product on which the license or sale is conditioned”. 35 U.S.C. § 271(d) (1999). Grifei.

Tribunais *estão fazendo*, temos também que verificar o que eles *deveriam estar fazendo* – em outras palavras, se a abordagem subjetivista *deve ou não* estar prevalecendo sobre a abordagem objetivista. Se nós quisermos aplicar a doutrina das essential facilities, ou algo similar a ela, no Brasil, tal estudo será necessário – não bastando, pelos motivos expostos neste artigo, a realização de referências aos precedentes norte-americanos. Farei esta análise em outra oportunidade.

Referências bibliográficas

I. CASOS

- Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (9th Cir. 1991).
American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).
Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).
AT&T Corporation v. Iowa Utilities Board, 535 U.S. 366 (1999).
Burke v. Smith, 68 Mich. 380 (1888).
Corporation of Bradford v. Pickles, [1895] 1 Ch 145.
Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp., 36 F.3d 1147, 1182 (1994).
Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).
Eastman Kodak Company of New York v. Southern Photo Materials Company, 275 U.S. 359 (1927).
Image Technical Serv. v. Eastman Kodak Co., 903 F.2d 612, 618 (1990).
Image Technical Services v. Kodak, 125 F.3d 1195 (1997).
In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation, 203 F.3d 1322 (2000).
Intergraph v. Intel, 195 F.3d 1346 (1999).
Law Offices of Curtis V. Trinko v. Bell Atlantic Corp., 123 F. Supp. 2d 738, 741 (2000).
Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. v. Bell Atlantic Corp., 305 F.3d 89, 107 (2002).
Mayor of Bradford v. Pickles, [1895] AC 587.
MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F.2d 1081(1983).
Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).
Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co., 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986).
Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973).

- Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 52 (1911).
Swift & Co. v. United States, 196 U.S. 375, 396 (1905).
United Shoe Machinery Corp. v. United States, 347 U.S. 521 (1954).
United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (1945).
United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, 181-182 (1911).
United States v. AT&T, 524 F.Supp. 1336 (1981)
United States v. Colgate & Company, 250 U.S. 300, 307 (1919).
United States v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948).
United States v. Grinnell Corp., 236 F. Supp. 244 (1964).
United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966).
United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (2001).
United States v. Otter Tail Power Co., 331 F. Supp. 54 (1971).
United States v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295 (1953).
United States v. United States Steel Corp., 223 F. 55, 62 (1915).
Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 124 S.Ct. 872 (2004).
Verizon Communications v. FCC, 122 S.Ct. 1646 (2002).

II. BIBLIOGRAFIA

- Bolgar, V. 1974-1975. *Abuse of Rights in Europe*. 35 La. L. Rev. 1021.
- Byers M. 2002. *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*. 47 McGill L.J. 389.
- Cooter R. and Ulen, T. 2000. *Law and Economics*. 3rd ed., New York: Addison Wesley Longman.
- Demsetz, H. 1967. *Toward a Theory of Property Rights*. 57 Am. Econ. Rev. Papers & Proceedings.
- Gutteridge, H.C. *Abuse of Rights*. 5 Cambridge L.J. 30 (1933-1935).
- Miceli, T. 2004. *The Economic Approach to Law*. Stanford: Stanford University Press.
- Penner, J.E. 1996. *The "Bundle of Rights" Picture of Property*. 43 UCLA L. Rev. 711.
- Perillo, J. 1995-1996. *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*. 27 Pac. L.J. 37.
- Pitofsky, R. et al. 2002. *The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law*. 70 Antitrust L.J., 443.

- Pitofsky, R., Goldschmid, H. and Wood, D. 2003. *Trade Regulation: Cases and Materials*. 5th ed, New York: Foundation Press.
- Posner, R. 2003. *Economic Analysis of Law*. 6th ed., New York: Aspen Publishers.
- Voyame J. et al. 1990. *Abuse of Rights in Comparative Law*. In: colloquium, *Abuse of Rights and Equivalent Concepts: the Principle and its Present Day Application*. Council of Europe
- Wyman, B. *The Public Duty of the Common Carrier in Relation to Dependent Services*, 17 Green Bag 570.
- Yiannopoulos, A.N. 1993-1994. *Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New*. 54 La. L. Rev. 1195.

