



# BREVE ANÁLISE SOBRE A ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE

120

## *BRIEF ASSESSMENT OF THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE*

Maria Izabel Gomes Sant'Anna de Araujo

### **RESUMO**

Analisa o delineamento, a natureza jurídica, o desenvolvimento e a forma como a *essential facilities doctrine* tem sido aplicada nos Estados Unidos da América, na União Europeia e no Brasil. Demonstra a ampla aplicabilidade do tema em economias que prezam a concorrência, ao garantir a livre-iniciativa e estimular a livre-concorrência.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito econômico; compartilhamento; infraestrutura; Essential Facilities Doctrine; concorrência; livre-iniciativa; monopólio.

### **ABSTRACT**

*This work assesses the outline, legal nature, development and the way the essential facilities doctrine has been applied in the USA, the European Union and Brazil. It demonstrates the broad applicability of the issue to economies that embrace competition, by ensuring free enterprise and by encouraging freedom of competition.*

### **KEYWORDS**

*Economic Law; Sharing; frameworks; Essential Facilities Doctrine; competition; free enterprise; monopoly.*

## 1 INTRODUÇÃO

A doutrina das *essential facilities* requer, para seu estudo, a abordagem da função social da propriedade sob a ótica empresarial, exigindo o conhecimento de técnicas para estímulo e proteção da concorrência e identificação de possíveis práticas de abuso do poder econômico.

Em razão de sua dinâmica e das múltiplas possibilidades de apresentação, o estudo do tema se mostra uma tarefa inesgotável, apresentando sempre novos desafios e formatos para aplicação.

Buscar-se-á no presente estudo compreender como se dá a introdução da concorrência em serviços públicos e privados com estruturas concentradas e, para tanto, faz-se necessário traçar o modelo de concorrência a ser perseguido.

De acordo com a concepção europeia, a concorrência não é tratada como um valor em si mesmo, mas como um meio de se atingir o equilíbrio econômico (concorrência-instrumento). Portanto, admite-se o sacrifício da concorrência diante de outros valores que, no caso concreto, exijam maior proteção.

A concepção europeia se opõe à concepção americana da concorrência como valor absoluto que deve ser preservado (concorrência-condição). Para essa concepção, o único objetivo da Lei Antitruste é eliminar os efeitos autodestrutíveis do mercado e qualquer prática que restrinja de forma significativa a concorrência é tida como ilícita (ALEXANDRE, 2005, p. 205-241).

Dentro da concepção americana, encontramos duas escolas que veem a concorrência sob aspectos diferentes.

A Escola de Harvard se desenvolveu nas décadas de 50 e 60 e sustenta que estruturas concentradas resultariam em condutas concertadas, visando a diminuir a produção e a aumentar os preços. Assim, defendia-se a proteção da pequena e média indústria, buscando estruturas de mercado desconcentradas.

Por outro lado, a Escola de Chicago entendia que estruturas de mercado desconcentradas seriam ineficientes e, por-

tanto, prejudiciais aos consumidores.

A grande questão dentro do direito concorrencial é, portanto, equilibrar a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público. A melhor forma de alcançar este equilíbrio é a criação de um ambiente que permita a realização de escolhas pelos agentes, ainda que, ao final, se decida que o melhor é a concentração.

O presente estudo adota a visão da concorrência como instrumento, atentando-se ao princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, na avaliação do setor que necessita ou não da abertura para mais *players*.

Especificamente em relação ao serviço público, o princípio da subsidiariedade impõe, ao menos inicialmente, que a iniciativa privada deve ser privilegiada, à medida que atender satisfatoriamente os interesses públicos, em detrimento de uma gestão monopolizada, estatal ou privada.

### ***A grande questão dentro do direito concorrencial é [...] equilibrar a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público. A melhor forma de alcançar este equilíbrio é a criação de um ambiente que permita a realização de escolhas pelos agentes [...]***

Alexandre (2005), em estudo sobre a concorrência nos serviços públicos, parte da premissa, por nós compartilhada, de que a concorrência não é um valor em si, *constituindo, outrossim, um instrumento da realização mais perfeita possível dos objetivos dos serviços públicos. A concorrência nos serviços públicos só será legítima enquanto atingir esses objetivos.*

Neste momento a *essential facilities doctrine* ganha importância. Isso porque é através do desenvolvimento desta doutrina que se permitirá, em mercados concentrados, a criação de escolhas.

No Brasil, a doutrina recebe um destaque fundamental. Isso porque a maior parte da estrutura econômica brasileira deriva da influência do poder econômico

no mercado, seja do Estado ou dos grandes grupos econômicos privados.

Desde o modelo de colonização adotado por Portugal – quando predominava o monopólio da metrópole sobre a colônia, passando pelas monoculturas exportadoras e pelos monopólios públicos e, mais recentemente, pelos monopólios de direito, previstos constitucionalmente, e pelos monopólios de fato, exercidos pelos grandes grupos empresariais –, a base da economia brasileira foi construída sobre um ou poucos agentes econômicos.

Especialmente durante as décadas de 60 e 70 praticou-se no país uma política concentracionista, com o objetivo de promover um crescimento econômico acelerado com ganhos de escala. Findo o Regime Militar na década de 80, o ambiente industrial brasileiro apresentava elevado grau de concentração, e as contas públicas, um déficit público insuperável. Pior, o déficit não foi causado por investimento nos serviços públicos, e sim por má gestão e

ineficiência administrativa.

A Constituição Federal criou monopólios para a União Federal (art. 176, art. 177 e art. 21, VII, X, XI, XII e XXIII, todos da CFRB)<sup>1</sup> e para os Estados e Distrito Federal (art. 25, §2º, e art. 32, §1º, da CFRB), enumerando-os taxativamente. Em relação aos serviços públicos, vigorou até a década de 90 a ideia de que deveriam ser prestados direta ou indiretamente pelo Estado, mas sempre através de estruturas concentradas (privilégios<sup>2</sup>). As justificativas utilizadas foram ora razões técnicas (indivisibilidade das redes), ora a disponibilização dos serviços à coletividade ou, ainda, por motivos de segurança nacional.

A partir da década de 90 promoveu-se a desconcentração da distribuição

de gás canalizados pelos Estados (EC 5/95), da mineração (EC 6/95), da navegação de cabotagem (EC 7/95), das telecomunicações (EC 8/95) e do petróleo e gás natural (EC 9/95).

Criou-se um ambiente propício para a abertura do mercado e para a livre iniciativa e livre competição, que se opunha ao outrora prevalente ambiente de monopólio. O papel do Estado na economia foi repensado, sendo transformado em agente planejador, fomentador, fiscalizador e coibidor das anormalidades do mercado (NESTER, 2006). A doutrina alerta, assim, que *não seria procedente a alegação de que os valores da livre iniciativa e da livre concorrência seriam aplicáveis apenas às atividades econômicas e não aos serviços públicos, já que estes também são atividades econômicas lato sensu, apenas titularizadas pelo Estado em prol do bem-estar da coletividade. Tanto é assim, que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios fundamentais da ordem econômica constitucional (Título VII da Constituição Federal), da qual o art. 175, que rege os serviços públicos, faz parte* (ARAGÃO, 2005).

Uma das formas encontradas, neste cenário, para a promoção da competitividade em um mercado de base monopolista, sem colocar de lado a legitimidade, foi a importação da doutrina das *essential facilities* (traduzida aqui como infraestruturas/bens/instalações essenciais). Por meio dela se permite que outros agentes acessem as infraestruturas e redes, outrora concentradas no agente monopolista, desde que obedecidos os aspectos técnicos e de segurança, garantindo-se a remuneração adequada ao seu detentor. Manteve-se, por esta via, os ganhos de escala provenientes da concentração – ao dispensar a duplicação da estrutura -, sem, contudo, distribuir os seus benefícios para um único *player* (ALEXANDRE, 2005).

Logo, o que se propõe é separar a gestão da infraestrutura/instalação e a prestação dos serviços. Em âmbito nacional, assim como o antídoto composto pelo próprio veneno, essa desvinculação somente foi possível porque a maioria das infraestruturas já se encontrava construída pelos outrora monopolistas que, mediante a exploração exclusiva por anos, se ressarciram dos altos gastos ligados à atividade menos lucrativa e mais onerosa de construção das redes.

## 2 CONTORNOS DO INSTITUTO

A doutrina da *essential facilities*, com raízes na jurisprudência norte-americana, versa sobre a necessidade de compartilhamento de bens essenciais (*essential facilities*), sob o domínio de um competidor, com os outros agentes do mercado, a fim de promover melhores condições de concorrência.

Em seu desenvolvimento, a doutrina foi absorvida nos Estados Unidos como uma exceção ao princípio geral de que as empresas não têm o dever de contratar. Na Europa, contudo, a mesma doutrina recebeu leitura diversa. A Corte de Justiça Europeia desenvolveu o dever geral de contratar, sendo a doutrina da *essential facilities* uma aplicação particular desse dever geral (ALEXANDRE, 2005).

Apesar de a doutrina das *essential facilities* ser bastante estudada no âmbito do direito da concorrência, existe uma grande dificuldade da doutrina em definir o que seria uma infraestrutura essencial. Assim, encontramos definições no sentido de que corresponde às necessidades da sociedade<sup>3</sup>, às necessidades do

competidor individual<sup>4</sup>, ao poder de mercado do proprietário da *essential facility*<sup>5</sup> e às preferências do consumidor<sup>6</sup>.

No *MCI Communications case*, julgado em 1983, a Corte de Apelação do 7º Circuito Norte-Americano estabeleceu quatro requisitos necessários para aplicação da doutrina das *essential facilities*: (i) a estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano (MCI, 1983).

O primeiro requisito corresponde à tendência de que essas *facilities* estejam presentes em mercados com características de monopólio natural. De acordo com a doutrina, *[O] monopólio natural corresponde na maioria das vezes a uma atividade na qual os custos de produção fixos, representados, sobretudo pela maquinaria, instalações e base territorial são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis, correspondentes principalmente a matérias-primas, energia e mão-de-obra. (...) Seus custos em regime de monopólio são assim inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois a alta proporção dos custos fixos exige a produção em grande escala, e o mercado somente absorve a oferta de uma empresa naquele nível de produção* (NUSDEO, 2005, p. 274).

Além da impossibilidade econômica, acima tratada, o monopólio natural pode surgir da impossibilidade física, tais como fontes de insumo únicas e a existência de propriedade intelectual.

Contudo, deve-se esclarecer que é possível a aplicação da doutrina a mercados que não são regidos pelo monopólio natural. Calixto Salomão Filho adverte que *não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência de um agente econômico em relação a outro, na qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou fornecimento do essencial* (SALOMÃO FILHO, 2003).

O segundo requisito se refere à impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes.

A impossibilidade física decorre da unicidade do bem, por natureza. Já a impossibilidade econômica associa-se à necessidade de realizar investimentos recuperáveis ou amortizáveis a um prazo muito longo para atuar em determinado mercado. Além disso, pode não haver interesse social na duplicação do bem, o que é bastante claro no caso das infraestruturas.

O terceiro requisito está presente quando o detentor da estrutura se recusa a fornecer o acesso ao concorrente. Neste caso, não precisa haver uma recusa explícita, basta que crie condições diferenciadas ou mais onerosas aos concorrentes, de modo a dificultar ou impedir o acesso ao bem.

Calixto Salomão Filho esclarece a peculiaridade que envolve a recusa de contratação de um bem essencial: *(...) uma recusa de contratação por parte de um monopolista apenas configura ilícito se tem como propósito: a dominação do mercado ou qualquer outra intenção anticoncorrencial. Não configurado esse propósito, a recusa não passa de livre exercício da liberdade de contratação. No caso das essential facilities, entretanto, a mera recusa já implica prejuízo à concorrência,*

pois o acesso ao bem é fundamental para que o agente concorra no mercado (SALOMÃO FILHO, 1998).

A recusa de acesso estaria justificada, por outro lado, no caso de *free riders* (efeito carona). Os *free riders* são tidos com externalidades negativas, representando custos não compensados. O carona busca, pelo menor esforço pessoal, alcançar o maior aproveitamento do trabalho alheio, usufruindo dos esforços engendrados e dos riscos enfrentados pelo concorrente. Ainda que se disponha a pagar pelo uso do bem, o valor pago não será capaz de compensar os custos de oportunidade relativos àqueles esforços e riscos do concorrente (ALEXANDRE, 2005).

O quarto, e último, requisito trata da possibilidade de liberar o acesso ao bem sem qualquer dano. Neste caso, analisa-se não apenas a viabilidade técnica no compartilhamento, mas também a ausência de prejuízos aos agentes que já utilizam a infraestrutura essencial.

Os critérios fixados no *MCI Communications case* são criticados pela doutrina porque (i) não definem exatamente o que é uma *essential facility* e (ii) já partem do pressuposto de que estamos diante de uma infraestrutura essencial, criando um raciocínio circular (SEELEN, 1997).

Ademais, (iii) há grande dificuldade em se aceitar como critério a inabilidade prática ou irrazoável de um competidor para duplicar a *essential facility*. A jurisprudência americana tem entendido que se está diante de uma *essential facility* se a duplicação dessa *facility* é economicamente inviável e se a recusa de compartilhamento gerar uma grande desvantagem para potenciais novos participantes do mercado<sup>7</sup>. Igualar a inviabilidade prática na duplicação da estrutura com *essential facility* pode acarretar a conclusão equivocada de que uma estrutura é essencial apenas porque um competidor não pode duplicá-la na prática.

Nesse ponto, vale a advertência de que a intervenção na liberdade de contratar exige cautela, sob pena de se criar um estímulo ao comportamento *free rider* e um desincentivo ao investimento e à inovação.

O preço de acesso à infraestrutura

também merece ponderação, visto que não pode ser elevado a ponto de restringir a competição, e nem tão baixo que não remunere satisfatoriamente o seu titular, afugentando futuros investimentos em instalação<sup>8</sup>.

Outro critério que tem sido utilizado pela doutrina (HOVENKAMP, 1994) e pela jurisprudência americana<sup>9</sup> para delimitar uma *essential facility* é o mercado relevante.

O CADE, por exemplo, analisa necessariamente o mercado relevante no caso concreto antes de concluir pela existência ou não de uma infração à ordem econômica (ADAMI, 2006).

Há certo dissenso se a definição de *essential facility* deverá levar em conta uma questão de política pública ou de análise econômica. Os critérios para aplicação da doutrina no *MCI Communications case* envolvem certamente uma análise econômica. Contudo, a determinação inicial do que é essencial tem muito pouco a ver com economia. Com efeito, as Cortes devem considerar as políticas públicas na determinação de quais tipos de *facilities* os agentes são obrigados a compartilhar (SEELEN, 1997).

**[...] apesar de a doutrina da *essential facility* estar ligada na origem a infraestruturas, a doutrina – não sem algum dissenso – tem aplicado o instituto a bens protegidos por direitos de propriedade intelectual.**

Em seu tratado antitruste, Herber Hovenkamp lista três categorias de *facilities* que as Cortes americanas entendem ser essenciais: (1) monopólios naturais ou acordos de *joint venture* sujeitos a significativa economia de escala; (2) estruturas, plantas ou outros ativos produtivos valiosos que foram criados como parte de um regime regulatório, sejam ou não monopólios, ou (3) estruturas governamentais e estruturas criadas ou mantidas por subsídios (HOVENKAMP, 1994).

Apesar de não ser sempre possível identificar com clareza o que seria uma *essential facility*, conceitua-se a doutrina nos seguintes termos: *O instituto jurídico segundo o qual se assegura a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o exercício do direito de acesso às infraestruturas e*

*redes já estabelecidas (assim como a determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica, cuja duplicação é inviável, e que se encontram na posse de outros agentes (normalmente em regime de monopólio natural), seus potenciais concorrentes. A esse direito de acesso corresponde uma obrigação específica do detentor da infraestrutura de ceder o acesso ao terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas de concorrência preconizados pelo Estado. Assim, sob o enfoque do detentor da *essential facility*, a teoria pode ser compreendida como o instituto que lhe impõe, em determinadas circunstâncias e mediante a observância de pressupostos específicos, a obrigação de ceder a terceiros, inclusive potenciais concorrentes, o acesso à infraestrutura caracterizada como indispensável (essencial) ao desenvolvimento de determinada atividade econômica e cuja duplicação é inviável, em contrapartida ao recebimento de um preço justo, que inclua uma indenização pelos investimentos realizados, o custo decorrente da disponibilização da *facility* e uma remuneração razoável (NESTER, 2010).*

Por fim, apesar de a doutrina da *essential facility* estar ligada na origem a infraestruturas, a doutrina – não sem algum dissenso – tem aplicado o instituto a bens protegidos por direitos de propriedade intelectual. Assim, a natureza tangível ou não do ativo não importa para a sua aplicação (FARIA, 2014).

Daí se tem afirmado que: *Dentro desses parâmetros e desde que atendidos os demais pressupostos de aplicação da teoria, é possível afirmar que qualquer bem econômico poderá ser reputado uma *essential facility*. A condição para que um bem possa ser qualificado como tal residirá na sua indispensabilidade para o desenvolvimento de uma determinada atividade econômica. O importante, na verdade, será a situação de dependência extrema de um agente*

*econômico (o entrante) com relação a outro (o detentor da facility): sem o acesso aos bens caracterizados como essential facilities, o entrante fica incapacitado de desenvolver a sua atividade econômica* (NESTER, 2010).

Por outro lado, há quem entenda inaplicável a doutrina sob exame à propriedade intelectual, em razão das peculiaridades da matéria. Isso porque, para preservação dos incentivos de criação de novas descobertas, desenvolveu-se um sistema legal que confere ao criador ou inventor a capacidade de preservar a exclusividade da sua descoberta ou do seu uso. Assim, não seria possível a aplicação da doutrina das *essential facilities*, uma vez que a referida teoria iria contra as políticas de concessão de patentes e direitos autorais e o direito de exclusividade, que lhes é próprio (NESTER, 2010).

### 3 PREVISÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O ordenamento constitucional brasileiro constrói a base para aplicação da *essential facilities doctrine* no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal<sup>10</sup>, ao prever a função social da propriedade. O art. 170, III, da Constituição Federal<sup>11</sup> também lista a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica.

No mesmo sentido, o art. 1.228, §1º, do CC acrescenta que: *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

Em razão das previsões constitucional e legal, a propriedade privada passa a merecer proteção estatal apenas à medida que *seja utilizada em conformidade com a cultura e o interesse da sociedade em que está inserida (a propriedade deve ser útil à comunidade em que se situa)* (NESTER, 2010).

O art. 36, §3º, da Lei n. 12.529/11 prevê, por sua vez, que constituem infrações à ordem econômica as condutas de limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inciso III) e de impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (inciso V), à medida que limitem, falseiem ou de qualquer forma prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominem mercado relevante de bens ou serviços; aumentem arbitrariamente os lucros; e exerçam de forma abusiva posição dominante.

Logo, a recusa injustificada ao compartilhamento de bens – quando limitam ou impedem o acesso de novas empresas ao mercado ou impedem o acesso do concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição –, pode configurar infrações à ordem econômica, sujeitas às responsabilidades civil, administrativa e criminal.

Como já mencionado, as Reformas Constitucionais da década de 90 redesenharam o tamanho do Estado brasileiro, transformando o papel do Estado na prestação de grande parte dos serviços públicos. Assim, o Estado deixaria de ser o prestador direto e passaria a atuar como órgão regulatório da atividade privada, em muitos casos através de criação de entidades autárquicas dotadas de elevada autonomia técnica, financeira e administrativa.

O novo modelo exigiu o emprego da função social da propriedade nas estruturas destinadas à prestação de serviços essenciais, e que passariam a ser compartilhadas entre empresas concorrentes.

Neste contexto de desestatização é que se positivou a teoria, em âmbito infraconstitucional, em diversos diplomas que tratam de setores que foram abertos à concorrência.

Em relação às telecomunicações, o art. 73 do diploma acima mencionado é claro ao prever que: *As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.*

Perceba-se que pela previsão legal, é possível, inclusive, o compartilhamento de estruturas de setores diversos.

O art. 146, III, e os arts. 152 e 153 da Lei n. 9.472/97<sup>12</sup> preveem o compartilhamento de redes em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

No setor elétrico também há previsão legal do compartilhamento de bens essenciais. O §6º do art. 15 da Lei n. 9.074/95<sup>13</sup> garante, assim, aos fornecedores caracterizados como produtores independentes de energia elétrica, e respectivos consumidores, o *livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.*

Podemos notar o mesmo fenômeno no setor de petróleo que, desde a Emenda Constitucional 9/95, admite que empresas públicas e privadas explorem a pesquisa e exploração das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; a refinação do petróleo; a importação e exportação dos derivados básicos de petróleo e gás; e de transporte do petróleo bruto, derivados e gás natural.

Nesta esteira, o art.58 da L. 9.478/97<sup>14</sup> prevê a faculdade, a qualquer interessado, do uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito – GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural.

Consolidando o que foi dito até aqui, a Resolução Conjunta n. 1, de 24 de novembro de 1999, editada pela ANATEL, ANEEL e ANP, fixa diretrizes para o compartilhamento de infraestrutura, dispondo expressamente em seu art. 4º que: *O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infra-estrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento.*

Por último, mas não menos importante, trazemos a previsão de compartilhamento de estruturas no art. 24, IV<sup>15</sup>, e no 27, IV<sup>16</sup>, ambos da Lei n. 10.233/01, aplicáveis, respectivamente, aos setores de transporte terrestre e aquaviário.

De todo modo, no silêncio da lei setorial, determina-se a

aplicação subsidiária das normas de proteção da concorrência no art. 7º da Lei n. 9.472/97: *As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.*

#### 4 NATUREZA JURÍDICA

Identificam-se ao menos duas grandes correntes a respeito da natureza jurídica da *essential facility doctrine*. Para uma primeira corrente, a obrigação de compartilhamento estaria dentro do instituto da servidão administrativa. Já para uma segunda corrente, o instituto seria integrante do direito contratual.

A primeira corrente é defendida por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2002)<sup>17</sup>, que sustenta que a *essential facility doctrine* deve ser filtrada durante o processo de importação para o ordenamento nacional, recebendo aqui características de servidão administrativa, com natureza de direito real de natureza pública: *Todas as características de servidão administrativa estão presentes: trata-se de direito real de gozo, de natureza pública, a ser exercido sobre bem de natureza alheia (empresa prestadora de serviços de telecomunicações ou outros serviços de interesse público), para fins de utilidade pública, instituído, com base em lei, em benefício da entidade que presta serviço de interesse coletivo por delegação do poder público.*

Para essa corrente, o preço a ser pago pelo terceiro que demanda o compartilhamento deve se limitar a uma indenização que remunere a diminuição patrimonial pelo uso do bem, não englobando o lucro do detentor da infraestrutura.

Defendendo a segunda posição, Alexandre Aragão (2005) sustenta que a doutrina das *essential facilities* tem natureza contratual, até mesmo pelo tratamento conferido pelos diplomas legais e infralegais que disciplinam a matéria no ordenamento brasileiro. Tratar-se-ia de um contrato privado, regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública), podendo ser também forçado, caso reste à autoridade reguladora a fixação dos termos diante de impasse entre as partes.

A segunda corrente afasta a caracte-

rização da *essential facilities* como servidão administrativa, sob a justificativa de que a servidão obriga o particular a permitir que o Poder Público transite por sua propriedade ou nela instale uma infraestrutura. Aqui, ao contrário, não há obra nem instalação de infraestrutura a ser realizada, mas sim um direito de uso ou direito de acesso a uma infraestrutura já construída por terceiros. A servidão é tratada (e.g. o art. 7º, I, da Resolução Conjunta 01/99) como objeto de acesso, e não como veículo de acesso.

**[...] ao contrário da servidão, não há óbices ao compartilhamento sobre uma infraestrutura de titularidade do próprio ente concedente e regulador, como na hipótese de o Poder Público compartilhar um bem de sua titularidade gerido por um delegatário.**

Não haveria, de igual modo, as características da perpetuidade e oponibilidade *erga omnes*, típica das servidões. Isso porque o acesso é garantido somente enquanto e à medida que o concorrente estiver desenvolvendo a atividade, sendo inexistente o impedimento ao acesso da rede por outros *players*.

Ademais, o compartilhamento possui uma dinâmica que o afasta do regime de servidão, já que podem ser renegociadas as condições de acesso ao bem, sempre mediante justa remuneração. Neste ponto, não há como aproximar da justa indenização da servidão a remuneração prevista no regime de *essential facilities*, visto que a remuneração pressupõe mais que prejuízos sofridos, englobando também o lucro do detentor da infraestrutura.

Talvez a diferença mais marcante entre os institutos seja a desnecessidade de declaração de utilidade pública e do processo judicial previsto no Decreto-lei 3.365/41, bem como a ausência de previsão legal – que afasta a *essential facility* do instituto da servidão legal. Na servidão legal a lei prevê de forma determinada e objetiva a área da servidão. O compartilhamento de infraestrutura, por sua vez, conta apenas com uma previsão legislativa genérica, dependendo a sua efetivação de diversos fatores, como, por exemplo, da manifestação de vontade das empresas entrantes de obter o acesso.

Por fim, ao contrário da servidão,

não há óbices ao compartilhamento sobre uma infraestrutura de titularidade do próprio ente concedente e regulador, como na hipótese de o Poder Público compartilhar um bem de sua titularidade gerido por um delegatário.

#### 5 O PROBLEMA DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

O principal entrave à aplicação da doutrina das *essential facilities* é a assimetria de informações entre os *players* e os órgãos reguladores.

A distribuição desigual de informações tem efeitos diretos no mercado, influenciando os valores atribuídos a um bem, ou ainda dele excluindo mercadorias ou pessoas (AKERLOF, 1970).

Exemplo marcante da repercussão da assimetria de informações é o caso levado a julgamento no CADE, envolvendo a Embratel e a Telesp.

A Norma n. 30/96, vigente à época e editada pela ANATEL, estabelecia que as operadoras deveriam observar os valores máximos fixados pela agência na exploração industrial de linhas dedicadas. Porém não havia preocupação de se estabelecer um parâmetro objetivo para o cálculo dos descontos.

Aproveitando-se desta falha regulatória, a Telesp concedeu descontos significativos para a sua subsidiária, que a colocava em situação de vantagem em relação às concorrentes.

O tratamento discriminatório só foi notado pelas concorrentes após procedimento licitatório, quando foi dada publicidade ao valor do serviço prestado pela subsidiária da Telesp. Na ocasião, percebeu-se que o custo do serviço prestado pela subsidiária era inferior ao preço pago pela Embratel pelo simples acesso à rede da Telesp. Ou seja, o valor final do serviço fornecido pela subsidiária em vantagem não cobriria os custos da interconexão suportados pela sua concorrente.

Para solução do problema da assi-

metria de informações entre a controladora e a subsidiária, propõem-se três formas de segregação: contábil, jurídica ou societária: *A segregação contábil é a primeira delas. Se uma empresa atua em dois ramos distintos, ainda que correlatos, é possível determinar a contabilização em separado de cada uma, o que evita o uso de subsídios cruzados, por exemplo, para lesar a ordem econômica. Busca-se facilitar o acesso à informação contábil, como forma de permitir uma fiscalização mais apurada pelos órgãos responsáveis. O segundo modelo é o de segregação jurídica. Determina-se que uma mesma pessoa jurídica não pode explorar as atividades que integram uma mesma cadeia produtiva. Por óbvio, ela inclui a etapa anterior, mas não chega a proibir que as empresas façam parte de um mesmo grupo econômico. (...) Por fim, a solução mais interventiva é a segregação societária ou controle estrutural que parte justamente para a desconcentração do mercado pela separação do grupo econômico que o explora. As empresas passam a agir de forma completamente autônoma, sem qualquer vínculo econômico* (ADAMI: 2006).

No caso da Telesp, optou-se pela segregação jurídica, de modo a não interferir diretamente na estrutura societária do grupo econômico.

Outra solução que surgiu no caso da Telesp, visando à redução da assimetria de informações, foi a formulação pela ANATEL de exigências de publicidade, como a obrigatoriedade de disponibilizar, no site da empresa, tanto minutas de contrato-padrão para fornecimento do serviço<sup>18</sup> quanto os valores dos descontos eventualmente concedidos, e respectivos critérios para sua concessão<sup>19</sup>.

126

### **Em âmbito jurisprudencial, destacam-se acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o dever de compartilhamento de infraestruturas.**

Em razão da impossibilidade prática de se adentrar nas minúcias da formação dos preços cobrados pelo uso da infraestrutura, haja vista a já apontada assimetria de informações, a ANATEL criou um sistema dinâmico para a aferição desse valor.

Ainda na busca de reduzir a assimetria, foi editada a Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP n. 02/01 que, em seu art. 23, determinou que as provas nos processos administrativos de composição de conflitos de compartilhamento devem ser pré-constituídas<sup>20</sup>.

Mesmo com uma regulamentação aprimorada, a realidade atual no Brasil é muito favorável à fornecedora do serviço com poder significativo de mercado – não porque não há previsão regulamentar quanto a preço ou prazo de atendimento do acesso, ou mesmo lei que preveja punições para as práticas anti-competitivas, caso elas ocorram –, porque a fornecedora com poder de mercado significativo continua controlando informações essenciais para a comprovação de suas condutas pelas autoridades estatais responsáveis e pelas solicitantes, inexistindo hoje mecanismo eficiente para a redução dessa assimetria de dados (ZIEBARTH, 2011).

## **6 O DESENVOLVIMENTO DA DOUTRINA NA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA**

No caso inaugural *Unites States v. Terminal Railroad Ass'n*<sup>21</sup> a Suprema Corte Americana, em 1912, decidiu que a *Terminal Railroad* – que consistia em um grupo de firmas em St. Louis que controlava o acesso às únicas duas pontes ferroviárias que se estendiam pelo Rio Mississipi – deveria prover acesso em termos razoáveis para todas as companhias ferroviárias que dejessem utilizar as pontes.

Esse julgado é reconhecido como a origem da doutrina das *essential facilities*, por meio da qual se buscou uma solução conciliatória entre a extinção da *Terminal Railroad Ass'ni* e a ausência de intervenção.

Outro caso que ganhou repercussão em 1945 foi *Associated Press v. United States*<sup>22</sup>, em que se entendeu que não apenas estruturas monopolísticas ensejariam aplicação da doutrina das *essential facilities*, mas também aquelas detentoras de grande poder de mercado (FARIA, 2014).

Foi reconhecido na ocasião um grande poder de mercado da *Associated Press*, *joint venture* formada por 1200 jornais espalhados pelos Estados Unidos, que se reuniam para compor e circular notícias entre seus associados. Pelo estatuto da associação, não era permitido o acesso às notícias pelos não associados. O ingresso na associação era livre, porém, caso um jornal concorrente apresentasse objeção, o novo associado somente seria aceito após a votação majoritária e o pagamento de uma elevada taxa.

As condições estipuladas em caso de objeção foram reconhecidas como violadoras da livre concorrência.

A criação de critérios para aplicação da doutrina das *essential facilities*, como narrado acima, também é fruto de criação jurisprudencial no caso MCI e AT&T, julgado em 1983 (MCI, 1994). Na referida ação, a MCI alegava que a AT&T recusava-se a interconectar a MCI com os distribuidores locais de telefonia. Para resolução da controvérsia, a Corte traçou requisitos para aplicação da doutrina, quais sejam: (i) estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano. Esses requisitos foram, posteriormente, utilizados para resolução de outros casos envolvendo proteção da concorrência (HOVENKAMP, 1994).

No emblemático caso *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*<sup>23</sup>, julgado em 1985, as sociedades *Aspen Skiing Co.*, com equipamentos em três montanhas, e *Aspen Highlands Skiing Corp.*, com equipamentos em apenas uma montanha, discutiram se um tíquete conjunto para os usuários acessarem as quatro montanhas era uma *essential facility*.

Durantes muitos anos as sociedades se uniram em diferentes formas de *joint ventures* para ofertar um tíquete conjunto. Após disputas envolvendo a distribuição da receita conjunta, a *joint venture* foi desfeita. A Suprema Corte, analisando o caso sob a ótica da recusa de contratar, entendeu que não houve justificativa comercial válida para a recusa da *Aspen Skiing Co.* em vender o tíquete conjunto, não havendo ganho de eficiência. Ademais, comprovou-se a existência de uma demanda específica pelo tíquete conjunto, tendo os consumidores sido afetados pela sua eliminação.

No caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*<sup>24</sup>, foi levada à Corte a conduta da Kodak, que passou a vender peças para manutenção das suas copiadoras apenas para os compradores de equipamentos Kodak que também adquirissem seu serviço de manutenção. Dessa forma, foi limitado o acesso de empresas especializadas em manutenção às suas peças. A jurisprudência constatou que não só não havia justificativas negociais válidas para a recusa da Kodak em fornecer as peças às demais empresas que eram especializadas em manutenção, como também os preços de seus serviços de reparo haviam aumentado consideravelmente após a saída desses concorrentes do mercado, o que representava uma violação à lei antitruste.

Sobre o julgado, relevante destacar que a proteção à propriedade intelectual não constituiu uma imunidade para o monopolista detentor da *essential facility* se recusar a contratar. Quando muito, a propriedade intelectual pode caracterizar uma justificativa comercial válida por parte do monopolista que se recusa a compartilhar o bem (NESTER, 2010).

O caso *Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic*<sup>25</sup> envolveu a alegação do plano de saúde *Blue Cross* de que a *Marshfield Clinic* e seu corpo técnico eram *essential facilities* e que qualquer plano de saúde poderia demandar acesso em iguais condições. O pedido fundamentava-se no fato de que a *Marshfield Clinic* estava localizada em Marshfield, no estado de Wisconsin. Apesar da cidade contar com uma população em torno de vinte mil habitantes, a *Marshfield Clinic* contava com mais de 400 médicos em seu corpo clínico – representando o quinto maior na América do Norte.

A Corte de Apelação Americana entendeu que a *Marshfield Clinic* e seu corpo técnico não eram *essential facilities*. Assim, a *Marshfield Clinic* não tinha a obrigação de dividir sua estrutura com a *Blue Cross* (SEELLEN, 1997).

## 7 APLICAÇÃO DA TEORIA NA UNIÃO EUROPEIA

No caso *Volvo v. Erik Veng*<sup>26</sup>, julgado em 1989, a Volvo se negou a licenciar o desenho do painel de seus carros para outras empresas fabricantes. A Corte de

Justiça afirmou que, mesmo que uma empresa ocupasse uma posição dominante no mercado, ela poderia se recusar a licenciar direitos de propriedade intelectual, ainda que em troca de *royalties*. Entendimento em sentido contrário representaria uma privação de seu direito à exclusividade.

A Corte de Justiça traçou no julgado alguns parâmetros para verificar se a recusa em contratar seria ilegítima, configurando abuso nas seguintes hipóteses: (i) recusa arbitrária de fornecer partes avulsas para empresas que prestam serviços de manutenção e reparo de forma independente; (ii) fixação dos preços dessas peças em um nível injusto; (iii) decisão de descontinuar a produção de peças avulsas para um modelo particular, embora muitos carros daquele modelo continuem em circulação.

Outro caso emblemático<sup>27</sup> envolveu o Reino Unido e a Irlanda, que reconheciam direitos autorais sobre listas diárias de programação de canais de televisão. A empresa Magill desejava comercializar um guia de TV que abrangesse todos os canais, porém as emissoras recusaram a licença.

A Corte de Justiça novamente entendeu que direitos de propriedade intelectual não implicariam, necessariamente, existência de posição dominante; e que a recusa de licenciar esses direitos, mesmo que a empresa se encontrasse em posição dominante, não constituiria abuso.

Contudo, no caso específico, a Corte concluiu que não havia justificativa para a recusa, a não ser reservar para si o mercado a jusante de guias de TV. A conduta das emissoras configuraria abuso de posição dominante, motivo pelo qual foi concedido o licenciamento compulsório dos direitos autorais sobre as listas semanais da programação (ALEXANDRE, 2005).

A doutrina das *essential facilities*, por outro lado, não foi reconhecida no caso envolvendo a *Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint*<sup>28</sup>, julgado em 1998 pela Corte de Justiça.

As circunstâncias que envolveram o caso são as seguintes: Bronner publicava um jornal regional na Áustria, chamado *Der Standard*. A Mediaprint, por seu turno, publicava dois jornais, o *Neue Kronen Zeitung* e o *Kurier*. Para atender a demanda, a Mediaprint desenvolveu um sistema de distribuição domiciliar para

possibilitar a circulação de seus jornais. A concorrente Bronner ajuizou, assim, uma ação para ter acesso ao sistema de distribuição em domicílio, sustentando que outras formas de distribuição seriam menos vantajosas, e que devido à reduzida circulação do jornal por ela publicado, seria inviável estabelecer um sistema próprio de entrega em domicílio.

A Corte de Justiça não acolheu o pedido da Bronner, porquanto o acesso ao sistema de distribuição da Mediaprint não poderia ser considerado essencial para que a postulante concorresse no mercado. Existiam outras opções para a entrega em domicílio de jornais que, embora menos vantajosas, não a eliminavam do mercado. No caso, foi reconhecido o intuito da postulante de pegar carona no sistema de distribuição da concorrente.

## 8 APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL

Inicialmente, interessante fazer a ressalva de que, na prestação dos serviços públicos, em especial a concorrência, deve ser encarada como instrumento para a coesão social. Assim, a *Teoria das Instalações Essenciais não pode ser aplicada sem adaptações a um regime jurídico de Direito Administrativo, como o brasileiro, em que os bens afetados à prestação de serviços públicos têm uma natureza no mínimo híbrida: são reversíveis, não podem ser alienados (ex vi, por exemplo, art. 101 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT), são impenhoráveis e imprescritíveis, os delegatários apenas exercem a sua gestão para os fins públicos previstos no marco regulatório, etc* (ARAGÃO, 2005).

No Brasil, o caso pioneiro julgado pelo CADE ocorreu em 1998. Tratava-se da análise do ato de concentração entre a Companhia Petroquímica do Sul – COPESUL, empresa petroquímica de primeira geração, e OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A., empresas petroquímicas de segunda geração. A operação envolvia contratos de fornecimento de eteno e propeno no projeto de ampliação do Polo Petroquímico de Triunfo. A Petroquímica Triunfo S.A., empresa integrante do polo e dependente dos produtos de primeira geração, forneci-



dos pela COPESUL, foi excluída do projeto.

Assim, durante o processamento do ato de concentração no CADE, a Petroquímica Triunfo S.A. manifestou-se contra a operação, sob a justificativa de que a sua inclusão no projeto era essencial para que pudesse continuar concorrendo no mercado.

O CADE não acolheu o pedido de acesso formulado pela Petroquímica Triunfo S.A., pois se entendeu que a COPESUL tinha justificativas econômicas razoáveis para excluir a outra de seus contratos<sup>29</sup>.

Posteriormente, em 2001, em um caso envolvendo a Globo e a Directv, discutiu-se a possibilidade de caracterização do sinal da Globo como uma *essential facility*, hipótese que criaria o dever da Globo de garantir o acesso à Directv, independentemente de legislação específica.

O CADE negou a caracterização do sinal da Globo como *essential facility*. No julgado, foi fixado que o compartilhamento da infraestrutura essencial exige, no mínimo, os seguintes requisitos: (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente e nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável.

128

**[...] foi adotada a visão da concorrência como instrumento, atentando-se ao princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para avaliação do setor que admite ou não a abertura para mais de um player.**

Ora, o sinal das transmissões de TV aberta da Rede Globo não se enquadra, de nenhum modo, na categoria de infraestrutura essencial: (i) não é indispensável (tanto que a Directv, mesmo sem ele, continua sendo um concorrente forte e arrojado); (ii) não é impossível à Directv duplicar a estrutura, vale dizer, produzir seu conteúdo ou contratá-lo com terceiros, como fez, por exemplo, com a Disney; (iii) a manutenção da Directv como concorrente, a entrada e crescimento da Tecsate no mercado e a autorização, pela ANATEL, da operação de novos concorrentes no mercado de TV por Satélite mostram, à saciedade, que a Globo ou a SKY estão distantes, com os dados disponíveis no momento, de ter potencial para eliminar a concorrência; (iv) a 'facilidade' pretendida pela Representante é, sem dúvida, um caminho fácil e oportunista – que não exige sequer talento, criatividade e identificação com a sensibilidade da cultura brasileira – para obtê-la de maneira menos dispendiosa; (v) a recusa de disponibilização encontra justificáveis e razoáveis razões, econômicas e jurídicas, por se tratar, o sinal aberto, de serviço de acesso gratuito e protegido pelo marco regulatório existente. Não pode haver essencialidade

naquilo que é redundante. Portanto, foi afastada a aplicação da teoria da "*essential facility*" no caso analisado.<sup>30</sup>

Em 2002 foi a vez do julgado envolvendo as tarifas telefônicas de longa distância. Tratava-se de pedido de medida preventiva formulado pela Embratel em face da Telesp e da Telefônica Empresas, subsidiária da Telesp, no processo de licitação realizado pela Prodam. Como visto em tópico anterior, a postulante argumentava que a Telesp vinha realizando discriminação de preços de acesso no provimento de serviço de acesso local. Isso porque a oferta apresentada pela Telefônica Empresas no procedimento licitatório foi menor do que a tarifa de interconexão paga pela Embratel à Telesp.

O CADE concedeu a medida preventiva sob os seguintes fundamentos: (i) parte da demanda de baixa velocidade pode ser considerada um insumo essencial controlado por um monopolista; (ii) quanto à viabilidade de duplicação, entendeu ser "essa possibilidade inviável em termos econômicos, além de ser socialmente ineficiente"; (iii) a existência de assimetria de informações impossibilitava a verificação do abuso na medida em que a *Representada era a única detentora da informação necessária à constatação do fato afirmado*. Não obstante, entendeu-se que não havia indícios suficientes para demonstrar que a diferença de preços de acesso seria justificada pelos critérios apontados pela Representada; (iv) não houve nenhuma alegação de que a concessão à Embratel de igualdade nas condições de acesso comprometeria a qualidade do acesso dos demais clientes da Telesp.<sup>31</sup>

Em âmbito jurisprudencial, destacam-se acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o dever de compartilhamento de infraestruturas.

Em caso levado a julgamento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a COSERN – COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE recorreu para impugnar a determinação de preço por parte da ANEEL e da ANATEL em relação ao compartilhamento de poste de energia elétrica. O recurso da COSERN não foi conhecido por razões processuais, contudo no acórdão foi reconhecida a legitimidade da ANATEL para figurar no polo passivo da ação, em razão da recusa em homologar contratos de compartilhamento.<sup>32</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também julgou interessante caso sobre a matéria. Tratava-se de ação ajuizada pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Vassouras em face de Tim Celular S.A. e Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel. Como causa de pedir sustentava a autora que, em 25 de fevereiro de 2002, celebrou com a ré Embratel contrato de locação para instalação de torre, contêiner ou edícula, e também equipamentos de telecomunicações. Expôs que, durante o mesmo período em que houve a pactuação da locação, a corré Tim Celular S.A. também manifestou interesse em locar área próxima, para instalação de seus equipamentos de telefonia, todavia, não veio a formalizar proposta. Aduz que, depois que a Embratel instalou sua antena e os equipamentos no local, a Tim Celular adentrou arbitrariamente no terreno, arrombando o cadeado que trancava a porteira e instalando, dentro do mesmo espaço, sua antena e seus equipamentos, infrin-

gindo cláusula do contrato de locação firmado com a primeira. Afirmou acreditar haver convivência da locatária, e que não tem conseguido obter ressarcimento das rés pelo uso do espaço.<sup>33</sup>

O Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Vassouras julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, para condenar a ré Tim ao pagamento de aluguel pela fração de imóvel que ocupa, a partir de 13 de fevereiro de 2004, e para estabelecer que caberá à Embratel ressarcir à corré metade do montante da indenização. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve a sentença.

A Embratel interpôs recurso especial sustentando que exerce serviço público e que tem o dever de permitir que outras empresas prestadoras de serviços de telecomunicações compartilhem de sua infraestrutura, não se tratando de mera conveniência para a obtenção de lucratividade com o compartilhamento de suas instalações, mas de imposição legal.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial, sustentando que a relação entre a Embratel e a Tim tem características de servidão administrativa. De acordo com o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, (...) *Como visto das disposições legais e infralegais do órgão regulador, o compartilhamento de infraestrutura é compulsório, exaustivamente regulamentado, inclusive no tocante ao preço que cabe à operadora a ele obrigada – fórmula estipulada no anexo da Resolução de regência. É, segundo penso, inviável atribuir a natureza jurídica de sublocação à operação. 5. Nesse passo, tendo em vista a ideia de submissão dos direitos subjetivos ao interesse público, o direito de uso, previsto no artigo 73 da Lei Geral de Telecomunicações, cristaliza servidão administrativa instituída pela lei em benefício das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, constituindo-se direito real. (...) Dessarte, fica nítido que, em vista da característica de servidão administrativa do compartilhamento de infraestrutura, só haveria de cogitar-se em remuneração se houvesse previsão legal específica, e em indenização se houvesse redução do potencial de exploração econômica do bem imóvel – o que não ocorre, visto que a autora está fazendo*

*a exploração econômica de seu bem e recebendo regularmente aluguéis, que não são em nada prejudicados pelo uso compartilhado da infraestrutura construída pela locatária Embratel.*

Foi ressaltado, ademais, que o art. 25 da Resolução n. 274/2001 da Anatel estabelece que os preços a serem cobrados e demais condições comerciais devem assegurar a justa remuneração à prestadora de serviço público de telefonia de custos alocados à sua infraestrutura compartilhada. Não há, pois, qualquer previsão nesse diploma regulamentar de remuneração ou participação na avença do locador do espaço em que está instalada a infraestrutura.

Por fim, trago caso recentemente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda. e o Banco Itaú S.A., tendo por propósito obstar que o banco demandado encerre, conforme notificação extrajudicial previamente encaminhada, o contrato de conta-corrente estabelecido entre as partes<sup>34</sup>.

A demandante esclareceu que explora a atividade de intermediação da comercialização de moeda virtual, denominada Bitcoin, e que para a realização de compra e venda das moedas virtuais por seu intermédio, os interessados devem necessariamente se cadastrar em seu site, depositando valores em sua conta bancária, que servem de crédito para efetuarem as compras de moedas virtuais.

Sustenta que o encerramento da conta bancária utilizada para depósito pelos seus clientes configura prática abusiva e ato ilícito, nos termos da legislação consumerista e do Código Civil.

A sentença afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor e reconheceu a inexistência de prática de ato ilícito por parte da instituição financeira demandada. O Tribunal de Justiça não deu provimento à apelação.

Em sede de recurso especial, foi mantido o afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que o serviço bancário de conta-corrente é utilizado como implemento de sua atividade empresarial, não se destinando, pois, ao seu consumo final. Entendeu-se, também, que o encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das par-

tes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação.

O Superior Tribunal de Justiça não analisou a questão sob o prisma do efeito lesivo à concorrência e da violação à ordem econômica porque a tese não tinha sido utilizada como fundamento da causa de pedir. Apesar disso, o relator, Ministro Marco Aurélio Belizze, deixou consignado em seu voto que *sob o aspecto mercadológico, também se afigura lícita a recusa em manter a contratação, se, conforme sustenta a própria insurgente, sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira recorrida.*

A Ministra Nancy Andrighi, em voto vencido, reconheceu que a conta-corrente é um insumo essencial para as atividades empresariais da corretora de criptomoedas, sem a qual é impossível à recorrente competir ou mesmo ser economicamente ativa no seu mercado específico. Concluiu, ao final, que *ao encerrar a conta corrente mantida pela recorrente, de forma imotivada e unilateral, a instituição financeira recorrida impôs entraves intransponíveis para o regular exercício de suas atividades comerciais, a qual – por falta de legislação específica e de manifestação das autoridades reguladoras – não apresenta objeto ilícito.*

De todo modo, é de se questionar se a conta corrente poderia ser mesmo entendida como uma estrutura essencial e se a conduta do banco teve como objetivo violar a competição no ramo do mercado financeiro. A questão merece um estudo mais profundo que, entretanto, não poderá ser apresentado no presente artigo.

## 9 CONCLUSÃO

Através da análise apresentada, buscou-se demonstrar a necessidade de equilibrar a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público.

Para tanto, foi adotada a visão da concorrência como instrumento, atentando-se ao princípio da proporcionalidade, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para avaliação do setor que admite ou não a abertura para mais de um *player*.

Neste momento, a *essential facilities doctrine* ganha destaque. Isso porque é

mediante o desenvolvimento desta doutrina que se permitirá, em mercados concentrados, o desenvolvimento da concorrência.

No Brasil, a doutrina recebe uma importância fundamental. Isso porque a maior parte da estrutura econômica brasileira deriva da influência do poder econômico no mercado, seja do Estado ou dos grandes grupos econômicos privados.

A seguir, utilizando como base o *MCI Communications case*, julgado em 1983, foram delineados os requisitos para aplicação do instituto, quais sejam: (i) estrutura essencial é controlada por um *player* com poder de mercado; (ii) impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes; (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes; e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano.

A previsão no ordenamento jurídico nacional também recebeu tratamento próprio, com remissão tanto às previsões constitucional e legal da função social da propriedade, como também à legislação de proteção da concorrência, finalizando com o tratamento da matéria nos setores regulados.

Os conflitos envolvendo a natureza jurídica da *essential facilities doctrine* foram tratados no tópico seguinte, sendo possível constatar a existência de duas grandes correntes sobre o tema. A primeira corrente trata o instituto como servidão administrativa, enquanto a segunda corrente o insere nos estudos relativos aos contratos.

A assimetria de informações entre os *players* e os órgãos reguladores foi destacada como o maior entrave à aplicação das *essential facilities doctrine*, na medida em que a distribuição desigual de informações tem efeitos diretos no mercado, influenciando os valores atribuídos a um bem, ou ainda dele excluindo mercadorias ou pessoas.

Por fim, buscou-se trazer um breve panorama a respeito do desenvolvimento da doutrina na jurisprudência norte-americana e de como o instituto tem sido aplicado na União Europeia e no Brasil.

## NOTAS

- 1 Convém, contudo, a ressalva: *Em todas essas atividades, é a União que detém o monopólio da atividade econômica. Em muitas delas, como já se pôde observar, pode a União atribuir a exploração direta a terceiro através de delegação.* (CARVALHO FILHO, 2009).
- 2 Aqui, vale a distinção entre monopólio e privilégio cunhada pela doutrina e acolhida pela jurisprudência: (...) 1. O serviço postal — conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado — não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em

regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011). Contudo, em alguns momentos faremos referência a monopólios em sentido amplo, para englobar também privilégios.

- 3 United States v. Terminal Railroad Ass'n; Associated Press v. United States. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 4 Twin Lab. V. Weider Health & Fitness e Olympia Equip. Leasing v. Western Union Telegraph. Disponíveis em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/900/566/306296/> e <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/786/794/409185/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 5 Castelli v. Meadville Medical Center e Mckenzie v. Mercy Hosp. of Independence Kan. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/872/411/171765/> e <https://openjurist.org/854/f2d/365/mckenzie-do-v-mercy-hospital-of-independence-kansas>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 6 Aspen Skiin Co. v. Aspen Highlands Skiing. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 7 City of Anaheim v. Southern California Edison Co. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/805/1068/170981/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 8 Discussão relacionada ao preço, diz respeito à possibilidade ou não de interromper o compartilhamento da infraestrutura, em caso de inadimplemento, tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público. Sundfeld (2001) sustenta que: *uma vez ajustadas as condições financeiras, evidentemente cabe ao prestador do serviço de telecomunicações cumprir a obrigação assumida, pagando o preço. O inadimplemento dessa obrigação permite que as empresas de energia detentoras do posto deem por finda e tomem as providências para a extinção da relação, desonerando-se da obrigação de suportar a permanência da rede dessas prestadoras. O fato de se tratar de rede de serviço público não as impedem de assim proceder, sendo impertinente a invocação do genérico "princípio da continuidade do serviço público" para sustentar a impossibilidade de as empresas de energia romperem a relação. É que, especialmente no regime competitivo a que se submetem as telecomunicações, a "continuidade do serviço" não se confunde com a continuidade das operações de um dado prestador.*
- 9 Blue Cross & Blue Shield v. Marshfield Clinic e Castelli v. Meadville Medical Center. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1321617.html>. Acesso em 30 jan. 2019.
- 10 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;
- 11 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade;
- 12 Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:  
I – é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;  
II – deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;  
III – o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.  
Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.  
Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.
- 13 Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica. (...) § 6º É assegurado

- aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.
- 14 Art. 58. *Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito – GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável.* (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009) § 1º *A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada com base em critérios previamente estabelecidos, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.* (Redação dada pela Lei nº 11.909, de 2009) § 2º *A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.* § 3º *A receita referida no caput deste artigo deverá ser destinada a quem efetivamente estiver suportando o custo da capacidade de movimentação de gás natural.* (Incluído pela Lei nº 11.909, de 2009)
- 15 Art. 24. *Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: (...) IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;*
- 16 Art. 27. *Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: (...) IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;*
- 17 *Compartilhamento de Infraestrutura por Concessionárias de Serviços Públicos. Preço Justo e Razoável. Solução Administrativa de Conflitos.* (DI PIETRO, 2002).
- 18 Art. 23 da Resolução 590/2012 da ANATEL: *Art. 23. A Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD deve tornar disponível Contrato Padrão de EILD em sua página na Internet. § 1º Devem ser apresentados à Anatel e tornados disponíveis na página da Entidade Fornecedora na Internet os contratos de EILD que possuam cláusulas diversas às contidas no contrato padrão de EILD. § 2º O prazo para cumprimento das determinações constantes no caput e no § 1º deste artigo é de trinta dias corridos contados da designação pela Anatel do Grupo como detentor de PMS na oferta de EILD.*
- 19 Art. 7º, §2º, da Resolução 590/2012 da ANATEL: *Art. 7º É facultada à Entidade Fornecedora, na forma da regulamentação, a concessão de descontos nos valores da EILD, que devem ser aplicados de forma isonômica e não discriminatória, sendo vedada a concessão de descontos por critérios subjetivos.*  
 § 1º *A isonomia e a não discriminação na concessão de descontos são aplicáveis para oferta de Linhas Dedicadas de mesmas características técnicas, incluindo o meio de transmissão utilizado.* § 2º *Os valores de descontos concedidos e os critérios para sua concessão devem ser discriminados nos documentos aplicáveis, informados à Anatel e disponibilizados na página da prestadora na Internet.*
- 20 Art. 23. *O requerimento e as informações deverão vir acompanhados das provas consideradas necessárias ao proferimento da decisão, incluindo pareceres, laudos periciais e declarações de testemunhas, prestadas em notário público. § 1º Além das provas que considerarem pertinentes, as partes deverão apresentar: I – cópia dos contratos firmados entre as partes e minuta de contrato ou de termo aditivo sobre o qual possa residir o conflito, com os pontos controversos destacados; II – documentação comprobatória da negociação ou tentativa de negociação entre as partes; e III – cópia da comunicação prevista no parágrafo único do art. 19 deste Regulamento. § 2º Não serão admitidas as provas obtidas por meios ilícitos. § 3º As partes poderão requerer à Comissão a produção de prova, justificadamente, diante de impossibilidade material de sua própria apresentação.*
- 21 *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 22 *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 23 *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 24 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 25 *Blue Cross v. Marshfield Clinic*, 883 F. Supp. 1247 (W.D. Wis. 1995). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/883/1247/1766960/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 26 *Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd* (238/87) EU:C: 1988:477 (05 October 1988). Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-003-0437?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&hpcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-003-0437?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&hpcp=1). Acesso em: 30 jan. 2019.
- 27 *Magill case*. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-100-3075?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-100-3075?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)). Acesso em: 30 jan. 2019.
- 28 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0007>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- 29 *Ato de Concentração 54/95*. Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL; OPP Petroquímica S.A. (Antiga PPH – Cia Industrial de Polipropileno); OPP Polietilenos S.A. (Antiga Polisul – Petroquímica S.A.) e Ipiranga Petroquímica S.A. Ato de Concentração nº 54/95. Ver CADE, Relatório Anual 1998-1999, p.101.
- 30 *Processo Administrativo nº 53500.000359-99*, TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo.
- 31 *Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19* no Processo Administrativo nº 53500.005770/2002, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel v. Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp.
- 32 (...) 3. *Sem embargo da competência da ANEEL quanto à homologação do contrato de compartilhamento de infraestrutura entre a parte autora e a COSEERN, referente ao uso de postes de energia elétrica, mantidos por esta, para a fixação de cabos coaxiais e condutores de fibra ótica necessários à prestação dos serviços fornecidos por aquela, entendo que andou bem a magistrada a quo ao reconhecer a legitimidade passiva da ANATEL na presente demanda, tendo em vista que essa agência reguladora deu causa ao ingresso da parte autora em juízo, criando os empecilhos que impossibilitaram a eficácia do ajuste antes celebrado. 4. Convém salientar que o comando sentencial dirigido à ANATEL nesta lide, conforme bem esclareceu a douta juíza de primeiro grau no julgamento dos embargos de declaração, é no sentido de – confirmando a tutela de urgência outorgada – impedir aquela agência reguladora de, no âmbito de sua competência, se negar à homologação dos acordos de compartilhamento firmados entre a demandante e a COSEERN, não se tratando, portanto, de homologação a ser realizada em conjunto pela ANATEL e a ANEEL. 5. Apelação da COSEERN não conhecida. Apelo da ANATEL cujo provimento é negado.* (PROCESSO: 200184000076783, DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 23/10/2012, PUBLICAÇÃO: DJE – Data:25/10/2012 – Página:593).
- 33 (...) 1. *O art. 73, parágrafo único, da Lei n. 9.472/1997 estabelece que, consoante regulamento infralegal emitido pelo Órgão regulador do cessionário, as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. 2. Com efeito, a Resolução n. 274/2001 da Anatel instituiu o Regulamento para disciplinar o compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de Telecomunicações, prevendo que só pode ser negado por razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições estabelecidas pela Anatel. 3. O compartilhamento de infraestrutura tem relevância de interesse público, pois propicia que haja barateamento dos custos do serviço público; minimização dos impactos urbanísticos, paisagísticos e ambientais; condições a ensejar a cobrança de tarifas mais baixas dos consumidores; fomento à concorrência, expansão e melhoria da cobertura da rede de telefonia. 4. Os bens que integram a rede de telecomunicações, embora pertencentes a determinada empresa, cumprem função social, uma vez que seu uso é garantido, por lei, a outras empresas que dele necessitem. A liberdade de contratar e o próprio conteúdo do contrato entre as empresas, tendo por objeto o compartilhamento de uso de infraestrutura, ficam limitados pela regulação legal e infralegal, que estabelece obrigação compulsória. 5. O contrato derivado de sublocação se forma pelo consentimento das partes, e o princípio fundamental em matéria contratual reside no fato de que ninguém é obrigado a contratar e, se o faz, celebra a avença com quem desejar e da forma em que combinaram. Dessarte, não há como conferir caráter de sublocação à operação, tampouco considerar ilícito contratual o compartilhamento de infraestrutura efetuado pela concessionária de serviço público locatária. 6. O direito de uso previsto no artigo 73 da Lei Geral de Telecomunicações constitui servidão administrativa instituída pela lei em benefício das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, constituindo-se direito*

real de gozo, de natureza pública, a ser exercido sobre bem de propriedade alheia, para fins de utilidade pública. 7. Em vista da característica de servidão administrativa, só haveria de cogitar-se em indenização se houvesse redução do potencial de exploração econômica do bem imóvel – o que não ocorre, visto que a autora está recebendo regularmente aluguéis, que não são em nada prejudicados pelo uso compartilhado da infraestrutura pertencente à locatária. 8. Recurso especial provido. (Resp 1309158/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 20/10/2017)."

- 34 (...) 1. As razões recursais, objeto da presente análise, não tecem qualquer consideração, sequer "an passant", acerca do aspecto concorrencial, em suposta afronta à ordem econômica, suscitado em memoriais e em sustentação oral, apenas. A argumentação retórica de que todas as instituições financeiras no país teriam levado a efeito o proceder da recorrida único banco acionado na presente ação, ou de que haveria obstrução à livre concorrência inexistindo, para esse efeito, qualquer discussão quanto ao fato de que o Banco recorrido sequer atuaria na intermediação de moedas virtuais, em nenhum momento foi debatida nos autos, tampouco demonstrada, na esteira do contraditório, razão pela qual não pode ser conhecida. 1.1 De igual modo, não se poderia conhecer da novel alegação de inviabilização do desenvolvimento da atividade de corretagem de moedas virtuais a qual pressupõe ou que o banco recorrido detivesse o monopólio do serviço bancário de conta-corrente ou que todas as instituições financeiras atuantes nesse segmento (de expressivo número) tivessem adotado o mesmo proceder da recorrida, se tais realidades não foram em momento algum aventadas, tampouco retratadas nos presentes autos. 1.2 Essas matérias não de ser enfrentadas na seara administrativa competente ou em outro recurso especial, caso, necessariamente, sejam debatidas na origem e devolvidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, o que não se deu na hipótese, ressaltando-se, para esse efeito, que memoriais ou alegações feitas da Tribuna não se prestam para configurar prequestionamento. 2. O serviço bancário de conta-corrente afigura-se importante no desenvolvimento da atividade empresarial de intermediação de compra e venda de bitcoins, desempenhada pela recorrente, conforme ela própria consigna, mas sem repercussão alguma na circulação e na utilização dessas moedas virtuais, as quais não dependem de intermediários, sendo possível a operação comercial e/ou financeira direta entre o transmissor e o receptor da moeda digital. Nesse contexto, tem-se, a toda evidência, que a utilização de serviços bancários, especificamente o de abertura de conta-corrente, pela insurgente, dá-se com o claro propósito de incrementar sua atividade produtiva de intermediação, não se caracterizando, pois, como relação jurídica de consumo mas sim de insumo, a obstar a aplicação, na hipótese, das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. 3. O encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das partes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação. 3.1 A esse propósito, destaca-se que a Lei n.4.595/1964, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar e regente do Sistema Financeiro Nacional, atribui ao Conselho Monetário Nacional competência exclusiva para regular o funcionamento das instituições financeiras (art. 4º, VIII). E, no exercício dessa competência, o Conselho Monetário Nacional, por meio da edição de Resoluções do Banco Central do Brasil que se seguiram, destinadas a regulamentar a atividade bancária, expressamente possibilitou o encerramento do contrato de conta de depósitos, por iniciativa de qualquer das partes contratantes, desde que observada a comunicação prévia. A dicção do art. 12 da Resolução BACEN/CMN n. 2.025/1993, com a redação conferida pela Resolução BACEN/CMN n. 2.747/2000, é clara nesse sentido. 4. Atendo-se à natureza do contrato bancário, notadamente o de conta-corrente, o qual se afigura intuito personae, bilateral, oneroso, de execução continuada, prorrogando-se no tempo por prazo indeterminado, não se impõe às instituições financeiras a obrigação de contratar ou de manter em vigor específica contratação, a elas não se aplicando o art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor. Revela-se, pois, de todo incompatível com a natureza do serviço bancário fornecido, que conta com regulamentação específica, impor-se às instituições financeiras o dever legal de contratar, quando delas se exige, para atuação em determinado seguimento do mercado financeiro, profunda análise de aspectos mercadológico e institucional, além da adoção de inu-

meras medidas de segurança que lhes demandam o conhecimento do cliente bancário e de reiterada atualização do seu cadastro de clientes, a fim de minorar os riscos próprios da atividade bancária. 4.1 Longe de encerrar abusividade, tem-se por legítima, sob o aspecto institucional, a recusa da instituição financeira recorrida em manter o contrato de conta-corrente, utilizado como insumo, no desenvolvimento da atividade empresarial, desenvolvida pela recorrente, de intermediação de compra e venda de moeda virtual, a qual não conta com nenhuma regulação do Conselho Monetário Nacional (em tese, porque não possuiriam vinculação com os valores mobiliários, cuja disciplina é dada pela Lei n. 6.385/1976). De igual modo, sob o aspecto mercadológico, também se afigura lícita a recusa em manter a contratação, se, conforme sustenta a própria insurgente, sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira recorrida. Desse modo, o proceder levado a efeito pela instituição financeira não configura exercício abusivo do direito. 5. Não se exclui, naturalmente, do crivo do Poder Judiciário a análise, casuística, de eventual desvirtuamento no encerramento do ajuste, como o inadimplemento dos deveres de informação e de transparência, ou a extinção de uma relação contratual longeva, do que, a toda evidência, não se cuida na hipótese ora vertente. Todavia, o propósito de obter o reconhecimento judicial da ilicitude, em tese, do encerramento do contrato, devidamente autorizado pelo órgão competente para tanto, evidencia, em si, a improcedência da pretensão posta. 6. Recurso especial improvido. (Resp 1696214/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 16/10/2018).

## REFERÊNCIAS

- ADAMI, Mateus Piva. Essential facilities, falhas regulatórias e assimetria de informação no setor de telecomunicações. *Fórum Administrativo*: Direito Público, Belo Horizonte, v. 6, n. 69, p. 8132-8149, nov. 2006.
- AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, Massachusetts, US, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970.
- ALEXANDRE, Leticia Frazão. A doutrina das essential facilities no direito concorrencial brasileiro. *Revista do IBRAC*: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 205-241, jan. 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*: REDAE, Instituto de Direito Público, Salvador, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 365-389.
- FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre essential facilities e standard essential patents nas guerras de patentes. *Revista de Defesa da Concorrência*: RDC, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 89-105, maio 2014.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice* Saint Paul, MN: West Publishing Co., 1994.
- MCI Communications Corp. v. AT&T. (708 F 2d 1081, 1132(7th Cir.), cert. Denied, 464 U.S. 891 (1983). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/462/1072/2142935/>. Acesso em 30 jan. 2019.
- MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co., 512 U.S. 218 (1994). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/218/>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- MOREIRA, Egon Bockmann; MARROS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 109-128.
- NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.
- NESTER, Alexandre Wagner. Teoria das essential facilities e propriedade intelectual. In: NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 274, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SEELLEN, Christopher M. The Essential Facilities Doctrine: what does it mean to be essential. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 80, n. 4, p. 1117, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de

infra-estrutura de energia elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001.

ZIEBARTH, José Antonio B.M. A doutrina das essential facilities: uma análise da jurisprudência brasileira. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 79-104, jul./dez. 2011.

Artigo recebido em 31/1/2019.

Artigo aprovado em 3/6/2019.