

A DOCTRINA DAS ESTRUTURAS ESSENCIAIS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Edilson Vitorelli Diniz Lima

Sumário

1. Introdução: a defesa da concorrência no Brasil
2. A doutrina das estruturas essenciais: advertência inicial
3. Origem da Teoria
- 3.1. A jurisprudência norte-americana após o caso Terminal Railroad
4. A jurisprudência européia
- 4.1. O leading case europeu: caso Commercial Solvents
- 4.2. Julgados da Comunidade Européia após o caso Commercial Solvents
- 4.3. Limitações na aplicação da teoria
- 4.4. Estruturas essenciais e propriedade intelectual
5. Conceito
6. Aplicabilidade ao contexto brasileiro
7. Conclusão
8. Bibliografia

1. Introdução: a defesa da concorrência no Brasil

A análise da defesa da concorrência no Brasil deve sempre se iniciar levando em consideração as peculiaridades, sobretudo históricas, do mercado brasileiro. Ocorre que, nos Estados Unidos, a concentração de empresas, responsável direta pelo surgimento do Direito Econômico, se deu como um fenômeno natural de passagem de um capitalismo atomista para um capitalismo de grupo. E foi justamente essa concentração econômica que fez surgir a nova disciplina jurídica, tanto para, por um lado, conter o poder econômico privado, evitando que este se sobrepusesse aos outros elementos do mercado, quanto para, no pólo oposto, impedir que seu desaparecimento destruísse a própria estrutura de mercado então criada. Anota Fonseca (2001, p. 17):

O Direito Econômico é exatamente o resultado jurídico dessa mudança, pois que, por provocação da concentração capitalista, surge como a solução jurídica para salvar a liberdade de concorrência dentro de um quadro em que predominam os valores sociais.

Esse fenômeno se deu, nos Estados Unidos, em meados do século XIX, período que marca o surgimento do Direito Econômico e de seu ramo mais proeminente, o Direito da Concorrência.

No Brasil, contudo, a concentração econômica não se fez sentir, de forma acentuada, antes da metade do século XX. Até então o país contava com a maior parte de sua população instalada na zona rural e, portanto, com um mercado consumidor ainda incipiente.

Cumprе ressaltar, entretanto, que a concentração econômica brasileira não se deu da mesma forma que a norte-americana, a qual decorreu de uma mutação econômica espontânea. No Brasil, pelo contrário, a concentração foi estimulada pelo Estado, sobretudo através dos planos de desenvolvimento. O Estado, por longo período, assumiu a tarefa de reorganização e condução da atividade econômica, na tentativa de obter o que os economistas chamam de “quadrado mágico”: crescimento, pleno emprego, estabilidade dos preços e equilíbrio exterior (FONSECA, 2001, p. 248).

É necessário, dessa maneira, ao estudioso da concorrência brasileira, estar atento para esse escorço histórico, o qual caracteriza um mercado em que a iniciativa privada ainda é, de certo modo, incipiente e dependente de financiamento e incentivos estatais.

A primeira consequência que deriva dessa conclusão é a de que os atos de concentração, no contexto brasileiro, ainda não são tão problemáticos quanto no norte-americano, dada a fraqueza média dos agentes econômicos privados nacionais. Por essa razão, a tutela concorrencial brasileira deve se atentar muito mais para as condutas vedadas praticadas por agentes econômicos do que para os atos de concentração, uma vez que as condutas têm o condão de lesar, de forma grave e imediata, a concorrência e o equilíbrio mercadológico.

Curiosamente, contudo, a doutrina do Direito da Concorrência no Brasil, e os entes que compõem o sistema brasileiro de proteção da concorrência¹ têm uma história muito maior de estudo e repressão dos atos de concentração que das condutas. Tal fato é extremamente negativo, inclusive no aspecto macroeconômico, uma vez que impede a formação de empresas com capacidade real de concorrência no mercado internacional, bem como permite a prática reiterada de condutas lesivas à concorrência.

¹ A saber: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do mesmo

Observa-se que o ato de concentração tem, ao contrário das condutas, um lado positivo, qual seja, a formação de empresas capazes de concorrer no mercado internacional e, desse modo, colaborar para o equilíbrio da balança comercial. As condutas, por sua vez, não trazem qualquer efeito positivo ao mercado, razão pela qual devem (ou deveriam) ser mais fortemente combatidas.

O que pretende o presente trabalho, partindo dessa premissa, é abordar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina das estruturas essenciais, instalações essenciais ou *essential facilities*², a qual encontra grande aplicabilidade no Direito Comparado como meio de repressão de condutas anticoncorrenciais, mas é pouco estudada no Brasil. Demonstrar-se-á como a citada doutrina pode ser útil para o avanço da defesa da concorrência no Brasil, sobretudo na solução de problemas causados pelas privatizações ocorridas na década de 90.

2. A doutrina das estruturas essenciais: advertência inicial

Deve-se ter em mente, antes de tudo, que a teoria das estruturas essenciais, por mais relevante que seja, não é um fim em si mesmo. É, antes de tudo, um dos muitos meios através dos quais o Direito Econômico busca otimizar a concorrência, para alcançar seus fins maiores, que são a implementação dos direitos fundamentais e a consecução dos objetivos insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Todavia, o estudo desses fins, por si mesmos, também não é completo, sendo necessário o detalhamento de cada um dos passos necessários à consecução desses objetivos, sob pena de se cair em inescusável e imprestável abstração, que será incapaz de promover qualquer progresso científico, doutrinário ou humanitário.

Ministério e a SEAE, Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão do Ministério da Fazenda.

² As expressões são tomadas como sinônimas ao longo do presente trabalho, uma vez que nem mesmo nos Estados Unidos, berço da doutrina, os autores são terminologicamente unívocos ao se referirem à mesma, conforme anota Lipsky (1999, p. 1189) “*O pedido de acesso compulsório no Direito antitruste, freqüentemente, mas nem sempre expresso pelo termo doutrina das “essential facilities”, cresceu consideravelmente desde a passagem de Baxter na divisão antitruste do Departamento de Justiça*”.

O presente estudo debruça-se sobre uma teoria nascida do casuísmo. Entretanto, assume o desafio de provar que mesmo as teorias mais casuístas podem ser analisadas do ponto de vista científico, obtendo-se, em decorrência de tal análise, uma reconstrução teórico-conceitual muitas vezes mais completa e mais complexa que as decorrentes de teorias academicamente desenvolvidas, uma vez que a realidade é mais rica e variada que o pensamento científico. Assim, após a reconstrução histórico-jurisprudencial da teoria, elaborar-se-á uma generalização conceitual científica, seguindo-se, posteriormente, a exposição da aplicabilidade da doutrina ao contexto brasileiro.

3. Origem da Teoria

A doutrina em geral não diverge em apontar o julgamento do caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1912 (244 U.S. 383, 1912), tendo como relator o Juiz Lurton, como o primeiro caso envolvendo a teoria das estruturas essenciais.

Langlois (1999, p. 7), entretanto, com apoio em Epstein, menciona um julgado anterior, de 1810, na Inglaterra. Seria o caso *Allnut v. Inglis*. O autor, nessa ação, importador de vinhos, se recusava a pagar uma taxa cobrada por um armazém londrino que detinha direito de exclusividade sobre a estocagem de vinhos importados. Lord Ellenborough sustentou que apesar de, em regra, todo homem ter o direito de fixar o preço que quiser por sua propriedade ou pelo uso dela, o detentor de um monopólio, se for dele se beneficiar, deve se portar em termos razoáveis. Em contrapartida à aceitação pelo governo do monopólio particular, o monopolista assumiria o dever de tratar a todos os clientes de maneira equânime e razoável.

Exposta essa controvérsia, é possível passar a análise do caso *Terminal Railroad*, mais comumente aceito como ponto de partida da teoria. O caso tratava de um conjunto de empresas reunidas sob o controle do capitalista Gould que, possuindo todas as pontes e junções ferroviárias que poderiam ser utilizadas para entrar ou sair da cidade de Saint Louis, passaram, em um determinado momento, a se recusar a permitir o uso dessas estruturas por outras empresas que pudessem concorrer com as proprietárias nos serviços de transporte de passageiros e mercadorias na referida cidade americana.

Para que se tenha uma idéia do potencial lesivo de tal ato, não restaria aos moradores de Saint Louis, ou àqueles que quisessem se dirigir à cidade, qualquer outra alternativa mecânica para entrar ou sair da cidade, em de-

corrência de o transporte ferroviário ser, até então, a única alternativa disponível, excetuados, evidentemente, a tração animal e a locomoção a pé. Lipsky (1999, p. 1189) fornece um relato detalhado do âmbito de tal concentração:

Em 1889, o conhecido empresário Jay Gould organizou um consórcio para adquirir instalações ferroviárias dentro e ao redor de Saint Louis, Missouri. O processo antitruste que resultou dessa atitude de Gould – Estados Unidos v. Terminal Railroad Association – envolvia três diferentes meios de cruzar o [rio] Mississippi, quando o governo decidiu finalmente processar o consórcio. Mesmo depois que Gould obteve o controle de cada ponte, sua ânsia de aquisições ainda estava longe da meta. Nessa junção regional e transcontinental de linhas ferroviárias, vinte e quatro linhas independentes operavam – metade na margem do rio Mississippi pertencente a St. Louis, e a outra metade nas planícies que se afastavam de Saint Louis oriental em direção a Illinois, na margem oposta. O grupo de Gould, que incluía quatorze das vinte e quatro linhas, adquiriu todas as instalações ferroviárias de ambas as cidades: terminais e galpões, túneis e trilhos, desde a margem no Missouri até que se cruzasse o rio, em um ponto abaixo.

Em resumo, a aquisição deu a Gould controle total das instalações necessárias para carga, descarga e transporte de carga e passageiros em qualquer ponto da área de St. Louis ou St. Louis oriental, até cruzar o rio Mississippi. Sendo certo que as estruturas sob o controle de Gould eram absolutamente indispensáveis para o transporte ferroviário na região, e considerando a importância desse meio de transporte tanto para os passageiros como para o transporte de carga na área, é difícil imaginar uma fusão atualmente que possa atingir um efeito similar. Talvez se possa imaginar a unificação, sob um controle comum, de todas as estradas, pontes, ferrovias, aeroportos e ruas das cidades de Saint Louis e Saint Louis oriental [East Saint Louis].

A Suprema Corte, instada a se manifestar, decidiu que essa conduta seria tanto uma restrição ilegal da concorrência quanto uma tentativa de monopolização por parte dos agentes econômicos envolvidos.

Essa conclusão decorreu das conseqüências potenciais da fusão, que foram também descritas, com inegável clareza, por Lipsky (1999, p. 1190):

Os efeitos específicos do poder de mercado desse conglomerado eram previsíveis: ele se tornou capaz de impor tarifas para o tráfego em direção e através da área de St. Louis, em decorrência da ponte ferroviária mais próxima se encontrar a 285 milhas ao sul. Essa tarifa, imposta como retribuição complementar, era conhecida como a ‘arbitrária’. O termo sugere a atitu-

de das empresas, certamente insatisfeitas com a situação – ressaltes-se, as empresas que necessitavam daquelas instalações e que não faziam parte do grupo de propriedade de Gould.

Asseverou o Tribunal que a recusa em permitir o acesso dos concorrentes seria mera tentativa de monopolização do serviço de transporte, uma vez que havia capacidade instalada suficiente para que comboios ferroviários de outras empresas utilizassem as estruturas, sem que houvesse qualquer prejuízo para os proprietários destas. Não havia, portanto, uma justificativa objetiva que pudesse legitimar a conduta.

Constatado o abuso, restou à Suprema Corte buscar uma solução para a restauração da concorrência. Ainda Lipsky (1999, p. 1190) relata que, em 1905, o Estado americano requereu a dissolução da associação, a fim de restaurar a independência e a competição entre as empresas que a compunham. Mas a Suprema Corte, em 1912, acolheu o argumento do réu de que a atuação conjunta das empresas traria grandes eficiências e, com elas, ganhos para os usuários, em razão da atuação coordenada das operações ferroviárias. Assim, para a Suprema Corte, a dissolução não seria necessária se as partes concordassem em uma solução menos gravosa.

Esse é o ponto que destaca o caso Terminal Railroad. A solução mais óbvia seria estrutural, ou seja, a dissolução da fusão de empresas realizada. Se os agentes econômicos fossem independentes, automaticamente estaria resolvido o problema concorrencial, o que seria preferível do ponto de vista do bem-estar do consumidor. É justamente o fato da Corte ter optado pela solução mais difícil que notabiliza o caso.

Essa solução seria, para a Suprema Corte, a obrigatoriedade da associação permitir a qualquer empresa ferroviária o uso das instalações de sua propriedade nas mesmas condições das demais empresas já possuídas por Gould. Assim, as empresas que quisessem utilizar as instalações da associação, sem dela se tornarem membros, deveriam ser tarifadas de modo a permanecerem no mesmo plano das companhias-membro. A Corte, como bem ressalta Lipsky, não se preocupou em estabelecer os parâmetros de definição dessa tarifa.

A dificuldade de tal solução se encontra no fato de ter-se criado uma situação que demandaria controle constante da Corte, uma vez que as condições de admissão teriam que ser constantemente reanalisadas. Esse controle, entretanto, estaria condicionado à provocação dos envolvidos, uma vez que a Suprema Corte, como órgão jurisdicional, só age por provocação, diferentemente do que ocorre no Brasil, que permite ao CADE, como órgão adminis-

trativo, acompanhar, de ofício, a execução de suas decisões.

A trilha escolhida pelo órgão decisório se mostrou realmente difícil e, de fato, demandou acompanhamento posterior. Tanto é assim que em 1913, 1915 e 1924 a Suprema Corte foi provocada a se manifestar novamente em controvérsias envolvendo o Terminal Railroad Association e as condições de acesso às instalações (LIPSKY, 1999, p. 1196). Esse problema de monitoramento constante foi atenuado com a criação da Federal Trade Commission, nos Estados Unidos, e é estranho à realidade brasileira, em decorrência da estruturação da defesa da concorrência no país.

Em razão dessa solução não estrutural para o problema concorrencial, a Suprema Corte fixou aquele que se tornaria o princípio fundamental da doutrina das estruturas essenciais, que se colhe das lúcidas palavras de Lipsky (1999, p. 1190-1191): “Um monopolista no controle de uma estrutura essencial para outro concorrente é obrigado a dar ao mesmo, sob condições razoáveis, acesso a essa estrutura, se isso for possível”.

3.1. A jurisprudência norte-americana após o caso Terminal Railroad

O conceito exposto no item anterior é o ponto de partida da doutrina das estruturas essenciais, ao qual quase um século de doutrina e jurisprudência acrescentou outros elementos, depurando-o. O âmbito do presente trabalho não permite uma análise histórica detalhada desse percurso, a fim de se demonstrar a evolução do enunciado. Para que se possa entender essa formulação, entretanto, é preciso que se tenha pelo menos uma noção de alguns dos casos mais importantes após a decisão do Terminal Railroad.

O segundo caso no qual a Suprema Corte se valeu da teoria das estruturas essenciais para decidir, e que também é relevante para o desenvolvimento conceitual da doutrina, é o caso *Associated Press v. United States* (326 U.S. 1, 1945).

A *Associated Press* era uma associação³ criada por aproximadamente 1.200 (mil e duzentos) jornais de circulação diária e empresas de obtenção de notícias no mundo. Seus membros eram obrigados a compartilhar uns com os outros as notícias que obtinham, além de contarem com reportagens obtidas por pessoal contratado pela própria associação.

³ É de se ressaltar que o termo “associação”, tanto em relação ao caso *Associated Press*, quanto em relação ao caso *Terminal Railroad Association*, não é utilizado em seu sentido

Mais que isso, era dado a cada membro da associação o direito de vetar o ingresso de um novo participante, possibilitando ao mesmo, e. g., impedir a entrada nesta de um concorrente direto e, desse modo, o acesso do mesmo às notícias nela compartilhadas.

O caso envolveu, de imediato, uma polêmica que contribuiu sobremaneira para a evolução do conceito de essential facilities. É que como a Associated Press não era monopolista no mercado de compartilhamento de notícias, sua defesa contestou a aplicabilidade da doutrina.

Embora a Suprema Corte tenha dissentido muito em seu julgamento, a maioria considerou, embora sem utilizar a expressão, que a Associated Press constituiria uma estrutura essencial e que o poder de veto de seus membros limitava excessivamente a concorrência naquele mercado relevante. Desse modo, a associação poderia continuar existindo, desde que fosse eliminado o poder de veto⁴.

Assim, passou-se a considerar a doutrina das estruturas essenciais aplicável não apenas aos casos em que o agente de mercado é monopolista, mas também aos casos em que o mesmo detém poder de mercado, da mesma forma que considera hoje o direito brasileiro, reputando necessária para a caracterização de condutas anticoncorrenciais apenas a existência de poder de mercado, ou seja, a possibilidade de atuar no mercado sem levar em consideração o comportamento dos concorrentes e, por outro lado, sem correr o risco de exclusão em decorrência desse comportamento⁵.

O terceiro caso que a doutrina norte-americana considera importante para o estudo da teoria das estruturas essenciais é o caso *Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building Inc.* (344 U.S. 817, 1952), o qual, embora não tenha sido julgado pela Suprema Corte, mas sim pelo 1º Circuito de Apelação, também abordou com clareza o tema em comento. A importância acadêmica do caso se encontra justamente em ter a Corte apreciado a questão

⁴ É de se considerar, contudo, o que foi observado pelos votos vencidos, que é da própria natureza desse tipo de associação a exclusão de alguns agentes. O acesso indiscriminado destruiria a organização, pois o valor da notícia é justamente sua raridade.

⁵ Fonseca (2001, p. 12) define, com propriedade, o conceito de poder de mercado: *O poder de mercado se define como a capacidade que uma empresa tem de aumentar seus lucros com o reduzir da produção e cobrar mais do que o preço competitivo pelo seu produto. É de entender-se, pois, que, num mercado em que se verifique a concorrência perfeita, não exista poder de mercado, pois todos os seus integrantes são hipoteticamente iguais.*

das possíveis justificativas válidas para a exclusão ou negativa de acesso de um concorrente as quais seriam, em síntese, a existência de uma razão objetiva (ausência de capacidade ociosa etc) para a recusa.

Em 1977, o caso *Hecht v. Pro-Football Inc* (436 U.S. 956, 1978, julgado pelo Circuito de Apelação de Washington D.C.) marcou o primeiro momento em que a teoria das *essential facilities* foi expressamente discutida e no qual se buscaram requisitos específicos de aplicabilidade da mesma. Ressaltou-se, outrossim, a possibilidade de aplicação da legislação de proteção da concorrência aos entes públicos, do mesmo modo que estatui o artigo 15 da Lei 8.884/94⁶.

Os casos futuros envolvendo debates acerca de instalações essenciais partiriam, basicamente, da verificação de quatro aspectos, então já bem delimitados pela jurisprudência e estudados pela doutrina. É o que anota Lipsky (1999, p.1203), esclarecendo, no caso *MCI (MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 464 U.S. 891, 1983)*, julgado pelo 7º Circuito de Apelação, que a corte reelaborou essas premissas, estabelecendo, em caráter geral, que um requerente de acesso a *essential facilities* deveria provar, para obter procedência:

- 1 – o controle de uma instalação essencial por um agente detentor de poder de mercado;
- 2 – a impossibilidade, impraticabilidade ou ausência de razoabilidade da hipótese do concorrente (requerente) duplicar a estrutura essencial;
- 3 – A negativa de acesso a esse concorrente, por parte do proprietário;
- 4 – a exeqüibilidade da concessão do acesso.

4. A jurisprudência européia

Embora a análise da jurisprudência norte-americana já seja suficiente para demarcar com precisão o conceito de estrutura essencial e a história de sua

jurídico, qual seja, aquele dado pelo artigo 53 do Código Civil (união de pessoas para fins não econômicos). Utiliza-se a expressão em seu sentido lato de agrupamento de pessoas para um fim comum.

⁶ No artigo 15 da Lei 8.884/94 lê-se: *Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.* (grifo nosso)

formação, impende, por dever de completeza, realizar-se pelo menos uma rápida análise da jurisprudência europeia, no que tange à doutrina das essential facilities e seu desenvolvimento no velho continente, uma vez que os julgados, tanto do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, quanto da Comissão de Concorrência Europeia são enriquecedores para a melhor compreensão da teoria.

O artigo 82 do Tratado de Roma, anteriormente artigo 86, recebeu sua numeração atual em decorrência do Tratado de Amsterdã, assinado em 2 de outubro de 1997, e em vigor a partir de 1º de maio de 1999, sendo o dispositivo fundamental para a análise das estruturas essenciais no contexto europeu. O artigo 82 enumera exemplificativamente, tal como o artigo 21 da Lei 8.884/94, as condutas consideradas como ilicitamente restritivas da concorrência, no que tange às restrições comerciais. Observe-se o teor da norma, para uma melhor compreensão dos casos a seguir analisados:

Qualquer abuso de posição dominante cometido por uma ou mais empresas no mercado comum, ou em parte dele, é vedado por incompatível com o mesmo, na medida em que for capaz de afetar as relações comerciais entre Estados-membros.

Esse abuso pode, particularmente, consistir em:

- (a) imposição direta ou indireta de condições injustas de compra ou venda, ou qualquer outra limitação injusta de comércio;
- (b) limitação da produção e do desenvolvimento do mercado ou da tecnologia, em detrimento do consumidor;
- (c) aplicação de condições diferentes a transações similares realizadas com outras partes, desse modo colocando-as em desvantagem competitiva;
- (d) submissão da conclusão de contratos a obrigações suplementares para a outra parte, obrigações que, por sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham conexão com o objeto de tais contratos.

4.1. O leading case europeu: Commercial Solvents

A primeira situação em que a jurisprudência europeia enfrentou a questão das estruturas essenciais foi no caso *Commercial Solvents* (casos 6 e 7/73).

Ele retrata a hipótese mais comum de aplicação da doutrina das estruturas essenciais na jurisprudência europeia, qual seja, a entrada de uma

empresa dominante em um mercado a jusante. Tanto é assim que Pitofsky (2002, p. 458) afirma que “a formulação típica da doutrina descreve a conduta em dois mercados verticalmente relacionados”. Entretanto, o autor continua, esclarecendo:

Todavia, não é requisito que um demandante, alegando negativa anticoncorrencial de acesso a uma instalação essencial, demonstre a existência de dois mercados relevantes quanto ao produto distintos. Pelo contrário, como demonstrado em casos recentes que abordaram a doutrina, as partes envolvidas em requerimentos baseados em estruturas essenciais podem ser consumidoras e competidoras do monopolista em um mesmo mercado. Por exemplo, em *Aspen Skiing*⁷, tanto autor como réu operavam estações de esqui. As cortes de julgamento e de apelação não requereram ao autor que provasse que a alegada estrutura essencial – acesso à pista de esqui do réu através da oferta do tíquete multi-área – constituiria, por si mesma, um mercado concorrencial distinto do mercado de estações de esqui. Pelo contrário, o júri definiu o mercado relevante quanto ao produto como “os serviços de pistas de esqui na região de Aspen, incluindo tíquetes para vários dias e para várias pistas”.

Commercial Solvents Corporation era uma empresa norte-americana, das poucas produtoras mundiais de matéria-prima utilizada na produção de etanobutanol (etambutolo, na versão original), o qual é usado na fabricação de medicamentos para tuberculose.

Essa matéria-prima era vendida na Europa, entre outros, para o Istituto Chemioterapico Italiano e para a empresa Zoja, ambas produtoras do medicamento. Havia grandes barreiras para a entrada no mercado de novos produtores de etanobutanol, uma vez que sua obtenção exigia grandes investimentos iniciais e era tecnicamente difícil.

Em 1962, a Commercial Solvents Corporation adquiriu 51% das ações com direito a voto do Istituto Chemioterapico Italiano e, desse modo, começou a operar diretamente no mercado a jusante, utilizando a própria matéria-prima para a produção do medicamento. Commercial Solvents tentou, então, comprar também a empresa Zoja. Essa operação, todavia, não foi concluída. Em 1970, Zoja cancelou um pedido de matéria-prima feito ao grupo Commercial Solvents Corporation e Istituto Chemioterapico Italiano, por ter conseguido obtê-la, a um preço menor, em outro lugar, em decorrência de sobra do produto em distribuidores independentes.

⁷ *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, 472 U.S. 585, 1985

Entretanto, quando Zoja tentou comprar novamente a matéria-prima do grupo, este se recusou a vendê-la, alegando desabastecimento. Todavia, no mesmo período, o produto era fornecido à empresa Itália Cyanamid.

A Comissão e o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia condenaram o grupo Commercial Solvents Corporation - Istituto Chemioterapico Italiano, ressaltando que a conduta constituía um abuso de posição dominante. Afirmou o Tribunal:

“Uma empresa detentora de posição dominante na produção de matéria-prima e, desse modo, hábil a controlar o suprimento dessa matéria a produtores de derivados não pode, só porque decidiu começar a produzir esses derivados (em concorrência com seus consumidores anteriores) atuar no sentido de eliminar seus concorrentes o que, no caso em questão, significaria eliminar um dos principais produtores de etanobutanol no mercado comum”.

A doutrina considera, embora isso não seja expressamente mencionado pela decisão, que a matéria-prima produzida pelo grupo Commercial Solvents era uma *essential facility* para Zoja, sem a qual esta não poderia manter-se no mercado. Não havia, outrossim, qualquer justificativa objetiva para a descontinuidade no fornecimento.

4.2. Julgados da Comunidade Européia após o caso Commercial Solvents

Após o julgamento do caso Commercial Solvents, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia voltou a se defrontar com a doutrina das estruturas essenciais em 1975, no julgamento do caso United Brands (caso 27/76), protagonizado por uma produtora de bananas da espécie “Chiquita”, no qual se considerou uma estrutura essencial o conjunto de distribuidores de bananas, que se tornava de difícil acesso para outros produtores de banana em razão de punições aplicadas pela United Brands a um distribuidor que participou de uma campanha publicitária de outra espécie da fruta.

United Brands alegou que sua conduta não tinha o propósito de lesar a concorrência, mas tão somente de defender seus interesses. O Tribunal de Justiça considerou, entretanto, que “esse comportamento não é aceitável se seu propósito for aumentar sua posição dominante e abusar dela”.

Por “propósito de aumentar sua posição dominante”, todavia, o Tribunal de Justiça entende o comportamento doloso ou culposos, ou seja: “basta demonstrar que United Brands não poderia ignorar o fato de que, agindo da-

quela maneira, desencorajaria outros distribuidores a negociarem outras marcas, o que ocasionaria o fortalecimento de sua posição dominante”.

É de se ressaltar, contudo, que o ilícito concorrencial, como dispõe o artigo 20 da Lei 8.884/94, é objetivo, ou seja, independe de dolo ou culpa. Esse é o entendimento tranqüilo da jurisprudência e da doutrina nacional e internacional. O que o Tribunal de Justiça pretendeu ressaltar em suas considerações foi que a atuação dolosa ou culposa torna inquestionável a atuação lesiva à concorrência. Entretanto, ela não é *conditio sine quae non* para a condenação por conduta anticoncorrencial. A condenação pode ocorrer independentemente de dolo ou culpa.

4.3. Limitações na aplicação da teoria

O caso Brooner (Caso C-7/97, Oscar Brooner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftensverlag GmbH & Co. KG and Others) merece destaque especial entre os julgados europeus por esclarecer com precisão a cautela que deve perpassar a aplicação da doutrina das estruturas essenciais: ela não pode representar um desestímulo à criatividade e ao investimento. Não se pode permitir, em hipótese alguma, que uma empresa se apoie no esforço de outra para crescer, uma vez que o desestímulo ao investimento e à criatividade desestimula a própria concorrência. Desse modo, o acesso compulsório constitui remédio extremo, devendo sempre ser ministrado com cautela. Nesse sentido a opinião de Fredriksson, (2001, p. 44):

(...) uma empresa dominante não tem uma obrigação per se de dividir suas instalações, uma vez que isso desestimularia as empresas a investirem em novas estruturas. O Tribunal também enfatizou sobremaneira a responsabilidade do concorrente que requer acesso à estrutura. Uma pequena empresa não pode se fundar na empresa dominante para erguer seus negócios.

E também de Langlois (1999, p. 8):

É um princípio bem estabelecido, resumido na decisão do Juiz Learned Hand, do caso Alcoa, que a responsabilização anticoncorrencial não deve ser imposta a uma empresa que obteve o domínio do mercado por suas próprias habilidades, visão e capacidade industrial superiores. Em tais casos, escreveu Hand, ‘um forte argumento é que, apesar dos resultados do monopólio serem capazes de expor o público a males, o Sherman Act não tenciona

condenar o resultado dessas habilidades superiores, que são justamente aquilo que o ato visa estimular. O competidor bem sucedido, que foi forçado a competir, não deve ser punido quando vence.

4.4. Estruturas essenciais e propriedade intelectual

Outro caso fundamental de aplicação da doutrina das instalações essenciais na Europa é o caso Magill (Casos C241/91 e 242/91, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) v. Comissão da Comunidade Européia, 1995), que se centra na existência ou não de um dever de fornecer informações protegidas por direitos autorais.

A doutrina do Direito da Concorrência há muito debate a possibilidade de aplicação da legislação concorrencial a mercados regulados por direitos de propriedade intelectual. Ocorre que a propriedade intelectual é, por excelência, uma restrição da concorrência. Entretanto, é uma restrição consagrada pela ordem jurídica, inclusive internacional.

Contudo, com o advento da análise concorrencial segundo a regra da razão, assentou-se que mesmo o direito de restrição concorrencial decorrente da propriedade intelectual deve ser exercido dentro de certos limites, de modo a não constranger desnecessária e abusivamente a concorrência.

A discussão coloca em campos opostos alguns dos principais juristas que tratam da matéria. Lipsky (1999, p. 1219) afirma que quando a “instalação” de que se ocupa a doutrina das instalações essenciais é protegida por direitos de propriedade intelectual, ela será uma fraca candidata à aplicação da doutrina. Assevera o autor:

Diferentemente da propriedade física, a propriedade intelectual não pode ser utilizada sem divulgação ou possibilidade significativa de divulgação. Uma vez divulgada, ela é facilmente apropriável de maneira indevida, o que facilmente destrói seu valor.

(...)

A doutrina das estruturas essenciais é, acima de tudo, um comando legal de negociação e acesso compulsórios. Essa característica é inconsistente com a exclusividade necessária para preservar os incentivos à criação, que é o âmago operacional da legislação de propriedade intelectual em uma economia de mercado. (...) Sob a doutrina das estruturas essenciais, quanto mais única, valiosa e difícil de duplicar for uma invenção, maior será a obrigação

de dividi-la. Em resumo, princípios de instalações essenciais são inerentemente incompatíveis com a proteção à propriedade intelectual.

Pitofsky (2002, p. 452), todavia, com a autoridade de ex-presidente da Federal Trade Commission, afirma que casos recentes da jurisprudência norte-americana demonstram que a doutrina se aplica à propriedade intelectual não menos do que se aplica aos ativos tangíveis. As cortes americanas, segundo o autor, são sensíveis à preocupação de que a limitação à proteção da propriedade intelectual pode reduzir a inovação. Entretanto, os tribunais reconheceram que a aplicação de responsabilização anticoncorrencial, em certas circunstâncias, promove a concorrência e, desse modo, por via de consequência, promove também a inovação.

O autor conclui, citando o decidido no caso *Rural Telephone Service Company v. Data General Corporation* (506 F.2d 765, 10º Circuito, 1992), que:

Apesar da doutrina das estruturas essenciais ter sido aplicada predominantemente a ativos tangíveis, não há razão para que ela não se aplique, como no caso, a informação indevidamente retida. O efeito, em ambas as situações, é o mesmo: uma parte é impedida de utilizar algo que é essencial para que possa concorrer.

O debate, embora candente no Direito Comparado, é de somenos importância para o direito brasileiro, uma vez que o legislador pátrio já regulou, ao tratar da matéria, a possibilidade de licença compulsória em relação aos direitos de propriedade intelectual. A Lei 9.279/96, em seu artigo 68, já estabelece, *in verbis*:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado, nos termos da lei, por decisão judicial ou administrativa.

Como a doutrina das estruturas essenciais se volta justamente para coibir abusos de poder econômico decorrentes do mau-uso da propriedade intelectual, pode-se dizer que, no Brasil, há fundamento legal para a aplicação da doutrina à propriedade intelectual.

É interessante observar, inclusive, que o artigo 69, I, do mesmo diploma legal estabelece que a recusa em licenciar, por parte do titular da patente é legítima justamente por uma das hipóteses que legitimam também a negativa de acesso a uma estrutura essencial: a existência de uma justificativa objetiva para a recusa.

Assim, sob certo aspecto, pode-se dizer que a legislação de proteção à propriedade intelectual brasileira positivou a teoria das estruturas essenciais, na medida em que vedou a negativa de acesso abusiva a instalações por ela protegidas, as quais serão, em muitos casos, essenciais para que possa haver concorrência no mercado, já que a propriedade intelectual é, sabidamente, o monopólio legalizado. Nesse aspecto, merece aplausos a legislação nacional, já que, conforme afirma Pitofsky (2002, p. 455), com apoio no caso Kodak II (125 F.3d, decisão do 1º circuito, 1994):

A proteção da propriedade intelectual proporciona apenas uma presunção de justificativa válida para a negativa de acesso. Em outras palavras, uma empresa pode ser responsabilizada concorrencialmente por uma recusa de negociar propriedade intelectual se essa presunção de existência de justificativa for refutada por evidência de intento anticoncorrencial.

5. Conceito

Vã seria, certamente, toda a reconstrução histórica e jurisprudencial realizada no decorrer do presente estudo se, a partir dela, não se pudesse elaborar um conceito da doutrina das estruturas essenciais. É que o conhecimento científico se alimenta primordialmente de conceitos, já que eles são a generalização que permitirá o estudo do instituto jurídico, e sua aplicação à generalidade das hipóteses.

O método utilizado pelo presente trabalho, assim como por toda a doutrina que se ocupou do tema das instalações essenciais, é o método indutivo. Através do estudo de casos particulares, procurou-se chegar a um conceito geral, que seria: Uma empresa com poder de mercado, no controle de uma estrutura essencial para outro concorrente, é obrigada a dar a este, sob condições razoáveis, acesso a essa estrutura, desde que a mesma tenha capacidade suficiente para tanto e a menos que haja uma justificativa objetiva para a negativa⁸.

Toda exposição de um conceito faz nascer a necessidade de análise de seus elementos constitutivos, uma vez que é pelo esclarecimento dos mesmos que se obtém a percepção e depuração do próprio conceito.

⁸ Observe-se, contudo, que a empresa que obtém o acesso deverá remunerar a proprietária da estrutura pelo uso desta. A doutrina das estruturas essenciais não obriga a empresa detentora de posição dominante a realizar liberalidades em prol de seus concorrentes.

Da doutrina internacional podem ser extraídos seis elementos que devem estar presentes concomitantemente para a aplicação da doutrina das estruturas essenciais:

- 1) existência de uma estrutura essencial para possibilitar a concorrência em um determinado mercado relevante;
- 2) controle dessa estrutura por uma empresa detentora de poder de mercado;
- 3) negativa, por parte da empresa controladora, de prover acesso a essa estrutura, sob condições razoáveis, a uma outra empresa que dela necessita para concorrer;
- 4) ausência de uma justificativa razoável, legítima e proporcional para a negativa;
- 5) capacidade ociosa da estrutura, suficiente para possibilitar seu uso por mais um agente;
- 6) impossibilidade prática, legal ou econômica de duplicação da estrutura pelo concorrente.

6. Aplicabilidade ao contexto brasileiro

A opinião de Pitofsky (2002, p. 443), exposta no primeiro parágrafo de sua obra, sintetiza a importância da aplicação da doutrina das estruturas essenciais. Anote-se:

O direito de acesso a uma estrutura essencial controlada por um monopolista tem sido um tema há muito controverso no Direito Concorrencial dos Estados Unidos. Se a estrutura é realmente essencial, uma negativa de acesso significa que o monopolista será imune, pelo menos por algum tempo, à maioria das ações concorrenciais. Por outro lado, uma política que defina acesso encontra generosamente a reclamação ideológica de que o governo está tomando a propriedade privada, e a preocupação mais prática de que ela reduzirá os incentivos à inovação. Em adição a essas preocupações acerca de conflitos políticos está a complicação posterior de que uma simples declaração de acesso é raramente suficiente, e as autoridades governamentais, legislativas, judiciárias ou regulatórias têm também que definir os termos de acesso – preço, prioridade e outros termos e condições de venda – geralmente em bases que requerem supervisão contínua.

Embora de forma tímida, a doutrina das estruturas essenciais já en-

controu eco no país, em julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Trata-se do caso Globo v. Directv, decidido pelo CADE em 2001⁹.

A Rede Globo de televisão, detentora de posição dominante no mercado de televisão aberta, ao passar a atuar no mercado de TV DTH (Direct to Home), através da empresa Sky, recusou-se a licenciar sua programação para que fosse exibida pela Directv, empresa concorrente da Sky. Esta iniciou campanha publicitária fundada em ser a única empresa de TV por assinatura via satélite com o sinal da Globo.

O Conselheiro relator, João Bosco Leopoldino da Fonseca, considerando que os serviços de TV aberta são serviços públicos (concessões estatais), não podendo ser injustificadamente limitados; que a Globo buscava ampliar a posição dominante que detinha no mercado de TV aberta ao mercado por assinatura; que o artigo 23 da Lei 8.977/95 deveria ser interpretado teleologicamente, uma vez que, quando de sua criação, não eram difundidos no Brasil os serviços de DTH¹⁰; considerando, finalmente, que o sinal da Rede Globo seria uma estrutura essencial, sem a qual a Directv seria paulatinamente excluída do mercado, determinou a obrigação da Rede Globo licenciar seu sinal

Entretanto, a conclusão não prevaleceu. Nos termos do voto de vista da Conselheira Hebe Romano, o Conselho, por maioria, julgou improcedente o pedido da requerente, eximindo a Rede Globo da obrigação de contratar imposta no voto do relator. Considerou a Conselheira que não havia indícios suficientes de que a concorrência estivesse sendo eliminada no mercado, uma vez que a Tecsat, nova entrante que não transmitia qualquer canal de TV aberta, vinha ganhando participação, e que a redução do percentual da Directv não era expressiva. A estrutura discutida não seria essencial, uma vez que não estava ocasionando realmente a eliminação da concorrência.

Independentemente da postura que se tome frente aos pontos de vista conflitantes, já que a detalhada análise dos elementos fáticos ultrapassaria o escopo do presente estudo, o importante é salientar que o caso lançou a pedra fundamental para que a reflexão acerca da doutrina das estruturas essenciais que, como demonstrado, já se encontra tão avançada em outros países, pudesse ser iniciada no Brasil.

⁹ Processo administrativo 53500-000359/99, julgado pelo Cade em março de 2001.

¹⁰ O dispositivo é conhecido como cláusula *must carry* e obriga as empresas prestadoras de serviços de TV aberta a licenciarem seu sinal para as empresas de TV a cabo. O que se discute, entretanto, é se a tecnologia DTH, que não era difundida no Brasil quando da edição da Lei, estaria ou não abrangida nesse dispositivo.

A análise da gênese do debate acerca da doutrina das estruturas essenciais no Brasil conduz, necessariamente, ao questionamento sobre a aplicabilidade da mesma a outros setores da economia nacional. De todo o exposto é possível concluir que a doutrina das estruturas essenciais é aplicável sempre que um agente econômico que detém uma instalação imprescindível para que possa haver concorrência em um dado mercado relevante se negue a compartilhá-la, em condições razoáveis, mas mediante remuneração, com seus concorrentes.

Assim, a teoria pode ser importante caminho para a melhoria da concorrência nos mercados em que ocorreu a privatização de empresas estatais, uma vez que esta, na maioria dos casos, ocasionou uma concentração de estruturas em poder dos vencedores dos leilões. Aliás, a própria variedade dos casos internacionais debatidos ao longo do presente estudo demonstra quão amplo é o âmbito de aplicação da teoria debatida e como ela pode, se bem aplicada, favorecer a defesa da concorrência em diferentes âmbitos da economia nacional.

Um setor que confirma essa tese e em que seria potencialmente aplicável a teoria é o de telecomunicações. Apesar dos méritos da privatização realizada no setor, que permitiu a quase universalização do serviço, sob certo aspecto, o processo apenas substituiu o monopólio estatal pelo monopólio privado.

Explica-se: as estruturas utilizadas para a efetivação da comunicação, tais como centrais telefônicas, cabos etc, foram vendidas a uma única empresa em cada região. Para evitar que essa empresa abusasse dessa posição monopolista que lhe foi legalmente concedida, a legislação criou uma série de obrigações que deveriam ser cumpridas por esses agentes, a fim de possibilitar a efetiva concorrência.

Para que as empresas que não detêm as estruturas telefônicas pudessem ter acesso às mesmas, determinou-se que deveriam pagar uma tarifa pela utilização, a qual corresponderia exclusivamente ao custo que esse uso geraria para o detentor da estrutura. Uma vez efetivado o pagamento, o acesso não poderia ser negado.

Entretanto, a tecnologia avança mais rápido que o Direito, esteja ele consubstanciado em legislação *stricto sensu* ou em resoluções da Agência Nacional de Telecomunicações. O surgimento de novos mercados relacionados às telecomunicações ainda não regulados possibilitou que os detentores das estruturas os reservassem para si. É o caso, por exemplo, do serviço de internet em banda larga.

A internet em banda larga é um serviço que propicia conexão em alta velocidade para o usuário. Esta é feita através da linha telefônica, a qual,

entretanto, não fica ocupada enquanto a internet é utilizada, em decorrência de uma subdivisão de bandas.

A prestação desse serviço pressupõe, como se observa, a utilização de estruturas telefônicas. Todavia, como a Lei Geral de Telecomunicações não previu a obrigação específica das operadoras locais permitirem que outras empresas utilizassem tais estruturas para esse fim, essas empresas criaram subsidiárias com o fito de prestar serviços de internet em banda larga e têm se recusado insistentemente a permitir que quaisquer concorrentes se utilizem dessas estruturas.

Por conseguinte, as empresas controladas pelas operadoras locais operam em regime quase monopolista nesse mercado. Os concorrentes, caso desejem atuar no segmento, são obrigados a montar uma rede estrutural própria, o que torna a prestação do serviço viável apenas em grandes edifícios de apartamentos, nos quais se possam conectar vários pontos.

Essa é, todavia, uma concorrência extremamente limitada, incapaz de dar à maioria dos consumidores opção razoável de escolha, além de submeter o concorrente a custos que não são suportados pela empresa detentora da estrutura, tornando aquela uma vítima potencial de condutas predatórias por parte desta.

Percebe-se, sem grande esforço, que todos os elementos necessários à aplicação da doutrina das estruturas essenciais estão presentes na hipótese ora analisada. A estrutura telefônica, em primeiro lugar, é essencial para que o serviço de internet em banda larga possa ser prestado. Essa estrutura não pode ser duplicada de maneira economicamente viável, já que é necessária uma capilaridade muito grande para atender a todos os potenciais consumidores. Não há qualquer limitação estrutural que seja proibitiva ao acesso de novos concorrentes. Por fim, não há qualquer justificativa razoável para a negativa, a não ser a tentativa das operadoras de telefonia fixa estenderem a posição dominante que detêm nesse mercado ao mercado adjacente de internet em banda larga.

Assim, presentes estariam os pressupostos para uma intervenção antitruste no setor, o que já vem sendo reivindicado pelas operadoras de longa distância, sequiosas de ingressar nesse novo filão. Nas palavras de Purificación Carpinteyro¹¹:

¹¹ Palestra proferida no fórum O Futuro das Telecomunicações, no dia 1º de agosto de 2003, em São Paulo. Publicada na revista Exame, Edição 799, 20.08.2003.

¹² Revista Exame de 12 de maio de 2004, p. 50.

A concorrência, pelo menos no que diz respeito ao acesso local, não aconteceu. O risco não é só que não exista competição nos serviços locais, mas que esse monopólio no acesso local permita a monopolização de toda a cadeia de valor do setor de telecomunicações. Todos os prestadores de serviços de telecomunicações dependem de um recurso essencial, que está nas mãos de um monopólio. Não existe alternativa, nem para os prestadores de serviços de longas distância, nem para os que querem fornecer serviços de banda larga, nem para os provedores de acesso à internet, nem para os provedores de conteúdo. Meu colega Navarro fala da necessidade de incrementar o acesso da população brasileira à banda larga. Até hoje as operadoras locais têm se recusado a dar acesso aos concorrentes para que também nós, usando redes compartilhadas, possamos prestar esses serviços.

É relevante ressaltar que a Agência Nacional de Telecomunicações já estuda a edição de norma para permitir esse compartilhamento da rede, positivando nesse mercado a doutrina das estruturas essenciais¹²:

Além da chegada do competidor mexicano, as operadoras locais têm que se preparar para uma mudança no mercado de telefonia. A Anatel, a agência reguladora das telecomunicações, anunciou que estão quase prontas as regras para permitir que as empresas compartilhem as estruturas físicas no serviço de telefonia. Isso significa que a Telefonica, por exemplo, seria obrigada a alugar sua rede de cabos para uma concorrente como a Embratel oferecer acesso em banda larga à internet a um preço regulado pela Anatel. (...) Se realmente for posto em prática, haverá mais um estímulo para a concorrência no setor.

Esse fato bem demonstra a importância da teoria e a necessidade de que sua aplicabilidade seja melhor estudada no Brasil, de modo que a doutrina também possa auxiliar a melhoria das condições de concorrência em outros mercados.

7. Conclusão

Em conclusão ao presente trabalho, é possível formular algumas assertivas, a fim de sintetizar os principais aspectos debatidos:

I – A doutrina das estruturas essenciais é um importante meio pelo qual a concorrência pode ser aperfeiçoada, de maneira que possa desempenhar adequadamente sua função de proporcionar maior bem estar ao consumidor e, assim, alcançar o objetivo essencial do Direito Econômico, que é a

implementação de Direitos Fundamentais, os quais levarão à consecução dos fins insculpidos no artigo 3º da Constituição da República de 1988.

II – A doutrina das estruturas essenciais surgiu jurisprudencialmente, através da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Terminal Railroad Association, embora haja autores que apontem indícios de aplicação anterior da mesma. Apesar de ser uma teoria nascida nos tribunais, não há impedimento para que ela seja analisada de uma perspectiva científica e conceitual.

III – Pela decisão do mencionado julgado, pode-se estabelecer que a teoria das estruturas essenciais surge como uma alternativa a soluções estruturais para concentrações. Através do caso pode-se asseverar como conceito da doutrina das estruturas essenciais que “um monopolista no controle de uma estrutura essencial para outro concorrente é obrigado a dar ao mesmo, sob condições razoáveis, acesso a essa estrutura, se isso for possível”.

IV – Através da análise de outros casos importantes da jurisprudência norte-americana, casos Associated Press, Gamco e Hecht, pode-se evoluir na conceituação da doutrina, para afirmar que “uma empresa com poder de mercado, no controle de uma estrutura essencial para outro concorrente, é obrigada a dar a este, sob condições razoáveis, acesso a essa estrutura, desde que a mesma tenha capacidade suficiente para tanto e a menos que haja uma justificativa objetiva para a negativa”.

V – A análise da jurisprudência européia confirma as conclusões decorrentes dos casos norte-americanos, esclarecendo a aplicabilidade da teoria das estruturas essenciais não apenas a ativos tangíveis, mas também a intangíveis, inclusive a direitos autorais, bem como as cautelas e limitações de que deve se cercar sua aplicação.

VI – No Brasil, a Lei 9.279/96, em seu artigo 68, positivou a possibilidade de acesso compulsório a direitos de propriedade intelectual, no caso de abuso de poder econômico.

VII – Do conceito de estruturas essenciais (v. conclusão IV), podem ser extraídos os seguintes elementos, como fundamentais para que se possa falar em acesso compulsório: existência de uma estrutura essencial para possibilitar a concorrência em um determinado mercado relevante; controle dessa estrutura por uma empresa detentora de poder de mercado; negativa, por parte da empresa controladora, de prover acesso a essa estrutura, sob condições razoáveis, a uma outra empresa que dela necessita para concorrer; ausência de uma justificativa

razoável, legítima e proporcional para a negativa; capacidade ociosa da estrutura, suficiente para possibilitar seu uso por mais um agente; impossibilidade prática, legal ou econômica de duplicação da estrutura pelo concorrente.

VIII – No Brasil, a doutrina foi debatida com excelência na decisão do caso *Globo v. Directv*, prolatada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 2001. Embora a conclusão da maioria tenha sido pela inaplicabilidade da doutrina, o julgado é importante por ter iniciado o debate da teoria no país.

IX – A doutrina das estruturas essenciais é uma opção atraente para a liberalização do mercado brasileiro pós-privatização. Como exemplo, pode-se citar o caso do mercado de internet em banda larga, o qual vêm sendo dominado pelas empresas que atualmente monopolizam as estruturas telefônicas, em decorrência da forma como foi realizada a privatização do setor. Essas empresas estão se valendo do poder de mercado obtido pelo monopólio das estruturas telefônicas para dominarem o mercado adjacente de internet em banda larga.

X - Por essas razões, conclui-se que a doutrina das estruturas essenciais, se adequadamente aplicada, será um importante instrumento para o aprimoramento da defesa da concorrência no Brasil.

8. Bibliografia

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FREDRIKSSON, Sara. *When The refusal to deal becomes an abuse of dominant position: a study of how article 82 EC Treaty limits the freedom of action for undertakings in a dominant position*. Master Thesis, Competition Law. Universidade de Lund, Lund, Suécia, 2001.

LANGLOIS, Richard N. *Technological standards, innovation and essential facilities towards a Shumpeterian Post-Chicago approach*. Working paper, Department of Economics, working paper series. Universidade de Connecticut, Connecticut, Estados Unidos, 1999.

LIPSKY, Abbott B. *Essential Facilities*. *Stanford Law Review*, vol 51, p. 1187-1249, 1999.

PITOFSKY, Robert. *The essential facilities doctrine under U. S. antitrust law*. *Antitrust Law Journal*, vol. 70, p. 443 – 462, 2002.

REVISTA EXAME, Edição 799, 20.08.2003, p. 36-43.

REVISTA EXAME, Edição 817, 12.05.2004, p. 48-51

Julgados mencionados (em ordem cronológica)

Decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos

United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 244 U.S. 383, 1912.

United States v. Associated Press, 326 U.S. 1, 1945.

Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation, 472 U.S. 585, 1985

Decisões de outros Tribunais dos Estados Unidos

Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building Inc., 344 U.S. 817, 1º Circuito, 1952.

Hecht v. Pro-Football Inc, 436 U.S. 956, Circuito de Apelação de Washington D.C, 1978.

MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 7º circuito, 464 U.S. 891, 1983.

Rural Telephone Service Company v. Data General Corporation (506 F.2d 765, 10º Circuito, 1992

Kodak II, 125 F.3d, 1º circuito, 1994.

Decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia

Istituto Chemioterapico Italiano SPA of Milan and Commercial Solvents Corporation of New York vs. Comission, casos 6 e 7/73.

United Brands, caso 27/76.

Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) v. Comissão da Comunidade Européia (caso Magill), casos C241/91 e 242/91.

Oscar Brooner GmbH &Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftensverlag GmbH & Co. KG and Others, caso C-7/97.

Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Globo v. Directv, Processo administrativo 53500-000359/99, relator Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, julgado em março de 2001.

