

CALIXTO SALOMÃO FILHO

**REGULAÇÃO DA
ATIVIDADE ECONÔMICA**

**(Princípios e Fundamentos
Jurídicos)**

*2ª edição,
revista e ampliada*

**MALHEIROS
EDITORES**

1. Princípio da difusão do conhecimento econômico

De todos os princípios mencionados no Capítulo I, este é, sem dúvida, o mais amplo e pleno de consequências estruturais. Desdobram-se em várias regras e princípios e mesmo, em certos casos, em instrumentos estruturais específicos de diluição do poder econômico. Passar-se-á, a seguir, a estudar seus vários desdobramentos.

1.1 Princípio do acesso necessário

Para traçar as características gerais desse princípio é preciso, de início, identificar como e por quê a análise antitruste tradicional não é capaz de dar resposta conveniente ao problema do acesso tanto para concorrentes como para consumidores. A seguir, é preciso determinar como esse princípio se revela na relação com os consumidores. Finalmente, é necessário identificar que modificações devem ser feitas na disciplina contratual para garantir a solidez de tais regras.

1.1.1 Relações entre concorrentes

Envolvendo a conexão a uma determinada rede, basicamente, um problema de garantia de contratação, os ilícitos antitruste normalmente relacionados a esse problema são os de recusa de contratar e discriminação entre concorrentes. Há inúmeros outros (como subsídios cruzados, venda casada etc.) que ocorrem com frequência no setor mas que não afetam diretamente o direito à conexão à rede, aqui identificado como problema regulatório fundamental.

O instrumento antitruste original de tutela da conexão é a recusa de contratar.¹ A insuficiência desse tipo de disciplina para uma garan-

1. V., em especial, "Southern Pacific Comm. Co. vs. AT&T", 556 F.Supp. 825 (1983). Nesse sentido, v. também as determinações da FCC, *Amendment of Part 21 of the Commission's Rules*. A discussão sobre concorrência e regulação na Europa já avançou um passo além disso, e a grande discussão diz respeito ao caráter anticoncorrencial das negociações de interconexão. A Comissão Européia, inclusive, estabeleceu um documento específico para orientar a aplicação das regras concorrenciais aos acordos de acesso às redes de telecomunicações (*Notice 98/C 265/02*). A razão para tanto é simples: "So far as the application of art. 85 is concerned, generally interconnection agreements tend to be predominantly pro-competitive in nature, in that they support the communication of messages from a customer of one network to the customer of another and, where infrastructure competition exists, promote customer choice of net-

Capítulo III TEORIA DA REGULAÇÃO: PRINCÍPIOS GERAIS

1. Princípio da difusão do conhecimento econômico: 1.1 Princípio do acesso necessário: 1.1.1 Relações entre concorrentes – 1.2 Função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado: significado específico: 1.2.1 Co-propriedade dos bens de acesso – 1.2.2 Compartilhamento dos bens de acesso: a) Restrição ao direito de propriedade. Compartilhamento e fruição – b) Compartilhamento e uso: o dirigismo contratual – c) Compartilhamento e direito de disposição – 1.3 Aplicação institucional do direito antitruste: 1.3.1 Conceção "per se" dos ilícitos antitruste – 1.4 Condutas em espécie: 1.4.1 A regulação da negociação compulsória – 1.4.2 Regulação da predação – 1.4.3 Regulação da colusão: a teoria dos jogos e suas limitações – 1.5 Conclusão. 2. Regulação, desenvolvimento e redistribuição. 3. Princípio da cooperação: 3.1 A cooperação como escolha individual – 3.2 Condições para a cooperação – 3.3 Papel do Direito no impulso à cooperação – 3.4 Características regulatórias – 3.5 Conclusão: cooperação e teoria do conhecimento econômico.

A tarefa de tentar identificar princípios gerais para a regulação não é simples. No seu caminho está o tradicional dilema entre, de um lado, generalidade e consequente dificuldade de tradução em elementos de utilidade aplicativa e, de outro, excessiva especificidade e consequente incompatibilidade com a variada gama de necessidades dos vários setores envolvidos.

A opção, aqui, há de ser pela maior generalidade. O problema da tradução em elementos de utilidade aplicativa será enfrentado, ao menos parcialmente, tentando-se indicar nuances específicas para cada setor. Claro está, no entanto, que essa fraqueza só poderá ser totalmente eliminada com um estudo específico e pormenorizado dos principais setores regulados – o que se pretende fazer em volumes posteriores a este estudo.

tia ativa de conexão é evidente. Em primeiro lugar, como o próprio nome deixa bastante claro, trata-se de disciplina aplicável quando há um comportamento negativo. Não é possível garantir um efetivo direito de contratar. A disciplina visa apenas a sancionar aquelas situações em que há negativa injustificada, motivo pelo qual a casuística mais freqüente desse ilícito se constrói em torno das relações contratuais continuadas que são abruptamente e injustificadamente interrompidas. Essa interpretação – limitativa – dada ao ilícito “recusa de contratar” deve-se à já tradicional postura das correntes mais tradicionalistas de aplicação do direito antitruste (capitaneadas pela Escola de Chicago) de evitar qualquer confronto entre a aplicação do direito concorrencial e a mais ampla liberdade de iniciativa.

A extensão da disciplina da recusa de contratar para uma obrigação ativa de contratar se dá em sede antitruste através da chamada *essential facility doctrine*,² que, na verdade, fornece as bases para o

work operator. On the other hand, depending on the symmetry of the relationship of the interconnecting parties (relative market position and bargaining power) there exists the possibility for abusive practices collusive arrangements which might taint the agreement” (Colin D. Long, *Telecommunications Law and Practice*, p. 201). Vale mencionar que após o Tratado de Amsterdã o art. 85, anteriormente mencionado, corresponde ao art. 81. Da mesma forma, o art. 86 ao art. 90 ao art. 86.

2. A doutrina das *essential facilities* surgiu nos EUA, no início do século XX, e tem como caso seminal o “United States vs. Terminal Railroad Association”, de 1912 (224 US 383). O caso é descrito da seguinte maneira: “The Court required joint owners of a railroad switching junction to afford competing railways access to it upon such just and reasonable terms and regulation as will (...) place every such company upon as nearly an equal plane as may be with respect to expenses and charges as that occupied by the proprietary companies”. O primeiro caso da Suprema Corte a aplicar a *essential facilities doctrine* a uma *facility* fornecida via cabo, um marco histórico com relação à interconexão na energia elétrica e telecomunicações, foi o “Otter Tail Power Co. vs. United States” (410 US 366). A *Otter Tail* fornecia, em regime de monopólio, energia elétrica para o mercado local. A empresa recusou-se a vender energia para os revendedores locais, bem como recusou que os mesmos utilizassem suas linhas de transmissão de energia elétrica para que estes adquirissem a energia de fornecedores distantes. A Suprema Corte entendeu que as linhas de transmissão da *Otter Tail* eram *essential facilities*, e a recusa, no caso em tela, violava a Seção 2 do *Sherman Act* (v. M. K. Kellog, J. Thorne e P. W. Huber, *Federal Telecommunications Law*, pp. 139-140). À diferença do instituto concorrencial da recusa de contratar, a *essential facilities doctrine* considera a recusa de contratar ilícita em todos os casos em que haja o controle pelo sujeito ativo de um meio de produção imprescindível e insubstituível para a produção de determinado bem final e seja tecnicamente e economicamente possível colocá-lo à disposição do sujeito passivo. V. “MCI Communications Corp. vs. AT&T”, 104 S.Ct 234 (1983); v. também os comentários em H. Hovenkamp,

desenvolvimento da disciplina regulatória. A *essential facility doctrine*, ao romper com o caráter essencialmente passivo da disciplina antitruste, permite o desenvolvimento da disciplina regulatória.³ Nota-se aqui, portanto, mais uma vez, aquela aproximação entre teoria regulatória e disciplina antitruste interventiva, destacada no início.

A *essential facility doctrine* foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem.

Como originariamente elaborada, contém quatro requisitos de aplicação. Em primeiro lugar, é preciso que exista controle de um bem fundamental para a concorrência. Também deve haver impossibilidade de prática e/ou econômica de duplicação do referido bem (e aqui entram as considerações – sobretudo econômicas – relativas aos monopólios naturais). Terceiro requisito óbvio é o da negatividade de uso do bem fundamental. Finalmente, é preciso que haja possibilidade física e técnica de fornecer a interconexão.

É importante notar – e aqui está, evidentemente, o ponto fraco da referida teoria – que não há exigência de que seja fornecido acesso em igualdade absoluta de condições com os próprios serviços ou com a

Economics and Federal Antitrust Policy, pp. 274 e ss.: “Most of the things found by Courts to be essential facilities have fallen in one of three classifications: (1) natural monopolies or joint venture arrangements subject to significant economies of scale; (2) structures, plants or other productive assets that were created as part of a regulatory regime, whether or not they are properly natural monopolies; or (3) structures that are owned by the government and whose creation or maintenance is subsidized”. Apenas a primeira categoria (dos monopólios naturais) escapa de uma certa convergência com os setores submetidos a privatização no sistema brasileiro. Não à-toa, é exatamente nesse categoria que se encontram as mais ilustrativas e interessantes discussões sobre essa teoria.

3. A lei alemã de defesa da concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) positivou a doutrina da *essential facility*, antes existente apenas na casuística concorrencial. O § 19, Abs. 4, Nr. 4, reza: “Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenen Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastrukturinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markts Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist”.

conexão fornecida a empresas ligadas que se queira beneficiar. São admissíveis certas diferenças, desde que razoáveis (e o critério de razoabilidade é bastante flexível).⁴ É na flexibilidade do critério que podem se centrar as principais críticas à aplicação direta dessa teoria na esfera regulatória. Não apenas admitem-se as justificativas regulares, como necessidade de impedir o *free riding*, como justificativas absolutamente subjetivas, tais como: inexistência de poder econômico dos agentes,⁵ falta de espaço, incapacidade financeira, possível redução do volume das atividades ou dos padrões éticos⁶ e, por fim, o argumento de que a eficiência gerada pelo não-compartilhamento é maior se comparada aos custos incorridos em virtude do compartilhamento.⁷ Nessa hipótese, é bastante evidente que a questão teórica permanece em segundo plano. Em primeiro plano desponta a tradicional aversão da doutrina concorrencial à invasão das liberdades – contratual e de iniciativa – do particular. A amplitude desmesurada e assistemática atribuída à discriminação lícita entre concorrentes é, na verdade, uma compensação à disciplina considerada excessivamente “interventiva” da *essential facility doctrine*.

Evidentemente, essa excessiva permissividade da discriminação deve ser afastada em sede regulatória. A admissão, ainda que teórica, da diferenciação entre preço e serviço prestado é fator que elimina em absoluto a possibilidade de concorrência no setor. Isso porque, como

4. A razoabilidade da recusa de interconexão pode ser analisada com base em critérios objetivos e subjetivos. Os critérios objetivos são, essencialmente, dois: (i) está justificada a recusa se a interconexão implicar prejuízo do dono da *facility*; ou (ii) se a interconexão implicar o aproveitamento, por parte dos concorrentes, dos benefícios obtidos através do investimento inicial e dos resultados de pesquisas sem que haja qualquer ônus para esses. São ilustrativos dos critérios objetivos os seguintes casos: “Almeda Mall Inc. vs. Houston Lighting & Power Co.,” 615 F.2d 343 (1980); “Berkey Photo Inc. vs. Eastman Kodak Co.,” 603 F.2d 263 (1979); “Memorex Corp. vs. IBM Corp.,” 636 F.2d 1.188 (1980) (v. M. K. Kellog, J. Thorne e P. W. Huber, *Federal Telecommunications Law*, p. 140, notas 6-7). Além disso, há a razoabilidade de recusa com base em critérios subjetivos. São esses segundos critérios que dão margem para a possibilidade de fornecimento de acesso desigual à rede. Os seguintes casos são representativos do fato de que não há exigência de oferta de interconexão em condições iguais a todos os agentes: “United States vs. AT&T,” 524 F.Supp. 1336, (1981); “Southern Pacific Comm. Co vs. AT&T,” 740 F.2d 980 (1984).

5. “Associated Press vs. United States”, 326 US 1 (1945), pp. 49-52.

6. “Providence Fruit & Produce Building Inc. vs. Gamco Inc.,” 344 US 817 (1952), p. 487.

7. “Hecht vs. Pro-Football Inc.,” 436 US 956 (1978).

se sabe, o comportamento típico nesses mercados é exatamente o que tende à diferenciação e à discriminação. Dessa forma, fica limitada a concorrência. O desenvolvimento tecnológico é retardado, pois o investimento em tecnologia se dá geralmente para criar formas de impedir ou dificultar o acesso à rede.⁸

É necessária, portanto, uma intervenção regulamentar ativa, que garanta iguais condições de uso da rede. Evidentemente, a melhor solução seria a da rede entendida como um bem público, à qual todos têm livre acesso.⁹ Só assim seria possível dar às redes a importância que merecem.

Quando isso não ocorre, geralmente por razões ligadas ao interesse em maximizar os resultados econômicos obtidos com as privatiza-

8. Ilustrativo desse tipo de desvirtuação da finalidade do investimento em tecnologia é o caso *Microsoft*. É basicamente ao fato de, em 1981, a *Microsoft* ter sido indicada como a provedora oficial de sistemas operativos do novo computador pessoal (PC) que acabava de ser lançado pela IBM que é atribuída sua dominação, até hoje, desse mercado. A partir do aproveitamento desse evento histórico, e baseada em evoluções de tecnologia que sempre visaram à criação de incompatibilidade de rede para outros concorrentes, chegou a *Microsoft* à sua presente posição de dominação (v., para o histórico completo das práticas comerciais e de mercado da *Microsoft*, K. Baseman, F. Warren Boulton e G. Woroch, “Microsoft plays hardball: the use of exclusionary pricing and technical incompatibility to maintain monopoly power in market for operating system software”, *The Antitrust Bulletin* 40/273 e ss.).

9. Essa característica fica bastante clara no setor de telecomunicações. Com efeito, “in the US the driving force behind the achievement of interconnection was private litigation initiated by prospective competitors of the established carriers as well as regulatory action, acceptance was ultimately won for the notion that the competition in the provision of inter-state services which interconnection would make feasible would be in the public interest. In Canada, the process which led to the introduction of competition followed a similar course. Outside North America, the pattern has been somewhat different. There has not been the same propensity to introduce competition through litigation and regulatory intervention. Rather, reforming governments have tended to create appropriate liberalization framework (with the honourable exception of New Zealand) and then proceed to issue licenses to compete with the established operator on the basis of a new set of rules and conditions created specifically for the new operators competitive environment. These rules have also recognized that new operators competing with the incumbent telecommunications organization (TO), whether or not government-controlled, will not always have an easy time reaching negotiated arrangements with the monopolist. Typically there fore they have reserved that disputes between competing operators on issues subject to regulation – such as interconnect and local access – should be resolved by the regulators themselves” (v. Colin D. Long, *Telecommunications Law and Practice*, p. 190). O Brasil, sem dúvida, inclui-se entre esses últimos países.

ções (o que é, claramente, uma excecência), a solução tem de ser a elaboração e a aplicação ativa de um princípio geral de amplo acesso. Os resultados da regulação são, nesse caso, no entanto, incertos.

É o que ocorre na regulamentação do setor de telecomunicações brasileiro. Releva mencioná-lo, por ser emblemático das possibilidades e dificuldades existentes na estruturação de uma regulamentação ativa da interconexão.

Ciente das dificuldades de aplicação efetiva das regras de interconexão, editou o regulador brasileiro um regulamento geral de interconexão que procura criar uma obrigatoriedade ativa de interconexão. Para criá-la o regulador sentiu a necessidade de, na declaração dos princípios a reger a interconexão, afirmar o caráter quase-público das redes. No art. 28 do Regulamento Geral de Interconexão (Regulamento aprovado pela Resolução ANATEL-40, de 23.7.1998), além da afirmação da obrigatoriedade da interconexão, afirma-se que as redes “devem ser organizadas como vias integradas de livre circulação”; e, no inciso III, que “o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social”.

Apesar dessa solene e ousada declaração de princípios – como, de resto, com frequência ocorre no sistema jurídico brasileiro –, sua operacionalidade concreta fica muito limitada pelas próprias regras que pretendem atuari-los. O maior problema está, evidentemente, na possibilidade de livre negociação dos contratos, prevista no art. 7º do Regulamento de Interconexão. *Livre negociação e livre acesso* são conceitos de difícil compatibilização, especialmente quando um dos agentes é monopolista. Enquanto o primeiro pressupõe a disponibilidade pelo detentor da concessão das redes, o segundo a nega. Na verdade, a compatibilização só seria possível através da admissão de bom nível de dirigismo contratual. Uma aplicação coerente desses princípios só pode ser feita através de revisão dos princípios jusprivatísticos. É o que se fará no n. 1.2.2, “b”, infra.

1.2 Função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado: significado específico

De há muito inserido em nosso ordenamento constitucional, o princípio da *função social da propriedade* teve por longo tempo aplicação muito limitada. Aplicado ao clássico conceito romano de pro-

priedade estática, permitia limitação ao uso do bem e à sua disposição. Explica-se sua larga aplicação em matéria de desapropriação.

Essa limitação, como corretamente demonstrou F. K. Comparato no clássico artigo “Função social da propriedade dos bens de produção”, restringe por demais a verdadeira aplicação do princípio. Esse princípio refere-se também – e, talvez, sobretudo – à propriedade dos bens de produção, isto é, ao exercício do poder de controle empresarial.¹⁰ Aí, a função social passa a significar uso da propriedade em benefício de terceiros.

A classificação bens de consumo/bens de produção não esgota, no entanto, a variedade de bens que podem estar sujeitos a aplicações várias do princípio da função social. Existem também os chamados bens de acesso, isto é, bens de cuja utilização depende a possibilidade de poder concorrer naquele mercado. Em relação a esse bem de acesso deve-se falar, sem dúvida, em função social, consistente não apenas em sua boa utilização, mas também em sua disponibilização a terceiros.

A função social ganha, aqui, um terceiro sentido. Como visto, tratando-se de bens de consumo, “função social” significa restrições ao uso e, por vezes, até disposição coercitiva do bem. Ao se falar em bens de produção a idéia é a utilização do bem em benefício da comunidade.

Finalmente, ao se falar em bens de acesso a “função social” significa uma limitação muito mais incisiva ao direito de propriedade. Trata-se da obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso. *sem relação com bens de acesso*

Aqui, função social e institucionalismo se vinculam. Pode-se admitir que o puro e simples acesso de vários concorrentes ao mercado cumpra uma função social desde que se compreenda a concorrência como um processo institucional que, de um lado, garante as eficiências distributivas e, de outro, assegura que a concorrência não resulte em um processo de exclusão social (v., supra, Capítulo I, n. 3.2.3).

Um compartilhamento assim entendido em uma perspectiva institucional tem duas formas diversas de se expressar: ou pela co-propriedade efetiva dos bens fundamentais ao acesso ou pela garantia de acesso através da restrição do direito de propriedade do titular (único) da rede.

10. Cf. F. K. Comparato, “Função social da propriedade dos bens de produção”, RDM 63/71 e ss.

1.2.1 Co-propriedade dos bens de acesso

Uma primeira alternativa existente é o estabelecimento de co-propriedade dos bens de acesso. Nessa alternativa, todos aqueles agentes que dele dependem têm propriedade sobre o bem fundamental.

Em termos econômicos, adotando-se o raciocínio da nova teoria institucional, essa solução, sem dúvida, diminui os custos de transação, evitando as longas negociações de acesso, interconexão e compartilhamento de infra-estrutura.

Por outro lado – e exatamente por diminuir os custos de transação –, essa solução traz consigo outros problemas típicos de uma concentração vertical. Será tanto mais perigosa quanto mais concentrado for o mercado das empresas que utilizam a rede ou o bem cuja propriedade é compartilhada.

A razão para isso é bastante simples. Muitas vezes é o poder de mercado do comprador (chamado *countervailing power*) a impedir o exercício do poder monopolista por parte do vendedor. Nesse caso, é possível que a aquisição do comprador pelo vendedor ou grupo de vendedores sirva para eliminar o empecilho ao exercício do poder monopolista (decorrente do cartel) por parte do vendedor.

O poder compensatório funciona não apenas como forma de impedir o exercício do poder decorrente do cartel, mas também como forma de impedir sua própria constituição. Com efeito, elemento-chave para o funcionamento de qualquer estrutura oligopolista é a transmissão completa e rápida de informações sobre preço e quantidade produzida pelos oligopolistas. Existindo claramente um oligopsônio, o incentivo para a criação do oligopólio é enorme. Para empresas que já podem se organizar para adquirir em conjunto insumos ou fornecer em conjunto serviços, trocar informações sobre condições de venda do produto final é muito simples. O “custo de informação” é bastante baixo.

Em função de todas as dificuldades estruturais, esse modelo não tem sido muito utilizado.¹¹ Sua aplicação, sobretudo naqueles setores nos quais a propriedade por apenas um agente econômico demonstrasse, na prática, inviável, não deve ser excluída.

11. Cf., para uma argumentação em favor dessa utilização nas telecomunicações, citando o exemplo do sistema de comunicações por satélite, S. Stürmer, *Netzgang und Eigentumsrechte in der Telekommunikation*, 1997.

Por esse motivo, esse tipo de solução tem dois requisitos fundamentais para ser minimamente viável: (i) em primeiro lugar, que o mercado não seja oligopolizado. Sendo muitos os participantes, a fiscalização do cumprimento de qualquer acordo é muito improvável e, portanto, a possibilidade de cartelização é remota; (ii) é necessário desenvolver remédio estrutural-societário que permita limitar o risco de utilização do bem fundamental como instrumento de cartelização e abuso do consumidor.

1.2.2 Compartilhamento dos bens de acesso

Exatamente por esse risco de cartelização, as soluções baseadas na contraposição de interesses entre os concorrentes são as preferidas. Daí a fórmula mais comumente usada ser a venda do bem fundamental a um concorrente e a obrigatoriedade de compartilhamento com os demais.

Esse compartilhamento deve ser amplo. O fato de determinado agente econômico ser o titular da rede não significa (i) que dela possa fazer uso exclusivo e nem, tampouco, (ii) que possa exigir o que bem entender para fornecer o acesso.

É importante notar que o termo “compartilhamento”, aqui empregado, refere-se tanto ao acesso às redes operadas por terceiros (a chamada *interconexão*) como ao uso de infra-estrutura de terceiros (o chamado *compartilhamento de infra-estrutura*). A denominação genérica do termo “compartilhamento” é utilizada, então, para diferenciá-lo da co-propriedade, deixando claro que na hipótese de compartilhamento há propriedade da rede por um só agente, que, de diversas formas, deve permitir que algum ou alguns dos elementos do direito de propriedade (portanto, uso, gozo e fruição) sejam detidos por terceiros (concorrentes). Há uma clara limitação ao direito de propriedade, que a seguir será examinada em suas variadas formas.

a) Restrição ao direito de propriedade. Compartilhamento e fruição

Das limitações aos três elementos que compõem o direito de propriedade (uso, fruição e disposição), a limitação à fruição é talvez a mais grave, sobretudo em um sociedade capitalista. Limitar a fruição

significa que o preço da ligação à rede não pode ser imposto pelo monopolista.

O preço do acesso tem, assim, caráter central e é indissociável do próprio dever de garanti-lo.¹² Não se trata apenas de impedir que o titular do bem afluja lucros exorbitantes em decorrência de sua posição dominante. Resultado igualmente danoso decorrerá da cobrança de preço excessivo em função da inexistência de concorrência.

O poder econômico por ele detido permite a transferência dos custos aos agentes que estão no estágio seguinte da cadeia de produção, comprometendo a competitividade destes e a própria fruição dos bens que estariam sendo produzidos. A depender do setor no qual se esteja, o impacto destes custos poderá repercutir por toda a economia.

Assim, o cumprimento do dever de oferecer o acesso só estará plenamente caracterizado quando o titular do bem conseguir suprir os agentes econômicos que dele dependem de forma equivalente à que ocorreria caso existisse um mercado competitivo. Só assim os efeitos nocivos da existência de uma *essential facility* serão eliminados.

Essa conclusão teórica encontra reconhecimento expresso em legislações que procuraram disciplinar por via regulamentar o problema trazido por estes bens.

Digno de nota é o § 24, c/c o § 39, da *Telekommunikationsgesetz*, o qual estabelece que as tarifas de interconexão e acesso às redes de telecomunicações devem, necessariamente, ser baseadas nos custos para o fornecimento eficiente deste acesso. No § 7 da *Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung*, de 1.10.1996, esta exigência é especificada ao se vedar uma modificação de tarifas de serviços relativos ao acesso às redes que injustificadamente prejudique as oportunidades competitivas das empresas que dependem deste acesso.

Este tratamento da questão no Direito Alemão reflete o próprio direito comunitário europeu. No já citado comunicado da Comissão das Comunidades Europeias sobre a fixação de preços de interconexão é bastante clara a orientação no sentido de que estes devem refle-

12. É oportuno destacar a disciplina do acesso às redes de telecomunicações (um exemplo paradigmático de *essential facility*) no direito comunitário europeu. Aqui, a fixação do preço cobrado na interconexão foi percebido como tão fundamental para o desenvolvimento de condições de livre acesso às redes que a Comissão das Comunidades Europeias editou comunicado específico estabelecendo critérios para o estabelecimento deste preço (*Commission Communication* 98/C 84/03).

tir um preço competitivo (isto é, o preço que seria praticado no mercado se houvesse pressões competitivas sobre os agentes que controlam a rede). Esta conclusão decorre de forma expressa da recomendação de que sejam considerados os custos variáveis médios futuros de longo prazo.¹³ Acrescenta-se, ainda, a recomendação de que sejam tomados em consideração os preços mais baixos praticados em outros Estados-membros na avaliação das tarifas propostas pelas operadoras às autoridades nacionais.

Inexiste um parâmetro de preço competitivo (exemplo: preços no mercado internacional); a medida utilizada deve ser o custo total médio dos produtos. Trata-se, como tem salientado a doutrina,¹⁴ do subituito mais próximo do custo marginal, e, portanto, da situação mais próxima do ponto de equilíbrio em concorrência perfeita. Permite, portanto, uma boa aproximação dos preços concorrenciais.

b) *Compartilhamento e uso: o dirigismo contratual*

A existência de bens cuja utilização é condição essencial para prestação de determinado serviço cria a obrigatoriedade de limitar o uso dos referidos bens. Ter acesso necessário a determinados tipos de bens implica limitar o uso do proprietário, que deve compartilhá-lo com os demais (potenciais) concorrentes.

Isso significa que o titular da rede deve obrigatoriamente contratar com o concorrente. Mais do que isso, esse contrato deve conter cláusulas que permitam o efetivo acesso. O Direito Brasileiro contém princípio geral nesse sentido, constante do art. 73 da lei geral de telecomunicações, segundo o qual qualquer prestador de serviço de interesse coletivo tem o direito de utilizar a infra-estrutura de outros prestadores de serviços de interesse público, de telecomunicações ou não, para construir suas redes, a preços e condições justos e razoáveis.

13. Na Recomendação 98/195/EC da Comissão estes são justificados da seguinte forma: "Interconnection costs should be calculated on the basis of forward-looking long run average incremental costs, since these costs closely approximate those of an efficient operator employing modern technology. Interconnection charges which are based on such costs may include justified 'mark-ups' to cover a portion of the forward-looking joint and common costs of an efficient operator, as would arise under competitive conditions". Orientação semelhante foi adotada pela *Federal Communications Commission* norte-americana a partir da *Interconnection Order* de 8.9.1996.

14. D. Turner, "The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal", *Harvard Law Review* 75/655.

Qualquer prestador de serviços de telecomunicações de interesse coletivo tem, portanto, o direito de exigir de qualquer empresa que explore serviços de interesse público – não só telecomunicações, mas também energia elétrica, gás e petróleo e rodoviário, por exemplo – que permita a instalação de redes e equipamentos de telecomunicações em postes, dutos, condutos, e servidões desses últimos.

Por outro lado, todos os prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são obrigados a permitir que outros prestadores de serviços de telecomunicação de interesse coletivo utilizem seus postes, dutos, condutos, para instalar suas redes.¹⁵

Esses dois enunciados legislativos são nada mais que duas vertentes do princípio do obrigatório compartilhamento da infra-estrutura, ou seja, a possibilidade de uso da infra-estrutura dos demais titulares de redes de qualquer espécie para construção de redes próprias. O primeiro refere-se ao compartilhamento externo (com outros serviços), e o segundo ao compartilhamento interno, com os próprios serviços de telecomunicações.

O princípio geral do compartilhamento de uso completa-se com o tão popular princípio da interconexão, segundo o qual não só a infra-estrutura, mas também a própria rede, nela incluídos os meios técnicos para transmissão de informações, deve ser compartilhada, podendo o concorrente a ela se ligar e por ela transmitir suas informações (art. 28 do Regulamento de Interconexão). Essa possibilidade não pode ser negada nem dificultada pelo titular da rede. Uma alternativa a essa possibilidade – essa, não-obrigatória no Direito Brasileiro – é a locação da própria rede (ou de algumas de suas freqüências).

A lei geral de telecomunicações (Lei 9.472, de 16.7.1997) prevê essa possibilidade em seu art. 155: “Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo”.

O mesmo princípio do compartilhamento, amplamente formulado, encontra-se em outras leis, como a lei do petróleo (Lei 9.478, de 6.8.1997), que prevê, em seu art. 58: “Facultar-se-á a qualquer inte-

15. Regulamento Geral de Interconexão, art. 12. Regulamento aprovado pela Resolução ANATEL-40, de 23.7.1998.

ressado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações”.

Esse princípio genérico incluído nas várias leis setoriais nada mais é que a atuação do princípio constitucional da livre concorrência (arts. 170 e 173 da CF), não estando limitado, portanto, aos serviços de telecomunicações. Aliás, a amplitude do princípio do livre compartilhamento de redes torna essa intenção bastante evidente.

Mas o compartilhamento não se faz sentir apenas na obrigação de contratar. Influência há – e deve haver – também nas cláusulas contratuais. A garantia de acesso não pode ser apenas formal, deve ser também material.

Várias normas servem para garantir materialmente o compartilhamento das redes no sistema regulatório brasileiro. A título de exemplo, pode-se citar o art. 68 do Regulamento de Interconexão, que prevê, em seis incisos, conteúdos mínimos necessários do contrato de interconexão. Outro bom exemplo é o setor de energia elétrica. O art. 9º da Lei 9.648, de 27.5.1998, impõe a separação de conteúdo entre o contrato de compra e venda de energia elétrica e contrato de transmissão e distribuição, exatamente para evitar qualquer forma de restrição de acesso à rede de distribuição.

Essa é a razão de se afirmar que o fenômeno do compartilhamento se faz sentir através de um amplo dirigismo contratual. Dirigismo contratual que se revela, como visto, tanto na obrigação contratual como no conteúdo da contratação.

É interessante notar, por outro lado, que esse tipo de regulação implica uma mudança de rumos do dirigismo contratual e, de fato, o reconhecimento de seu mais amplo aspecto.

O fenômeno do dirigismo contratual¹⁶ tem sido tradicionalmente associado à defesa do consumidor. A associação entre ambos remonta //

16. A expressão “dirigismo contratual” tem, na verdade, um significado amplo e outro mais restrito. Em sentido amplo significa qualquer forma de imposição obrigatória de cláusulas contratuais. É nesse sentido amplo que as regras de proteção ao consumidor são normalmente qualificadas como dirigistas. Em um sentido mais estrito – e talvez mais preciso –, distingue a doutrina moderna entre dois tipos de ordem pública contratual: a ordem pública de proteção e a ordem pública de direção. A ordem pública de proteção destina-se a impor cláusulas contratuais que protejam grupos socialmente desfavorecidos nas negociações contratuais. É nesse primeiro grupo que

ao crescimento da sociedade de massa e ao crescimento da contratação em massa. Essa contratação põe em risco o consumidor, que, via de regra, não pode discutir ou negociar cláusulas. O dirigismo contratual serve, então, para compensar a posição economicamente fragilizada do consumidor e sua debilidade negocial, estabelecendo cláusulas que devem estar obrigatoriamente incluídas nos contratos.

A defesa do consumidor, ainda que seja a mais popular fonte de dirigismo contratual, não é única, e nem sequer a básica. O dirigismo contratual é, na verdade, apenas manifestação de um fenômeno mais amplo, há muito identificado pela doutrina civilística como "fuga do contrato". "Fugir do contrato" significa, na verdade, a tendência a buscar a proteção de regras institucionais (*status*), e não a instável proteção das regras contratuais (situação).¹⁷ Trata-se da exigência social que prevalece sobre a liberdade contratual.

Essa proteção institucional pode assumir várias formas. Um bom exemplo dessa institucionalização está no direito societário. O aumento do tamanho das empresas e, sobretudo, a necessidade de participação na sociedade de pequenos investidores, com pouca possibilidade de renegociação do contrato (contrato social), tornaram necessária uma fuga do paradigma contratual para um *status* institucional concreto, com regras básicas imutáveis. Passa-se, então, da concepção contratual à concepção institucional do vínculo social.

A mesma migração da situação contratual para o *status* institucional ocorre no campo regulatório. As mesmas razões que criam a posição dominante do mercado impõem uma reação em sede contratual. A situação contratual não é mais suficiente para garantir livre acesso e condições equânimes de contratação. O aparato regulatório deve, en-

se enquadrar as principais regras impositivas do Código de Defesa do Consumidor. Já o segundo grupo é formado por aqueles objetivos necessários da ordem econômica (exemplo: justiça social, repressão ao abuso do poder econômico e à dominação dos mercados etc.) que devem encontrar respaldo também nos contratos. Essa segunda forma de intervenção permite não apenas a predeterminação de certo conteúdo básico do contrato como, também, a própria imposição da contratação. É nesse grupo que se incluem as disposições regulatórias (v., a respeito da diferença ordem pública de *proteção* e de *direção*, R. Lorenzetti, "Análisis crítico de la autonomía privada contractual", *Revista de Derecho del Consumidor* 14/5-19, pp. 13 e ss.).

17. V., a respeito, o interessante trabalho de P. Rescigno, "Situazione e *status* nell'esperienza contrattuale", *Rivista di Diritto Civile* (1973), p. 222. Para um contraponto, v. G. B. Ferri, "La 'cultura' del contratto e le strutture del mercato", *Rivista del Diritto Commerciale* 11-12/843, pp. 856 e ss.

ção, estabelecer proteção institucional para o acesso ao mercado. A proteção institucional deve dirigir-se a todas as variáveis que possam causar descompasso concorrencial. Por outro lado, é também necessário que se explicitem em regras concretas na relação contratual entre os agentes, que permitam dar atuação a esses princípios gerais.¹⁸

Por óbvio, em termos teóricos isso significa distanciar-se do paradigma liberal que concebe os contratos como forma de expressão da autonomia da vontade. É imperioso reconhecer sua influência na esfera social e, portanto, a necessidade de "normatização" dos contratos, isto é, a inserção de cláusulas que permitam compatibilizá-los com um mundo em que pretendem e podem influir. Esse último ponto deve ser muito bem compreendido. É absolutamente vão crer, sobretudo em setores regulados — e com especial força naqueles setores em que há uma clara dominação do mercado —, que o contrato influencia apenas a relação das partes. Exemplificativamente, um contrato de interconexão firmado entre o detentor de uma rede fixa de telecomunicações e aqueles concorrentes que a ela precisam se interconectar influencia a esfera de milhares de consumidores e outros tantos concorrentes, existentes e potenciais. A regulação deve servir, então, a compatibilizar a negociação privada contratual com seus efeitos públicos.

c) *Compartilhamento e direito de disposição*

O terceiro e último dos componentes do direito de propriedade também é afetado pelas regras de compartilhamento. Trata-se da regra sobre disposição.

18. No Brasil essa institucionalização tem-se limitado, até agora, à submissão dos contratos à agência regulatória e à possibilidade de esta vir a estabelecer regras sobre condições contratuais. Citem-se, a título de exemplo, as regras aplicáveis ao contrato de transmissão e distribuição de energia do setor elétrico brasileiro. A Lei 9.648, de 27.5.1998, dispõe, em seu art. 9º, parágrafo único, que: "Cabe à ANEEL regular as tarifas e estabelecer as condições gerais de contratação de acesso e uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica por concessionário, permissionário e autorizados". Tal regra é complementada pela Resolução ANEEL-281, de 1.10.1999, que estabelece, em seu art. 3º, VI, que: "O Operador Nacional do Sistema Elétrico — ONS, além das atribuições que lhe foram atribuídas pela Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, regulamentada pelo Decreto n. 2.655, de 2 de julho de 1998, e pela Resolução n. 351, de 11 de novembro de 1998, deverá celebrar, em nome das empresas de transmissão, os contratos de uso dos sistemas de transmissão e firmar, como interveniente, os contratos de concessão, encaminhando os de uso para homologação da ANEEL".

De um lado, é impossível permitir a livre disposição da rede, e isso as regras administrativas já garantem. Ao seu titular são impostas regras específicas (geralmente ligadas ao amplo acesso de consumidores), que tornam a rede incindível do exercício da empresa.¹⁹

Tratando-se de bem de produção, a incindibilidade entre empresa e propriedade atinge seu ponto máximo, não podendo uma ser transferida sem a outra.

Por outro lado, e pela mesma razão, a disponibilidade dos titulares de direito de uso sobre suas quotas-partes tem de ser mais ampla. A sublocação de rede, ainda que devendo ser autorizada, não pode ficar ao arbítrio do proprietário. O amplo acesso impõe uma mais fácil e ágil circulação do direito de uso, que não pode ser obstaculizado pelo proprietário.

Nesse sentido, as regras civilísticas sobre sublocação e cessão de uso, que sempre exigem o consentimento do proprietário para sua realização, devem ter interpretação muito estrita.²⁰ O não-consentimento para a sublocação e a cessão de uso só é admissível com justificativas pró-concorrenciais. O amplo acesso é a regra, e não a exceção.

19. O art. 101 da lei geral de telecomunicações prevê que a alienação, oneração ou substituição dos bens reversíveis dependerão de prévia aprovação da Agência. De outro lado, em matéria de telecomunicações a maioria dos contratos de concessão contém disposições específicas relativas aos bens vinculados à concessão (isto é, aqueles fundamentais à prestação do serviço — e que, portanto, são reversíveis). A concessionária só poderá utilizar bens dessa natureza que não sejam de sua propriedade mediante autorização da ANATEL, a qual pode dispensar essa exigência nos casos e hipóteses previstos na legislação. Quando houver risco à continuidade do serviço ou impedimento de reversão dos bens vinculados a ANATEL, pode exigir, para autorizar a contratação de um terceiro, que o respectivo contrato contenha cláusula pela qual o proprietário se dirija, em casos de extinção da concessão, a manter o contrato e subrogar os direitos à ANATEL. O requisito, portanto, claramente, não é a manutenção da propriedade da rede, mas o controle de sua destinação, isto é, a capacidade de garantir que seja utilizada para os fins a que foi vinculada. O controle ou vinculação da destinação nada mais é que um dos aspectos clássicos do direito de disposição.

20. De acordo com a lei de locações, é vedado ao locatário ceder, sublocar ou emprestar a terceiros o imóvel locado sem o consentimento do locador (Lei 8.245/1991, art. 13). De acordo com os princípios do direito civil, a sublocação sem autorização do locador pode levar à rescisão integral do contrato, por violação de dever legal (2ª TACivSP, 7ª C., AI 389.562, j. 3.1.1993). Essa lei aplica-se aos contratos de locação, cessão de uso e empréstimo de infra-estrutura nos setores regulados quando esses se referirem a imóveis urbanos. Citem-se a título de exemplo de infra-estrutura necessária para instalação de redes os postes urbanos.

1.3 Aplicação institucional do direito antitruste

O terceiro e importantíssimo princípio regulatório inspirado por considerações de ordem concorrencial é, de certa forma, decorrência de tudo o que foi dito até agora.

É, por outro lado, princípio que pode e deve ter aplicação imediata, na medida em que propõe uma aplicação diferenciada dos princípios e regras do direito da concorrência em sede regulatória.

Trata-se de solução compatível com nosso sistema legal, já que todos os setores cuja regulação tem um fundamento concorrencial mínimo não escapam ao controle concorrencial. Ocorre que a aplicação dos princípios concorrenciais constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa tratando-se de setores regulados. Isso é decorrência do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados. É o que se verá a seguir.

1.3.1 Conceção *per se* dos ilícitos antitruste

A regra da razão em matéria concorrencial é, sem dúvida, a mais importante e talvez única unanimidade na doutrina nacional. Desde o famoso estudo de B. Shieber,²¹ salvo discordâncias quanto à utilização da expressão “regra da razão”,²² considera a doutrina majoritária não ser suficiente para caracterizar a ilicitude de certa conduta a sua simples verificação formal.

E nem poderia deixar de ser deste modo. A regra da razão tem duas partes distintas e duas justificativas específicas que não podem ser dissociadas do direito antitruste moderno, por uma razão muito simples. São elas que garantem a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais; e, portanto, só em ausência delas é possível presumir um objetivo anticoncorrencial. A regra da razão é, portanto, uma garantia fundamental de legalidade da punição administrativa.

Os dois componentes da regra da razão são, respectivamente, a existência de poder no mercado e as justificativas (concorrenciais ou extraconcorrenciais) para o ato.

21. B. Shieber, *Abusos de Poder Econômico*, 1966.

22. T. S. Ferraz Jr., “Lei de defesa da concorrência — Origem histórica e base constitucional”, *Revista dos Mestrados da Universidade Federal da Bahia* 2/69.