

THAINÁ DA SILVA CAVALCANTI

**SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA:
O CASO DAS *ESSENTIAL FACILITIES***

**Curitiba
2010**

THAINÁ DA SILVA CAVALCANTI

**SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA:
O CASO DAS *ESSENTIAL FACILITIES***

Monografia de conclusão da Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, apresentada sob orientação do Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

**Curitiba
2010**

THAINÁ DA SILVA CAVALCANTI

**SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA:
O CASO DAS *ESSENTIAL FACILITIES***

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Egon Bockmann Moreira (Orientador)

Alexandre Ditzel Faraco (Primeiro membro)

Alexandre Wagner Nester (Segundo membro)

Curitiba, 30 de junho de 2010

A meus pais e minhas irmãs, pessoas inteiramente iluminadas, pelas incontáveis horas de carinho e de apoio incondicionais a mim dedicadas.

A meu amado Thiago, obrigada por tudo.

SUMÁRIO

<u>RESUMO.....</u>	<u>1</u>
<u>ABSTRACT.....</u>	<u>2</u>
<u>1. INTRODUÇÃO.....</u>	<u>3</u>
<u>2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....</u>	<u>5</u>
<u>2.1 A defesa da concorrência na Constituição Federal.....</u>	<u>5</u>
<u>2.2 Situações de monopólio.....</u>	<u>7</u>
<u>3. SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA.....</u>	<u>10</u>
<u>3.1 Visão geral sobre o conceito de serviço público.....</u>	<u>10</u>
<u>3.2 Relação entre serviços públicos e concorrência no direito brasileiro.....</u>	<u>12</u>
<u>4. A TEORIA DAS ESSENTIAL FACILITIES.....</u>	<u>16</u>
<u>4.1 Origem e condições para aplicação.....</u>	<u>16</u>
<u>4.2 Precedente norte-americano atual.....</u>	<u>19</u>
<u>4.3 Críticas.....</u>	<u>21</u>
<u>5. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DAS ESSENTIAL FACILITIES NO BRASIL</u>	<u>23</u>
<u>5.1 Caso das telecomunicações.....</u>	<u>23</u>
<u>5.2 Caso das operações portuárias.....</u>	<u>25</u>
<u>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>30</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>32</u>

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a proteção da concorrência no âmbito dos serviços públicos através da aplicação da teoria das *essential facilities*. Observa-se que, no Brasil, determinados agentes econômicos detêm o monopólio de infraestruturas e redes, impedindo a concorrência dos demais, mesmo quando se trata da prestação de serviços públicos. Com o intuito de equilibrar as relações econômicas, a teoria das *essential facilities* procura oportunizar o acesso a esses bens, de modo que todos os agentes econômicos possam participar de um regime concorrencial no serviço público brasileiro. Isto é, o compartilhamento de infraestrutura e redes torna viável a existência de um sistema concorrencial. As *essential facilities* funcionam, portanto, como um mecanismo antitruste, de forma a evitar situações de abuso de poder e monopólio.

Palavras-chave: defesa da concorrência; serviços públicos; teoria das *essential facilities*.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the protection of competition in the scope of public services through the application of the essential facilities doctrine. We observe that, in Brazil, certain economic agents hold a monopoly in infrastructures and networks, hindering the competition, even in the provision of public services. Aiming to balance economic relations, the essential facilities doctrine intends to promote the access to these installations, so that all economic agents can participate competitively in Brazilian public services. In other words, by sharing infrastructure and networks, a competitive system becomes viable. The essential facilities function, therefore, as an antitrust mechanism, preventing the abuse of market power and monopoly.

Keywords: competition policy; public services; essential facilities doctrine.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho diz respeito, em resumo, à origem da teoria das *essential facilities* e a sua possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de defender a concorrência no âmbito dos serviços públicos.

Primeiramente, informamos sobre a importância de um regime concorrencial para a economia, inclusive no âmbito dos serviços públicos, tais como nas ferrovias e telecomunicações, nos quais predominam situações de monopólios de infra-estruturas e redes. Neste sentido, a propriedade monopolística dos serviços inviabiliza o regime concorrencial, tão almejado para que exista bem-estar econômico - tanto entre agentes econômicos quanto consumidores.

Por meio da análise constitucional da defesa da concorrência, o ponto principal consiste em demonstrar o impacto que a formação de um monopólio pode gerar na economia, nas situações em que se pretende a livre concorrência.

A partir disso, por meio da exposição do conceito de serviço público, mostrar-se-á sua relação com a concorrência no direito brasileiro, tratando das disposições constitucionais sobre o tema, tendo em vista o atual quadro de privatização e regulação de alguns setores.

Em terceiro lugar, explicaremos o que é a teoria das *essential facilities*, qual a sua origem, quais são seus principais desdobramentos - impedir o monopólio em setores concorrenciais -, e críticas.

Após a construção de todo o suporte teórico, iremos ilustrar as situações de monopólio de infra-estruturas e redes dos agentes econômicos por meio de análise da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), introduzindo as *essential facilities* como referencial para solução dos casos.

Com o intuito de equilibrar as relações econômicas, a teoria das *essential facilities* aparece como alternativa para oportunizar o acesso a certos bens, de modo que todos os agentes econômicos possam participar de um regime concorrencial no serviço público brasileiro, considerando uma prestação digna e isonômica de que tanto carece a população.

Mais do que defender a teoria das *essential facilities* como um dogma ou até mesmo impô-la como única saída para o problema do monopólio dos serviços

públicos, a intenção desta monografia é, acima de tudo, defender o regime concorrencial conforme a Constituição Federal determina.

De acordo com o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, sendo que é neste único e imprescindível sentido que devemos pautar o estudo do direito concorrencial.

Assim, a presente pesquisa procura demonstrar que as *essential facilities* funcionam, sim, como um mecanismo antitruste, evitando situações de abuso de poder e monopólio, pois o compartilhamento de infra-estrutura e redes torna viável a existência de um sistema concorrencial para os serviços públicos.

A defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade. Em uma economia eficiente os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Em tal contexto, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico.¹

2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

2.1 A defesa da concorrência na Constituição Federal

A defesa da concorrência é um dos princípios da Constituição Federal de 1988, mostrando-se albergada por dois princípios gerais da ordem econômica: função social da propriedade e livre concorrência, dispostos nos incisos III e IV do artigo 170. Além disso, existe a previsão de que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, no § 4º do artigo 173. Nesse sentido:

É através da repressão ao abuso do poder econômico, visto como um instituto jurídico autônomo em face da especificidade que apresente, juntamente com os demais princípios do art. 170 da Constituição, que o fim último de livre iniciativa será buscado.²

Para Egon Bockmann Moreira, “a função social é um princípio que diz respeito tanto à ação do Estado no domínio econômico como à das pessoas privadas.”³

Sendo assim, a função social da propriedade do detentor de uma infraestrutura ou bem essencial ao desenvolvimento de um serviço deve ser disponibilizada a terceiros, sob pena de configurar-se uma situação de abuso de poder econômico. Sobre o tema, Eros Grau afirma que:

¹ BRASIL. Portaria Conjunta da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça nº 50 de 1º de agosto de 2001 (Diário Oficial da União nº158-E, de 17 de janeiro de 2001, p. 12 a 15), Ponto 10, Parte II, Anexo.

² BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova prova, 2006, p. 39.

³ MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 4, nº. 16, out./dez. 2006, p. 27.

O princípio da função social da propriedade impõe 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 de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.⁴

Além da Constituição Federal, a Lei de Defesa da Concorrência - Lei nº 8.884 de 1994 - também possui dispositivos relativos a investigar e, eventualmente, penalizar atos de concentração e condutas que impeçam a livre concorrência dos agentes econômicos. Para Calixto Salomão Filho, o direito concorrencial:

Deve oferecer a seus agentes a possibilidade de livre escolha e, conseqüentemente, de descoberta da melhor opção de conduta, deve ele garantir no mínimo, (a) a liberdade de escolha e (b) máxima precisão possível das informações transmitidas.⁵

Neste viés, demonstrar-se-á que a teoria das *essential facilities* procura viabilizar o acesso de terceiros a bens e infra-estruturas em situações de abuso de poder econômico como, por exemplo, no monopólio. Os mercados monopolizados “impõem custos aos consumidores e à Sociedade em geral, devendo, por esta razão, ter sua formação coibida ou sua conduta regulada.”⁶

Sobre as *essential facilities*, Alexandre Wagner Nester ensina que:

O postulado garante o livre acesso às infra-estruturas e redes traduz uma evidente celebração ao princípio da livre iniciativa. Afinal, sem o acesso à infra-estrutura detida pelo monopolista (ou agente em situação de posição dominante) torna-se impossível a atuação do terceiro que tenciona desenvolver atividade competitiva. Sem o compartilhamento da infra-estrutura indispensável (qualificada como *essential facility*), o sujeito que pretende estabelecer concorrência será tolhido na sua garantia a livre iniciativa.⁷

Diante disso, observa-se que a existência dos princípios constitucionais da livre concorrência e da função social da propriedade, bem como a previsão legal de sanções para determinadas infrações à ordem econômica, propiciam a utilização,

⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 245.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 50.

⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord). **Direito Administrativo Econômico**. 1 ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p. 163.

⁷ NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 248.

a priori, da teoria das *essential facilities* no direito brasileiro, a fim garantir a defesa da concorrência.

2.2 Situações de monopólio

Ao lado da livre concorrência e da liberdade de escolha, a defesa da concorrência procura evitar situações de monopólio que, de acordo com Luiz Carlos Buchain:

Poderá ser praticado por qualquer agente econômico, independentemente de seu tamanho; o elemento efetivamente determinante na aferição do monopólio é a extensão do mercado abrangido por um determinado agente.⁸

O monopólio, portanto, é considerado prejudicial à economia nos casos em que a concorrência é almejada pelo Estado - inclusive nos serviços públicos, conforme se explicará no capítulo seguinte -, pois cria a dependência dos consumidores em relação ao agente econômico que, devido a sua posição dominante no mercado, pode praticar atos anti-concorrenciais. Neste sentido:

Os prejuízos sofridos pelos consumidores em mercados monopolizados são evidentes, pois há uma redução do consumo e um aumento do preço pago pelo bem. Por outro lado, sob o ponto de vista da alocação geral de recursos, a Sociedade também perde com o monopólio. Ao excluir do acesso ao produto uma faixa de consumidores que não está disposta ou capacitada a adquiri-lo pelo novo preço, gera-se uma perda social.⁹

A prejudicialidade acarretada pelo monopólio, tanto nos serviços públicos como em todos os âmbitos nos quais se pretende a concorrência, é assim demonstrada:

A obtenção de uma posição monopolista leva o agente a aumentar os preços. Como consequência disso, certo número de consumidores simplesmente deixa de consumir o produto. O *dead-weight loss* é composto exatamente pela perda de utilidade para [...] consumidores decorrente da impossibilidade de consumir o produto, acrescida do custo-oportunidade daqueles consumidores que continuam a consumir o produto e que para

⁸ BUCHAIN, Luiz Carlos. Obra citada, p. 57.

⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Obra citada, p. 165.

arcar com os preços supracompetitivos cobrados pelo monopolista têm de deixar de consumir ou reduzir o consumo de outros produtos [...]. Na medida e na proporção em que cresce esse faturamento, cresce o valor para o monopolista de sua posição. [...] É exatamente o faturamento extraordinário obtido pelo monopolista e o sobrevalor objetivo representado por sua posição privilegiada no mercado que dão a dimensão política ao poder econômico no mercado. [...] [Outra] conseqüência nociva dos monopólios é o desestímulo à inovação e à melhoria da eficiência decorrente de uma posição monopolística. [...] Obviamente isso só ocorre se o monopolista for capaz de criar barreiras à entrada de concorrentes, de modo a manter sua posição no mercado a despeito de sua crescente ineficiência. [...] Entre elas inclui-se, sem dúvida, a pressão política para obtenção de 'barreiras legais à entrada de concorrentes'.¹⁰

Há também a questão dos atos de concentração de empresas, tanto verticais quanto horizontais, cujos resultados podem desencadear a formação de monopólios e, conseqüentemente, abuso de poder econômico por parte daquelas.

Nas palavras de Hovenkamp, “uma fusão *pode* criar uma empresa com poder de monopólio, e ela pode reduzir o custo e aumentar os preços. Além disso, pode ser tentada a utilizar das práticas exclusivistas de modo a consolidar o seu poder.”¹¹

Para Calixto Salomão Filho:

Sendo o monopolista um intermediário, para ele é interessante que o produtor seja também monopolista e de toda forma seja a ele ligado por laços de exclusividade. Dos dois, o último requisito é sem dúvida o mais importante para o monopolista. O laço de exclusividade é o que elimina qualquer poder compensatório da contraparte, o produtor, reduzindo em conseqüência os custos da transação e permitindo aumentar a parcela total do lucro a ser apropriada pelo monopolista.¹²

Assim, fica nítido que “os efeitos positivos da competição econômica dificilmente se verificariam se um mesmo sujeito dominasse as diversas etapas”¹³, razão pela qual se mostra evidente a prejudicialidade dos monopólios e a necessidade da defesa da concorrência no direito brasileiro, em atenção aos princípios constitucionais.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, p. 133-135.

¹¹ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**. 3 ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 292.

Tradução nossa: “a merger can create a firm with monopoly Power, and this firm could then reduce output and raise prices. Further, it might be tempted to engage in exclusionary practices in order to entrench its position.”

¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. Monopólio colonial e subdesenvolvimento. In: Maria Victoria de Mesquita Benevides; Gilberto Bercovici; Claudinei de Melo. (Coord.) **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem à Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 173.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 618.

Tendo por base a defesa da competição entre os agentes econômicos, demonstrar-se-á, no capítulo seguinte, a situação atual dos serviços públicos e a sua relação com a concorrência.

3. SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA

3.1 Visão geral sobre o conceito de serviço público

Neste ponto, tratar-se-á de uma visão geral da concepção de serviço público brasileiro, vez que existe uma dificuldade em se gerar um conceito único, devido à chamada “crise do serviço público”.

Após a falha tentativa de prestar exclusivamente os serviços públicos, o Estado vem concedendo, aos poucos, esta tarefa a entes privados, modificando a concepção de que os serviços públicos só poderiam ser prestados diretamente por ele. Então, a partir da década de 80, houve a crescente necessidade de regulação das atividades desses terceiros.¹⁴

Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão:

O que houve, na verdade, não foi a transformação do conceito de serviço público, mas sim a redução do número de atividades capazes de nele se enquadrarem, com o correspectivo aumento do número de atividades subsumíveis ao conceito de atividades privadas de relevância pública, que antes eram serviços públicos – titularizadas pelo Estado.¹⁵

Diante desse complexo quadro, não se pretende adotar uma definição única e imutável do termo, mas apresentar parâmetros para que se desenvolva o raciocínio almejado.

Conforme a definição clássica de Cirne Lima, serviço público é:

Todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.¹⁶

Já numa versão mais moderna, Celso Antônio Bandeira de Mello nos traz a seguinte concepção:

¹⁴ Sobre o tema, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e suas crises. In: Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto. (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 421-440.

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Obra citada, p. 440.

¹⁶ *Apud* GRAU, Eros Roberto. Obra citada, p. 129.

É toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁷

Para Marçal Justen Filho, serviço público:

É uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.¹⁸

Pelo entendimento dos conceitos expostos, temos que serviço público é, portanto, toda atividade destinada à satisfação dos interesses da coletividade, prestada pelo Estado ou algum ente sob o regime de Direito Público, sendo exemplos clássicos os serviços de telecomunicações, abastecimento de água, rodovias, ferrovias, portos, entre outros. Importante ressaltar que:

Os setores acima mencionados possuem uma característica estrutural em comum, que é a de constituírem indústrias de rede, assim denominadas em virtude da estrita complementaridade existente entre os segmentos de suas cadeias produtivas, cujos elos estabelecem – por razões de natureza tecnológica – graus de interdependência entre os componentes da rede bem mais elevados do que aqueles existentes em outros tipos de indústria. Quase todas as indústrias de rede não são, de fato, “indústrias” no sentido convencional, mas atividades prestadoras de serviços, como é o caso dos setores de infraestrutura.¹⁹

Essa introdução conceitual sobre serviços públicos permitirá, a seguir, a discussão pretendida sobre a relação deles com a concorrência no direito brasileiro.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 665.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 596.

¹⁹ ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. **Regulação e concorrência em setores de infra-estrutura**. Rio de Janeiro: XVII Fórum Nacional China e Índia como desafio e exemplo e a reação do Brasil... para cima, 2005, p. 2. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/670066.PDF> >. Acesso em: 22 de abril de 2010.

3.2 Relação entre serviços públicos e concorrência no direito brasileiro

Devido ao modo de formação da ordem econômica brasileira, verifica-se a tendência para a formação de monopólios em diferentes setores, tanto estatais quanto privados.

Como dito anteriormente, após o monopólio do Estado sobre boa parte dos serviços públicos, este procura, atualmente, transferir para entes privados a sua prestação, porém ainda passível de influência estatal.²⁰

Alexandre Wagner Nester afirma que “é preciso, ademais, compreender a teoria face à atual situação do mercado brasileiro, que é originário de uma economia basicamente desenvolvida em torno de monopólios públicos e privados”²¹ e complementa que “os serviços públicos, por sua vez, sempre foram vistos como inerentes à noção de monopólio, pressupondo-se que a Administração seria capaz de, direta ou indiretamente, prestá-los de forma mais adequada.”²²

Por tais motivos e com o intuito de preservar a competição na economia brasileira - inclusive no âmbito dos serviços públicos -, houve a inclusão do princípio da livre concorrência no ordenamento jurídico, juntamente com a discriminação do capítulo relativo à ordem econômica na Constituição Federal de 1988.

Conforme Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “a qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento.”²³

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, a Constituição Federal de 1988 elenca alguns serviços públicos e suas hipóteses, podendo ser de: *prestação obrigatória e exclusiva do Estado* (serviço postal e correio aéreo nacional); *prestação obrigatória do Estado* e em que é também *obrigatório outorgar em concessão a terceiros* (serviços de radio difusão sonora ou de sons e imagens); *prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade* (educação, saúde,

²⁰ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 141.

²¹ NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**, p. 15.

²² NESTER, Alexandre Wagner. *Idem*, p. 241.

²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: Carlos Ari Sundfeld. (Coord). **Direito Administrativo Econômico**. 1 ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p. 45.

previdência social, assistência social, radiodifusão sonora e de sons e imagens); e *prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação*, tendo de outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros (todos os demais arrolados no artigo 21, XI e XII)²⁴.

Os serviços de telecomunicações; de radiodifusão sonora e de sons e imagens; de instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água; de navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária; de transporte ferroviário e aquaviário entre portos; de transporte rodoviário; de portos marítimos, fluviais e lacustres podem ser explorados diretamente pela União ou mediante autorização, concessão ou permissão, pelo artigo 21, XI e XII da Constituição Federal.

Pelo regime do artigo 175 da Carta Magna, “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Ainda, em casos de prestação exclusiva de serviços públicos pela União previstos no artigo 177 da Constituição Federal²⁵, há a possibilidade elencada pelo §1º, que permite a contratação de empresas estatais ou privadas para realização das atividades, guardadas as condições estabelecidas em lei.

Para Alexandre Wagner Nester, “a regulação estatal deve servir de instrumento para a obtenção dos valores fundamentais eleitos pela Constituição.”²⁶

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 682.

²⁵ “Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. [...]”

²⁶ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 463.

Com o advento do processo de privatização - concessão²⁷ ou permissão - dos serviços públicos, surgiram as agências reguladoras²⁸, definidas como “autarquias especiais, instituídas dentro de um quadro legislativo que deu novos contornos à disciplina dos serviços públicos [...]”²⁹ Já a privatização:

Relaciona-se não apenas à transferência da titularidade de concessões, permissões e autorizações para exploração de certos serviços e atividades das pessoas de Direito Público para as de Direito Privado, mas também a criação de um ambiente de mercado e de concorrência nos setores privatizados.³⁰

Existe, ainda, a denominação de alguns dos serviços públicos como monopólios naturais:

Caracterizados por situações em que a plena competitividade ou é inviável ou é ruínosa, mostram, entre outros fatores, a forte prevalência de custos fixos sobre os variáveis, com a exigência de altas economias de escala e uma grande proporção de custos irrecuperáveis (*sunk costs*). Neles a entrada de novos competidores ou é proibitiva ou tem de ser regulada por mecanismos próprios.³¹

Ana Maria de Oliveira explica que “a existência de monopólios naturais exige a proteção dos consumidores contra os seus malefícios, sendo a regulação a solução apontada pela doutrina econômica para lidar com essas estruturas de mercado.”³²

De acordo com Mário Possas, Jorge Fagundes e João Luiz Pondé, “detectada a possibilidade de funcionamento de um dado setor em regime de concorrência pelos reguladores, é necessária a organização de uma transição da regulação para a concorrência [...]”³³

Em se tratando de indústrias de rede, citadas na seção anterior, “cabe ao governo decidir sobre os usos alternativos dos recursos da sociedade e compete às

²⁷ Sobre o tema, conferir: MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: a Inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/1995**. Curitiba: Edição do Autor, 2010.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____ (Coord). **Direito Administrativo Econômico**. 1 ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, p. 19.

²⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **A regulação e o direito da concorrência**, p. 159

³⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Idem*, p. 160.

³¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação Estrutural entre Serviços de Telefonia e Limites ao Poder das Agências para Alteração de Contratos de Concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 2, nº. 8, out./dez. 2004, p. 206.

³² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Obra citada*, p. 161.

³³ *Apud* NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Obra citada*, p. 161-162.

autoridades reguladoras monitorar a conduta das empresas que atuam em indústrias de rede a partir de critérios gerais definidos em lei.”³⁴

“A criação das agências reguladoras no Brasil decorre”, como diz Fernando Quadros da Silva, “da adoção de um novo modelo de provisão dos serviços públicos, no qual o Poder Público continua a ser o responsável pela sua prestação mas a execução direta é feita pelo particular.”³⁵

Apresentado o quadro da defesa da concorrência no Brasil, albergada pelos princípios constitucionais e almejada inclusive no âmbito dos serviços públicos, partir-se-á para a análise da origem da teoria das *essential facilities* e os requisitos para sua aplicação.

³⁴ ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. **Regulação e concorrência em setores de infra-estrutura**, p. 3.

³⁵ SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: A sua independência e o princípio do estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 95-96.

4. A TEORIA DAS *ESSENTIAL FACILITIES*

4.1 Origem e condições para aplicação

Como marco histórico, reputa-se o nascimento da teoria das *essential facilities* na jurisprudência estadunidense, em 1912, no caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*³⁶, proposto frente à Suprema Corte Americana.

Um grupo de empresas do ramo ferroviário foi acusado de violação ao *Sherman Act*, pois seu agrupamento impedia a livre concorrência dos demais agentes econômicos não-partícipes.

Cabe salientar que, em 1890, criou-se nos Estados Unidos a Lei Sherman (*The Sherman Antitrust Act*), com o objetivo de evitar condutas anti-competitivas, implantando, assim, uma política antitruste, conforme demonstram seus §§1 e 2 :

§1 - Todo contrato, conluio na forma de truste ou de outra maneira, ou conspiração, na limitação de negociações ou de comércio entre vários Estados, ou com nações estrangeiras, é considerado ilegal. Toda pessoa que fizer qualquer contrato ou participar de qualquer conluio ou conspiração declarada por este meio ilegal será julgada culpada por *felony* [crime], e, na convicção disso, será punida por multa que não exceda \$10.000.000 se for corporação, ou, se for qualquer outra pessoa, \$350.000, ou por prisão que não exceda três anos, ou por ambas punições, por decisão da corte.

§2 - Toda pessoa que monopolizar, ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com outra pessoa ou pessoas, a monopolizar qualquer parte do negócio ou comércio entre vários Estados, ou com nações estrangeiras será julgada culpada por *felony* [crime] e, na convicção disso, será punida por multa que não exceda \$10.000.000 se for corporação, ou, se for qualquer outra pessoa, \$350.000, ou por prisão que não exceda três anos, ou por ambas punições, por decisão da corte.³⁷

³⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 224 US 383. *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 1912. Disponível em: < <http://supreme.justia.com/us/224/383/index.html> >. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

³⁷ Tradução nossa: “§1 - Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Da análise dessas cominações legais, fica claro que o legislador procurou evitar determinadas condutas anti-competitivas, tais como cartéis e monopólios, então considerados prejudiciais à economia e à livre-concorrência.

No caso em questão, o agrupamento de empresas detinha o controle dos terminais, bem como a propriedade das linhas ferroviárias na cidade de *Saint Louis*.

O quadro de instabilidade se projetou quando as empresas concorrentes que dependiam da utilização dos terminais, considerando a inviabilidade econômica de duplicação dessa infra-estrutura, não puderam mais atuar no mercado, pois a associação impunha condições e custos que inviabilizavam a concorrência.

A decisão da Suprema Corte determinou um prazo para que a associação permitisse a utilização da infra-estrutura dos terminais pelos competidores, cobrando tarifas que viabilizassem a concorrência, sob a pena de ser decretada a dissolução do grupo.

Não houve qualquer menção à expressão *essential facilities doctrine* no referido *case*, mas se observa a construção de uma linha de raciocínio jurídico no sentido de que a defesa da concorrência pode prevalecer frente ao direito de propriedade do monopolista.

Em que pese a importância histórica desse caso e de outros subsequentes³⁸, porém, apenas com o precedente *MCI Communication Corporation v. American Telephone and Telegraph Company (AT&T)*³⁹ da Corte de Apelação do Sétimo Circuito é que a teoria das *essential facilities* se consolida.

Tal importância se deve ao fato de que a decisão expõe os requisitos para a aplicação da teoria, sendo a razão, portanto, para que seja utilizada como referência.

Verificou-se que a infra-estrutura da *American Telephone and Telegraph Company (AT&T)* era essencial para que a *MCI Communication* prestasse seus serviços de telefonia.

§2 - Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

³⁸ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366 (1973); *Hecht v. Pro-Football*, 570 F. 2d 982, 992, 993 (1977), *certiorari* negado, 436 UD 956 (1978).

³⁹ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do 7º Circuito. 708 F 2d 1.081. *MCI Communication Corporation v. American Telephone and Telegraph Company*, 1983. Disponível em: < <http://openjurist.org/708/f2d/1081> >. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

Considerando o quadro de monopólio da infra-estrutura pela reclamada e a negativa à reclamante de acesso à *facility*, havia impossibilidade desta atuar no mercado em questão, devido à inviabilidade econômica de se duplicar a infra-estrutura.

Levando em conta esses dados, as quatro condições para aplicação da teoria foram assim enumeradas pelo julgado: deve haver controle de uma infra-estrutura ou bem (*facility*) por um monopolista; impossibilidade técnica ou econômica do competidor para duplicação da *facility*; a recusa do monopolista para acesso da *facility* pelo concorrente e a possibilidade prática de disponibilizá-la.

Sobre o tema, Calixto Salomão Filho afirma que:

Uma *essential facility* existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial.⁴⁰

Em resumo, a necessidade de utilização da *facility* parte do pressuposto de que em determinadas situações de monopólio (impossibilidade técnica ou econômica de duplicação da infra-estrutura ou bem) inviabiliza-se o acesso de outros agentes econômicos no mercado, resultando, portanto, em prejuízo para a sociedade, pois não se observa o princípio da livre concorrência.

Outro caso que tem suma importância para a matéria é o precedente *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*⁴¹

A área de esqui em Aspen abrangia quatro áreas de montanha. A empresa ré possuía três delas, enquanto a demandante possuía a restante. Após anos de cooperação, que consistia na emissão de bilhetes de esqui de livre circulação por toda a área, a ré exigiu o aumento dos rendimentos dos bilhetes, cancelando, por fim, a parceria.

Pela decisão da Suprema Corte, concluiu-se que o fim de um acordo voluntário pela ré configurou intenção de forçar a obtenção de lucros a curto prazo, tratando-se de conduta anticompetitiva em discordância com o §2º do *Sherman Act*. Desta forma, vemos que foi considerado o fato de que era essencial à demandante o

⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 40.

⁴¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 472 U.S. 585. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 1985. Disponível em: < <http://supreme.justia.com/us/472/585/case.html> >. Acesso em: 12 de abril de 2010.

acordo de parceria para livre-circulação entre as montanhas, sob pena de haver monopólio da área de esqui pela ré.

Após discorrer sobre essas importantes decisões, partir-se-á para um precedente contemporâneo e prático, acerca de um dos possíveis desdobramentos dado às *essential facilities*.

4.2 Precedente norte-americano atual

Através do site da Suprema Corte norte-americana, é possível localizar julgados mais recentes sobre a interpretação da teoria das *essential facilities*, que por si própria já é uma construção jurisprudencial.

Sobre o tema encontramos um julgado de 2004, cujas partes são *Verizon Communications Inc. v. Law Offices Of Curtis V. Trinko*⁴².

Como dito em tópico anterior, no caso histórico *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, a Suprema Corte não utilizou o termo *essential facilities doctrine* na decisão, apesar de abrir precedentes às Cortes inferiores neste sentido.

Aliás, ao que se tem notícia, a Suprema Corte jamais reconheceu essa teoria. Prova disso é que no caso *Verizon*, referida Corte afirma literalmente que nunca reconheceu a teoria das *essential facilities* e que não tem necessidade de reconhecê-la ou repudiá-la na decisão.

A lei de telecomunicações norte-americana (*Telecommunications Act of 1996*) impõe ao “responsável pela linha telefônica local” a obrigação de compartilhar sua rede de telefone com os concorrentes, dentre outras disposições.

Diante disso, a empresa *Verizon*, responsável pelo Estado de Nova York, assinou acordos de interconexão com diversas rivais, entre elas a *AT&T*.

Ocorre que alguns competidores propuseram ação alegando discriminação entre os concorrentes pela *Verizon*, como parte de um esquema anti-competitivo para desencorajar clientes a começarem ou permanecerem com eles, violando o §2º do *Sherman Act*.

⁴² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 540 US 398. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices Of Curtis V. Trinko*, 2004. Disponível em: < <http://supreme.justia.com/us/540/398/case.html> >. Acesso em: 12 de abril de 2010.

A Corte Distrital rejeitou a queixa, concluindo que não foram satisfeitas as exigências do §2 do *Sherman*, ao passo que a Corte do Segundo Circuito reconheceu a reivindicação antitruste dos requerentes.

Por sua vez, a Suprema Corte cita na decisão que o precedente a ser utilizado comparativamente sobre a recusa de negociar com concorrentes diz respeito ao caso *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp*, já exposto anteriormente.

A partir da análise dos casos *Aspen* e *Verizon*, a Corte decidiu que não se tratava da mesma situação, até porque neste não havia recusa de acesso ao bem, razão pela qual a *essential facilities doctrine* não precisou ser utilizada.

Decidiu-se que o auxílio insuficiente na provisão de serviços aos rivais não configura conduta anti-concorrencial e/ou recusa de negociar da empresa *Verizon*.

A significativa contribuição do caso para o tema diz respeito à afirmação de que a análise antitruste e, também, a aplicação da teoria das *essential facilities*, devem sempre estar pautadas no caso concreto, não podendo haver confusão entre prática anti-concorrencial e algum tipo de dever de ajuda aos concorrentes.

Portanto, não basta a insatisfação dos concorrentes com uma empresa de grande porte, proprietária de *facilities* e bem sucedida. Para que haja violação ao *Sherman Act*, isto é, ao próprio direito antitruste, a empresa deve ter uma prática efetivamente anti-competitiva, com a intenção de retirar os demais competidores do mercado.

Importante ressaltar que o que distingue uma infra-estrutura essencial de uma infra-estrutura não essencial é o impacto provocado pela necessidade de utilização e a recusa de acesso para participar de determinado mercado. Isto, sem dúvida, requer uma análise casuística, com o exame dos elementos presentes em cada mercado e em cada situação concreta.⁴³

Tendo por base essa visão geral, far-se-á, na seção seguinte, uma leitura de críticas feitas à teoria ora em questão.

⁴³ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico**, p. 139.

4.3 Críticas

A teoria das *essential facilities* recebe inúmeras críticas sobre sua esfera de aplicação, sua exata definição e seu significado. Abaixo estão brevemente expostas duas delas, as quais foram consideradas interessantes para composição do raciocínio desejado.

Em 1990, o jurista norte-americano Phillip Arreda escreveu um artigo intitulado “*Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles*”, no qual afirma que ela “representa mais um epíteto em busca de princípios limitadores do que uma teoria, pois indica apenas as exceções ao direito de um sujeito manter para si as suas próprias criações”⁴⁴, ou seja, não é uma teoria consolidada, pois apenas limita o direito de propriedade em alguns casos.

Já nas palavras de Herbert Hovenkamp, “a chamada teoria das *essential facilities* é uma das mais problemáticas, incoerentes e incontroláveis interpretações do §2º do *Sherman*”⁴⁵. A partir daí, Hovenkamp expõe alguns questionamentos: qual seria a qualificação para uma *essential facility*? O dever de negociar se estende só aos concorrentes ou também às firmas verticalmente relacionadas e outros? Quando a recusa de negociar é injustificada?⁴⁶

Além dessas indagações, sua crítica também diz respeito à definição do mercado relevante por meio da *essential facility*. Sobre o tema, podemos dizer que:

[...] o método dominante para determinar a extensão do poder de mercado envolve definir um mercado relevante e examinar a parcela de uma empresa ou de um grupo de empresas no mercado. Para definir o mercado de produtos, deve-se ter em foco quais são os produtos suficientemente bons para substituir um produto em questão, para serem enquadrados no mesmo mercado. Do mesmo modo, definindo a extensão do mercado geográfico, a questão se refere a praticabilidade da substituição [...].⁴⁷

⁴⁴ *Apud* NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**, p. 229.

⁴⁵ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**, 3 ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 309.

Tradução nossa: “The so-called ‘essential facility’ doctrine is one of the most troublesome, incoherent and unmanageable of bases for Sherman §2 liability”.

⁴⁶ HOVENKAMP, Herbert. *Idem*, p. 310-312.

⁴⁷ KAPLOW, Louis. SHAPIRO, Carl. **Antitrust**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2007. Disponível em: < <http://www.nber.org/papers/w12867> >. Acesso em: 15 de abril de 2010.

Tradução nossa: “[...] the dominant method of gauging the extent of market power involves defining a so-called relevant market and examining the share of a firm or group of firms in that market. In defining product markets, the focus is on which products are sufficiently good demand substitutes for the product in question to be deemed in the same market. Likewise, in defining the extent of the geographic market, the question concerns the

A definição de um mercado relevante é, basicamente, determinar se existem similares de produtos de uma certa empresa e se há viabilidade para substituição deles, com o intuito de verificar quais corporações e produtos possuem poder de mercado. Assim, “se a *facility* não constitui ou controla a definição de mercado relevante, então existem alternativas disponíveis e a *facility* não poderia ser considerada ‘essencial’”.⁴⁸

Apresentando tais reconhecidas críticas, verificamos que o ponto chave diz respeito aos limites da aplicação da teoria e a sua conceituação, bem como a existência de similares capazes de substituir a *facility*.

Porém, inobstante a importância de críticas para o desenvolvimento da teoria, é reconhecido também que a manutenção de situações de monopólio podem coincidir com quadros de eliminação de concorrência e abuso de poder dominante.

É natural que os agentes econômicos procurem aumentar a posição dominante no mercado, com objetivo de obter o máximo de lucros possível. Daí advém a necessidade da criação de mecanismos e instrumentos para garantir a livre concorrência.

Nesse sentido, afirma Alexandre Ditzel Faraco:

Normalmente a ausência da concorrência (decorrente das características da atividade econômica, de uma concentração histórica do poder econômico ou de uma opção política quanto à forma de organizar o setor) traz como contrapartida o desenvolvimento de certos procedimentos de controle estatal, os quais visam constranger a amplitude de atuação dos agentes econômicos envolvidos e criar os incentivos necessários para alcançar-se os resultados relacionados ao processo concorrencial.⁴⁹

E é com todo esse contexto que iremos exemplificar mais adiante a possibilidade e a viabilidade de aplicação da teoria das *essential facilities* no Brasil.

feasibility of substitution, [...]”

⁴⁸ HOVENKAMP, Herbert. *Obra Citada*, p. 311.

Tradução nossa: “This proposition seems beyond dispute, although not all courts have required that an essential facility define a relevant market. But if the alleged facility does not constitute or control a relevant market, then competitive alternatives are available and the facility can hardly be characterized as ‘essential’”.

⁴⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 37.

5. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DAS *ESSENTIAL FACILITIES* NO BRASIL

5.1 Caso das telecomunicações

Percebe-se que “a economia brasileira desenvolveu-se basicamente em torno de monopólios públicos e privados”⁵⁰, constituindo um quadro de concentração de posição dominante pelos agentes econômicos e limitação à livre concorrência em diversos setores.

No que tange à aplicação da teoria das *essential facilities* no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), vale a pena mencionar o serviço público de telecomunicações brasileiro. Tal exemplo se torna ainda mais interessante:

Pois foi precisamente no mercado regulado de telecomunicações [*MCI Communication*] que surgiu a controvérsia que permitiu [...] formular os pressupostos objetivos à aplicação da doutrina da instalação essencial.⁵¹

Até a promulgação da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472), em 1997, a empresa estatal Telebrás controlava os serviços de telefonia fixa local e de longa distância no Brasil, controlando também a Embratel, responsável pela telefonia fixa de longa distância internacional.

Com o Plano Geral de Outorgas, criado mediante o Decreto nº 2.534/1998, o território brasileiro foi seccionado em diferentes áreas, cada uma concedida a diferentes agentes privados para exploração do serviço de telefonia, sendo as competências divididas em local, intra-regional, inter-regional e internacional.

Em 2002, com o cumprimento das metas de universalização, previstas no Plano Geral de Outorgas, as empresas puderam oferecer serviços em outros segmentos e até mesmo em áreas distintas às anteriormente divididas/concedidas.

⁵⁰ NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**, p. 241.

⁵¹ DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação dos mercados: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182-183.

Sobre o tema, há na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) o Processo Administrativo da Embratel/Telesp⁵², cujo voto foi redigido pelo ex-Conselheiro Roberto Augusto Castellano Pfeiffer.

A Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A (Embratel) e a Intelig Telecomunicações Ltda. denunciaram as empresas Telecomunicações de São Paulo S/A (Telesp), Brasil Telecom Participações S/A e Telemar Norte/Leste S/A por práticas anti-concorrenciais.

Com o cumprimento das metas de universalização, a Embratel (anteriormente responsável pela telefonia fixa de longa distância internacional) pretendeu adentrar no mercado de telefonia fixa de longa distância nacional, necessitando, portanto, da utilização da infra-estrutura das requeridas. Estas, concessionárias de serviços de telefonia local, passaram a concorrer entre si e com as requerentes no mercado de telefonia fixa de longa distância nacional (intra-regional e inter-regional).

Conforme sustentam as requerentes, as empresas rés teriam aumentado artificialmente seus custos, uma vez detinham o monopólio da infra-estrutura da rede de telefonia fixa local de alguns estados brasileiros.

Com isso, alegou-se que a tarifa cobrada era abusiva, havendo discriminação de preço ou subsídio cruzado, pois o valor cobrado não correspondia ao custo de utilização. Para uso da infra-estrutura de telefonia local, as rés teriam cobrado o valor máximo para tarifa de interconexão, denominada TU-RL (Tarifa de Uso de Rede Local), estabelecido pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) na Resolução nº 40/98.

Após voto do relator, referido caso foi arquivado por unanimidade pelo CADE, devido à ausência de provas da conduta imputada às empresas rés.

Porém, não obstante o arquivamento do caso, verifica-se que a teoria das *essential facilities* foi debatida pelas partes em suas alegações (não foi exposta pelo voto), o que razoavelmente demonstra sua importância nesse ramo de serviço público.

Isso porque, conforme anteriormente relatado, o sistema de telecomunicações brasileiro atual advém do desmantelamento de um monopólio -

⁵² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 53500.001821/2002. Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Brasil Telecom Participações S/A e Telemar Norte/Leste S/A. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellano Pfeiffer. Acórdão de 8 de novembro de 2005. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145> >. Acesso em: 12 de abril de 2010.

Telebrás -, o que constitui ponto de conflito entre as atuais empresas concessionárias, no que diz respeito à relação de interdependência entre elas.

Em decorrência desse quadro, existem muitos processos administrativos julgados e em trâmite no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), tendo como objeto as tarifas de interconexão e diversas situações de compartilhamento de redes e infra-estrutura no setor de telefonia.

Com tal exemplo, procura-se demonstrar a necessidade do desenvolvimento da aplicação da teoria das *essential facilities*, com o intuito de implementar a concorrência em situações de monopólio de infra-estruturas e redes.

5.2 Caso das operações portuárias

Temos na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) diversos casos interessantes envolvendo monopólios de infra-estruturas e bens, dos quais destacaremos mais um para demonstrar uma possível aplicação da teoria das *essential facilities*.

Vale salientar que se fará uma leitura dos fundamentos do voto, sem análise das provas dos autos, e que as críticas aqui feitas não são vinculativas nem pretendem contestar oficialmente a decisão do CADE.

Trata-se do processo administrativo proposto pela empresa Intermarítima Terminais Ltda. em face de Tecon Salvador S/A.⁵³ A partir da ação, esta empresa foi apurada por infração à ordem econômica com fulcro nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884 de 1994.

A Tecon foi acusada, basicamente, de obstruir o acesso da Intermarítima aos berços de dois cais - dos quais era arrendatária com exclusividade -, bem como promover discriminação entre empresas, ao autorizar o acesso pela Internacional Agência Marítima Ltda., mas vedar o uso pela Intermarítima.

⁵³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo. Processo administrativo nº 08012.005660/2003-19. Tecon Salvador S.A e Intermarítima Terminais Ltda. Conselheiro Relator: Abraham Benzaquem Sicsú. Acórdão de 1º de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145>>. Acesso em: 12 de abril de 2010.

O mercado relevante definido para o caso foi o de serviços de operação portuária de movimentação de contêineres e cargas pesadas na área do porto organizado de Salvador.

Em decorrência de processo licitatório, a Tecon obteve arrendamento exclusivo de dois cais, realizando investimentos nas estruturas dos portos, aumentando, assim, seu poder de mercado.

Ainda assim, foi decidido pelo CADE que os benefícios da exclusividade da Tecon superavam os prejuízos advindos da restrição de acesso aos concorrentes. Tal situação teria estrita relação com os investimentos feitos e, por isso, o direito antitruste não poderia impedir que a empresa fosse bem sucedida justamente pela sua exclusividade.

O julgado aponta que, além dos cais arrendados pela Tecon, há um terceiro porto público que pode ser usado pelos concorrentes e, além disso, estão sendo construídos dois novos berços de atracação, razão pela qual a recusa de acesso aos portos arrendados não prejudicaria a empresa Intermarítima ou quaisquer outros concorrentes.

Porém, tanto pela análise de texto legal quanto pela aplicação da teoria das *essential facilities*, verificamos que os argumentos do acórdão não procedem, como adiante se demonstrará.

A conduta da empresa ré, ao impedir o acesso de concorrentes aos seus cais - ainda que estes paguem preço pela utilização da infra-estrutura e o compartilhamento da mesma não impeça o funcionamento para uso próprio -, é vedada pelos incisos I e II do artigo 20 e incisos V, VI e XIII do artigo 21, todos da Lei de Defesa da Concorrência (nº 8.884 de 1994)⁵⁴:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
[...]

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 8.884 de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm >. Acesso em 12 de abril de 2010.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

[...]

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

[...]

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

[...]

No caso em questão, as infra-estruturas dos cais dos portos são controladas por um monopolista (ainda que legalmente constituído); há impossibilidade econômica de se duplicar a *facility*; existe a recusa de acesso do monopolista e, teoricamente, há possibilidade prática de disponibilizar a infra-estrutura. Como dito, estão presentes os pressupostos para aplicação da teoria das *essential facilities*.

Ora, claro que as provas podem demonstrar que a disponibilização dos cais à Intermarítima impediria o uso da própria Tecon, a qual deve se beneficiar do arrendamento de exclusividade. Mas, tendo em vista que a empresa Internacional Agência Marítima Ltda. teve acesso aos cais arrendados, haveria possibilidade, *a priori*, de utilização também pela Intermarítima.

Ainda que as operações portuárias sejam serviços públicos pela Constituição Federal, no caso da Tecon se observa que o porto fora arrendado.

Segundo definição de Marçal Justen Filho, “o arrendamento é instrumento de transferência do uso de bens públicos para um particular enquanto a concessão é a delegação da prestação de um serviço público a um particular.”⁵⁵

Porém, mesmo que os cais - bens públicos - tenham sido arrendados para uso exclusivo da Tecon, a utilização dos mesmos pode ser permitida para possibilitar a atividade dos demais concorrentes.

Quanto à exclusividade de uso dos cais por uma única empresa, temos que “a privatização de uma infra-estrutura essencial é uma decisão perigosa, porque

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 4, nº. 16, out./dez. 2006, p. 120.

sua passagem às mãos de uma empresa pode por em risco o serviço estratégico que aquelas prestam em favor da coletividade.”⁵⁶

Desta forma, exceto no caso do terceiro porto de domínio público ser capaz de oferecer todas as operações portuárias que os concorrentes pretendem desempenhar, os cais arrendados pela Tecon poderiam ser compartilhados, de forma a garantir a livre concorrência.

Isso porque o mercado relevante definido para o caso foi o de serviços de operações portuárias na área do porto organizado de Salvador, sendo difícil que apenas um cais de domínio público seja capaz de atender as demandas de todos os concorrentes da Tecon.

Poder-se-ia argumentar que o Estado estaria invadindo a esfera do particular ao fazer a intervenção a favor dos concorrentes, caso exigisse o compartilhamento das infra-estruturas pela Tecon. Porém, a intervenção do Estado ao permitir que os concorrentes possam utilizar as *facilities* pode ser benéfica, ou melhor:

A busca pela implementação do princípio da função social da propriedade dependerá do caso concreto e dos instrumentos de que se valha o Poder Público. A depender da hipótese, essa definição da inevitabilidade da intervenção deve ser devidamente motivada (em especial no que diz respeito aos atos administrativos interventivos), com a apresentação dos motivos de fato e das razões de direito que autorizam a intervenção.⁵⁷

Pode-se dizer também que “o objetivo fundamental consiste em garantir o uso dessas imprescindíveis estruturas de transporte a todos os possíveis ofertantes de um bem ou serviço, em condições iguais.”⁵⁸

Com base nos princípios constitucionais da livre concorrência e função social da propriedade e nas definições legais de infração à ordem econômica presentes na Lei nº 8.884 de 1994, é possível a aplicação da teoria das *essential facilities* no caso ora debatido, desde que provado que o terceiro porto de domínio

⁵⁶ CABELLERO SÁNCHEZ, Rafael. **Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos**. 1 ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 116.

Tradução nossa: “La privatización de infraestructuras esenciales es una decisión arriesgada, pues su paso a manos de una empresa mercantil puede poner en peligro el servicio estratégico que aquéllas prestan em favor de la colectividad.”

⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social**, p. 41.

⁵⁸ CABELLERO SÁNCHEZ, Rafael. Obra citada, p. 110-111.

Tradução nossa: “El objetivo fundamental consiste em garantizar el uso de esas imprescindibles estructuras de transporte a todos los posibles oferentes de un bien o servicio, em condiciones iguales, objetivas y no discriminatorias.”

público não comporta todas as operações portuárias dos concorrentes da Tecon, arrendatária de dois cais exclusivos. Observamos que:

As redes unitárias de infraestruturas são os gargalos que podem estrangular a abertura real de certos setores econômicos da concorrência. Nas redes é onde se concentra a intervenção pública dentro do novo cenário de liberalização: as novas obrigações de acesso de terceiros à rede e a concessão de novos títulos habilitantes para poder prestar serviços através de redes próprias ou alheias.⁵⁹

A proteção da livre concorrência deve ser ponderada em relação à exclusividade do detentor da infra-estrutura, pois a recusa de acesso impede que competidores atuem no mercado e, com isso, há ausência de preços diferenciados e prejuízos para os demais concorrentes.

No caso, verificou-se que o porto de domínio público estava disponível à Intermarítima e que não houve qualquer abuso por parte da Tecon, uma vez que esta era arrendatária dos outros dois cais com exclusividade e, com isso, investiu maciçamente em benefício da comunidade. A recusa de acesso aos portos arrendados não teria prejudicado qualquer concorrente, de acordo com o acórdão.

No entanto, pela aplicação da teoria das *essential facilities*, os portos arrendados poderiam sim ser compartilhados com os concorrentes, desde que fosse pago um preço para utilização da infra-estrutura e que o compartilhamento não impedisse a atividade do próprio monopolista.

Ademais, os investimentos feitos pelo monopolista não devem servir como argumento para se impedir o compartilhamento de uma infra-estrutura com os demais agentes econômicos, uma vez que o ajuste de preço é entendido como meio para manutenção e até remuneração do uso da *facility*.

Por meio de uma visão mais crítica acerca da exclusividade das operações portuárias - bem como dos demais serviços públicos -, devemos questionar se os fins constitucionais de defesa da livre concorrência e da função social da propriedade foram observados.

⁵⁹ CABELLERO SÁNCHEZ, Rafael. Obra citada, p. 110.

Tradução nossa: “Las redes unitarias de infraestructuras son los cuellos de botella que pueden estrangular la apertura real de ciertos sectores económicos a la competencia. En las redes es donde se centra la intervención pública dentro del nuevo escenario de liberalización: las nuevas obligaciones de acceso de terceros a la red y la concesión de los nuevos títulos habilitantes para poder prestar servicios a través de esas redes propias o ajenas.”

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a origem norte-americana até as hipóteses de aplicação na jurisprudência brasileira, observa-se que a meta da teoria das *essential facilities* é inserir e manter a concorrência em situações de monopólio, então considerados prejudiciais à sociedade.

Mais do que isso, verificamos que o quadro dos serviços públicos brasileiros é dotado de uma tradição monopolista - as infra-estruturas e redes são de propriedade de poucos, se não únicos, agentes econômicos. Esse monopólio impede a concorrência nos serviços de telecomunicações e operações portuárias, utilizados no trabalho como exemplo, fato que pode acarretar gastos excessivos aos usuários e à população em geral.

Tal situação acarreta, como dito, prejuízos para a sociedade e, ousamos dizer, para diferentes agentes econômicos, tendo em vista que o monopolista detém exclusivamente o controle de preços, independentemente da qualidade dos serviços prestados.

De acordo com Calixto Salomão Filho, “a gênese do antitruste é profundamente ligada ao equilíbrio das forças de mercado”⁶⁰. Dessa forma, pode-se afirmar que a defesa da concorrência procura evitar concentrações de poder de mercado, bem como impedir situações de monopólio em setores de livre concorrência.

Portanto, é extremamente possível a defesa da concorrência no âmbito dos serviços públicos – em situações de monopólio – por meio da aplicação da teoria das *essential facilities*, desde que preenchidas todas as suas condições: controle de uma infra-estrutura ou bem (*facility*) por um monopolista; impossibilidade técnica ou econômica do competidor duplicar o bem; a recusa de acesso ao bem pelo monopolista e a viabilidade de disponibilizá-lo.

A herança histórica brasileira, o atual desmantelamento das situações de monopólios naturais dos serviços públicos e o brinde aos princípios norteadores do direito antitruste levam-nos à procura de medidas que propiciem a tão almejada concorrência.

⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**, p.37.

A defesa da concorrência deve propiciar uma economia eficiente, tendo como fim último o bem-estar da população. A sociedade, como parte essencial da relação de consumo e, por tal razão, indispensável para o bom funcionamento da ordem econômica, deve ser privilegiada, devendo a prática do direito concorrencial efetivar uma melhoria das condições de vida da população.

Do exposto, a aplicação da teoria das *essential facilities* se mostra plenamente possível no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo, assim, o acesso às infra-estruturas e redes necessárias ao desenvolvimento dos serviços públicos em um regime concorrencial, albergado pelos princípios constitucionais da livre concorrência e da função social da propriedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. **Regulação e concorrência em setores de infra-estrutura**. Rio de Janeiro: XVII Fórum Nacional China e Índia como desafio e exemplo e a reação do Brasil... para cima, 2005. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/670066.PDF> >. Acesso em: 22 de abril de 2010.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem à Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

_____. Lei nº 8.884 de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm >. Acesso em 12 de abril de 2010.

_____. Portaria Conjunta da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça nº 50 de 1º de agosto de 2001 (Diário Oficial da União nº158-E, de 17 de janeiro de 2001, p. 12 a 15).

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 53500.001821/2002. Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Brasil Telecom Participações S/A e Telemar Norte/Leste S/A. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellano Pfeiffer. Acórdão de 8 de novembro de 2005. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145> >. Acesso em: 12 de abril de 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08012.005660/2003-19. Tecon Salvador S.A e Intermarítima Terminais Ltda. Conselheiro Relator: Abraham Benzaquem Sicsú. Acórdão de 1º de agosto de 2006. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142d522e036c85baf53f145> >. Acesso em: 12 de abril de 2010.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova prova, 2006.

CABELLERO SÁNCHEZ, Rafael. **Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos**. 1 ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação dos mercados: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 224 US 383. *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 1912. Disponível em: < <http://supreme.justia.com/us/224/383/index.html> >. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

_____. Corte de Apelação do 7º Circuito. 708 F. 2d 1.081. *MCI Communication Corporation v. American Telephone and Telegraph Company*, 1983. Disponível em: < <http://openjurist.org/708/f2d/1081> >. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

_____. Suprema Corte. 472 U.S. 585. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 1985. Disponível em: < <http://supreme.justia.com/us/472/585/case.html> >. Acesso em: 12 de abril de 2010.

_____. Suprema Corte. 540 US 398. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices Of Curtis V. Trinko*, 2004. Disponível em: < <http://supreme.justia.com/us/540/398/case.html> >. Acesso em: 12 de abril de 2010.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação Estrutural entre Serviços de Telefonia e Limites ao Poder das Agências para Alteração de Contratos de Concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 2, nº. 8, out./dez. 2004, p. 206.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**. 3 ed. St. Paul: Thomson/West, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 4, nº. 16, jan./mar. 2006.

_____. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAPLOW, Louis. SHAPIRO, Carl. **Antitrust**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2007. Disponível em: < <http://www.nber.org/papers/w12867> >. Acesso em: 15 de abril de 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 4, nº. 16, out./dez. 2006.

_____. **Direito das Concessões de Serviço Público: a Inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/1995**. Curitiba: Edição do Autor, 2010.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. São Paulo: Dialética, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

_____. **Regulação e concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: A sua independência e o princípio do estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord). **Direito Administrativo Econômico**. 1 ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.