

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE
ESSENTIAL INFRASTRUCTURES AND THE CLOSING OF MARKETS: A TENSE LINE BETWEEN CONCURRENCY LAW AND PROPRIETARY RIGHTS

Hendel Sobrosa Machado

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal).

E-mail: hendelmac@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/516119561648122>.

Submissão: 26.11.2014.

Aprovação: 28.08.2016.

RESUMO

Este artigo demonstra, a partir da experiência europeia do direito da concorrência, como o mercado pode ser controlado por barreiras invisíveis que impedem a entrada de novos competidores. Para tal, define o que são as infraestruturas essenciais e por que o acesso a estas é primordial para a livre concorrência. Analisa casos notórios nos quais as infraestruturas essenciais têm papel significativo para distribuição, produção e desenvolvimento tecnológico, demonstrando quais são as barreiras criadas pelas empresas que impedem a entrada de concorrentes. Formaliza o embate entre o direito da livre concorrência com o direito de propriedade intelectual. Por fim, propõe o uso do sistema de justa compensação, equânime, como a melhor forma para garantir uma concorrência igualitária.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da concorrência; infraestruturas essenciais; barreiras de mercado.

ABSTRACT

This essay shows, from a European perspective of concurrency law, how invisible barriers that blocks the entrance of new players can control a specific market. Therefore, defines what those essential infrastructures are and why the given access to them is primordial to achieve a concurrency market without obstacles. Analyses some major cases of essential infrastructures as they play a substantial role on distribution, production, research and development of goods. Demonstrates that companies create barriers, which impedes a free-market competition. Formalizes the linger issue between free concurrency law and intellectual property protection. As conclusion, suggests the use of a fair-compensation system as the best way to achieve more equity on competition.

KEYWORDS: *Competition Law; essential infrastructures; Market barriers.*

1. INTRODUÇÃO AO FECHAMENTO DE MERCADO

Desde a década de 1970, a comissão europeia de direito da concorrência entendeu como nociva à concorrência a existência de acordos de exclusividade. Percebeu-se que, no momento em que o mercado ficasse restrito, impedia-se a livre concorrência, o que gerava mercados de oligopólios ou até monopólios. Entendeu-se, em uma perspectiva que hoje consideramos como tradicional, que o fechamento real de mercado só se manifestava através os acordos de exclusividade, o que ocorria no âmbito contratual. Porém, a realidade vem ensinando que há outras formas de fechar o mercado e, conseqüentemente, falsear a concorrência.

Apresentaram-se os exemplos clássicos, como Consten-Grunding. Em resumo, as empresas acordaram e contrato de exclusividade de comercialização dos produtos Grunding no mercado Francês seria detido pela empresa Consten. A Grunding, através de cláusula de exclusividade, devia evitar qualquer comercialização de seus produtos para o mercado da França, inclusive controlando o mercado de importação paralela. O acórdão enfrentou a temática sobre o prisma da restrição à livre circulação de mercadorias, decidindo que o acordo de exclusividade era nulo por falsear a livre-concorrência.

Neste período histórico se antecipava uma dicotomia entre a licença exclusiva de mercado e a licença aberta, sendo essa segunda sem restrições de comercialização dos produtos à outros agentes, o que não fecharia o mercado em questão. Essa visão importava para a comercialização de produtos e licenças de propriedade intelectual, não tocando diretamente no uso de infraestruturas essenciais. Independente disso, a regulação dos acordos de exclusividade pelo art. 101 do TFUE foi, através das decisões, restringindo os acordos de exclusividade, por conseguinte declarando nulas as cláusulas de exclusividade. Não se vislumbrou, à época, que a dicotomia seria de opção entre uma licença exclusiva e a não concessão de qualquer licença.¹

Perceber essa tendência comercial é essencial para entender os caminhos em que a detenção de infraestruturas essenciais podem restringir o mercado, falseando-o.

O caso Microsoft é um claro exemplo de restrição de mercado: a empresa detém da propriedade intelectual ou física considerada essencial para a comercialização de um produto

¹ PAIS, Sofia Oliveira. Entre Inovação e Concorrência – em defesa de um modelo europeu. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011. Pg. 215.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

ou serviço. Se esta deixar de comercializar o acesso à sua propriedade para deter a exclusividade do mercado, inclusive de derivados, haverá o fechamento de diversos mercados relacionado pela detenção de infraestrutura sem a qual os outros concorrentes já não podem mais competir. O interessante é ver que, nesse caso, trata-se de infraestrutura não essencial por natureza, porém as peculiaridades do mercado a tornaram pré-requisito. Trata-se do que chamo de barreira² artificial de infraestrutura, conforme será visto adiante.

2 CONFIGURAÇÃO DE POSIÇÃO ECONÔMICA DOMINANTE

Importante é, para entender o fenômeno de mercado da exclusão, o conceito de posição econômica dominante. A primeira definição marcante que o Tribunal de Justiça teve sobre esse tema foi no caso *United Brands*, onde definiu-se como poder econômico dominante da empresa aquele que pode “obstar à manutenção de uma concorrência efetiva e de se comportar, em medida apreciável, independentemente dos seus concorrentes, clientes e, finalmente, dos consumidores”³.

Consequência disso, a doutrina entende como importante manifestação desse poder econômico a possibilidade de uma empresa aumentar os preços acima do nível concorrencial. Nesta situação, poder-se-ia inclusive reduzir a inovação ou a qualidade dos produtos sem reduzir seu preço⁴, aumentando o lucro real e deixando o preço bem acima do custo marginal.

Esse primeiro aspecto deve estar aliado ao poder de exclusão dos concorrentes⁵ para que se configure a posição dominante. O poder que a empresa dominante tem de controlar os preços e, principalmente, aumentar os custos de produção dos concorrentes, é o que pode levar a exclusão da concorrência em última análise.

Nos interessa, nesta análise, o poder de exclusão de aumentar o custo dos rivais (*rising rival costs*), o que pode ser feito pela empresa que detém a infraestrutura essencial através da cobrança de taxas de acesso e *royalties*⁶ além do custo marginal. A empresa, além

2 Entendimentos similares sobre o cerne do estreitamento da concorrência podem utilizar termos como gargalo (bottleneck).

3 Caso T-27/76. *United Brands vs. Comissão*, parágrafo 65.

4 SCHERER, F.M. - ROSS, David - *Industrial Market Structure and Economic Performance*. University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship., 1990., p.17.

5 Krattenmaker e Salop – *Exclusion and Antitrust*, 1987, p. 29 e seguintes. <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv11n3/v11n3-4-5.pdf>

6 Análise sobre os termos no capítulo 5.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

de auferir o lucro, tem a possibilidade real de excluir os concorrentes pelo preço e, a longo prazo, maximizar seus lucros e crescer exponencialmente mais do que os rivais.

Sobretudo, o controle da infraestrutura essencial permite, ainda, que a empresa possuidora se recuse a fornecer ou pratique negócios exclusivos (gerando oligopólios controlados).

A exclusão dos concorrentes dos meios de distribuição mais eficientes, ou únicos, é forma de aumentar o custo dos rivais levando, em última análise, a exclusão do mercado pelo abuso da posição dominante, sendo um motivo pertinente para centrar o conceito de poder de mercado neste aspecto.

Como bem salienta a doutrina, não é a relação entre a infraestrutura essencial e o mercado relevante, mas sim o relacionamento entre as partes que se torna essencial para a análise de responsabilidade. No caso da jurisprudência americana, muitas ações baseadas na doutrina das infraestruturas essenciais foram negadas pelo relacionamento de prévio desentendimento entre as partes.⁷

Não obstante existam hipóteses de exclusão de responsabilidade, parte-se do princípio de que a infraestrutura essencial, quando detida por um monopolista, pode estar sujeita aos efeitos de abuso de posição dominante.

2.1 Infraestrutura essencial e sua tendência ao monopólio

A existência do monopólio de infraestruturas essenciais esteve historicamente ligada aos chamados monopólios legais, salvo alguns casos clássicos nos Estados Unidos como *United States vs. Terminal Road Association*⁸. Durante vasto período de tempo na história, muitas infraestruturas essenciais eram, por lei, detidas exclusivamente pelos estados. Com o processo de privatizações, acentuado a partir da década de 1990, tais infraestruturas foram alienadas a particulares. Tais vendas se deram, na maioria das vezes, na forma de leilões públicos, fazendo com que a infraestrutura essencial fosse comprada por aquele que oferecesse maior valor econômico, criando os primeiros monopólios privados de infraestruturas essenciais de distribuição e produção. Anteriormente, só havia o monopólio

7 PITOFISKY, Robert - PATTERSON, Donna - HOOKS, Jonathan - The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law, 2002. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/346/>

8 Caso relativo ao atravessamento do rio Mississippi, ainda no século XIX, conforme constata Lipsky na obra *Essential Facilities*, p. 1189 e seguintes.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

privado das propriedades intelectuais, mas até então não existiram muitos estudos sobre os efeitos nocivos de tal retenção.

Exemplos clássicos de monopólios naturais se apresentaram na detenção de infraestruturas essenciais pelos governos estatais de estradas, ferrovias, aeroportos, rede elétrica e de telefonia. O processo de privatização de tais estruturas evoluiu de diferente forma em cada país, mas se percebe a concentração monopolística na maioria destas estruturas.

O acesso à infraestrutura essencial por um monopolista deve ser uma das maiores preocupações do direito da concorrência. Nos primeiros casos manifestos, conhecidos como casos clássicos, a aplicação da doutrina era indicada na existência de monopólios naturais, especialmente nos EUA, através da sessão 2 do *Sherman Act*.

Eis que torna-se importante entender o porquê, embora originária dos EUA, a doutrina das infraestruturas essenciais é hoje mais importante para a União Europeia. O fator essencial está ligado à influência da escola de Chicago⁹ nos EUA, pois essa se preocupa essencialmente com as regras de funcionamento de mercado. De outra senda, na União Europeia há uma grande preocupação também com o bem estar social¹⁰, que em última análise acaba por possibilitar a aplicação da doutrina sempre que a eficiência do mercado estiver a prejudicar os consumidores, especialmente no que tange a inovação e concorrência.

Assim podemos ver que há uma divisão quanto a aplicação da doutrina: os estadunidenses irão se preocupar quase que exclusivamente com a existência de monopólio quase integral, enquanto na Europa esta será aplicada sempre que houver abuso de posição dominante. Claro que devemos perceber que, ao tratar de infraestruturas essenciais, a tendência é a existência de um monopólio. Isso ocorre porque a só haverá uma infraestrutura, a qual será mantida por uma única empresa. Raros serão os casos onde existirá duas ou mais opções de infraestruturas disponíveis para um mesmo mercado, motivo pelo qual a caracterização do monopólio é comum no controle da infraestrutura essencial.

Quanto às situações de monopólio real, devemos verificar que o monopolista será imune a muitos aspectos da concorrência¹¹. O monopólio existe quando há barreiras que

9 PAIS, Sofia. Op. Cit.. Trata-se de doutrina econômica surgida nos EUA, que busca entender o Mercado com base na autorregulação do mesmo. Neste sentido, a extensão da aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais acaba ficando restrita somente a casos extremos, onde o mercado não consegue mais se autorregular pela ausência substancial de concorrência.

10 OPI, Sergio Baches, The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct? . Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Volume 11, 2001, p. 416.

11 PITOFSKY, Robert - PATTERSON, Donna - HOOKS, Jonathan - The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law, 2002. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/346/>

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

impedem a entrada de novos concorrentes em um mercado específico. Em verdade, verifica-se que não existe no TFUE, sequer no *Sherman Act*, qualquer proibição direta ao monopólio. O que se restringe é o abuso de tal posição, já que essa permite ao monopolista abusar de posição dominante.

Implica dizer que, ao não existir concorrência, poderá primeiramente fixar seus preços livremente, aumentando o lucro a níveis muito além dos marginais. O monopólio pode também inibir a inovação, pois, não existindo concorrência, também inexistirá o interesse de produzir um produto ou serviço melhor. A inovação está intimamente atrelada à existência de concorrência, pois só inova aquele que tem interesse em melhorar sua condição no mercado.

No mundo das infraestruturas essenciais, o grande interesse em inovação será normalmente do não monopolista, pois esse procurará obter formas diferentes para reduzir seu custo marginal. Não existindo tal concorrência, o poder inovativo dentro deste mercado ficará essencialmente prejudicado. Em última análise, quem sentirá tal falta de inovação será o consumidor, que não terá à sua disposição novas tecnologias.

Ainda assim, casos como o Magill¹² nos ensinam que, embora não haja necessariamente um único detentor quando tratamos de informação, há quase sempre o risco de ocorrência do abuso de posição dominante ao se negociar acesso à infraestrutura essencial. Outro risco eminente no caso de não monopólio é o acúmulo indiscriminado de patentes substitutivas entre si por um único grupo, o que impediria a entrada de novos concorrentes em um mercado específico. No âmbito da união europeia, a essência da aplicação de tal doutrina se encontrará no escopo do artigo 102 do TFUE.

Face a diversas ocorrências de casos de abuso de posição dominante no âmbito das infraestruturas essenciais, ainda é possível afirmar que o mercado tem a capacidade de se autorregular? Ou a existência de barreiras que impeçam a entrada de novos concorrentes inibe a existência de equilíbrio no mercado?

12 Caso T-69/89, RTE v. Comissão., 1991 E.C.R. II-485 (1991); Caso T-70/89, BBC v. Comissão. 1991 E.C.R. II-535 (1991); Caso T-76/89, ITP Ltd. v. Comissão., 1991 E.C.R. II-575 (1991); Casos Integrados C-241 & C-242/91, RTE, ITP v. Comissão., 1995 E.C.R. I-743 (1995).

O caso Magill tratou de conduta anticoncorrencial das empresas de televisão do reino unido que, ao negar acesso à grade de programação mensal de seus canais, estavam inibindo a concorrência de periódicos que visavam prestar tal informação ao mercado consumidor, através de uma revista. No caso, a revista que pleiteava o acesso era da empresa Magill. No julgamento, o TJUE entendeu que, existindo o mercado consumidor para o produto, o que as empresas detentoras da informação estavam a fazer era falsear a concorrência, impedindo o acesso a informação essencial (grade de programação) para o concorrente em questão. Embora não existisse necessariamente um monopólio, o cerne da avaliação do caso passou pela negativa de acesso e eo interesse no mercado consumidor.

3 CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DE INFRAESTRUTURA ESSENCIAL

A infraestrutura essencial deve ser vista como um elemento contextual do mercado. Na visão do modo produtivo clássico, são bens de primeira geração, assim considerados como básicos para a produção do mercado verticalmente relacionado. Muito embora algumas vezes o bem de infraestrutura possa ser consumível como produto final¹³, normalmente tem a condição de ser parte do modo de produção de outros produtos e serviços.

Sendo considerada “matéria prima” - essencial - à linha produtiva, tem seu preço fixado como parte do custo de produção. Tal custo acaba sendo repassado ao consumidor. Em muitos mercados, é possível haver concorrência e substitutividade de matérias primas, como insumos e maquinarias. Então, o que torna uma infraestrutura essencial?

Primeiro requisito é que ela não possa ser substituída por outro similar, isso é, não haverá concorrência de infraestrutura equivalente. Esse aspecto a torna essencial, mas enquanto houver competição entre mais de um partícipe do mercado na distribuição desta estrutura, há concorrência, ainda que possa essa ser notadamente frágil. Segundo aspecto é a impossibilidade, dentro das condições mercadológicas, de ser oferecida uma concorrência do mesmo produto por outro fornecedor, ou mesmo construída pela própria concorrente; irrazoabilidade da duplicação da estrutura. Em última análise, todas as empresas que dependerem destas estruturas estão sujeitas às imposições de quem as detém, portanto, o monopolista.

Por fim, a doutrina estadunidense que estudou este conceito chegou a quatro fatores determinantes¹⁴, especialmente do estudo do caso MSI Communications, o qual o último possa sofrer notadas críticas quanto ao conceito de possibilidade razoável¹⁵ (*feasibility*), cuja aplicação só será possível quando o acesso não tornar pouco prático ou iniba o monopolista de atender os seus clientes adequadamente.

Segundo tal entendimento, não deveria ser imposta a obrigação de compartilhar o acesso se o monopolista tiver uma justificativa mercadológica legítima para negar o acesso ao

13 I.é, voltado ao mercado consumidor;

14 Em tradução livre: “Especificamente, para estabelecer a existência de antitruste dentro da doutrina da infraestrutura essencial, a parte deve provar quatro fatores: (1) controle da infraestrutura essencial por um monopolista; (2) a falta de possibilidade prática ou razoabilidade para a duplicação da infraestrutura pelo competidor; (3) a negativa de licença de uso da infraestrutura pelo competidor; e (4) a da possibilidade razoável de prover a estrutura para os competidores.” – PITOFSKY, Robert - PATTERSON, Donna - HOOKS, Jonathan - The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law, 2002. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/346/>

15 Tradução livre do inglês, “feasability”.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

competidor¹⁶. Se essa última característica for considerada essencial, o que eu não recomendo, a doutrina das infraestruturas essenciais dependerá da aplicação da “*Rule of Reason (RoR)*”, tendo o seu reconhecimento comprometido¹⁷, justamente como hoje ocorre nos EUA.

Mas quais são as infraestruturas essenciais? Embora a análise preliminar colocasse-as sempre como estruturas naturais e tangíveis, a evolução da doutrina a muito provou que isso não é uma necessidade. Foi inclusive além, explicando que a natureza da infraestrutura em nada limita a aplicação da doutrina tratada¹⁸, incluindo inclusive a própria informação.

Neste sentido, podemos verificar que existem três tipos básicos de infraestruturas essenciais. A primeira e mais comum de debates é a infraestrutura de distribuição, como exemplo das redes metálicas de distribuição de energia e telefone, bem como das estruturas rodoviárias e ferroviárias. O segundo são as infraestruturas produtivas, como insumos e maquinarias, sem os quais o fabrico de produtos finais é comprometido, ocorrendo notadamente o monopólio de insumos em muitas regiões do mundo, como o minério de ferro. Por fim, devemos ainda ter a visão das infraestruturas intelectuais, normalmente protegidas por direitos de propriedade, sem as quais é impossível produzir produtos derivados e serviços relacionados.

3.1 Infraestrutura de distribuição

A infraestrutura de distribuição é, essencialmente, a rede básica para o fornecimento de um produto ou serviço, sem a qual esse não poderá existir. São exemplos clássicos a estrutura de eletrificação, rede de telefonia fixa, cabos ópticos submarinos, aeroportos, vias rodoviárias e ferroviárias. Tratam-se de estruturas estratégicas que, por muito tempo, foram detidas pelos Estados, os ditos monopólios legais.

O debate sobre a privatização dessas infraestruturas essenciais de distribuição é alvo de muitos estudos estratégicos no âmbito da política internacional, o que não é o escopo do presente estudo. Aqui partimos do fato de que já houve a privatização de algumas dessas

16 PITOFISKY, Robert et al, op. Cit., 449.

17 Podendo variar conforme o momento financeiro, econômico e político da sociedade relevante.

18 Como corte estadunidense declarou, *Tri-Tech Mach. Sales, Ltd. v. Artos Eng'g Co.*, 928 F. Supp. 836, 839 (E.D. Wis. 1996).

“The essential facilities doctrine does not unequivocally require that a facility be of a grand nature as suggested by the defendant, nor is the doctrine specifically inapplicable to tangibles such as a manufacturer's spare parts. “The term ‘facility’ can apply to tangibles such as sports or entertainment venues, means of transportation, the transmission of energy or the transmission of information and to intangibles such as information itself.”

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

estruturas e há uma possibilidade clara da privatização da maior parte das referidas, interessando-nos a repercussão nos países membros da União Europeia.

O que se verifica, notoriamente, do processo privatizador é que uma empresa costuma passar a deter a infraestrutura essencial em toda uma região ou até mesmo em todo um país. Raramente há estrutura concorrente, fazendo com que o único meio de acesso ao mercado seja através desta empresa que, para licenciar os interessados à utilização desta rede, cobra taxas de acesso, pedágios ou *royalties*.

O exemplo mais clássico da privatização de infraestrutura essencial de distribuição é o da rede de telefonia, uma realidade em numerosos países¹⁹. Notar-se-á, como consequência benéfica, que a existência de competição neste mercado tem possibilitado incrementos tecnológicos e redução de preço dos serviços aos consumidores. A evolução tecnológica alcançada pela rede de telefonia, em pouco mais de 30 anos, modificou essencialmente a forma pela qual nos comunicamos. Partimos de simplórios telefones fixos no início da década de 1990 para, hoje, termos acesso à internet e praticamente todas as redes de telefones móveis do mundo.

Ocorre que liberdade de acesso a esse mercado continua a ser relativa. A esse exemplo, a experiência nos Estados Unidos mostrou que a abertura da infraestrutura essencial aos concorrentes - que deveria ser regra conforme o *Telecommunication Act* - teve sua aplicação questionada e se tornou motivo de pressão política e ações judiciais, especialmente para o debate sobre acesso e justa remuneração. O direito de acesso é debatido até hoje, sendo o principal alvo de ações anti-concorrenciais inclusive na união europeia, enquanto a justa remuneração é um equilíbrio sobre o qual é quase impossível que haja um acordo, inclusive entre a doutrina²⁰.

Ademais, percebeu-se uma assimetria inerente neste mercado, colocando àqueles detentores da infraestrutura essencial como principais beneficiados do sistema, sempre com vantagem competitiva a seus pares. Acabam se beneficiando, portanto, dos efeitos da economia de escala e dos efeitos de rede²¹, sem contar com o fato de que as taxas de acesso, cobradas pelo uso da rede, chegam a 25% do lucro da empresa detentora.

19 O exemplo estadunidense é tratado no artigo Computer and Telecommunications Law Review, 1998. "THE "NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE" INITIATIVE IN THE UNITED STATES - POLICY OR NON POLICY? PART 2" Michel Catinat. No Telecommunication Act, de 1996, as empresas concessionárias de telefonia eram obrigadas, por lei, a ceder a infraestrutura essencial por ela detida para a utilização dos concorrentes, embora a forma de implementação dessa regra não seja estabelecida no ato.

20 Conforme veremos no capítulo 5.

21 Michel Catinat, op. Cit. bem vislumbrou os efeitos de rede.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Fato é que, com a colocação de competição nesses mercados, advieram várias inovações tecnológicas, o que pode ser considerado o objetivo central da abertura de mercados. Entretanto, é importante que tal abertura seja feita com o acesso de todos que desejarem competir à infraestrutura essencial, sob a pena de notar-se o fechamento do mercado; ou uma vantagem competitiva notável. Devemos verificar inclusive o poder de ingerência sobre o negócio do competidor, prestando acesso de baixa qualidade ou restringindo o acesso após um tempo, obrigando a tomada de medidas judiciais.

Por essas razões, utiliza-se a estrutura regulamentadora para controle da competitividade em diversos países, especialmente no mercado de telecomunicações. Quanto ao direito da concorrência, deve este ainda se preocupar em evitar o surgimento de barreiras de mercado e de vantagens comparativas aos detentores da infraestrutura essencial em comparação com seus concorrentes.

Apesar de todos esses aspectos problemáticos, o campo das telecomunicações é um dos mais simples em questão de acesso à infraestrutura, principalmente pelo difícil esgotamento da mesma. Há, porém quem duvide que essa situação se aplica nas mesmas condições aos demais serviços, especialmente àqueles limitados.

Em outros casos, as redes a serem partilhadas estão limitadas à sobrecarga da estrutura, como exemplo a estrutura ferroviária, na qual os trilhos limitam a quantidade e velocidade dos trens que por eles trafegam, assim como também existe uma limitação teórica do número de rotas aéreas para aeroportos ou volume de dados para cabos submarinos.

De outra senda, é improvável que haja investimento de um competidor de criar uma rede própria paralela para competir com a infraestrutura existente, pelo menos a curto prazo.

Se verifica, também, que a empresa detentora da infraestrutura essencial também costuma prestar os serviços desta dependente, o que normalmente pode reduzir seu custo competitivo com relação aos competidores, que terão de pagar *royalties* pela a licença de uso da estrutura (*Access charges*)²². Esse monopólio da estrutura pode gerar o que a doutrina vê como a política de competição de *raising rivals costs*²³, gerando vantagens mercadológicas ou

22 O conceito das *access charges*, ou taxas de acesso, vem da doutrina norteamericana e está focada na ideia da justa compensação financeira pela criação e manutenção da infraestrutura essencial. Todo o competidor que quiser ter acesso à essa infraestrutura terá de pagar as respectivas taxas à empresa que a detém.

23 C. Salop e Thomas G. Krattermaker, Op. Cit. p. 240. Conforme lecionado na obra aqui referida, há a preocupação com o aumento do custo marginal de operação dos negócios vinculados a tais infraestruturas. Se as taxas de acesso forem altas e cobradas somente dos rivais, a empresa detentora da infraestrutura poderá elevar tais valores ao ponto de tornar impraticável o negócio dos concorrentes. A esse efeito de aumento de custo dos rivais foi dado o nome de *raising rival costs*.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

aferição de maior lucro à empresa detentora da estrutura, inclusive ao limitar a utilização por parte dos competidores (controle de mercado).

Veja-se que deixa de ser necessário o monopólio do serviço, pois o detentor da infraestrutura essencial sempre poderá controlar o mercado em questão, principalmente de produtos com subordinação a essa estrutura. Logicamente, o detentor não mais precisará evadir-se da competição por se negar a negociar, tratando-se de uma barreira de acesso ao mercado.

3.2 Infraestrutura essencial de produção

A infraestrutura essencial pode existir também no meio produtivo, quando se tratar de recurso necessário para o fabrico do bem consumível. Este aspecto é pouco desenvolvido na doutrina, mas a mim parece evidente que, sem o acesso a matéria prima, é impossível desenvolver certos produtos.

Ocorre que a matéria prima, muitas vezes, é detida por um monopolista, a exemplo das grandes empresas de mineração que detêm o controle sobre o mercado de minério de ferro. Não havendo substitutos para tal minério dentro do mercado, a empresa terá completo controle da concorrência do produto derivado. Em um ambiente de concorrência ideal o detentor da matéria prima não se recusará a negociar com àquele que dela depende, uma vez que seu lucro é diretamente proporcional à quantidade de insumo vendida.

Entretanto, verifica-se cada vez mais no mercado que a propriedade das empresas fabricantes de insumos tem sido detida, ao menos em parte, por grupos que dela dependem. Neste sentido, existem acordos que podem ser considerados verticais se analisarmos da perspectiva de grupo de controle, ou seja, uma *holding*²⁴ que detenha percentuais consideráveis de uma indústria de insumos e de outra fábrica que produza bens deste insumo dependentes.

Um exemplo clássico deste aspecto é a estrutura petrolífera, no qual o petróleo é insumo essencial para o fabrico e distribuição de seus derivados, como gásóleo e gasolina. Se a empresa petrolífera praticar preços diferenciados ou recusar-se a negociar com alguma fábrica refinadora, estará abusando da sua posição dominante em um mercado para conseguir o controle do mercado consecutivo. Claro, no caso do petróleo verificamos que, muitas vezes,

24 Empresa que detém participações em diversas empresas, podendo operar com vantagem significativa no mercado ao praticar acordos verticais.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

é detido pelo monopólio legal, sendo o estado grande partícipe da gerência da empresa, especialmente por se tratar de um insumo estratégico.

De qualquer forma, é um bom mercado para a análise dos efeitos de mercado ocasionados pelo monopólio da infraestrutura essencial. O que se percebe, na grande parte dos mercados, é que o refinamento do insumo já é monopólio da própria empresa que o possui, sobrando apenas a concorrência a nível de distribuição (e eficiência distributiva). Com o preço do gásóleo regulado pela empresa extratora e refinadora, sobra apenas aos distribuidores obter lucro sobre o processo distributivo. Aquele que obtiver maior eficiência distributiva terá vantagem sobre os seus concorrentes, porém se a empresa refinadora tiver sua própria marca, essa terá facilidade de dominar o mercado (e só não o fará para manter a aparência de concorrência).

A fragilidade do sistema concorrencial é visível, verificando-se na maioria dos mercados um comportamento concertado que em muito lembra o cartel, mas que de certa forma é a única maneira das distribuidoras concorrentes sobreviverem neste mercado. Temos que perceber que, de fato, concorrência não existe, e esse é o principal efeito anticoncorrencial que se verificará da detenção da infraestrutura essencial por um monopolista.

A questão foi posta e a doutrina das infraestruturas essenciais buscou evitar que empresas que detivessem a posição dominante em um mercado de um bem de produção essencial pulassem para o próximo estágio da produção²⁵, dominando também o mercado do produto relevante.

Neste sentido, é importante entender que a doutrina pode ser aplicada quando dois mercados relacionados verticalmente estão envolvidos. Não há necessidade de provar a atuação do proprietário da infraestrutura nos dois mercados, mas tão somente a necessidade do mercado subordinado em obter acesso à infraestrutura do fornecedor monopolista como requisito indispensável à competição e a inexistência de possibilidade de substituição do produto base²⁶.

O efeito se verifica com farmacêuticas e seus respectivos insumos e pode acontecer na dependência de maquinaria para fábrica que seja construída por uma única empresa, não existindo possibilidade de competição. Neste último caso, é usual que haja alguma patente sobre essa maquinaria, sendo assim objeto de estudos de propriedade intelectual.

25 Efeito alavanca, como explicita o entendimento do TJUE no caso T-201/04. Microsoft v. Comissão.

26 PITOFSKY, Robert et al, op. cit.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Devemos, conforme o que foi analisado, concluir que o mercado de infraestruturas essenciais de produção cria uma barreira produtiva. A existência desta barreira pode retirar agentes do mercado, bem como inibir o seu surgimento. Sobretudo, o controlador de tal insumo pode limitar sua produção, de forma a reter o crescimento do mercado, mesmo que seja obrigado a negociar.

3.3 Propriedade Intelectual como infraestrutura essencial

Como se sabe, as patentes de propriedade intelectual e direitos autorais tem tratamento diverso em cada país. Os estados unidos e a união europeia buscaram uma maior proteção neste sentido, historicamente²⁷, culminando com o *TRIPS Agreement*, do qual diversos países são signatários. A nível de união europeia, o alto nível de proteção à propriedade intelectual tem, um última análise, colidido frontalmente com o direito de concorrência.

A propriedade intelectual sempre teve o escopo de restringir a utilização do produto licenciado pelos concorrentes, evitando a ocorrência de “*free riders*”²⁸ e protegendo a inventividade. De outra senda, o direito da concorrência existe para proteger a livre concorrência, e tal na sua forma perfeita é aquela em que não há barreiras de mercado. A oposição entre propriedade e liberdade faz com que o conflito seja inevitável e de difícil resolução. A essência dessa oposição reside no fato de que os direitos de Propriedade Intelectual ajudam a criar e manter o monopólio enquanto, do outro lado, os direitos da Concorrência o proíbem²⁹.

Os aspectos em comum dos dois direitos correlacionados é buscar a inovação e melhorar o bem estar social dos consumidores. As premissas básicas de ambos os direitos não são necessariamente contraditórias, mas esbarram em uma questão primordial: Qual o nível ideal entre abertura de mercado e proteção à propriedade intelectual para se atingir o máximo de vontade inovadora?

27 Michael Catinat, Op. Cit.

28 Free riders são aqueles que entram no mercado competitivo buscando utilizar-se da propriedade alheia a custo zero para a distribuição do seu produto ou serviço. Neste sentido, a doutrina tem buscado formas de proteger-se deste efeito que pode ser nocivo à inovação. A principal doutrina posta para indenizar o criador é a da justa compensação, embora também existam outras como a teoria do primeiro uso.

29 OPI, Sergio Baches, The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct? . Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Volume 11, 2001.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Proteção do direito autoral é incentivo à inovação. Este efeito é percebido da construção lógica que leva ao processo inventivo. A inovação depende de um processo de pesquisa e desenvolvimento, o qual tem custos. Se a empresa desenvolvedora não obtiver recursos para compensar os custos de desenvolvimento do novo produto, não haverá motivação para fazê-lo. Neste sentido, é claro o entendimento para a parte relevante da doutrina que a proteção ao direito de propriedade intelectual tem o viés de recompensar pela inovação. A forma que essa recompensa se dá, no âmbito das infraestruturas essenciais, é que deve ser alvo de debate.

A jurisprudência do Tribunal Europeu desconsiderou o fato de um produto ser alvo de proteção intelectual e aplicou o artigo 102 do TFUE para condenar empresas por violação do direito da concorrência, especificamente por abuso de posição dominante. Em julgados, sobressai o entendimento de que a proteção à propriedade intelectual pode ser relativizada quando houver um motivo relevante, especialmente em casos de redução substancial de concorrência.

Fato é que esse entendimento também foi alcançado na doutrina estadunidense, sendo inclusive publicado um manual sobre o nome de “Diretrizes Antitruste para o Licenciamento de Propriedade Intelectual”³⁰, onde destacou-se que as agências deveriam aplicar os mesmos princípios gerais de conduta de antitruste quando se tratasse de direito de propriedade intelectual, seja de forma tangível ou intangível. Explicou que, mesmo que a propriedade intelectual desse poder de mercado, não era este poder simplesmente que seria considerado uma ofensa à concorrência. Porém, o uso desse poder para adquirir ou manter ilegalmente o monopólio estaria sujeito às restrições do direito concorrencial. Importante frisar que, mais uma vez, a doutrina americana só vê aplicação possível quando tratar-se de motivação irrazoável para a negociação.

Devemos verificar que a propriedade intelectual, nas suas diversas formas, seja como forma de patente industrial, seja como direito autoral, pode controlar o mercado ao se tornar essencial à concorrência, seja no próprio mercado ou em mercados subsidiários. Como visto acima, a condição de essencialidade é mercadológica e, a curto prazo, os competidores dependerão dessa estrutura essencial que “conquistou o mercado”. Normalmente esse domínio de mercado se configura na forma de um monopólio, fazendo com que os produtos derivados dependam os conhecimentos básicos protegidos por uma patente específica.

30 U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (1995) <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Essa conquista do mercado e o início do monopólio é conhecida pela doutrina como a condição do “Winner takes it all”³¹. Tal doutrina verificou que certos mercados – especialmente de tecnologias – apresentaram a existência de produtos que se tornavam utilizados pela maioria das pessoas, muitas vezes por efeitos de rede e interoperabilidade de softwares. A tecnologia vencedora poderia nem sempre ser a mais eficaz do mercado, mas dominá-lo por possuir peculiaridade a tornaram favorita dentro de um mercado específico.

Por questões de compatibilidade tecnológica, há uma tendência de um monopólio continuado dessa tecnologia por alguns anos, até que se desenvolva algo notoriamente superior. Nesse período, os mercados subordinados tornam-se dependentes dessa tecnologia essencial, motivo pelo qual é assemelhada às infraestruturas essenciais e da mesma forma têm sido tratadas pela doutrina, essencialmente no que interessa à concorrência.

Na jurisprudência dos EUA, em casos disputa entre proteção de propriedade intelectual relacionadas a bancos de dados ou softwares e a reivindicação de acesso às infraestruturas essenciais, a doutrina foi aplicada da mesma forma que era para os casos de infraestrutura material. Em outras palavras, os requisitos para a verificação da existência e aplicação da doutrina foram os mesmos³².

Embora verifique-se a existência do caso Kodak³³ nos EUA, à realidade europeia interessam os casos em que as infraestruturas essenciais estão ligadas a uma propriedade intelectual sobre a qual percebe-se o fechamento de mercado por recusa a negociar acesso ao conhecimento. Estamos falando de casos como o Volvo³⁴, Magill³⁵ e Microsoft, nos quais se lida com acesso a conhecimento protegido por registro de propriedade intelectual. O que devemos perceber é que as barreiras criadas nestes os casos tem escopo diferente, uma vez

31 PAIS, Sofia. Op. Cit. p.

32 PITOFISKY, Robert et al, Op. cit. pg 453. “When essential facilities claims have been raised in the context of assets protected by intellectual property laws-such as copyrighted databases or software-these courts have applied the essential facilities doctrine just as they have when the undisputed natural monopolies involved utilities, transportation facilities, or other physical assets.”

33 O referido caso lida com a negativa de acesso aos bens da kodak para que fosse feito o suporte técnico do mesmo, inclusive a substituição de peças. Nota-se que, embora a doutrina dos EUA coloque a essência do debate nos IPRs, entendo que dentro da estrutura de registros continental faça mais sentido ver o caso sobre o prisma dos bens de produção. A negativa de acesso ao bem impede a realização do serviço subordinado, qual seja de manutenção. A divergência ocorre pela diferente forma de proteção de copyright nos EUA, notadamente pelas proteções ao saber-fazer (Know how to do it).

34 Caso T-238/87, Volvo v. Veng ECR, 1988. Trata-se de caso onde a Volvo tinha a intenção de impedir a importação de peças substitutivas de painéis dos seus carros. Para tal, impediu-se o acesso ao design das peças, restringindo a competição. A ECJ decidiu que seria considerado abuso de mercado quando fosse negada a distribuição das peças a reparadores independentes, tal distribuição fosse a preços injustos ou cessasse a distribuição enquanto ainda houvessem modelos a circular.

35 Já referido anteriormente na nota nº 10. Caso T-69/89, RTE v. Comissão., 1991 E.C.R. II-485 (1991); Caso T-70/89, BBC v. Comissão. 1991 E.C.R. II-535 (1991); Caso T-76/89, ITP Ltd. v. Comissão., 1991 E.C.R. II-575 (1991); Casos Integrados C-241 & C-242/91, RTE, ITP v. Comissão., 1995 E.C.R. I-743 (1995).

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

que no primeiro caso a necessidade de informação era essencial ao atendimento do mercado relevante, enquanto no segundo caso se tornou essencial pela imposição de uma barreira artificial.

4 BARREIRAS ARTIFICIAIS NAS INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS

Para demonstrar o que chamo de barreiras artificiais no âmbito das infraestruturas essenciais, farei a demonstração na análise do caso Microsoft (embora o julgamento claramente evite a utilização do rótulo de “infraestrutura essencial”), sendo necessário o entendimento básico sobre criptografia. Etimologicamente é a escrita escondida, ou seja, não compreensível à primeira vista, a qual é criada justamente para dificultar o acesso à informação ali contida. Na década de 1970 os EUA dedicaram grandes esforços para criar uma criptografia de informática bem desenvolvida. A escolhida foi o DES, da IBM, a qual foi inclusive registrada como armamento militar³⁶.

Alguns anos após, em 1993, devido a certas inseguranças geradas pelo longo uso e disseminação de uma única patente de criptografia, o governo estadunidense buscou outras alternativas, como FIPS 185, Clipper Chip, Skipjack e Keys. Estas outras plataformas de criptografia desenvolvidas foram registradas dentro das regras para ter acesso ao mercado americano.

Importante destacar ainda que essa nova gama de linguagens restritas foi criticada pela indústria de informática dos EUA e, especialmente, pelas companhias estrangeiras que perderiam espaço nesse mercado. Além de se tratar de um evidente fechamento de mercado, fato é que a possibilidade de outras formas de criptografia de informações de informática possibilitou a babel da informação, causando diversos problemas de interoperabilidade.

A criptografia, em si, sendo utilizada para a criação dos programas de informática, gera uma barreira artificial de acesso. Somente aqueles que tiverem acesso ao conhecimento de tal criptografia poderão fazer programas que consigam operar em conjunto com a aferida linguagem. Veja-se que não se trata de inovação tecnológica, mas apenas uma barreira artificial que a criptografia cria para barrar o acesso à informação.

Essa situação teve seus reflexos no caso Microsoft, quando esta empresa decidiu modificar seu produto mais conhecido, qual seja o sistema operativo Windows, modificando o

36 CATINAT, Michel. “THE “NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE” INITIATIVE IN THE UNITED STATES - POLICY OR NON POLICY? PART 2” *Computer and Telecommunications Law Review*, 1998.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

sistema de encriptação (protocolo) de rede conhecido e substituindo-o pelo *Active Directory*, ao qual ninguém teria acesso. Bastou acrescentar as proteções de propriedade intelectual e, de uma forma simples, tentou se eliminar categoricamente os concorrentes nos mercados subsidiários ou interdependentes.

No processo frente ao TJUE, a comissão apontou que a negativa de comercializar o conhecimento detido no *active directory* com os concorrentes do mercado de servidores como abuso de poder económico. A Microsoft suscitou o argumento de proteção à propriedade intelectual, que em última análise incentiva à inovação.

Por fim, o julgamento culminou com a condenação da Microsoft à multa e a obrigação de comercializar o conhecimento sobre o produto, para possibilitar a interoperabilidade com outros servidores. A decisão deixou a cargo da Microsoft a confecção dos termos sob os quais a licença seria concedida, contanto que fossem razoáveis e não discriminatórios, conforme o artigo 5^o³⁷.

Ocorre que, como bem sustentou a argumentação técnica da *Free Software Foundation Europe*³⁸, interessada no processo, tal propriedade intelectual não era propriamente uma inovação, pois a interoperabilidade era possível nos moldes anteriormente

37 Decisão da Comissão 2007/53/EC, Microsoft v. Comissão, “Article 5

As regards the abuse referred to in Article 2 (a):

(a) Microsoft Corporation shall, within 120 days of the date of notification of this Decision, make the Interoperability Information available to any undertaking having an interest in developing and distributing work group server operating system products and shall, on reasonable and non-discriminatory terms, allow the use of the Interoperability Information by such undertakings for the purpose of developing and distributing work group server operating system products;

299

(b) Microsoft Corporation shall ensure that the Interoperability Information made available is kept updated on an ongoing basis and in a Timely Manner;

(c) Microsoft Corporation shall, within 120 days of the date of notification of this Decision, set up an evaluation mechanism that will give interested undertakings a workable possibility of informing themselves about the scope and terms of use of the Interoperability Information; as regards this evaluation mechanism, Microsoft Corporation may impose reasonable and non-discriminatory conditions to ensure that access to the Interoperability Information is granted for evaluation purposes only;

(d) Microsoft Corporation shall, within 60 days of the date of notification of this Decision, communicate to the Commission all the measures that it intends to take under points (a), (b) and (c); that communication shall be sufficiently detailed to enable the Commission to make a preliminary assessment as to whether the said measures will ensure effective compliance with the Decision; in particular, Microsoft Corporation shall outline in detail the terms under which it will allow the use of the Interoperability Information;

(e) Microsoft Corporation shall, within 120 days of the date of notification of this Decision, communicate to the Commission all the measures that it has taken under points (a), (b) and (c). “

38 Caso T-201/04. Microsoft v. Comissão. p. 282 “A FSFE alega que a «tecnologia» que a Microsoft recusa divulgar aos seus concorrentes não é nem nova nem inovadora. Explica que esta última, com efeito, pratica uma política que consiste em adoptar protocolos pré-existentes e introduzir-lhes alterações menores e inúteis com o objectivo de impedir a interoperabilidade. Refere-se, nomeadamente, aos protocolos seguintes: CIFS/SMB (Common Internet File System/Server Message Block), DCE/RPC (Distributed Computing Environment/Remote Procedure Call), Kerberos 5 e LDAP.”

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

usados. O que a Microsoft fez foi criar uma barreira de acesso a sua base de dados, encriptá-la com novos protocolos e restringir o acesso dos seus concorrentes. Importante destacar que os protocolos em questão não trouxeram benefício ao mercado consumidor, antes pelo contrário.

Tal argumento passou, de certa forma, despercebido pela comissão e tribunal, porém é o cerne da questão envolvendo a atitude anticoncorrencial da empresa. O que diferencia a barreira artificial aqui mencionada da existente nos casos de propriedade intelectual protegida é que essa foi especificamente introduzida para eliminar a concorrência, como confesso por um executivo da Microsoft³⁹. A atitude de buscar a proteção dos direitos de propriedade intelectual teve o objetivo único de falsear a concorrência, não havendo base que o sustente na teoria dos direitos autorais. Não há de se falar, neste caso, de inventividade e justa compensação.

Há de se perceber, ainda, que a criatividade das empresas ao tentar falsear a concorrência certamente criará outras espécies de barreiras artificiais, que não estarão precipuamente conectadas a propriedade intelectual. O que há de se inferir como denominador comum das barreiras artificiais é a atitude cogente da empresa em posição dominante ao obrigar o mercado a aceder à sua infraestrutura.

5 TAXAS DE ACESSO, ROYALTIES E JUSTA COMPENSAÇÃO

Fato é que os principais conflitos atuais no campo das infraestruturas essenciais residem na recusa ao licenciamento⁴⁰. Entretanto, devemos nos ater também à possibilidade de existência de negociação e, se possível, em que termos.

O que ocorre, na existência de negociação e abertura do mercado é que sejam cobradas, por parte do detentor da infraestrutura essencial, uma remuneração pelo provimento do serviço.

A primeira forma e mais comum é a taxa de acesso⁴¹, tipicamente cobrada pela utilização da infraestrutura de distribuição. Através do pagamento da taxa, o concorrente

39 Caso T-201/04. Microsoft v. Comissão. p. 1349 “Além disso, como a Comissão refere acertadamente no considerando 778 da decisão impugnada, resulta de um extracto de uma alocução proferida por B. Gates em Fevereiro de 1997 que os mais altos responsáveis da Microsoft consideravam a interoperabilidade um instrumento no âmbito dessa estratégia de efeito de alavanca. Esse extracto tem a seguinte redacção:

«Estamos a tentar utilizar o que temos sobre os servidores para conceber novos protocolos e excluir, especialmente, a Sun e a Oracle [...] Não sei se vamos conseguir, mas, de qualquer forma, é o que estamos a tentar fazer.»

40 OPI, Baches. Op. Cit.

41 Access charges, surgida nos EUA.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

poderá utilizar-se da infraestrutura dentro dos termos do cedente. A taxa tem o viés de compensar o detentor e auxiliar nos custos de manutenção e expansão da rede. No tocante ao acesso, foi exposto anteriormente que não importa somente o custo, mas também a qualidade deste acesso. A justa concorrência existirá quando todas as empresas puderem aceder à infraestrutura nas mesmas condições.

Ao tratarmos das infraestruturas de produção, o nome utilizado é simplesmente a compra do insumo necessário. Não há grandes mistérios e, novamente, o equilíbrio concorrencial existirá quando os preços e a qualidade dos insumos forem idênticos.

Os *royalties* são taxas fixas cobradas pela utilização da infraestrutura essencial, por produto. Assim, uma empresa que quiser aceder a uma informação essencial terá que compensar a detentora do direito de propriedade com o pagamento de *royalties* a cada produto ou serviço comercializado. Os *royalties* tornam-se parte do custo fixo invariável do produto. O controle concorrencial sobre a cobrança de *royalties* dependerá exclusivamente da prática do mesmo preço entre os concorrentes. Há quem entenda que a estipulação de *royalties* acaba por ser excessiva e que, na prática, deveria ser aplicada a teoria da primeira venda⁴², consequentemente entendendo pelo esgotamento.

A verdade é que a preocupação dos estudos em direito da concorrência acaba por concentrar-se na tarefa de balancear os interesses de exploração deste mercado em expansão e a preservação da livre concorrência. Há a corrente que defenda a total proteção dos direitos de propriedade, bem como a sua oposta que entenda correto o fim de qualquer proteção de forma a beneficiar a concorrência perfeita.⁴³

Ocorre que a maioria das doutrinas hoje aplicadas no âmbito das infraestruturas essenciais encontram-se entre essas duas. Dentre tais, destaco a escola da justa compensação⁴⁴, que entende que o objetivo das propriedades intelectuais é recompensar o desenvolvimento de tecnologias e, por esse motivo, há norma que permite a retenção. Porém, quando a retenção da tecnologia vier a prejudicar a inovação a nível global, deve haver a obrigação de negociar com outras partes, mediante justa compensação.

No que tange a justa compensação, o cerne do debate acaba por concentrar-se no termo justo, ou razoável. Entende-se, pois, que sempre que a compensação for inferior ao custo marginal, essa estaria sendo injusta. Por outro lado, o limite máximo do preço acaba

42 O detentor da propriedade intelectual protegida teria o direito de, na primeira venda comercial, obter a compensação pela pesquisa e desenvolvimento e retirar seu lucro. Após isso, haveria o esgotamento da proteção ao direito de propriedade intelectual.

43 BACHES OPI, op. cit., pg. 443

44 Também destacada por François Lévêque, Baches Opi, Sofia Oliveira Pais, entre outros.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

sendo fixado pelo momento da curva em que se torna um empecilho a manutenção do serviço, principalmente pelos rivais (o detentor da infraestrutura não terá este segundo problema, salvo se a viabilidade do negócio esteja comprometida).

Entre essas duas margens, há um espaço para discricionariedade e, como exposto anteriormente, o risco constante de vantagem concorrencial do detentor da infraestrutura em relação aos seus rivais. Assim sendo, o preço pode ser regulado de duas formas: (I) sob a regulação constante de entes paraestatais; ou (II) através da independência da empresa possuidora da infraestrutura essencial em relação àquela que presta o serviço dependente.

A primeira possibilidade existe em vários países, notadamente pelas agências reguladoras dos serviços. O que nota-se de tal experiência é a facilidade em que um campo que deveria ser técnico e econômico se tornou âmbito de pressões políticas e interesses privados.

Quanto a obrigação de independência das empresas, essa é facilmente praticável pela simples obrigação de cisão empresarial. Passará a existir uma empresa que sobreviverá exclusivamente das taxas de acesso ou *royalties* e deverá cobrá-los, de forma igual, de todos os concorrentes. Desta forma, o controle seria implementado em relação ao volume de negócios, preços praticados e de qual seria o real custo da infraestrutura.

Fato é que as cortes, tanto na jurisprudência europeia quanto na dos EUA, raramente vão fixar as condições de acesso, termos e preços. Sugere Lipsky que não se sintam bem equipadas juridicamente para isso⁴⁵. Diferentemente, entendo que as cortes não estipulam os termos para manter tais contratos na esfera privada⁴⁶, não regulatória.

CONCLUSÃO

O efeito conhecido como fechamento de mercado ocorreu, historicamente, através de cláusulas de exclusividade. No caso das infraestruturas essenciais, não há necessidade de tal cláusula, pois são exclusivas *per se*. O detentor dessas infraestruturas pode regular o mercado e escolher quem terá acesso a tal estrutura, de forma monopolista.

Nesta linha de raciocínio, a negativa a negociar o acesso (*refuse to deal*) é o instrumento básico para a criação de barreiras de mercado, causando seu fechamento, especialmente a novos agentes. Notou-se a existência de quatro tipos de barreiras de mercado

45 LIPSKY Jr., Abbot B. - SIDAK, J. Gregory - Essential Facilities. HeinOnline, 51 SLR, 1999, p. 1188.A

46 Consequentemente, livre manifestação da vontade das partes.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

ligadas às infraestruturas essenciais, quais sejam: (I) Barreira de Acesso; (II) Barreira de Produção; (III) Barreira de Informação; e (IV) Barreira Artificial.

O direito da concorrência deve se ater a estar, de modo permanente, a quebrar essas barreiras de mercado, possibilitando que haja a justa concorrência. Deixar que uma destas barreiras se perpetue é dar condições mercadológicas para o surgimento de novos monopólios através do abuso da posição dominante.

Ao contrário do que sugere a doutrina, definir as regras de aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais pode ser prejudicial, pois a verdade é que a aplicação dependerá sempre das condições de mercado e se há possibilidade de oferecer concorrência ao detentor da infraestrutura. A comissão europeia deve estar sempre atenta as novas formas de falsear a concorrência, que estão a se sofisticar.

Segundo a doutrina estadunidense, haveria situações em que a negativa de negociação no âmbito das infraestruturas essenciais poderia ser justificada. Elas são categorizadas como recusa legítima de negócio (*legitimate bussiness justification*)⁴⁷. O importante sobre tais razões é que elas devam ser a exceção e, portanto, dependentes de prova. Negar-se a negociar constituirá abuso de posição dominante sempre que não existir uma razão relevante e excepcional.

A teoria justa compensação tem algumas limitações, a começar pelo próprio conceito preço justo, porém ainda assim é a mais razoável das opções propostas. Assume-se que justo é obter a compensação pelo custo marginal, custo variável e lucro justo. O problema acaba por residir na quantificação do custo variável e do lucro justo. Como, na prática, o custo dos royalties e taxas acaba a chegar ao consumidor através do repasse, inexistirá o marco comparativo para a aferição do preço justo para tal compensação.

O preço pode ser regulado de duas formas: (I) sob a controle de agências regulatórias, entes paraestatais; ou (II) através da independência da empresa possuidora da infraestrutura essencial. Desta última forma, torna-se fácil monitorar os preços praticados entre as empresas do mesmo grupo e as suas concorrentes, bem como aproximar o custo da infraestrutura do lucro pela cessão da mesma. A operacionalização desta segunda forma de controle é mais simples e menos custosa, além de sofrer menor pressão política.

Por fim, é recomendável que a teoria da justa compensação seria aplicável aos tipos básicos de barreiras infraestruturas essenciais, quais sejam as de distribuição (forte no custo de manutenção), produção (e o custo do produto essencial) ou informação (recompensa pela

47 PITOFSKY, Robert et al, Op. Cit., pg. 450.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

pesquisa e desenvolvimento). Entretanto, não se aconselha a compensação das barreiras artificiais, uma vez que o principal intuito dessas é falsear a concorrência, não devendo tal atitude ser incentivada.

BIBLIOGRAFIA

BRENNAN, Timothy J. *Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation Be Combined*. Vol. 61 Fed. Comm. L.J. 2009.

CATINAT, Michel. “The “National Information Infrastructure” Initiative in the United States - Policy or nonpolicy? PART 2”. *Computer and Telecommunications Law Review*, 1998.

EPSTEIN, Richard A. *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice*. Why Less is More. Washington DC: American Enterprise Institute – AEI Press, 2007.

KORAH, Valentine. *Access to Essential Facilities under the Commerce Act in the Light of Experience in Australia, the European Union and the United States*. Vol. 31 VUWLR, 2000.

KRATTENMAKER, Thomas G.; SALOP, Steven C. *Exclusion and Antitrust*. 1987, p. 29. <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv11n3/v11n3-4-5.pdf>

LÉVÊQUE, François. *Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*. CERNA, Paris, 2005.

LIPSKY Jr., Abbot B.; SIDAK, J. Gregory - *Essential Facilities*. HeinOnline, 51 SLR, 1999, p. 1188.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. ALMEIDA, Jorge. *Entre a propriedade e o acesso: a questão das infraestruturas essenciais*. Concorrência: Estudos, Almedina, Coimbra, 2006.

MONTI, Mario. *Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?* 3rd, Nordic Competition Policy Conference. Stockholm, 11-12 September 2000.

INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS E O FECHAMENTO DE MERCADOS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/00/295>

OPI, Sergio Baches. *The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct?* Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Volume 11, 2001.

PAIS, Sofia Oliveira. *Entre Inovação e Concorrência – em defesa de um modelo europeu*. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

PITOFISKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. *The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law*. 2002.
<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/346/>

SCHERER, F.M.; ROSS, David. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship. 1990.

SILVA, Miguel Moura e - *Direito da concorrência : uma introdução jurisprudencial*. Almedina, Coimbra, 2008.