

# A DOCTRINA DAS ESSENTIAL FACILITIES NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

*Leticia Frazão Alexandre*

Sumário: Introdução; 1. A Doutrina das Essential Facilities; 1.1 Concorrência – Valor Institucional; 1.2 Conceito e Limites; 1.3 Recusa de Contratar; 2. Adequação da Doutrina das Essential Facility ao Ordenamento Jurídico Brasileiro; 3. Delimitando o Termo Essential Facility; 3.1 Jurisprudência norte-americana; 3.1.1 United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 1912 ; 3.1.2 Associated Press v. United States, 1945; 3.1.3 Lorain Journal v. United States, 1951; 3.1.4 Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc, 1952; 3.1.5 MCI Communications Corp. v. AT&T, 1983; 3.1.6 Paschall v. Kansas City Star Co., 1984; 3.1.7 Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 1985; 3.1.18 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 1992; 3.2 Jurisprudência da União Européia; 3.2.1 United Brands v. Commission, 1978; 3.2.2 Volvo v. Erik Veng, 1989; 3.2.3 Magill TV Guide, 1989; 3.2.4 Ladbroke SA v. Commission, 1997; 3.2.5 Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint, 1998; 3.3 Jurisprudência Brasileira; 3.3.1 Copesul v. Triunfo, 1998; 3.3.2 TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo, 2001; 3.3.3 Embratel v. Telesp, 2002; 3.3.4 White Martins e Unigases 4. Definindo a moldura – elementos para a caracterização de uma essential facility; 4.1 Controle de um bem essencial por um monopolista; 4.1.1 Monopólio Natural; 4.2 Impossibilidade prática ou razoável de duplicação; 4.3 Recusa de fornecer acesso; 4.3.1 Free riders; 4.3.2 Comportamentos oportunistas; 4.4 Possibilidade de prover acesso; 4.5 Monopolização de um segundo mercado; 4.6 Condições de acesso; Conclusão; Bibliografia

## **Introdução**

Assim como Sísifo foi condenado a repetir eternamente o mesmo trabalho, o direito da concorrência parece condenado a ter constantemente de justificar sua fundamentação e validade jurídica. Embora erigida como valor, a concorrência amiúde cede espaço a imperativos de política industrial. Nesta monografia, procura-se auxiliar a concorrência na superação dessa “tarefa de Sísifo”. Propõe-se que defesa da concorrência e política industrial não são objetivos antagônicos, podendo ser conciliados por meio da aplicação da doutrina das essential facilities.

A proteção da concorrência – entendida como um processo de descoberta – não implica uma estrutura de mercado pulverizada, mas sim que exista possibilidade de escolha. O importante é que os concorrentes não sejam impedidos de ofertar seus produtos no mercado.<sup>1</sup> Dessa forma, mesmo em mercados concentrados, a concorrência é possível, conquanto se assegure acesso aos bens essenciais para se concorrer no mercado (essential facilities).

Essa solução de compromisso é particularmente relevante para o fomento da concorrência no Brasil, onde a concentração sempre foi vista por um viés desenvolvimentista, e a concorrência, como um valor instrumental. A doutrina das essential facilities permite que se alie o desenvolvimentismo à concorrência como valor institucional; ou seja, que se mantenha as eficiências da concentração, sem, contudo, concentrar os seus benefícios. Os ganhos serão partilhados com os novos agentes econômicos que passarão a atuar no mercado, bem como com os consumidores, que se beneficiarão de maiores opções de escolha.

Apesar de ser um instrumento poderoso na proteção da concorrência, a doutrina das essential facilities não pode ser encarada como uma panaceia universal. O abuso no emprego da doutrina pode levar a resultados contraproducente. Ações que visam a fomentar a concorrência, no curto prazo, podem ter efeito contrário, no longo prazo, devido à sua capacidade de alterar os incentivos dos agentes econômicos no mercado. Daí a necessidade de se definirem parâmetros para a aplicação da doutrina das essential facilities.

## 1. A Doutrina das Essential Facilities

A doutrina das essential facility envolve regras de identificação de um bem essencial para a concorrência, bem como prescrições: o que implica a definição de um bem como essencial; qual a conduta a ser adotada.<sup>2</sup>

### 1.1. Concorrência – Valor Institucional

Para a compreensão da concorrência como um valor institucional, verifica-se necessária breve análise acerca das diferentes concepções da função a ser

---

<sup>1</sup> Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 24.

<sup>2</sup> Devido às dificuldades de tradução do termo essential facilities, escolheu-se manter o termo original.

desempenhada pela concorrência. No sistema americano, a concorrência é um valor absoluto que deve ser preservado (concorrência-condição).<sup>3</sup> O único objetivo da Lei Antitruste é eliminar os efeitos autodestrutíveis do mercado, e qualquer prática que restrinja de forma significativa a concorrência é tida como ilícita.<sup>4</sup>

Duas escolas contribuíram de modo mais significativo para a evolução do direito antitruste nos Estados Unidos: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. A primeira foi preeminente nas décadas de 50 e 60, quando passou a sofrer forte oposição por parte da segunda escola. A Escola de Harvard funda sua análise no paradigma Estrutura → Conduta → Performance<sup>5</sup>, segundo o qual estruturas concentradas resultariam em condutas concertadas visando a diminuir a produção e a aumentar os preços.<sup>6</sup> A ênfase passou a ser colocada em soluções estruturais; proteção da pequena e média indústria - a lógica do *Small is Beautiful: economics as if people mattered*.<sup>7</sup> Pode-se perceber que a Escola de Harvard entende que a proteção da concorrência requer a defesa de estruturas de mercado desconcentradas.

Escola de Chicago contrapôs a de Harvard, pois se acreditava diante de um paradoxo: em nome da defesa da concorrência, o direito antitruste vinha destruindo a capacidade de se produzir bens e serviços de forma eficiente, o que prejudicava o consumidor. A proteção da pequena empresa resultava em perda de competitividade interna e internacional das empresas americanas. O direito antitruste transformava-se, nos dizeres de Bork, em “uma política em guerra consigo mesma”.<sup>8</sup> Para Bork, a solução do paradoxo do antitruste estava na

<sup>3</sup> Jorge de Jesus Ferreira ALVES, *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, Coimbra, Coimbra, 1989, p. 16.

<sup>4</sup> Não se deve, todavia, confundir o sistema americano com o sistema da ilicitude *per se* de acordos ou outras formas de concentração ou coligação empresarial, existente nos primeiros tempos do *Sherman Act*. A partir da introdução, neste sistema, da regra da razão (*rule of reason*), são considerados ilícitos apenas os acordos que restrinjam desarrazoadamente (*unreasonably*) a concorrência.

<sup>5</sup> Alison JONES e Brenda SUFRIN, *EC Competition Law, Texts, Cases and Materials*, London, Oxford, p.20.

<sup>6</sup> Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p.18.

<sup>7</sup> O referido livro foi escrito, em 1973, por Fritz Schumacher com o propósito de demonstrar a viabilidade de sistemas descentralizados, sejam eles políticos, sociais ou econômicos. Schumacher foi um dos responsáveis pela implementação de políticas de desconcentração empresarial na Alemanha do pós-guerra.

<sup>8</sup> Bork escreve, em 1978, um livro intitulado: *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, no qual desenvolve esse argumento.

adoção dos ensinamentos da Escola de Chicago, que ditava que o objetivo único do antitruste seria a eficiência alocativa. Estruturas de mercado desconcentradas seriam ineficientes, e, portanto, prejudiciais aos consumidores.

A Escola de Chicago insere-se em um contexto histórico de grande preocupação com a competitividade das empresas americanas, em razão da acirrada pressão por parte das economias japonesa e européia. Seu principal mérito “foi ter sido capaz de adaptar objetivos tão claramente de política econômica (como é a defesa da competitividade das empresas americanas) a uma teoria econômica aparentemente preocupada exclusivamente com a defesa do consumidor”.<sup>9</sup>

Conforme pretende demonstrar-se a seguir, o paradoxo do antitruste é apenas aparente. A defesa da concorrência não implica, necessariamente, a perda de eficiência. Quando se defende a existência de concorrência, e não uma forma específica de estrutura de mercado – como propunha Harvard –, esses dois objetivos, aparentemente opostos, podem conciliar-se. Todavia, antes de se propor um processo de conciliação, cabe apresentar a concepção européia de concorrência.

No sistema europeu, a concorrência não é um valor em si mesmo, mas um meio de se atingir o equilíbrio econômico. Por não ter caráter absoluto, a concorrência pode ser sacrificada quando confrontada com outros valores. Segundo Jorge de Jesus Ferreira Alves, “a teoria da concorrência-instrumento permite ir mais longe que a rule of reason, pois um acordo pode ser mais útil para o progresso econômico do que o cumprimento insensível das regras de concorrência estrita”.<sup>10</sup> O direito concorrencial europeu tem sido aplicado para promover outros objetivos, como proteger ou favorecer as pequenas e médias empresas e permitir a cooperação empresarial com vistas ao desenvolvimento tecnológico europeu, o que parece coadunar-se à concepção de concorrência institucional.

Para sustentar a afirmação de que a concorrência constitui um valor institucional, Calixto Salomão Filho funda-se na teoria do processo de descoberta de Hayek.<sup>11</sup> Os pressupostos dessa teoria são a impossibilidade e a inconveniência de se concentrar o conhecimento econômico. O processo de descoberta deve ser feito pelo indivíduo, ou pelos grupos sociais, por meio da comparação das opções oferecidas. Para tanto, necessária a existência de opções: de concorrência.<sup>12</sup> Cabe-

<sup>9</sup> Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p.39.

<sup>10</sup> *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, cit, p. 16-7.

<sup>11</sup> *Direito Concorrencial – As Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 55.

<sup>12</sup> Calixto SALOMÃO FILHO afirma que “essa crítica ao pensamento teórico no campo econômico tem, provavelmente, sua inspiração filosófica na Crítica da Razão Pura de

ria, então, ao Estado garantir, de forma ativa, as condições básicas de concorrência. Nessa concepção, a concorrência é vista como garantia institucional, pois visa a proteger, ao mesmo tempo, o indivíduo e a coletividade.

É nesse sentido que se entende possível a conciliação entre defesa da concorrência e busca de competitividade. Como visto, a proteção do valor institucional da concorrência não implica uma estrutura específica de mercado, mas sim que exista possibilidade de escolha, com base, por exemplo, em preço, qualidade ou preferências regionais.<sup>13</sup> Dessa forma, mesmo em mercados concentrados, a concorrência é possível, conquanto se assegure acesso aos bens essenciais para se concorrer no mercado.

## 1.2. Conceito e Limites

A doutrina das essential facilities está intimamente ligada à afirmação do princípio da função social da propriedade dos bens de acesso. Como visto, uma essential facility nada mais é do que um bem essencial para se concorrer no mercado: um bem de acesso. Daí a conexão entre a defesa do valor institucional da concorrência e a doutrina das essential facilities. Ao aplicar-se a doutrina, está-se defendendo a concorrência – o processo de descoberta.

“To be an essential facility ... a facility must be essential”.<sup>14</sup> O tautologismo aparentemente irônico da afirmação, em realidade, é bastante ilustrativo do grau de imprecisão do termo. Neste tocante, Hebert Hovenkamp explicita que o mundo do antitruste seria provavelmente um lugar melhor se fosse substituída o que ele entende como uma das mais problemáticas, incoerentes e incontroláveis bases do antitruste, a doutrina das essential facilities, por uma pequena mudança na aplicação da doutrina geral de recusa de contratar por parte de um monopolista.<sup>15</sup> Phillip Areeda, em um conhecido

---

Kant, em especial em sua concepção do pensamento sintético, aquele criativo capaz de adicionar conhecimento. Esse tipo de conhecimento é, na concepção kantiana, por essência experimental. (*Regulação e Desenvolvimento*, p. 45)”.  
<sup>13</sup> *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p. 24.

<sup>14</sup> “The so-called “essential facilities” doctrine is one of the most troublesome, incoherent and unmanageable of the bases of Sherman § 2 liability. The antitrust world would almost certainly be a better place if it were jettisoned, with a little fine tuning of the general doctrine of the monopolist’s refusal to deal to fill in the resulting gaps” (*Federal Antitrust Policy – the law of antitrust and its practice*, 2ª ed., St. Paul, West, 1999, p. 305).

<sup>15</sup> *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles in Antitrust Law*

e muito discutido artigo, argumenta que o termo *essential facilities* tornou-se um epíteto: no seu entendimento, uma definição usada excessivamente.<sup>16</sup> O autor coloca, então, a necessidade de se estabelecer princípios limitadores. Desse modo, ao invés de abandonar-se por completo a doutrina das *essential facilities*, melhor seria estudá-la mais pormenorizadamente, extraindo de seu próprio bojo a moldura limitadora de sua abrangência.

Por fim, cabe ressaltar que a doutrina das *essential facilities* trilhou caminhos diversos nos Estados Unidos e na Europa, em razão das diferenças anteriormente apontadas entre esses dois sistemas de concorrência. Nos Estados Unidos, os casos em que se aplica a doutrina das *essential facilities* constituem exceções do princípio geral de que empresas não têm o dever de contratar. Na União Européia, por outro lado, a Corte de Justiça Européia (ECJ) desenvolveu o dever geral de contratar: a doutrina das *essential facilities* pode ser vista como uma simples aplicação particular desse dever geral.<sup>17</sup>

### 1.3. Recusa de Contratar

Calixto Salomão Filho esclarece que as obrigações impostas pela doutrina das *essential facilities* são mais extensas do que aquelas derivadas da disciplina usual da recusa de contratar. Afirmar que “uma recusa de contratação por parte de um monopolista apenas configura ilícito se tem como propósito: a dominação do mercado ou qualquer outra intenção anticoncorrencial. Não configurado esse propósito, a recusa não passa de livre exercício da liberdade de contratação. No caso das *essential facilities*, entretanto, a mera recusa já implica prejuízo à concorrência, pois o acesso ao bem é fundamental para que o agente concorra no mercado”.<sup>18</sup>

---

*Journal*, v. 58, 841, 1989, *apud.* Merrill HIRSH e Gabriela RICHEIMER, *The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word “Epithet” from Becoming One*, s.l., s.d., disponível [on-line] in <http://www.rdbl.com/Headlines/PressReleases/EssentialFacilities.pdf> [04-07-2003], p. 23-7.

<sup>16</sup> *Direito Concorrencial – As Condutas*, cit., p. 115.

<sup>17</sup> *Regulação e Concorrência*, cit. p. 141.

<sup>18</sup> Ressalte-se que essa intenção não se trata de dolo, nem culpa. A intenção de que se fala aqui é a mesma do art. 20 da Lei Antitruste brasileira, Lei nº 8.884/94: “*Constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados*”.

Com efeito, o ilícito de recusa de contratar está mais ligado ao chamado “teste da intenção”; ou seja, deve a conduta do agente possuir intenção anticoncorrencial. Antônio Fonseca entende que este teste é aplicado quando “existia um vínculo contratual entre a firma que controla a facilidade essencial e o contratante desejoso de acesso”<sup>19</sup>. Desse modo, enquanto a casuística mais freqüente da recusa de contratar se constrói em torno de relações contratuais continuadas (contratos relacionais) que são interrompidas<sup>20-21</sup>, a doutrina das essential facilities, tem caráter positivo: é capaz de criar concorrência onde antes não existia.

## 2. Adequação da Doutrina das Essential Facility ao Ordenamento Jurídico Brasileiro

“Somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra”.<sup>22</sup> A afirmação de Sérgio Buarque de Holanda releva que, já em 1936, quando foi escrito *Raízes do Brasil*, existia um patente desconforto com a transplantação de uma civilização européia para os trópicos. Como reflexo desse fenômeno no campo do direito, há muito é criticada a importação pura e simples de institutos alienígenas como forma de solucionar os problemas da civilização brasileira.

A doutrina das essential facilities, todavia, é plenamente compatível com os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da propriedade. Fábio Konder Comparato esclarece que a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário que vincula o bem ao interesse coletivo.<sup>23</sup> Há verdadeira imposição de comportamentos positivos ao detentor do poder que deflui da propriedade. Impõe-se ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo

<sup>19</sup> Voto no Ato de Concentração 54/95 (Copesul v. Triunfo), cit., p. 149.

<sup>20</sup> Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 52-3.

<sup>21</sup> Paula A. FORGIONI esclarece que a recusa de contratar é particularmente importante nos contratos relacionais, tendo em vista que eles devem-se basear no princípio da boa-fé objetiva. Ademais, nos contratos relacionais, a dependência econômica pode tornar a recusa ilícita. (*O Contrato de Distribuição – função econômica e análise jurídica*, Tese [livre-docência] - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002, p. 48).

<sup>22</sup> *Raízes do Brasil* (1936), 26ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2003, p. 31.

<sup>23</sup> Fábio Konde COMPARATO, *Função social da propriedade dos bens de produção* in *RDM* 63, p. 75.

de outrem.<sup>24</sup> Ora, a doutrina das essential facilities nada mais é do que o princípio da função social da propriedade dirigida aos bens de acesso.

Demonstrado que a doutrina das essential facilities adequa-se ao ordenamento jurídico brasileiro, cabe agora explicitar sua relevância para a solução dos problemas da civilização brasileira. Celso Furtado esclarece que, a partir da década de 30, o desenvolvimento brasileiro foi calcado no Processo de Substituição de Importação, que tem como característica a formação de uma estrutura concentrada capaz de obter os ganhos de escala para a produção no âmbito interno.<sup>25</sup>

Com efeito, como afirma Washington Peluso Albino de Souza, em 1978, contrastando com o sentido de repressão da Lei Antitruste nº 4.137, de 1962, havia no Brasil uma série de diplomas que estimulavam a prática concentracionista, sendo os principais as Leis do Planos: I e II Plano Nacional de Desenvolvimento – PND. A legislação antitruste brasileira, de inspiração norte-americana, era vista como inadequada a uma realidade na qual predominava “a excessiva proliferação de empresas desprovidas de poder de competição, pela insuficiência de escala”, como a brasileira.<sup>26</sup> Imperativos de política industrial urgiam o abandono da defesa da concorrência em nome do crescimento econômico acelerado; em prol do desenvolvimento.

Na consecução de um tal objetivo, adotou-se abertamente política de fusão e incorporação, com estímulos financeiros e fiscais, visando à criação da grande empresa nacional. Em decorrência desse processo, findo o regime militar, o ambiente industrial brasileiro apresentava com elevado grau de concentração. A fugaz Lei Antitruste 8.158, de 1991 e, finalmente, a Lei 8.884, de 1994, tinham a incumbência de promover a concorrência nesse cenário.

A pergunta que se colocava era como fomentar a concorrência em um ambiente assaz concentrado. Recorrer a soluções estruturais, visando a promover a pequenas e médias empresas, poderia implicar perda de competitividade na esfera internacional justamente em um momento no qual avançava-se em direção a um mercado mundialmente integrado. Por outro lado, o modelo concentrador de crescimento econômico – concentração industrial e concentra-

<sup>24</sup> Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit. (nota 57), p. 275.

<sup>25</sup> Celso FURTADO, *Formação Econômica do Brasil*, Brasília, UnB, 1963, 230-52.

<sup>26</sup> *Regime Jurídico da “Concentração” de Empresas* in *Revista de Direito Econômico*, n. 9, abril, 1978, p. 26.

ção de renda – demonstrava-se desprovido de legitimidade. Indaga-se, contudo, mais uma vez, como promover a concorrência – instrumento legítimo de justiça social –, sem comprometer a competitividade, a eficiência.

Uma resposta conciliatória para a questão seria aliar-se competitividade e legitimidade. Nesse sentido, a aplicação da doutrina das essential facilities aparece como uma resposta satisfatória e adequada. Satisfatória porque foi desenvolvida justamente para lidar com situações de elevada concentração ou de monopólio, nas quais a desconcentração mostrava-se indesejável. Adequada pelo fato de adaptar-se plenamente tanto às peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, como às suas características históricas. A doutrina das essential facilities permite que se alie o desenvolvimentismo à concorrência como valor institucional; ou seja, que se mantenha os ganhos de escala provenientes da concentração, sem, contudo, concentrar os seus benefícios.

### 3. Delimitando o Termo Essential Facility

Para que a doutrina das essential facilities cumpra sua função de promover a concorrência institucional faz-se necessária a precisa delimitação de sua abrangência. Interferir na liberdade de contratar exige cautela. Caso o dever de acesso fosse reconhecido facilmente, haveria desincentivo ao investimento e à inovação. Desse modo, a aplicação da doutrina deve-se restringir apenas àqueles casos nos quais a concorrência ficaria deveras prejudicada não fosse o acesso concedido. Resta, então, identificar quais são esses casos. Visando a lançar luz sob a intrincada questão de quais critérios devem ser acolhidos na identificação de uma essential facility, passa-se a relatar os principais casos em que a jurisprudência concedeu ou negou o dever de acesso.

#### 3.1. *Jurisprudência norte-americana*

##### 3.1.1. United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 1912<sup>27</sup>

Em 1889, o empresário Jay Gould organizou uma associação que procedeu à compra sistemática de estradas de ferro e infra-estrutura porto-ferroviária na região de St. Louis, Missouri. Tendo em vista que as condições topográficas da região tornavam impossível a duplicação do sistema, qual-

---

<sup>27</sup> 224 U.S. 383 (1912).

quer empresa a que fosse negado acesso àquela infra-estrutura ver-se-ia obrigada a procurar opções muito mais dispendiosas; considerando-se que tais opções existissem.

O Governo Federal desejava que a associação fosse dissolvida, e a concorrência restaurada entre as várias sociedades que a compunham, como havia ocorrido no caso *Standard Oil Co., v. United States*. A Suprema Corte, entretanto, acolheu o argumento do réu, no sentido de que a associação possibilitava a coordenação mais eficiente das operações das ferrovias. Buscando uma solução que não implicasse o fim da associação, aquela Corte decidiu que a eficiência do sistema, aliada à impossibilidade de não-associados concorrerem de forma efetiva, criava para os seus proprietários o dever de garantir acesso ao sistema para qualquer em condições justas, razoáveis e não-discriminatórias. Por esses meandros a Suprema Corte afirma, pela primeira vez, a doutrina das *essential facilities*.

### 3.1.2. *Associated Press v. United States*, 1945<sup>28</sup>

A *Associated Press* (AP) era uma *joint venture* formada por 1200 jornais, espalhados pelos Estado Unidos, que se reuniam para compor e circular notícias entre seus associados. Os membros estavam proibidos de fornecer acesso às notícias para os não-associados. A AP poderia livremente admitir novos jornais na associação, a não ser que um jornal concorrente objetasse. Neste caso, o novo associado somente seria aceito após votação majoritária e o pagamento de uma elevada taxa.

A recusa de acesso à *joint venture*, nos casos de objeção de um jornal concorrente, e as condições discriminatórias para os novos entrantes, pagamento de elevada taxa, foram vistas como uma violação do *Sherman Act*. A Corte sustentou que a vantagem competitiva da AP sobre os seus concorrentes não decorria da sua inventividade e sagacidade, mas sim de poder coletivo decorrente de um acordo ilegal. As opiniões dissidentes nesse julgamento sustentaram que notícias poderiam ser obtidas em qualquer lugar; a organização era apenas um veículo para eficiência coletiva. Os jornais excluídos poderiam ter-se tornado associados entre eles, formando uma associação rival.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> 326 U.S. 1 (1945)

<sup>29</sup> Comentando a decisão, Hebert Hovenkamp esclarece que a associação reduz significativamente os custos de cobrir notícias em diferentes cidades do país. Para tanto, bastaria um único membro em cada cidade; não trazendo benefícios para a associação

### 3.1.3 Lorain Journal v. United States, 1951<sup>30</sup>

O Lorain Journal era lido por 99% das famílias de Lorain, Ohio. Em 1948, o monopólio de fato do jornal passou a ser contestado pelo estabelecimento de uma estação de rádio, a WEOL. Como resposta, o jornal recusou-se a contratar com anunciantes que também anunciassem na rádio local. A Suprema Corte entendeu que a prática tinha o claro intuito de forçar a rádio a sair do mercado, razão pela qual condenou-a, e obrigou o jornal a contratar com qualquer anunciante.

### 3.1.4. Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc, 1952<sup>31</sup>

A Providence Fruit era proprietária do conjunto das instalações onde se concentrava o comércio atacadista de produtos frescos, em Providence, Rhode Island. A Providence interrompeu sua relação com a Gamco alegando crédito duvidoso. A Corte do Primeiro Circuito sustentou que a ré deveria permitir o acesso de suas instalações nos mesmos termos e condições que usufruíam os demais usuários.

O que se sobressai nesta decisão é o fato de a Corte ter reconhecido que critérios razoáveis de seleção, tais como falta de espaço, crédito ou probidade duvidosos não representariam uma violação à lei antitruste.<sup>32</sup> Lipsky esclarece que por a Providence não ter conseguido provar a existência de qualquer dessas exceções, no caso em tela, foi obrigada a readmitir a Gamco. Ressalte-se que a função básica da Providence era justamente atender a todos os comerciantes atacadistas do mercado relevante, portanto, não havia o risco de um free-rider aproveitar-se do sistema criado por um outro concorrente.<sup>33</sup>

---

a admissão de dois jornais na mesma cidade. Por outro lado, o jornal concorrente, que já fazia parte da associação, agora se vê em pior condição, pois enfrenta concorrência acirrada do novo entrante. Entretanto, os principais benefícios da entrada do novo jornal na *joint venture* serão sentidos pelos consumidores e anunciantes, aumentando o bem estar da economia. Ademais, não haveria o aproveitamento da estrutura criada pela AP por *free-riders*, na medida em que esta se mostrava disposta a aceitar novos entrantes, conquanto aceitos pelos concorrentes (*Federal Antitrust Policy*, cit., pp. 230-231).

<sup>30</sup> 342 U.S. 143 (1951).

<sup>31</sup> 194 F. 2d 484 (1st Cir.), cert. denied, 344 U.S. 817 (1952).

<sup>32</sup> Abbott B. LIPSKY e J. Gregory SIDAK, *Essential Facilities*, cit., p. 1201-1202.

<sup>33</sup> No entender de Lipsky, este é um caso muito diferente do *Associated Press*, no qual a concessão de acesso a todos os solicitantes destruiria a natureza básica daquela associação. Ver nota 93.

### 3.1.5. MCI Communications Corp. v. AT&T, 1983<sup>34</sup>

MCI e AT&T são empresas de telefonia que desde 1969, quando a primeira obteve autorização para entrar no mercado (controlado pela segunda desde 1876), travam batalhas judiciais, fundando-se no direito antitruste. Em 1982, foi assinado um acordo prevendo a reestruturação completa do sistema de telefonia norte-americano: a AT&T deixaria de executar serviços de telefonia local, e os serviços de telefonia passaram a ser oferecidos por sete holdings (alcançadas Baby Bells). As Baby Bells ficaram proibidas de atuar no mercado de longa distância.

Em 1983, a MCI moveu ação antitruste contra a AT&T, alegando que esta recusava-se a recusa de interconectar a MCI com os distribuidores locais do sistema Bell, o que impedia que a MCI ofertasse seus próprios serviços aos consumidores. A Corte entendeu que o caso deveria ser regida pela essential facilities doctrine. A delimitação da doutrina das essential facilities, neste caso, irá influenciar inúmeras decisões subseqüentes. As linhas da moldura são representadas por quatro elementos: (i) controle de um bem essencial por um monopolista; (ii) impossibilidade prática ou não razoabilidade de duplicação do bem; (iii) recusa de fornecer acesso a um concorrente; e (iv) a possibilidade de fornecer acesso.<sup>35</sup>

### 3.1.6 Paschall v. Kansas City Star Co., 1984<sup>36</sup>

Kansas City Star Co. monopolizava o mercado local de jornais diários nesta cidade, sendo a distribuição feita por distribuidores independentes. Cada distribuidor possuía direito de exclusividade sobre uma rota estabelecida. O jornal decidiu realizar ele mesmo a distribuição e, por essa razão, terminou sua relação com os distribuidores independentes; o que extinguiu o mercado a jusante.

Em uma decisão dividida, a Suprema Corte entendeu a consequência da eliminação do mercado secundário foi a redução dos custos e o aumento da circulação do jornal. Um ponto importante neste caso era o fato de que grande parte da receita do jornal provinha dos anúncios que este veiculava. Como tal receita dependia do aumento da circulação, ao contrário de ser vista

<sup>34</sup> 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983) cert. denied, 464 U.S. 891 (1983).

<sup>35</sup> Hebert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 306.

<sup>36</sup> 727 F. 2d 692 (8th Cir. 1984).

como tentativa de monopolização, a prática em questão foi uma forma de aumentar a eficiência na distribuição dos jornais.<sup>37-38</sup>

### 3.1.7 Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 1985<sup>39</sup>

A Aspen Skiing Co. e a Aspen Highlands Skiing Corp. dividiam o mercado de locais para esqui (downhill skiing services), em Aspen, Colorado. A primeira empresa possuía equipamento em três montanhas enquanto a segunda, em apenas uma. Ao longo de vários anos, essas empresas uniram-se em diferentes formas de joint ventures para ofertar um tíquete conjunto, válido para esqui nas quatro montanhas. Individualmente, as empresas continuaram a ofertar seus próprios tíquetes, mas era evidente a preferência pelo tíquete conjunto. Ao longo dos anos, ocorreram diversos processos judiciais entre essas duas empresas visando a fixar o montante da receita da venda do tíquete conjunto que caberia a cada uma delas. Desenvolveu-se, por conseguinte, um método baseado em pesquisas de mercado para determinar o uso efetivo de cada montanha. Posteriormente, a Aspen Skiing exigiu que a Highlands aceitasse uma porcentagem fixa para a divisão da receita. Tendo a Highlands se recusado a aceitar essa proposta, a joint venture foi desfeita.<sup>40</sup>

A participação de mercado da Highlands caiu de 20,5%, na temporada de 1976-77, para 11%, na temporada de 1980-81. Em 1979, a questão foi

---

<sup>37</sup> O que se apurou neste caso foi a racionalidade da prática dita restritiva à concorrência. É certo que um jornal detém o monopólio da distribuição de seus próprios exemplares, e que à qualquer empresa buscando adentrar o mercado de distribuição de jornais é essencial o acesso aos jornais. Desse modo, o requisito da essencialidade está configurado. Cabe analisar, então, se a recusa de contratar com os distribuidores independentes pode ter caráter pró-competitivo, ou se restringe injustificadamente a concorrência. Pelos dados apresentados no caso, pode-se constatar que a prática visava a aumentar a eficiência na distribuição de jornais, o que de fato ocorreu: reduziram-se os custos e aumentou-se a circulação. Os consumidores não sofreram redução substancial de suas opções de escolhas, na medida em que o produto distribuído era o mesmo; aos consumidores nunca fora permitido escolher o distribuidor que desejassem.

<sup>38</sup> Eleanor M. FOX e Lawrence A. SULLIVAN, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paulo, West, 1989, p. 247-51.

<sup>39</sup> 472 U.S. 585 (1985)

<sup>40</sup> O relato detalhado do relacionamento entre as empresas ao longo dos anos, bem como dos detalhes do caso é fornecido por Phillip AREEDA e Louis KAPLOW, *Antitrust analysis - problems, text, cases*, 4a ed., Little Brown, Boston, 1988, p. 512-527; também Eleanor M. FOX e Lawrence A. SULLIVAN, *Cases and Materials on Antitrust*, cit. p. 252-262.

levada aos tribunais. A Corte do Décimo Circuito decidiu em favor da Highlands, fundamentando-se em duas premissas: (i) o tíquete conjunto era uma “essential facility”; e (ii) o objetivo da Aspen Skiing, ao recusar-se em oferecer o tíquete único, era criar ou manter um monopólio. Perante a Suprema Corte, a questão foi analisada com base no ilícito de recusa de contratar, e não como um caso específico da doutrina das essential facilities, como havia feito a instância inferior. Esta Corte notou que mesmo monopolistas não têm o dever geral de unir-se aos concorrentes em joint ventures. Não obstante, a recusa deve-se fundar em justificativas negociais válidas. No caso em questão, a Aspen não conseguiu demonstrar que sua conduta motivava-se por razões de eficiência. Ademais, comprovou-se a existência de uma demanda específica pelo tíquete conjunto, tendo os consumidores sido afetados pela sua eliminação.<sup>41</sup>

### 3.1.8. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 1992<sup>42</sup>

No início dos anos 80, 18 empresas independentes (Independent Service Organizations – ISO’s) passaram a ofertar serviços de manutenção para as copiadoras Kodak. Alguns consumidores compravam as peças diretamente da Kodak, contratando apenas o serviço das ISOs, enquanto outros adquiriam tanto o serviço como as peças desta última. Ademais, o preço das ISOs era substancialmente inferior ao cobrado pela Kodak e alguns consumidores achavam o serviço das ISOs de qualidade superior. Em represália, em 1985 e 1986, a Kodak adotou a política de vender peças apenas para os compradores de equipamentos Kodak que também adquirissem seu serviço de manutenção, limitando o acesso das ISOs às suas peças. Em 1987, as ISOs moveram ação antitruste contra a Kodak, alegando venda casada e tentativa de monopolização do mercado de serviços de manutenção para os equipamentos Kodak.

---

<sup>41</sup> O tíquete conjunto, entretanto, parecia não ser realmente essencial à concorrência. A *Highlands*, apesar de ter tido sua participação de mercado reduzida, continuou concorrendo sem o tíquete. O ponto relevante para a decisão do caso parece ter sido o fato de que uma opção foi retirada dos consumidores sem razões negociais que justificassem essa conduta. Foi nesse sentido que a Suprema Corte deu grande importância ao fato de haver existido um relacionamento contratual anterior. Caso contrário, o tíquete conjunto nunca haveria existido, e uma demanda específica por esse bem não se teria podido formar, dadas as circunstâncias que o caso envolve. Ressalte-se, todavia, que pode haver a formação de demanda sem que nunca tenha havido um relacionamento contratual anterior – como se verá no caso Magill.

<sup>42</sup> 504 U.S. 451 (1992).

A Kodak defendeu-se afirmando que não possuía poder de mercado suficiente no mercado de copiadoras para que se configurasse o ilícito. De fato, a ré detinha apenas 23% deste mercado. Acrescentou que não havia dois mercados relevantes: a manutenção é abrangida pelo mercado de equipamentos. As ISOs sustentavam que a Kodak aproveitava-se do fato de os consumidores já haverem comprado seus equipamentos, e estarem, portanto, trancados (locked-in) – devido ao custo elevado incorrido na troca de marca –, e que apenas peças da Kodak serviriam em seus equipamentos, para forçá-los a adquirirem igualmente seus serviços de manutenção. Tal teoria seria válida se ficasse constatado que os compradores de equipamentos Kodak não possuíam, no momento da compra, informações suficientes a respeito do preço e condições de manutenção para esse equipamento, ou que a Kodak alterou sua política após a compra.

A Suprema Corte constatou que não só não havia justificativas negociais válidas para a recusa da Kodak em fornecer as peças às ISOs, como também os preços de seus serviços de reparo haviam aumentado consideravelmente após a saída desses concorrentes do mercado; o que representava uma violação à lei antitruste.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Na análise deste caso, o intérprete depara-se com uma situação que guarda certa similaridade com aquela apresentada no caso *Paschall*. Naquele caso, o jornal, ao rescindir seus contratos com distribuidores independentes, eliminou o mercado de distribuição a jusante. Ressalte-se, contudo, que aos olhos do consumidor, nunca existira um mercado de distribuição, na medida em que não lhes era facultado escolher o distribuidor que lhes aprouvesse. Desse modo, a supressão do mercado não lhes restringia as opções de escolha. No caso *Kodak*, entretanto, pode-se verificar a existência de um mercado de reparo independente. As ISOs concorriam com os serviços de manutenção da *Kodak* e de quaisquer outras prestadoras de serviço existentes. Os consumidores podiam optar entre eles, e, muitas vezes, optavam pelas ISOs. Para que os concorrentes pudessem ofertar seus serviços, precisavam apenas que a *Kodak* lhes vendesse as peças de reparo. Vê-se, destarte, que as peças de reparo eram essenciais para a concorrência no mercado de manutenção. Não havia, ademais, justificativas negociais para a recusa de fornecer as peças, como a própria Corte entendeu. As opções para os consumidores foram reduzidas significativamente sem que com isso lhes adviesse benefício nenhum. Muito pelo contrário, como resultado da eliminação da concorrência, a *Kodak* passou a cobrar preços abusivos para os serviços de reparo. É interessante constatar que, neste caso, o enfoque maior foi atribuído a esse último fato: depois que a concorrência foi eliminada, os preços aumentaram. Não parece, todavia, que esse seja o ponto chave da questão. Mesmo que os preços não houvessem aumentado, as opções para os consumidores foram reduzidas sem uma justificativa razoável. Tornou-se impossível comparar os preços e a qualidade dos serviços ofertados. Esse caso, em realidade, parece demonstrar o que Hayek afirmava: processo de descoberta deve ser feito pelo indivíduo, ou pelos grupos sociais, por meio da comparação das opções oferecidas. Para tanto, necessária a existência de opções.

Frank FINE, *NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, cit., p. 1

### 3.2. *Jurisprudência da União Européia*

#### 3.2.1. *United Brands v. Commission, 1978*<sup>44</sup>

A *United Brands* atuava no mercado europeu de bananas. Ela era detentora da *Chiquita*, uma marca conhecida e valorizada pelos clientes. A *Oelsen*, um amadurecedor/distribuidor dinamarquês, participou de uma campanha para promover a marca rival durante a chamada “guerra da banana”; quando o preço da banana chegou a cair 40% no mercado dinamarquês. A *United Brands*, alegando que o distribuidor havia deixado de atender adequadamente às obrigações que tinha com esta empresa, deixou de fornecer-lhe bananas.

A Corte de Justiça entendeu que a conduta da *United Brands* interferia na independência de pequenas e médias empresas. Em uma delimitação estreita do mercado relevante, a Corte constatou que a Representada detinha posição dominante no mercado de bananas. A partir dessa constatação, concluiu que seu objetivo era, em realidade, desencorajar as demais empresas a contratar com seus rivais, aumentando, assim, sua posição dominante no mercado de bananas.<sup>45</sup>

#### 3.2.2. *Volvo v. Erik Veng, 1989*<sup>46-47</sup>

A *Volvo* negou-se a licenciar o desenho do painel de seus carros

---

<sup>44</sup> Case 27/76, *United Brands v. Commission* (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR 429.

<sup>45</sup> Como afirmado anteriormente, este caso assemelha-se ao *Lorain Journal*. A conduta da *United Brands* visava a criar barreira à entrada da *Oelsen* no mercado dinamarquês. Se contratar com a *Oelsen* impossibilitava a contratação com a *United Brands*, o distribuidor optaria por não contratar com a primeira, uma vez que o distribuidor que não ofertasse a banana *Chiquita*, marca detentora de posição dominante, ver-se-ia prejudicado. O fornecimento de bananas *Chiquitas*, por essa razão, era essencial à concorrência no mercado.

OJ L22/23, (1978) 1 CMLR D19.

<sup>46</sup> Case 238/87, *AB Volvo v. Erik Veng* (1988) ECR 6211, (1989) 4 AMLR 122.

<sup>47</sup> Diante da regra “o fornecimento deve-se dar a um preço justo”, surge a questão: o que é um preço justo, e, principalmente, como apurá-lo? Caberia à Corte que proferiu a decisão fixar o preço? Uma vez fixado o preço, como impedir a prática de subsídios cruzados entre o mercado de peças e o de reparo? Esse é o intrincado problema de se definir e se implementar as condições de acesso. Na medida em que se contata que a aplicação da doutrina das *essential facilities* cria a necessidade de se instituir o que

para fabricantes independentes, que desejavam fabricá-los e comercializá-los. A Corte de Justiça afirmou que a existência de direitos de propriedade intelectual não significa, necessariamente, que a empresa que os detenha possua posição dominante no mercado. Mesmo nos casos em que uma empresa possua essa posição dominante, a recusa de licenciar direitos de propriedade intelectual não constitui abuso per se. Obrigar o detentor de direitos sobre um desenho a licenciá-lo, mesmo que em troca de royalties, seria privá-lo da substância do seu direito: a exclusividade.

Neste caso, a Corte de Justiça delimitou três situações em que a recusa de contratar, por parte de uma empresa em posição dominante, representaria um abuso; quais sejam: (i) recusa arbitrária de fornecer partes avulsas para empresas que prestam serviços de manutenção e reparo de forma independente; (ii) fixação dos preços dessas peças em um nível injusto; (iii) decisão de descontinuar a produção de peças avulsas para um modelo particular, embora muitos carros daquele modelo continuem em circulação. Decidiu, então, que a Volvo, no caso em questão, não abusaria de sua posição dominante se não infringisse nenhuma dessas regras.

### 3.2.3. Magill TV Guide, 1989<sup>48</sup>

Reino Unido e Irlanda reconheciam direitos autorais sobre listas diárias de programação. Nos outros Estados-Membros, exigia-se atividade criativa ou intelectual para o reconhecimento de direitos autorais. Por essa razão, aqueles eram os únicos dois Estados-Membros onde guias de TV semanais compreendendo todos os canais não existiam. Os telespectadores deviam consultar a programação em jornais diários ou nas revistas semanais dos próprios canais. A Magill desejava comercializar um guia de TV que abrangesse todos os canais, e, para tanto, solicitou licença das emissoras, tendo esta sido negada.

Como no caso Volvo, a Corte reconheceu que a existência de direitos de propriedade intelectual não significa, necessariamente, a existência de posi-

---

Lipsky e Sidak chamaram “regulação judicial”, indaga-se em que medida seus custos não superariam os seus benefícios. A questão das condições de acesso será melhor analisada no Capítulo 4.

<sup>48</sup> Cases C-241-241/91 P, RTE&ITP v. Commission (1995) ECR I-743, (1995) 4 CMLR 718 on appeal from Cases T-69-70/89, 76/89, RTE, ITP, BBC v. EC Commission (1991) ECR II-485, (1991) 4 CMLR 586, on appeal from Magill TV Guide (1978 OJ L 78/43, (1989).

ção dominante neste mercado. Ademais, a recusa de licenciar esses direitos, mesmo que a empresa encontre-se em posição dominante não constitui abuso. Contudo, em circunstâncias excepcionais, a recusa pode sim constituir um abuso. No caso em tela, a Corte entendeu que as emissoras exerciam um monopólio de fato sobre sua programação semanal: não havia substituto para os guias de TV semanais que as emissoras ofereciam. Além disso, havia uma demanda específica, constante e potencial de guias de TV abrangentes, por parte dos consumidores. A recusa de ceder as listas de programação semanal impedia o surgimento de um novo produto, um guia de TV com todos os canais, o qual as emissoras não ofertavam, e para o qual havia uma demanda potencial dos consumidores. Não havia justificativa para a recusa, a não ser reservar para si o mercado a jusante de guias de TV. Por essas razões, a Corte entendeu que as emissoras abusavam de sua posição dominante e concedeu o licenciamento compulsório dos direitos autorais sobre as listas semanais sua programação<sup>49</sup>.

### 3.2.4. *Ladbroke SA v. Commission, 1997*<sup>50</sup>

A Ladbroke era uma casa de apostas, situada na Bélgica, onde se podia apostar em corridas de cavalo realizadas no exterior. A Sociedade de Corridas de Cavalo francesa (Société de Courses) possuía direitos exclusivos sobre a transmissão das corridas no exterior e sobre a realização de apostas relacionadas a essas corridas tanto na França, quanto no exterior. A Société de Courses não atuava no mercado belga, quer transmitindo corridas, quer realizando apostas. Ela recusou-se a permitir que a Ladbroke transmitisse as

---

<sup>49</sup> O objetivo da Comissão, nesta decisão, era criar concorrência onde esta não existia, aumentando as opções de escolha dos consumidores. Nesse sentido, foi relevante o fato de haver uma “demanda específica, constante e potencial de guias de TV com todos os canais, por parte dos consumidores”. O fato de nunca ter havido relacionamento contratual entre as partes – emissoras e Magill – não impossibilitou o formação dessa demanda, pois em outros países da União Européia guias abrangentes existiam, e eram ofertados pela Magill. É nesse tocante que o caso sob análise difere do caso Aspen. Se nunca houvesse existido um relacionamento contratual anterior entre as empresas detentoras da montanha, o tíquete único nunca haveria existido; tratava-se de um produto particular, e não de uma prática amplamente adotada pelas estações de esqui de Aspen, Colorado. Já no caso Magill, guias de TV abrangentes existiam em todos dos demais Estados, não havendo justas razões negociais para que não existissem no Reino Unido e Irlanda.

<sup>50</sup> Case T-504-93, Tiercé Ladbroke SA v. Commission (1997) ECR II – 923, (1997) 5 CMLR 309

corridas de cavalo francesas em suas unidades na Bélgica. Havia, contudo, licenciado esses direitos a empresas de aposta na Áustria e na Alemanha.

A Corte de Primeira Instância ponderou que em contraste com o caso Magill, no qual a recusa de licenciar o bem impedia que esta empresa entrasse no mercado de guias de TV abrangentes, no caso sob análise, a Ladbrooke além de estar presente no mercado de apostas, também detinha posição significativa desse mercado; enquanto a *Société de Courses*, detentora do direito de propriedade intelectual, não estava presente no mercado.

A Corte entendeu que a transmissão das corridas, embora constituísse um serviço adicional e apropriado, não era em si indispensável para o exercício da principal atividade da Ladbrooke: apostas. Isso é evidenciado pelo fato de que a Ladbrooke estava presente no mercado e ocupava uma posição significativa no que tange a apostas em corridas de cavalo francesas.<sup>51</sup> O fato de a *Société de Courses* haver licenciado os mesmos direitos à empresas austríacas e alemãs não constituía discriminação, pois essas empresas não atuavam no mercado belga.

### 3.2.5. Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint, 1998<sup>52</sup>

Bronner, que publicava um jornal regional na Áustria, o *Der Standard*, moveu ação antitruste contra a Mediaprint, que publicava dois jornais, o *Neue Kronen Zeitung* e o *Kurier*. O primeiro jornal detinha 3,6% do mercado em termos de circulação, e 6% em termos de receita com propaganda, enquanto os jornais publicados pela Mediaprint detinham juntos 46,8% em circulação e 42% em receita de propaganda. A Mediaprint estabeleceu um sistema de dis-

<sup>51</sup> O critério da essencialidade foi o analisado no caso em questão. Com efeito, embora a transmissão das corridas constituísse um adicional, não poderia ser encarada como essencial à concorrência. A Corte deu muito relevo ao fato de que os direitos de transmissão não haviam sido licenciados para nenhuma empresa na Bélgica, e que, portanto, a *Ladbrooke* não sofria discriminação. O ponto central parece ser, contudo, o fato de que não houve justas razões negociais para a recusa. Se a *Société de Courses* licenciou os mesmos direitos na Áustria e na Alemanha, por que não o fazer na Bélgica? O licenciamento aumentaria as opções para os consumidores, sem desincentivar a inventividade e o investimento, uma vez que a sociedade havia licenciado esse direito em outros mercados relevantes. A Corte parece haver-se atido muito ao critério da essencialidade, e esquecido-se de criar opções, de proteger o processo de descoberta.

<sup>52</sup> Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint (1998) ECR I-7791, (1999) 4 CMLR 112

tribuição domiciliar para possibilitar a circulação de seus jornais, ao qual a Bronner desejava ter acesso, para que pudesse distribuir o Der Standard em nível nacional. A Bronner alegou que outras formas de distribuição a domicílio seriam menos vantajosas, e que devido à reduzida circulação do Der Standard seria inviável estabelecer um sistema próprio de entrega a domicílio.

A Corte de Justiça ressaltou que interferir na liberdade de contratar de uma empresa exige que se analise, cuidadosamente, o caráter pró-competitivo dessa intervenção. O que pode parecer pró-competitivo no curto prazo, pode-se mostrar contrário aos interesses dos consumidores, no longo prazo. Caso o acesso a um bem desenvolvido pelo concorrente para o seu próprio uso fosse concedido muito facilmente, não haveria incentivo para que ele o produzisse; ou seja, haveria desincentivo à inventividade e ao investimento. Fundando-se nessa premissa, a Corte entendeu que, no caso em questão, acesso ao sistema de distribuição da Mediaprint não era essencial para que a Bronner concorresse no mercado. Havia outras formas disponíveis de entrega a domicílio de jornais, as quais, embora menos vantajosas, não a eliminavam do mercado. Ademais, não havia empecilhos de ordem econômica ou técnica para que a Bronner, quer por si só, quer em união com outros jornais, constituísse o seu próprio sistema de entrega a domicílio.

Para negar o dever de acesso, neste caso, a Corte de Justiça fundou-se na premissa de que a Bronner, para alavancar suas vendas nacionalmente, objetivava “pegar carona” (free-ride) no investimento da Mediaprint. Por essa razão, esta teria justificativas objetivas para lhe recusar o acesso. Ademais, embora outras alternativas pudessem ser menos atraentes, o acesso ao sistema de distribuição da Mediaprint não era essencial.

### 3.3. Jurisprudência Brasileira

A doutrina das essential facilities vem sendo bem acolhida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ao contrário da Suprema Corte norte-americana e da Corte de Justiça europeia, que nunca utilizaram o termo essential facilities para fundamentar suas decisões, o CADE vem-se utilizando tanto do termo, como do próprio teste criado pela Corte do Sétimo Circuito no caso *MCI Communications Corp. v. AT&T*, para verificar os casos em que surge uma obrigação de acesso para o monopolista.

### 3.3.1. Copesul v. Triunfo, 1998<sup>53</sup>

O primeiro emprego da doutrina deu-se na análise do Ato de Concentração entre Copesul, uma empresa petroquímica de primeira geração, e OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A, empresas petroquímicas de segunda geração. A operação envolvia contratos de fornecimento de eteno e propeno no projeto de ampliação do Pólo Petroquímico de Triunfo. A Petroquímica Triunfo S.A., empresa integrante do Pólo e dependente dos produtos de primeira geração fornecidos pela Copesul, tendo sido excluída do projeto, manifestou-se contra o Ato de Concentração, pois, no seu entendimento, sua inclusão no projeto era essencial para que pudesse continuar concorrendo no mercado.

O CADE analisou a questão como sendo um pedido de acesso a um bem julgado essencial. Apesar de reconhecer que os insumos ofertados pela Copesul eram essenciais para a Triunfo, o Conselho negou a existência de um dever de acesso, pois entendeu que a exclusão da triunfo deveu-se a falhas de coordenação. Como se verá mais especificamente no item 4.3, para negar o dever de acesso, o CADE fundou-se principalmente na existência de justificativas comerciais razoáveis; no caso em questão, a possibilidade de comportamento oportunista por parte da Petroquímica Triunfo S.A.

### 3.3.2. TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo, 2001<sup>54</sup>

Directv e Sky eram concorrentes no mercado de televisão por assinatura. A Sky, associada da rede Globo, transmitia, com exclusividade, a programação local da Globo a seus assinantes. A Directv desejava, igualmente, ofertar o sinal da Globo ao seus assinantes no conjunto de sua programação. Como a programação da Globo está disponível para a televisão aberta, o assinante da Directv poderia acessá-la utilizando-se de um sistema de chaves comutadas de duas posições, do tipo A-B, de maneira que uma destas posi-

---

<sup>53</sup> Ato de Concentração 54/95. Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL; OPP Petroquímica S.A. (Antiga PPH – Cia Industrial de Polipropileno); OPP Polietilenos S.A. (Antiga Polisul – Petroquímica S.A.) e Ipiranga Petroquímica S.A..Ato de Concentração nº 54/95. Ver CADE, Relatório Anual 1998-1999, p.101.

<sup>54</sup> Processo Administrativo nº 53500.000359-99, *TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo*

ções conecte o televisor à antena DTH e outra à antena normal, para captação da rede aberta. Neste processo, entretanto, o assinante perderia a qualidade superior de imagem.

A discussão fundou-se, basicamente, na possibilidade de caracterização do sinal da Globo como uma *essential facility*, o que criaria o dever de garantir acesso independentemente de legislação específica.

O Voto de Vista do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo<sup>55</sup> toca o cerne do problema ao afirmar que “o conceito de infra-estrutura essencial ainda não recebeu contornos definidos na doutrina e na jurisprudência antitruste, tanto no Brasil quanto no exterior”. Não obstante, ele faz uso dos elementos apontados pela doutrina e jurisprudência estrangeiras para a caracterização de uma *essential facility*. Acrescenta ele que “a facilidade essencial implica, no mínimo, as seguintes condições: (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável”. Ora, “o sinal das transmissões de TV aberta da Rede Globo não se enquadra, de nenhum modo, na categoria de infra-estrutura essencial: (i) não é indispensável (tanto que a Directv, mesmo sem ele, continua sendo um concorrente forte e arrojado); (ii) não é impossível, à Directv, duplicar a estrutura, vale dizer, produzir seu conteúdo ou contratá-lo com terceiros, como fez, por exemplo, com a Disney; (iii) a manutenção da Directv como concorrente, a entrada e crescimento da Tecsate no mercado e a autorização, pela ANATEL, da operação de novos concorrentes no mercado de TV por Satélite mostram, à saciedade, que a Globo ou a SKY estão distantes, com os dados disponíveis no momento, de ter potencial para eliminar a concorrência; (iv) a “facilidade” pretendida pela Representante é, sem dúvida, um caminho fácil e oportunista – que não exige sequer talento, criatividade e identificação com a sensibilidade da cultura brasileira – para obtê-la de maneira menos dispendiosa; (v) a recusa de disponibilização encontra justifi-

<sup>55</sup> Voto de Vista do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, no Processo Administrativo nº 53500.000359-99, *TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo*, p. 6.

cáveis e razoáveis razões, econômicas e jurídicas, por se tratar, o sinal aberto, de serviço de acesso gratuito e protegido pelo marco regulatório existente. Não pode haver essencialidade naquilo que é redundante. Portanto, inviável a aplicação da teoria da “essencial facility” ao presente processo”.

Na visão do CADE, o sinal da Globo não era essencial à concorrência, pois mesmo sem ele, a Directv continuava a ser “um concorrente forte e arrojado no mercado”. Esse é o mesmo argumento que a Corte de Primeira Instância da União Européia utilizou no caso Ladbroke. A diferença, contudo, reside no fato de que o licenciamento, neste caso, reduziria os incentivos da Globo ao investimento e inventividade. A Directv tinha condições de produzir ou contratar com outros agentes programação de qualidade semelhante a da Globo. Caso o licenciamento fosse concedido, a concorrência seria prejudicada no longo prazo, pois tanto Globo, como Directv perderiam os incentivos à inovação.

### 3.3.3. Embratel v. Telesp, 2002<sup>56</sup>

Este caso é representativo de uma série de disputas entre operadoras de telefonia que detêm controle da rede local e operadoras de telefonia de longa distância. A questão é em que medida se concede acesso às operadoras de longa distância em condições de igualdade, uma vez que condições desiguais deturpariam a concorrência no setor.

O pedido de medida preventiva, sob análise, refere-se às ofertas da Embratel e da Telefônica Empresas, subsidiária da Telesp, no processo de licitação realizado pelo Prodam. A Embratel alegou que a Telesp vinha realizando discriminação de preços de acesso no provimento de serviço de acesso local. Segundo a Representante, só isso poderia explicar o fato de a oferta da Telefônica Empresas, na licitação, ser mais barata do que a tarifa de interconexão paga pela Embratel à Telesp. Esta estaria discriminando preços em favor de sua subsidiária, e em detrimento da Embratel. A Telesp argumentou que a discriminação decorria de critérios objetivos: volume do fornecimento; prazo do contato; e topologia de rede.

Na análise do caso, o Conselheiro Relator procurou, declaradamente, responder as quatro perguntas do teste MCI/AT&T. Julgou ele que “pelo menos

<sup>56</sup> Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19 no Processo Administrativo nº 53500.005770/2002, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – *Embratel* v. Telecomunicações de São Paulo S/A – *Telesp*.

a parte da demanda de baixa velocidade pode ser considerada um insumo essencial controlado por um monopolista”; quanto à viabilidade de duplicação, entendeu ser “essa possibilidade inviável em termos econômicos, além de ser socialmente ineficiente”. Passou o Conselheiro Relator, em seguida, à análise das terceira e quarta questões. Nesse ponto, a questão que se colocava era saber se as condições de acesso oferecidas pela Telesp à Embratel eram discriminatórias em relação àquelas ofertadas à sua subsidiária. O Relator constatou que a existência de assimetria de informações impossibilitava a verificação do abuso na medida em que “a Representada era a única detentora da informação necessária à constatação do fato afirmado”. Não obstante, entendeu ele que não havia indícios suficientes para demonstrar que a diferença de preços de acesso se justificava pelos critérios apontados pela Representada. Finalmente, quanto à quarta questão, “não houve nenhuma alegação de que a concessão à Embratel de igualdade nas condições de acesso comprometeria a qualidade do acesso dos demais clientes da Telesp”.<sup>57</sup> Estavam, destarte, respondidas as quatro questões de forma afirmativa, o que justificou a concessão da medida preventiva para suspender a licitação até que fosse examinado o preço de acesso.

Ressalte-se que o cerne da questão é garantir a concorrência efetiva no mercado, por meio da igualdade de condições de acesso. Como coloca Alexandre Ditzel Faraco,<sup>58</sup> a dependência substancial de um prestador de serviços em relação à infra-estrutura e à rede de seu concorrente comprometerá o grau de efetividade da concorrência no respectivo mercado. Na maior parte dos países, quem controla o acesso também presta serviços em mercados verticalmente relacionados. Nessas circunstâncias, os estímulos para um abuso de tal posição dominante são evidentes: recusa de acesso à rede, subsidiar sua atividade em mercados nos quais enfrenta concorrência, com ganhos excessivos obtidos no mercado no qual é monopolista (preços predatório por intermédio dos subsídios cruzados). Daí a razão de o direito da concorrência zelar pela igualdade de condições de acesso. Esse ponto será retomado no Capítulo 4.

### 3.3.4. White Martins e Unigases<sup>59</sup>

Por fim, vale lembrar o Ato de Concentração entre White Martins e

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 39, 41, 45, 48, 54.

<sup>58</sup> *Regulação e direito concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor de telecomunicações*, Tese [doutorado] - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2001, pp. 41-4.

<sup>59</sup> Ato de Concentração nº 78/96. Requerentes: S.A. White Martins e Unigases Comer-

Unigases. Ao contrário do caso Directv (item 3.3.2), não havia, nesse caso, um concorrente demandado acesso a um bem pretensamente essencial para se concorrer no mercado relevante. Durante a análise do impacto que a fusão entre a White Martins e a Unigases teria no mercado de gás carbônico, o próprio CADE verificou a existência de insumo não aproveitado. A White Martins possuía um contrato de exclusividade com a Ultrafertil, pelo qual a primeira comprava toda a produção da segunda. A partir da alteração da cláusula de exclusividade do contrato de fornecimento de matéria-prima entre a White Martins e a Ultrafertil, determinada pelo CADE, deu-se nova concorrência para contratação do excedente de 170 ton/dia de gás carbônico. Isso permitiu a entrada de um novo concorrente no mercado relevante. Apesar de não ter se baseado na doutrina das essential facilities, e de não haver concorrentes demandando acesso, a atuação preventiva do CADE, criando concorrência, demonstra não só sua preocupação com o valor institucional da concorrência, como também a sua adequada compreensão da doutrina das essential facilities.

---

cial Ltda. Trata-se da aquisição do controle acionário da empresa norte-americana CBI Industries, controladora da Liquid Carbonic Corporation, pela Praxair Inc., controladora da White Martins. A Liquid Carnomic detinha o monopólio do mercado de gás carbônico do país, até que a White Martins passou a atuar nesse mercado dois anos antes da fusão. A White Martins atuava no mercado de gases do ar (oxigênio, nitrogênio, argônico e outros), mas não atuava no setor de gás carbônico. A entrada no mercado da White Martins foi possível em função de contrato celebrado com a Ultrafertil, visando a utilização do gás bruto gerado a partir da produção de amônia, na planta de Cubatão. A partir da alteração da cláusula de exclusividade do contrato de fornecimento de matéria-prima entre a White Martins e a Ultrafertil, deu-se nova concorrência para contratação do excedente de 170 ton/dia de CO<sub>2</sub> gerado na unidade de Cubatão. A BOC Gases apresentou a melhor oferta e, a partir do segundo semestre de 1999, passará a produzir cerca de 35 ton/dia de gás carbônico. Venda dos produtos relevantes, a preços normais, para concorrentes ou distribuidores. Exclusão de qualquer cláusula de preferência ou de exclusividade no fornecimento de gases. A operação foi aprovada, com a celebração de um termo de desempenho, pois eficiências. Permitiu a operação conjunta de canais de distribuição e de logística de transporte. Ademais, as empresas que atuam no mercado de gases do ar costumam ofertas também gás carbônico. Um ponto importante a se ressaltar é que no Brasil, a principal tecnologia utilizada para a obtenção de CO<sub>2</sub> é a by-product – a partir de resíduos industriais de outro produto que não o CO<sub>2</sub>. Esta tecnologia implica na instalação da fábrica de gás carbônico próxima à indústria fornecedora de matéria prima e na elaboração de contratos de fornecimento de longo prazo. Por envolver custos idiossincráticos, fica claro o elevado grau de dependência que à que as empresas consumidoras estão sujeitas.

## 4. Definindo a moldura – elementos para a caracterização de uma essential facility

A Corte do Sétimo Circuito, ao desenvolver o teste MCI/ATT, deu um primeiro passo na definição de uma teoria geral das essential facilities. Definiu que as linhas da moldura são representadas por quatro elementos: (i) controle de um bem essencial por um monopolista; (ii) impossibilidade prática ou não razoabilidade de duplicação do bem; (iii) recusa de fornecer acesso a um concorrente; e (iv) a possibilidade de fornecer acesso.

A pretensão desse Capítulo é caminhar um segundo passo em direção à definição de uma moldura. Busca-se delimitar a abrangência de cada um desses elementos; ou seja, o que é um bem essencial, o que se entende por impossibilidade ou não razoabilidade de duplicação, em que situações a recusa de fornecer acesso pode ser justificada por razões empresariais, e, finalmente, o que limitaria o acesso, quando possível. Analisam-se, ademais, as condições de acesso, por se entender que condições inequânimes igualam-se à recusa de acesso.

### 4.1. Controle de um bem essencial por um monopolista

O elemento chave na aplicação da doutrina das essential facilities é saber se o bem em questão é essencial para se concorrer em um determinado mercado. Esse requisito de essencialidade faz com que a doutrina das essential facilities seja largamente associada a situações de monopólios naturais. Essa associação, todavia, parece imprecisa. Calixto Salomão Filho<sup>60</sup> reconhece que o fato de a doutrina ter surgido em um caso extremo de monopólio natural “poderia dar a impressão de que o conceito [essential facility] só é relevante quando se está considerando o acesso a infra-estruturas bastante específicas”. Todavia – acrescenta – “não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência de um agente econômico em relação a outro, na qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou fornecimento do essencial”.

Casos há em que o acesso foi concedido independentemente da constatação de um monopólio natural. No caso *Lorain Journal*, o jornal possuía um monopólio de fato sobre o mercado de propaganda na cidade de Lorain.

---

<sup>60</sup> *Direito Concorrencial – As Condutas*, cit., p. 113.

Não havia empecilhos de ordem técnica ou econômica para que uma segunda empresa adentrasse esse mercado, mas a recusa do jornal em contratar com anunciantes que também anunciassem em seu concorrente constituía elevada barreira à entrada. Era essencial para a concorrência no mercado de propaganda de Lorain que o jornal contratasse, em igualdades de condições, com qualquer anunciante que o procurasse. O jornal, dessa forma, era uma *essential facility* a qual o acesso deveria ser concedido, embora não fosse um monopólio natural.

Calixto Salomão Filho apresenta duas noções de monopólio natural.<sup>61</sup> O conceito mais amplo relaciona-se a situações em que a concorrência é impossível, quer por razões físicas, quer econômicas.

Para esse autor, a impossibilidade física pode derivar, por exemplo, de fontes de insumo únicas, ou da existência de direitos de propriedade intelectual. Um exemplo extremo de impossibilidade física de concorrência é o caso Terminal Railroad. Como visto, a topologia do terreno tornava a duplicação do sistema porto-ferroviário impossível.

A impossibilidade econômica, na definição de Posner, ocorre quando a totalidade da demanda em um dado mercado pode ser atendida a mais baixo custo por uma única empresa; não importando o número de empresas que atuem no mercado.<sup>62</sup> As causas geralmente apontadas para a ocorrência desse fenômeno são a prevalência dos custos fixos sobre os custos variáveis, resultando em expressivas economias de escala. Com efeito, como os custos são fixos, quanto mais se produzir, mais esses custos serão diluídos no processo. O montante a ser produzido é limitado tão-somente pela própria capacidade produtiva do sistema. O exemplo clássico é um pedágio sobre uma ponte ligando duas cidades. Supondo-se que uma só ponte possa atender a toda a demanda do mercado, a construção de uma segunda ponte aumentaria os custos fixos de ambas, elevando o preço do pedágio. Não obstante, se uma ponte apenas não for capaz de absorver o fluxo diário de veículos, justifica-se a construção de uma segunda ponte.

Com relação aos casos discutidos, salvo o já comentado caso Terminal Railroad – no qual a duplicação era fisicamente impossível –, nos demais casos envolvendo infra-estruturas, a duplicação dos sistemas, embora possível, levaria, pelas razões acima apontadas, a resultados econômicos contraprodu-

<sup>61</sup> *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., pp. 191-99.

<sup>62</sup> Richard A. POSNER, *Natural Monopoly and its Regulation*, Washington, Cato Institute, 1999, p. 5.

centes. Daí a razão de se conceder acesso aos concorrentes. Nos casos Gamco e MCI/AT&T, o acesso foi concedido, mormente, sob esse fundamento.

A segunda noção de monopólios naturais relaciona-se à existência de retornos crescentes de escalas. Enquanto na maioria dos casos é válida a assertiva de que a utilidade marginal decresce à medida que se aumenta a produção, em relação a determinados bens, a utilidade marginal é diretamente proporcional ao aumento da produção. Esse fenômeno decorre da existência de economias de rede, que geram expressivas externalidades positiva.<sup>63</sup> Com efeito, como coloca Alexandre Ditzel Faraco, a utilidade que o usuário pode auferir de uma rede está diretamente vinculada ao número de outros usuários com os quais ele pode-se comunicar. O próprio sentido econômico dos respectivos serviços está ligado à organização de uma rede única para a sua prestação.<sup>64</sup>

Um caso típico de economia de rede é o sistema de telecomunicações. Quanto maior o número de usuários conectados, maior a utilidade que cada usuário pode auferir da rede; maior o número de pessoas com que cada um deles pode-se comunicar.

#### *4.2. Impossibilidade prática ou razoável de duplicação*

Este critério complementa o anterior, pois se volta à questão do monopólio natural. Com efeito, como abordado no item anterior, há situações nas quais exista a impossibilidade física – prática – ou econômica – razoável – de duplicação são, justamente, os casos relacionados à primeira noção apresentada de monopólio natural. Ademais, ao critério de razoabilidade deve-se incluir a segunda noção de monopólio natural: economias de rede.

O bem poderia ser essencial, mas por alguma razão, sua duplicação tornou-se possível. Como afirma Faraco, “variações na demanda podem implicar o fim da “naturalidade” de um monopólio natural”.<sup>65</sup> Ademais, raramente

---

<sup>63</sup> Fábio Nusdeo conceitua externalidades como “custos ou benefícios que circulam externamente ao mercado, vale dizer, que se ficam incomensurados, pois, para eles, o mercado não consegue imputar um preço” (Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico, São Paulo, RT, 1997, p. 177). É uma falha de sinal, pois os preços não sinalizam todos os custos ou benefícios que se incorre para a produção do bem. No caso da economia de rede, o usuário de uma rede não paga mais pelo benefício adicional que auferir quando mais um usuário é conectado ao sistema.

<sup>64</sup> *Regulação e direito concorrencial*, cit., pp. 15-7.

<sup>65</sup> Alexandre Ditzel FARACO, *Regulação e direito concorrencial*, cit., p. 146.

será possível “duplicar” propriamente o bem. Na grande maioria dos casos será construído um bem similar, que atenda às mesmas funções. Nesse processo, pode ocorrer que o bem paradigma tenha vantagens comparativas sobre o bem duplicado. Se essas vantagens não forem essenciais à concorrência no mercado, deve-se entender que o segundo critério para a aplicação da doutrina das essential facilities não foi atendido. No caso Directv, deu-se, justamente, isso. A Directv não podia ter acesso ao sinal da Globo, mas lhe era possível contratar com outras emissoras, ou produzir sua própria programação. Por essa razão, o sinal da Globo não foi considerado como uma essential facility.

### 4.3. *Recusa de fornecer acesso*

Pode haver situações em que, embora o bem seja considerado como essencial à concorrencial, a recusa de acesso seja justificável. Como afirmado no caso Gamco, do monopolista não se espera o impossível; ou seja, aceitar indiscriminadamente qualquer concorrente que venha a requerer acesso. Critérios razoáveis de seleção, tais como falta de espaço, crédito ou probidade duvidosos, não representariam violação à lei antitruste. O critério falta de espaço está relacionado com o requisito possibilidade de prover acesso, que será examinado no item seguinte. Em relação aos demais critérios para se negar acesso, dois se sobressaem: free riders e comportamentos oportunistas. Esses dois conceitos serão expostos nos itens seguintes por meio de comentário aos casos Bronner e Directv, e ao caso Copesul, respectivamente.

#### 4.3.1. Free riders

Free riders são um caso de externalidades negativas – custos que restam incomensurados. O carona busca usufruir dos esforços engendrados e riscos dos enfrentados pelo concorrente. Mesmo que esteja disposto a pagar pelo uso do bem, o valor pago, amiúde, não será capaz de compensar os custos de oportunidade<sup>66</sup> relativo àqueles esforços e riscos do concorrente.

---

<sup>66</sup> O custo de oportunidade de um item é aquilo de que se abre mão para obter aquele item. Além do custo pecuniário do investimento, no custo de oportunidade é computado o que se deixou de ganhar na decisão de investir. Por exemplo, o retorno necessário para possibilitar o investimento em uma nova fábrica é o custo pecuniário da fábrica acrescido dos juros que esse dinheiro investido estaria rendendo caso estivesse aplicado em outro investimento.

Dois exemplos serão elucidativos: os casos Bronner e Directv. No primeiro caso, a Mediaprint engendrou esforços e enfrentou riscos para desenvolver um sistema nacional de entrega domiciliar de seus jornais. A Bronner desejava tão-somente pagar à Mediaprint para entregar seus jornais; ou seja, beneficiar-se de um bem desenvolvido pelo concorrente sem recompensar, adequadamente, os seus custos de oportunidade. Por esse motivo, se o acesso houvesse sido concedido, haveria desincentivo ao investimento e a inventividade. Também no segundo caso, a Directv não poderia recompensar todo o investimento que a Globo fez para se tornar a maior emissora de televisão brasileira. Conceder o acesso, neste caso, teria sido anticompetitivo. Ademais, ressalte-se que, no mais das vezes, quando constatada a tentativa de “pegar carona” no investimento do concorrente, o bem é considerado não essencial, pois poderia ter sido desenvolvido por outrem.

#### 4.3.2. Comportamentos oportunistas

No caso Triunfo, o CADE entendeu que a recusa de ceder acesso era justificada pela falhas de coordenação no projeto de expansão do Pólo Petroquímico de Triunfo. A Triunfo não conseguiu assegurar à Copesul que não se engajaria em comportamentos oportunistas após realizado o investimento na expansão; ou seja, que não usaria de seu recém adquirido poder de barganha para conseguir melhores condições de contratação. Por conseguinte, foi-lhe negado acesso ao projeto.

Como explicou o ex-Presidente do CADE, Gerner de Oliveira, em seu voto de vista no AC 54/95, “dada a relação de dependência que se constrói entre os agentes, cada uma das partes acaba por adquirir, após efetuado determinado investimento em ativo específico, capacidade de impingir elevados custos à outra”.<sup>67-68</sup>.

<sup>67</sup> *Voto de Vista no AC 54/95*, pp. 87-8.

<sup>68</sup> “O argumento pode ser sintetizado no seguinte jogo na forma extensiva, no qual supõem-se três fases:

Fase I: Escolha da Parte 1

investe na relação com parte 2 com ativos específicos;

não investe na relação com parte 2. (0,0)

Fase II: Escolha da Parte 2 (Caso a parte 1 tenha escolhido A e os investimentos já tenham sido realizados)

tenta comportamento oportunista;

A Copesul temia que a Triunfo se engajasse em tal prática, pois as já comentadas falhas de coordenação não lhe permitiram obter garantias suficientes. Dessa forma, haveria motivos racionais de caráter econômico empresarial para a Copesul não incorporar a Triunfo no plano de expansão, embora o bem tenha sido considerado uma *essential facility*.

#### 4.4. Possibilidade de prover acesso

O monopolista não está obrigado a fornecer acesso se ficar comprovado que a infra-estrutura em questão não comporta um concorrente adicional sem prejudicar a atividade dos demais concorrentes. Como afirmado no caso Gamco, falta de espaço seria um critério que justificaria a recusa de acesso.

O critério possibilidade de prover acesso também está relacionado com a “naturalidade” do monopólio natural. Suponha-se um sistema de dutos de petróleo que ligue uma área de intensa produção petrolífera a distribuidoras. Na região, atuam várias empresas que extraem petróleo, mas o sistema de dutos é de propriedade da empresa ‘A’. Como os dutos são *essential facilities*, ‘A’ é obrigada a conceder-lhes acesso aos concorrentes. Uma nova empresa, ‘B’, deseja extrair petróleo na região, e demanda acesso aos dutos. O sistema, contudo, vem funcionando em sua capacidade máxima, e, por conseguinte, permitir a entrada de um novo agente interferiria na atividade das demais empresas. Nesse caso, a duplicação do sistema de dutos seria economicamente viável, pois o sistema atual é incapaz de suprir toda a demanda do mercado. Desfaz-se, destarte, a “naturalidade” do monopólio.

#### 4.5. Monopolização de um segundo mercado

Muitos dos casos de aplicação da doutrina das *essential facilities* envolvem a tentativa de transportar (leverage) o poder que o monopolista possui

---

evita comportamento oportunista. (10,10)

Fase III: Escolha da Parte 1 (Caso 2 tenha escolhido A)

abandona transação com parte 2 (-7,-7)

aceita os termos da parte 2 derivados de comportamento oportunista (-3,15).

Aplicando-se para o caso em exame, poder-se-ia pensar a Copesul como a parte 1 e a Triunfo como a parte 2. Assim, antecipando a possibilidade de comportamento oportunista por parte da Triunfo, a decisão racional da Copesul seria de não investir” (*Idem*, p. 99-101).

no mercado a montante, para o mercado competitivo a jusante. Constantemente, afirma-se que essa possibilidade de monopolização de um segundo mercado está intimamente ligada com a teoria das essential facilities. Apesar de muitos casos confirmarem tal assertiva, a existência de um segundo mercado não é condição sine qua non para a caracterização de uma essential facility. Frank Fine refere-se à constante menção a um segundo mercado como “a ficção dos dois mercados”. Afirma que nunca foi necessário que o caso envolvesse dois mercados para a aplicação da doutrina das essential facilities. No caso *Ladbroke*, as emissoras francesas não procuravam monopolizar o mercado de apostas na Bélgica por meio da recusa de licenciar a transmissão de corridas de cavalo, pois nele não atuavam. Mais representativo, talvez, seja o caso *Bronner*, no qual nunca existiu um mercado independente de distribuição de jornais<sup>69</sup>.

Em relação ao direito norte-americano, Robert Pitofsky elucida que a parte requerendo acesso a uma essential facility pode ser simultaneamente consumidor e concorrente do dito monopolista em um único mercado.<sup>70</sup> Esclarece que no caso *Aspen*, a Representada alegou que “o dever que contratar apenas surgiria quando, por meio de integração vertical, uma empresa se tornasse monopolista ou controlasse o fornecimento de um componente necessário para a produção, distribuição ou venda de um produto ou serviço rival”. A Corte explicitamente rejeitou tal argumentação: “rejeitamos a adoção de uma regra estreita, que imunizaria um monopolista não-integrado da responsabilidade que advém da recusa de conceder acesso, a um concorrente, a uma essential facility em tais circunstâncias. Integração vertical não é essencial para que se verifique uma violação às leis antitruste de recusa de contratar”<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> *NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, cit. (nota 31), pp. 7-11.

<sup>70</sup> *The Essential Facilities Doctrine under States Antitrust Law*, s.l., s.d., disponível [on line] in <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf> [02-07-03], p. 20.

<sup>71</sup> A *Aspen Skiing* argumentou que “a duty to deal can arise only in different circumstances where, through vertical integration, one firm has come to monopolize or control the supply of a component necessary for production, distribution or sale of a rival’s product or service”. A Corte rejeitou este argumento afirmando que “we decline to adopt a narrow rule that would immunize an unintegrated monopolist from antitrust liability for refusing a competitor access to an essential facility in these circumstances. Vertical integration is not essential to finding a violation of the antitrust laws for a refusal to deal under the intent test” (citado Robert PITOFSKY, *Idem*, p. 20-1).

#### 4.6. Condições de acesso

Definido um bem como essencial para a concorrência no mercado, sobrevém a obrigação de acesso. Como visto, o acesso deve-se dar em condições de igualdade. Condições iníquas ou preços desarrazoados devem ser equiparados à recusa de acesso. Dessa forma, a chave da questão coloca-se no modo pelo qual essa igualdade será garantida.

Nos casos em que se demanda acesso a associações na qual os integrantes encontram-se em situação de igualdade, como os casos Associated Press e Gamco, não se exige do aplicador antitruste a criação de novas regras. Basta estender as já existentes aos novos entrantes. Nos casos em que havia um relacionamento contratual anterior, como os casos Aspen e Kodak, pode-se, mais facilmente, partir das condições anteriormente existentes, para se chegar a condições similares.

No entanto, quando se exigir a criação de regras para o acesso, bem como quando for necessário o constante monitoramento dessas regras, a disciplina do mercado pelo aplicador antitruste tornar-se muito mais complexa. Como visto, na análise do caso Volvo, a Corte de Justiça da União Europeia explicitou a regra de que as condições de acesso [às peças avulsas] devem-se dar a um preço justo. Definir o que se deve entender por preço justo e, principalmente, monitorá-lo constitui um intrincado problema. Em grande parte dos casos, tais objetivos só podem ser alcançados com a regulação.

Dentre as espécies de regulação, pode-se considerar a implementação de um sistema de “regulação judicial”. Na definição de Lipsky e Sidak, esse sistema requer que o órgão judicial esteja preparado para regular preços, e condições de acesso.<sup>72</sup> Grosso modo, seria algo semelhante ao longo processo de formação de preços que se deu no caso Aspen. Sempre que existia divergência sobre a repartição de receita, recorria-se ao judiciário para que este a efetuasse.

---

<sup>72</sup> Abbott B. LIPSKY e J. Gregory SIDAK, afirmam que “endorsement of the essential facilities doctrine must be based on the acceptance of the concept of full judicial regulation of natural monopolies if it is to be capable of improving consumer welfare even in theory. Courts must be prepared (1) to command that access be provided to others; (2) to regulate prices, terms and conditions for the provision of such access; (3) to command the capacity expansion required to make such access feasible; and (4) to command that the service of the facility – as expanded to make access feasible – actually be provided to those who demand it. There is no “free lunch” in natural monopoly regulation” (*Essential Facilities*, cit., p. 1222-3).

Ao longo dos anos, foi-se fixando uma regra geral de repartição, baseada em pesquisas para se aferir o uso efetivo de cada montanha. Quando a Aspen, após alterar essa forma de repartição de receita, desconstituiu a joint venture, a Highlands novamente recorreu ao Judiciário. Indaga-se, todavia, em que medida os custos desse procedimento não superariam seus benefícios.<sup>73</sup>

## Conclusão

A tarefa de Sísifo era empurrar uma pedra morro acima durante o dia, sabendo que, durante a noite, ela rolaria morro abaixo. Neste trabalho monográfico, buscou-se empurrar essa pedra morro acima; ou seja, afirmar o valor intrínseco da concorrência. As forças vitoriais que empurravam-na morro abaixo – seu caráter de política industrial – foram atenuadas pela aplicação da doutrina das essential facilities. Procurou-se demonstrar que a pedra – concorrência – pode ser acomodada em um ponto de equilíbrio no qual o trabalho de Sísifo estaria concluído.

Quando se defende o processo de descoberta, e não uma determinada estrutura de mercado, é possível encontrar o ponto de equilíbrio entre política industrial e concorrência institucional. Isso porque para que se dê o processo de descoberta não é necessário que exista, efetivamente, um grande número de pequenas e médias empresas no mercado; mas, tão-somente, que os concorrentes não sejam impedidos de ofertar seus produtos no mercado. É nesse tocante, que a doutrina das essential facilities adquire relevo. Ao garantir o direito de acesso aos bens essenciais para se concorrer no mercado, ela desfaz os paradoxos. Concilia eficiência e concorrência; concentração e opções aos consumidores; competitividade e legitimidade.

---

<sup>73</sup> No que tange à regulação de serviços públicos por meio de agências reguladoras setoriais, o debate acerca de seus custos e benefícios está na origem dos movimentos desregulatórios. Como coloca Calixto Salomão Filho, a premissa de que partem é que às agências reguladoras cabe a reprodução das condições de mercado nos setores em que essas condições não podem ser reproduzidas naturalmente. Em um passo seguinte, todavia, constata-se que as condições de mercado não podem ser reproduzidas em laboratório. Dadas essas circunstâncias, a melhor solução possível é que o mercado funcione por ele mesmo; conclui-se pela desregulamentação. A máxima desse movimento está na afirmação de Posner de que “a regulação de utilidades públicas é mais problemática do que útil, mesmo em indústrias com características de monopólio natural; ou seja, aquelas nas quais uma única empresa tem uma enorme vantagem de custos sobre várias empresas atuando no mesmo mercado”.

Este último binômio, em particular, é de fundamental importância para a civilização brasileira, pois aqui a concentração não há muito era vista por um viés desenvolvimentista e a concorrência como um valor instrumental. Essa visão levou a um modelo de desenvolvimento concentrador – concentração industrial e concentração de renda –, que, nos dias atuais, demonstra-se desprovido de legitimidade. A aplicação da doutrina das essential facilities oferece resposta à indagação de como promover a concorrência – instrumento legítimo de justiça social –, sem comprometer a competitividade, pois permite que se mantenha os ganhos de escala provenientes da concentração, sem, contudo, concentrar os seus benefícios. Os benefícios serão partilhados com os novos agentes econômicos que passarão a atuar no mercado, bem como com os consumidores, que se beneficiarão de uma maior gama de opções de escolha.

Para cumprir sua função fomentadora do processo de descoberta, a doutrina das essential facilities deve encontrar seus limites na própria concorrência. Deve ser aplicada apenas quando possibilitar ações pró-competitivas no longo prazo, sob o risco de alterar os incentivos ao investimento e à inventividade. Ao longo deste trabalho, procurou-se traçar uma moldura delimitadora para essa aplicação. Não obstante, pôde-se perceber que, em alguns casos, a defesa do valor institucional da concorrência implica elevados custos de monitoramento das condições de acesso. Por essa razão, apesar desta tentativa de delimitação objetiva, os limites são, principalmente, subjetivos, e se baseiam nos valores erigidos como relevantes por cada ordenamento jurídico.

## **Bibliografia**

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira, *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

AREEDA, Phillip e KAPLOW, Louis, *Antitrust analysis - problems, text, cases*, 4a ed., Boston, Little Brown, 1988.

BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox – a policy at war with itself* (1978), with a new introduction and epilogue, New York, Free Press, 1993.

CARVALHOSA, Modesto, *A nova Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Paz e Terra, 1976

COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2º ed., São Paulo, RT, 1977.

\_\_\_\_\_, Função social da propriedade dos bens de produção, in RDM 63, 1987, pp. 71-79.

FARACO, Alexandre Ditzel, Regulação e direito concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor de telecomunicações, Tese [doutorado] - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2001.

FINE, Frank, NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine, s.l., s.d., disponível [on line] in <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/finefrank.pdf> [02-07-03].

FORGIONI, Paula A., Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo, RT, 1998.

\_\_\_\_\_, O Contrato de Distribuição – Função Econômica e Análise Jurídica, Tese [livre-docência] - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002.

FOX, Eleanor M. e SULLIVAN, Lawrence A., Cases and materials on antitrust, St. Paul, West, 1989.

FURTADO, Celso, Formação Econômica do Brasil, Brasília, UnB, 1963.

GERBER, David J., Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, London, Oxford University Press, 2001.

HAYEK, Friedrich A., Individualism and Economic Order (1948), Chicago, University of Chicago Press, 1980.

\_\_\_\_\_, Competition as a Discovery Procedure in The Quarterly Journal of Austrian Economics, v. 5, n. 3, 2002, pp. 9-23 disponível [on line] in [http://www.mises.org/journals/qjae/pdf/qjae5\\_3\\_3.pdf](http://www.mises.org/journals/qjae/pdf/qjae5_3_3.pdf) [10-09-03].

HIRSH, Merrill e RICHEIMER, Gabriela, The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word “Epithet” from Becoming One, s.l., s.d., disponível [on-line] in <http://www.rdbl.com/Headlines/PressReleases/EssentialFacilities.pdf> [04-07-2003].

HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy - the law of competition and its practice, 2º ed., St. Paul, West, 1999.

JONES, Alison e SUFRIN Brenda, EC Competition Law – text, cases, and materials, London, Oxford University Press, 2001.

LIPSKY, Abbott B. e SIDAK, J. Gregory, Essential Facilities in Stanford Law Review, v. 51, Maio, 1999, pp. 1187-1249, disponível [on line] in <http://www.criterioneconomics.com/dovumrnts/essenfac.pdf> [04-07-03].

OCDE, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris, 1996, disponível [on line] in <http://www.oecd.org/pdf/M000015000/M00015179.pdf> [02-07-03].

PITOFISKY, Robert, The Essential Facilities Doctrine under States Antitrust Law, s.l., s.d., disponível [on line] in <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf> [02-07-03].

\_\_\_\_\_, PATTERSON, Donna, HOOKS, Jonathan, The Essential Facilities Doctrine under States Antitrust Law in *Antitrust Law Journal*, v. 70, 2002, pp. 443-462, disponível [on line] in [http://www.arnoldporter.com/pubs/files/Antitrust\\_Law\\_Journal.pdf](http://www.arnoldporter.com/pubs/files/Antitrust_Law_Journal.pdf). [02-07-03].

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., New York, Aspen Law&Business, 1998.

\_\_\_\_\_, *Natural Monopoly and its Regulation*, Washington, Cato Institute, 1999.

POSSAS, Mario, FAGUNDES, Jorge e PONDÉ, João Luiz, *Defesa da Concorrência e Regulação* in *Revista de Direito Econômico*, 27, pp. 49 – 72.

\_\_\_\_\_, *Restrições Verticais e Política de Defesa da Concorrência: uma abordagem econômica* in *IBRAC* v. 8, n. 8, 2001, pp. 123-44.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_, *Direito Societário Concorrencial* in *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 213-37.

\_\_\_\_\_, *Regulação da Atividade Econômica - Princípios e Fundamentos Jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_, *Regulação e Concorrência – Estudos e Pareceres*, São Paulo, Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_, *Direito Concorrencial – As Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Regime Jurídico da “Concentração” de Empresas* in *Revista de Direito Econômico*, n. 9, abril, 1978.

