

## DESAGREGAÇÃO E COMPARTILHAMENTO DO USO DE REDE DE TELECOMUNICAÇÕES

PEDRO DUTRA\*

*1. Unbundling: desagregação — 1.1. A questão em exame — 2. Serviço Telefônico Fixo Comutado — STFC: disciplina legal — 2.1. A primariedade da prestação do STFC — 3. Compartilhamento do uso de rede: inteligência dos artigos 154 e 155 da Lei Geral de Telecomunicações — LGT — 3.1. O princípio constitucional da livre concorrência e a LGT — 3.2. Pressupostos do compartilhamento do uso de rede: casos e condições — 3.3. A doutrina da instalação essencial — 3.3.1. A função social da propriedade e a doutrina da instalação essencial — 3.3.2. Pressupostos da aplicação da doutrina da instalação essencial — 3.3.3. O mercado de STFC — 3.3.4. O mercado de serviços de transmissão de dados em alta velocidade — 3.3.5. Os pressupostos aplicáveis à espécie — 3.3.5.1. A viabilidade técnica do compartilhamento — 3.3.5.2. A impossibilidade da duplicação da instalação — 3.3.5.3. Recusa ao compartilhamento: justificativa — 3.3.5.4. O preço do compartilhamento — 4. Condições do compartilhamento — 4.1. Desestímulo ao investimento — 4.2. Ineficiência econômica — 4.3. Transferência de renda — 4.4. Cherry picking e cream skimming — 4.5. Limite — 5. A disciplina regulamentar e o ato administrativo autorizador do compartilhamento: o dever da ANATEL — 6. Conclusão — 7. Bibliografia.*

### *1. Unbundling: desagregação*

*Unbundling* quer dizer desenfeixamento; *bundle*<sup>1</sup>, em inglês, corresponde a *fascia*, feixe, em latim<sup>2</sup>. O verbo *to bundle*, enfeixar, encontra o seu contrário pela

1 cf. The Oxford Dictionary of English Etymology, edited by C.T. Onions, Oxford, 1966, p. 126.

2 cf. Novíssimo Dicionário Latino-Português, SARAIVA, F.R. dos Santos. 5ª. ed., Rio de Janeiro: H. Garnier. 1905, p. 474-5.

\* Advogado.

adição do prefixo *un*, e o vocábulo assim composto, acrescido do sufixo *ing*, forma o gerúndio desse verbo, de onde provém o substantivo *unbundling*. Na linguagem específica de telecomunicações, optou-se pelo vocábulo *desagregação* como versão do vocábulo inglês, e em francês *degroupeage*, desagrupamento<sup>3</sup>.

*Desagregação* é a segmentação de elementos de uma rede instalada de telecomunicações. Embora o processo de desagregação possa ser promovido, em princípio, em qualquer elemento de rede ou, ainda, em determinados serviços, aqui examinaremos a hipótese do compartilhamento do uso de rede que se segue à desagregação de elementos da rede de telecomunicações, que serve à prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado — STFC, em seu acesso local. Neste caso, a desagregação permite liberar uma faixa de frequência alta, em paralelo à faixa de frequência baixa desta rede já utilizada ordinariamente para prestação do STFC, e destiná-la à transmissão de dados em alta velocidade<sup>4</sup>. A exploração dos serviços que utilizam esta faixa desagregada de alta frequência atraiu o interesse de terceiros prestadores de outros serviços de telecomunicações não proprietários e não titulares dos direitos de exploração da rede destinada à prestação de STFC, na modalidade local. Estes reclamam, avançando argumentos diversos, compartilhar o uso da rede instalada destinada à prestação do STFC, de propriedade e explorada pelas Concessionárias destes serviços, para transmitirem dados por meio da faixa de frequência alta, desagregada dessa rede. De outro lado, as Concessionárias de STFC, titulares das redes destinadas à prestação desses serviços, em especial aqueles prestados em âmbito local — de ora por diante, Concessionárias — não se recusariam ao compartilhamento, senão reclamam fixe a ANATEL — conforme dispõe a Lei Geral de Telecomunicações, artigos 154 e 155 — os casos e condições em que tal compartilhamento pode ocorrer.

### 1.1 A questão em exame

O cerne da questão, cujo exame dos aspectos jurídicos aqui se faz, é o *compar-*

3 “Ce terme, traduction de l’anglais ‘unbundling’, désigne l’obligation, pour le fournisseur, de ‘segmenter’ sa prestation, (...)”. TRAN THIET, Jean-Paul. “Télécommunications! Nouvelle Donne”. Paris: Les Éditions d’Organisation. 1997. p. 55.

4 Existem diferentes tipos de *unbundling*, que essencialmente variam quanto ao grau de compartilhamento de rede:

- *full unbundling*: nessa modalidade, a empresa entrante tem acesso direto e exclusivo ao par de cobre do assinante. Tendo acesso ao par, a prestadora opera seu sistema de transmissão, sendo o ponto de interconexão no distribuidor geral da estação local de comutação (ponto final da “última milha”) ou em uma unidade concentradora remota.

- *shared line*: diversos serviços são prestados por mais de uma operadora, com acesso ao par. Assim como no *full unbundling*, o ponto de interconexão situa-se no distribuidor geral da estação ou em uma unidade remota, fazendo-se necessário o gerenciamento do uso dado ao espectro do cabo, em razão do seu uso para prestação de diversos serviços.

- *bit stream*: essa modalidade de *unbundling* envolve tanto o meio físico como o sistema de transmissão. A incumbente gerencia todo o sistema, evitando as interferências decorrentes do uso descontrolado do espectro. O ponto de interconexão geralmente está na estação local.

*tilhamento* do uso do acesso local de uma mesma rede já instalada, aquela de propriedade de Concessionária e utilizada primariamente para a prestação de STFC, em seqüência à *desagregação* de seus elementos — qualquer o tipo que a desagregação observe — por terceiros prestadores de serviços de transmissão de dados em alta velocidade.

Vale dizer, a incidência dos artigos 154 e 155, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97, de ora por diante, LGT).

## 2. Serviço Telefônico Fixo Comutado — STFC: disciplina legal

O serviço de telefonia inscreve-se entre os serviços de telecomunicações que o artigo 60, § 1º, da LGT, refere, embora aí haja referência à *transmissão de sons*; a referência à *telefonia*, como *forma de telecomunicação*, acha-se adiante, art. 69, parágrafo único, e a referência à *transmissão de voz* encontra-se nas regras infra-legais que disciplinam a prestação do serviço de telefonia fixa comutada, que o definem: *serviço telefônico fixo comutado: serviço de telecomunicação que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre dois pontos fixos determinados, utilizando-se processos de telefonia*<sup>5</sup>.

Quanto à natureza do interesse que afetam, a LGT classifica os serviços de telecomunicações em os de interesse coletivo e os de interesse restrito, sendo que a exploração destes serviços não pode prejudicar a exploração daqueles serviços (art. 62, da LGT). Designa a Lei serviços prestados em regime jurídico público e em regime privado, dizendo que os primeiros são prestados mediante concessão ou permissão; dispõe que ao prestador destes serviços estipular-se-á a obrigação de promover-lhes a universalização e assegurar-lhes a continuidade, explicitando que a obrigação de universalização será cumprida por meio do atendimento de prescrições específicas, estas fixadas em maior número e de maior complexidade às Concessionárias de SFTC prestado em âmbito local, mensuradas por critério determinado, e que o seu descumprimento, assim como o descumprimento da obrigação de continuidade, sujeitará a Concessionária às sanções previstas (artigo 82, *citado*).

À vista dos dispositivos legais incidentes, o serviço de telefonia fixa comutada classifica-se como serviço de interesse coletivo, prestado sob regime jurídico público, mediante concessão, sendo estipulada à Concessionária, sobretudo quando o presta em âmbito local, a obrigação de promover a sua universalização pelo atendimento às prescrições específicas a ela estipuladas em maior número e complexidade do que às estipuladas às prestadoras de STFC na modalidade de longa distância nacional e internacional, e, ainda, a obrigação de assegurar a continuidade desses serviços na forma e em índice determinados, sujeitando-se à sanção legal em caso de inadimplência dessas obrigações (artigos 79 e 82<sup>6</sup>, da LGT).

5 Regulamento de Serviço Telefônico Fixo Comutado, artigo 3º, XX, aprovado pela Resolução 85, de 30/dezembro/1998.

6 “Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade

Mas não só. A especialidade do serviço prestado pelas Concessionárias de STFC afirma-se, sobre os demais serviços de telecomunicações, em razão de este serviço ser destinado ao atendimento direto da demanda primária dos serviços de telecomunicações, a reunir a totalidade dos seus usuários, desde os de menor renda até os de maior renda. Em uma palavra, a demanda por esses serviços é a maior e mais complexa registrada no mercado de serviços de telecomunicações, pois reúne o maior número de faixas e contingente de usuários do que a demanda pelos demais serviços ofertados nesse mercado. O legislador, atendendo à significação desse fato, acertadamente<sup>7</sup> o pôs à base da definição legal das “*obrigações de universalização*”: “*as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações independentemente de sua localização e condição sócio-econômica...*”<sup>8</sup>.

Desse contexto ressalta, indiscutível, o fato de que a prestação de STFC, sobretudo em âmbito local, cumpre diretamente a finalidade primeira da prestação de serviços de telecomunicações, fixada na LGT de forma preambular no inciso II do artigo 2º: “*o Poder Público tem o dever de (...) estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira.*”

### 2.1. A primariedade da prestação do STFC

Vale dizer, a *expansão dos serviços de telecomunicações, em benefício da população brasileira*, dar-se-á obrigatoriamente por meio da prestação dos serviços que atendam *primariamente ao interesse público*, serviços que possibilitem *o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica*<sup>9</sup>. Este serviço é

ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.”

<sup>7</sup> Seguindo, aliás, a experiência normativa europeia, que considera igual suporte fático: “‘Universal Service’ shall mean a defined minimum set of services of specified quality which is available to users regardless of their geographical location and, in the light of specific national conditions, at an affordable price;”. ONP Framework Directive — Council Directive 90/387/EEC — of 28 June 1990. In: WATSON, Christopher / WHEADON, Tom. *Telecommunications — the EU law*. Palladian Law. 1999. p. 36). Igualmente, o direito francês: “Le service universal permet d’organiser un droit au téléphone pour tous à un prix abordable”. In: *Télécom — aspects juridiques*. BEU-SOUSSAN, Alain. s.L. Hermes, 1998, p. 39.

<sup>8</sup> § 1º do Artigo 79, da LGT.

<sup>9</sup> Artigo 79, § 1º da LGT: “A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua

o serviço de telefonia fixa comutada, sobretudo o prestado em âmbito local, e cuja prestação reveste-se, por conseguinte, de um caráter prioritário afirmado em Lei, em relação à prestação dos demais serviços de telecomunicações. Assim, em função dessa prioridade, é que a Lei põe, como dever do Poder Público, — da ANATEL — a promoção da prestação desse serviço em primeiro lugar, em relação aos demais serviços de telecomunicações<sup>10</sup>, prioridade que a regra do artigo 127, da LGT, ratifica, ao dizer que *a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público*. Ou seja, observada a prioridade da prestação de STFC.

Nesse sentido também, a proteção conferida à prestação de STFC, expressa no dispositivo do artigo 66 da mesma Lei: “*Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.*” Este dispositivo, e o do artigo 127, citado, guardam a integridade absoluta da prestação de STFC, a compreender necessariamente o equilíbrio econômico-financeiro da prestadora, o qual, agravado, comprometerá a prestação daquele serviço. Claro está, ao dizer *inviabilidade* não referiu o legislador apenas o estado de inviabilidade plena, senão qualquer agravo capaz de comprometer a prestação do STFC. Surge, então, à Agência o dever de *adotar as medidas que impeçam* tal inviabilidade, que dizer, medidas protetivas a assegurar a continuidade íntegra — íntegros os aspectos técnicos e econômicos — da prestação de STFC.

### 3. *Compartilhamento do uso de rede: inteligência dos artigos 154 e 155 da LGT*

O compartilhamento do uso de redes está disciplinado nos artigos 154 e 155, da LGT; respectivamente:

“Art. 154. As redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito.

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.”

fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.”

<sup>10</sup> O artigo 127, da LGT, desdobra o comando do citado artigo 2º: “Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das Leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

(...)

IV — a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, [dar-se-á] observada a prevalência do interesse público; (...).”

Embora em forma prolixa, inquestionavelmente a regra dos artigos citados assegura o compartilhamento do uso de rede instalada por terceiro: *as redes de telecomunicações poderão ser (...) utilizadas (...) por outrem; e (...) as empresas deverão disponibilizar suas redes (...) a outras prestadoras.*

Todavia, o compartilhamento do uso da rede não se apresenta como um direito irrestrito assegurado a terceiro; o seu exercício deve observar os pressupostos fixados na Lei, a saber: possibilitar ou promover a concorrência no mercado em causa; o caráter prioritário da prestação de STFC, sobretudo em âmbito local, e portanto o uso prioritário da rede instalada para esse fim; os *casos* e as *condições* em que o compartilhamento pode ocorrer, estes e estas fixados pela ANATEL.

Ao dispor que *as redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem*, diz o legislador que o uso compartilhado da rede dar-se-á em forma estrita: *secundariamente*. Por óbvio, essa utilização secundária refere a função primária da rede destinada à prestação de STFC. A secundariedade do uso por *outrem* — do compartilhamento — da rede traduz o caráter prioritário que, de forma preambular, o legislador conferiu à prestação do STFC em razão das suas características e finalidade fixadas em Lei. Objetivamente, visa a regra do artigo 154 preservar a integridade — assegurando-lhe a continuidade e a universalização — da prestação do STFC, advertido porém o legislador de que o uso compartilhado da rede destinada à prestação desse serviço, embora devido e desejado como meio de aperfeiçoamento tecnológico e de formação ou afirmação da concorrência no mercado geral de telecomunicações, requer detida análise pela ANATEL.

É nesse sentido que a regra do artigo 155 complementa a do artigo anterior: *para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviço 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* (art. 155, da LGT). Corretamente, o legislador aduziu à regra do artigo 154 regra a fixar que o compartilhamento ali referido deverá ter, obrigatoriamente, por finalidade *desenvolver a competição*. E não poderia ser por outra forma, uma vez que a prestação dos serviços de telecomunicações inscreve-se no regime jurídico, de extração constitucional, de defesa da livre concorrência.

O uso compartilhado da rede submete-se, portanto, à condição de que a prestação do STFC, em especial em âmbito local, não seja, por forma alguma, prejudicada, bem como seja atendida a finalidade legal de desenvolver a competição. A verificação do implemento dessa condição e do cumprimento dessa finalidade está cometida à ANATEL, e ela deverá promovê-la fixando, obrigatoriamente, os *casos* e as *condições*, isto é, os termos em que o compartilhamento poderá ocorrer.

### 3.1. O princípio constitucional da livre concorrência e a LGT

Atendendo à norma constitucional, que pôs a defesa da livre concorrência como princípio regente da ordem econômica<sup>11</sup> e tem por destinatário primeiro o legislador

<sup>11</sup> Art. 170, IV, da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

ordinário, este, ao disciplinar a prestação dos *serviços de telecomunicações* e a *criação e funcionamento de seu órgão regulador*, observando o comando constitucional, dispôs que as *relações econômicas* que se travem no mercado de serviços de telecomunicações observarão o princípio constitucional da *livre concorrência*, a ser afirmado pela *repressão ao abuso do poder econômico*<sup>12</sup>.

Sob controle estatal, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações agiam em regime de monopólio e, por conseguinte, nesse mercado inexistia concorrência; a oferta desses serviços era ditada à margem de qualquer disputa entre as empresas ofertantes. Uma vez privatizadas essas empresas, e já vigente a atual Constituição Federal, em obediência às regras deste novo estatuto, determinou a lei ordinária, a LGT, fosse o mercado de serviços de telecomunicações estruturado sob o regime de livre concorrência. Assim, as empresas privatizadas de telecomunicações, e as empresas entrantes nesse mercado, submetem-se todas às regras de defesa da concorrência, e a ação reguladora da ANATEL acha-se vinculada legalmente, em toda a sua extensão, ao estabelecimento de condições objetivas necessárias à criação e à afirmação de um mercado concorrencial; nas palavras exatas da LGT, seu artigo 6º: *Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.*

### 3.2. Pressupostos do compartilhamento do uso de rede: casos e condições

Nesse quadro normativo de extração constitucional devidamente desdobrado na LGT<sup>13</sup>, artigos 5º<sup>14</sup> e 6º (citado acima), os casos e as condições — em que o

humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV — livre concorrência;"

§ 4º do artigo 173, da Constituição Federal: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

12 Art. 5º, da LGT: "Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público."

13 O mesmo quadro normativo, de subordinação do mercado de serviços de telecomunicações à regra da livre concorrência, se têm no regime jurídico da comunidade européia. "*The timetable for full liberalisation in the telecommunications sector has now been established, and most Member States had to remove the last barriers to the provision of telecommunications networks and services in a competitive environment to consumers by 1 January 1998. As a result of this liberalisation a second set of related products or services will emerge as well as the need for access to facilities necessary to provide these services. In this sector, interconnection to the public switched telecommunications network is a typical, but not the only, example of such access. The commission has*

compartilhamento do uso da rede é admissível — deverão ser fixados pela ANATEL, tendo por finalidade *desenvolver a competição*, nos termos dos artigos 154 e 155 da LGT.

Como exposto acima, a questão em causa assim se resume. A Concessionária prestadora de STFC, inclusive o prestado em âmbito local, utiliza-se para execução desse serviço de rede de sua propriedade. Terceiras empresas querem compartilhar o uso do acesso local desta rede para ofertarem serviços de transmissão de dados em alta velocidade, valendo-se da faixa de alta frequência desagregada dessa rede. Não negariam compartilhamento as Concessionárias senão reclamariam a ação reguladora da ANATEL, a fixar os *casos* e as *condições* em que o compartilhamento poderá ocorrer, como dispõe a LGT. Assim, não se pode, em princípio, falar em conduta violadora das regras de defesa da concorrência por parte das Concessionárias, titulares da rede destinada à prestação de STFC, em especial em âmbito local, ao contrário do que ocorre na maioria dos casos que vêm consistindo a jurisprudência norte-americana e a comunitária européia.

### 3.3. A doutrina da instalação essencial

Na experiência norte-americana, os pressupostos objetivos a justificar o uso compartilhado de um bem por terceiro foram sendo definidos em sucessivas decisões judiciais. Na recente experiência comunitária européia, a questão é enfrentada em normas diversas — “diretivas”, “avisos” etc. — e também pelo órgão judiciário da União Européia e de alguns estados membros, aquele na qualidade de revisor de decisões do órgão comunitário de defesa da concorrência. Na atual fase da ação regulatória no Brasil, o Poder Judiciário vem sendo chamado a se manifestar sobre a ação de órgãos reguladores, mas a maioria das questões refere ainda a revisão dos aspectos formais, e não questões substantivas, relativas aos atos expedidos por tais órgãos.

O uso de um entroncamento ferroviário em St. Louis, nos Estados Unidos, em 1912, por terceiros que por ele queriam fazer trafegar suas composições, encontrou resistência de seus proprietários; a Suprema Corte decidiu em favor dos terceiros, reconhecendo que, mesmo não sendo co-proprietários do entroncamento, ao seu uso teriam direito<sup>15</sup>. Uma série de decisões subseqüentes, não necessariamente tendo por

*stated that it will define the treatment of access agreements in the telecommunications sector under the competition rules. This notice, therefore, addresses the issue of how competition rules and procedures apply to access agreements in the context of harmonised EC and national regulation in the telecommunications sector. (in NOTICE on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector. FRAMEWORK, RELEVANT MARKETS AND PRINCIPLES. In: Official Journal of the European Communities. 22.8.98. c 265/02).*

14 v. nota 12.

15 United States v. Terminal T.T. Ass'n, 224 U.S. 383 (1912). In: *ANTITRUST law developments*. 4. ed. Chicago: American Bar Association, 1997. v. I. p. 275-276.

objeto o uso compartilhado de instalações por terceiros<sup>16</sup>, permitiram a construção da *essential facility doctrine* — *doutrina da instalação essencial* — largamente disseminada, e cuja crítica, em face do atual significado das indústrias de rede na economia mundial, vem sendo renovada, especialmente em relação à delimitação do caso — do suporte fáctico — ao qual é pertinente invocar a doutrina como fundamento à aplicação das regras legais de defesa da livre concorrência, sobretudo em mercados regulados.

Pois foi precisamente no mercado regulado de telecomunicações que surgiu a controvérsia que permitiu à Suprema Corte dos Estados Unidos formular os pressupostos objetivos à aplicação da doutrina da instalação essencial. A *MCI Communications Corp.* reclamava o direito de conectar sua rede, destinada à prestação de serviço local, à rede da *AT&T*, utilizada para prestação de serviço em âmbito nacional; argüia a *MCI* que, valendo-se da rede da *AT&T*, a esta oporia concorrência e assim beneficiaria o usuário final. A Suprema Corte julgou procedente o pedido formulado pela *MCI*, dizendo, em resumo, que o uso da rede da *ATT* pela *MCI* beneficiaria a concorrência<sup>17</sup>.

A experiência comunitária europeia recepcionou a doutrina da instalação essencial ao decidir o caso *B&I Line plc v. Sealink*. Esta empresa operava barcaças para transporte de automóveis (*car ferry boats*), entre o País de Gales e a Irlanda, e era proprietária do porto onde as barcaças ancoravam; *B&I*, prestava o mesmo serviço e utilizava o mesmo porto, que, dado às suas características, não permitia às barcaças das duas empresas descarregassem simultaneamente, obrigando as empresas a um rodízio pré-determinado. A *Sealink* unilateralmente alterou seus horários de tráfego, em prejuízo de sua competidora. A Comissão, embora reconhecendo que a alteração beneficiaria os consumidores, entendeu a conduta como abusiva, uma vez que a *Sealink* valia-se do seu poder monopólico sobre a instalação essencial — o porto — “para reforçar sua posição em um mercado conexo, especialmente por dar ao seu concorrente acesso a esse mercado conexo em condições menos favoráveis do que aquelas reservadas à prestação de seu serviço”<sup>18</sup>.

### 3.3.1. A função social de propriedade e a doutrina da instalação essencial

A qualidade de *essencial*, atribuída a uma instalação, diz que o seu uso compartilhado possibilita terceiro competir com o titular da instalação e assim preservar a livre concorrência ou promovê-la no mercado em causa. Note-se, desde já, que a essencialidade a ser declarada refere-se à concorrência, existente ou a existir, e não

16 Uma síntese se tem em: AREEDA, Phillip. “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”. In: *Antitrust Law Journal*, vol. 58. 1989-90, p. 841 e ss.

17 *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d at 1123-33. (7<sup>th</sup>. Circuit) 464 U.S. 891 (1983). In: *ANTITRUST law developments*. 4. ed. Chicago: American Bar Association, 1997. v. I. p. 276-277.

18 In BISHOP, Simon / WALKER, Mike. *The Economics of EC Competition Law*. 1999. p. 115.

ao ingresso de terceiro ao mercado simplesmente. Essencial é a instalação cujo uso, por terceiro, possibilita ou promove a concorrência em um dado mercado.

A essencialidade de um determinado bem é o fundamento a justificar a restrição excepcional ao livre uso desse bem — da instalação — por seu proprietário, que o fez compartilhá-lo com terceiro. Essa exceção ao pleno exercício do direito da propriedade é admitida no direito brasileiro e acha o seu fundamento no princípio constitucional da *função social da propriedade*, disposto em linha com os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, princípios complementares entre si e regentes da ordem econômica, a dizer prevalecer, eventualmente e na forma da Lei, a atribuída *função social* da propriedade sobre o pleno exercício das prerrogativas a ela inerentes, e ordinariamente asseguradas nas regras de direito privado ao titular do bem. PIETRO BARCELLONA analisa a regra excepcionante:

*“A função social não opera no interior da propriedade, não é a propriedade que é disciplinada de forma a realizar a função social; ao contrário, a função social é realizada pela Lei; não é a propriedade que é dirigida para a realização da função social, é a lei que actua a função social. A função social é a ‘ratio’, a justificação das intervenções do legislador que estabelecem uma série de limites, que definem o âmbito dos poderes proprietários; no interior desta faixa externa o proprietário continua a comportar-se como titular de uma competência exclusiva”*. (“Diritto privato e processo economico”. Napole, 1974. pp. 179 e 180, *apud* Ana Prata em *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra. 1982, p. 163).

A qualificação excepcionante indica a limitação, estendida à ordem econômica, ao exercício do direito de propriedade; e, como todas as demais formas de intervenção estatal na ordem econômica, está disposta em Lei, em cumprimento à regra do artigo 174 da Constituição Federal<sup>19</sup>. É, precisamente, o que se tem em relação à defesa da concorrência e em relação à regulação do mercado de serviços de telecomunicações, subsistemas normativos objetivamente harmonizados, como visto acima. A Lei de repressão ao abuso do poder econômico, de nº 8.884/94, desdobra o princípio constitucional da função social da propriedade, ao prever, entre outras medidas, a venda de bens, cessão ou suspensão de direitos, quando necessário à preservação da livre concorrência, pela prevenção e repressão ao abuso do poder econômico<sup>20</sup>. A

19 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (grifamos)

20 Artigo 54, § 9º, da Lei 8.884/94: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam

LGT, a sua vez, em exata proporção, inscreve os princípios constitucionais da *função social da propriedade* e da *livre concorrência*, na disciplina do mercado de serviços de telecomunicações, como se tem, respectivamente nos seus artigos 7º e 146, III<sup>21</sup>.

Portanto, o exercício dos direitos relativos à propriedade de rede — instalação — que pode ser declarada essencial no mercado de serviços de telecomunicações, submete-se ao interesse *social*, ao interesse de todos, ao *interesse público*, e assim o seu uso pode ser excepcionado ao proprietário do bem, em favor do interesse social; no caso, *promover a competição*, a livre concorrência no mercado de serviços de telecomunicações, desde que atendidos os pressupostos especialmente fixados nos artigos 154 e 155, da LGT.

### 3.3.2. Pressupostos da aplicação da doutrina da instalação essencial

O suporte fáctico a reclamar a incidência da regra legal a determinar o compartilhamento deve ser cuidadosamente analisado para que terceiro possa ser autorizado compartilhar o uso de determinada instalação, tendo-se em conta que a restrição ao livre exercício dos direitos da propriedade por seu titular, que o compartilhamento legal do uso a este impõe, ergue-se como um fator dominante nesta análise, como mostra a doutrina italiana:

*“Da ciò discende, a nostro avviso, che la speciale responsabilità gravante sull’impresa in posizione dominante di non ridurre o escludere la concorrenza, in questa particolare situazione, viene ad incidere sulle prerogative*

desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.”.

21 “Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

“Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

(...)

III — o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.”

*stesse del diritto di proprietà di un bene, in particolare limitando una delle facoltà tradizionalmente riconosciute al proprietario, quella di escludere i terzi del próprio bene.*

*In tal caso, l'obbligo di contrarre dell'impresa che controlla un'essential facility si configurerebbe come un limite al diritto di proprietà del bene e nel correlativo riconoscimento di un vero e próprio diritto di accesso all'essential facility da parte di imprese concorrenti attuali o potenziali, previo pagamento di un corrispettivo che copra l'investimento del proprietario.”.* (BERTI, Iacopo / BIANCARDI, Alberto. “Essential facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche”. In: *Concorrenza e Mercato*. Milão: Giuffrè Editore. 4/1996. p. 447) (grifo do autor)

AREEDA, o autor mais citado nos Estados Unidos no âmbito do direito da concorrência, mostra não existir o dever incondicionado de compartilhar, e, quando admitido o compartilhamento, revela-se ele inteiramente excepcional na ordem jurídica, uma vez que é um propósito legítimo do proprietário da instalação, cujo compartilhamento terceiro reclama, defender a sua posição no mercado concorrencial, e mesmo ampliá-la; é, conclui, uma reação natural no mercado competitivo; contrária à Lei, se o titular da rede conduzir-se de forma a obstar a livre concorrência<sup>22</sup>. O mesmo dizem BISHOP & WALKER, no âmbito do direito comunitário europeu:

*“The concept of an essential facility runs contrary to that of property rights. It is a fundamental right of firms and individuals to exercise their property rights; hence, the application of refusal to supply and essential facility arguments must be examined carefully and confined to appropriate conditions, rather than providing broad grounds for regulatory intervention.”* (BISHOP, Simon / WALKER, Mike. *The Economics of EC Competition Law*. London: Sweet & Maxwell. 1999. p. 115)

A excepcionalidade, a marcar a doutrina da instalação essencial, requer, portanto, à sua aplicação na determinação do dever de compartilhar, análise caso a caso, a cada qual fixadas as condições a serem observadas. Andou bem, portanto, o legislador brasileiro, ao determinar à ANATEL identificar e fixar o caso e as condições em que o compartilhamento do uso de rede usado para prestação de serviços de telecomunicações poderá ser admitido<sup>23</sup>.

22 cf. AREEDA, Phillip. “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”. In: *Antitrust Law Journal*. vol. 58, n.1 — part 1. April 5-7. 1989. p. 852-853.

23 Nessa linha a experiência norte-americana, mesmo versando sobre a hipótese oposta a aqui analisada, de existir um monopolista natural e, por parte dele, recusa em ceder acesso a terceiro que lhe queira compartilhar o uso da instalação da qual é titular, OWEN observa: “*The first remedy is to regulate the terms of access on a case-by-case basis, so as to ensure that all efficient competitors obtain access, but that the optimal degree of vertical integration is maintained.*” (“*Determining*

Na questão em exame, essa análise deve iniciar-se por distinguir a posição das Concessionárias nos mercados envolvidos: o mercado de prestação de STFC, e o mercado de prestação de serviços de transmissão de dados em alta velocidade. Observe-se, desde já, que o tipo de desagregação dos elementos da rede de propriedade das Concessionárias, eventualmente a ser promovido para atender a terceiro, submetem-se a considerações de ordem técnica não jurídica e econômica que serão considerações também objeto da análise, caso a caso, para fixar as condições do compartilhamento, que a Lei obriga a ANATEL promover.

### 3.3.3. O mercado de STFC

Terceiro, entrante, ao compartilhar o uso de uma instalação, disputará no mercado de serviço a que a instalação serve primariamente ou secundariamente. No caso sob exame, o mercado primário, como visto acima, é o de STFC, sobretudo o prestado em âmbito local, e secundário o mercado de transmissão de dados em alta velocidade, este contudo sob diversa situação regulatória em relação àquele, como adiante se verá.

Na área geográfica em que atuam, pode-se dizer que as Concessionárias têm posição dominante no mercado de STFC, e assim poder-se-ia cogitar extenso esse poder ao mercado à jusante, de transmissão de dados em alta velocidade, que poderá utilizar elemento desagregado do acesso local da rede de propriedade das Concessionárias. Mas, como acima apontado, não há exercício abusivo do domínio por parte das Concessionárias no mercado de prestação de STFC e no mercado de transmissão de dados em alta velocidade, não apenas em razão do fato de, em mercados regulados como o de STFC, o poder de mercado não se expressar, porque assim não se consubstancia, por forma igual a dos mercados não regulados, senão porque não há, por parte das Concessionárias, recusa em compartilhar o uso de sua rede, e sim a pretensão de a ANATEL, em cumprimento à Lei, fixar os casos e as condições em que tal compartilhamento poderá ter lugar.

Que o poder de mercado em mercados regulados revela-se diverso, essencialmente, em relação aos mercados não regulados, a doutrina demonstra claramente<sup>24</sup>.

*optimal access to regulated essential facilities*". OWEN, Bruce M. In: *Antitrust Law Journal*, v. 58. 1989-90. p. 890)

24 "The second factor is the presence of regulation itself, which may do two different things. First, it may give the firm an exclusive right to deal in a defined area. Second, regulation may designate the price at which a firm must sell. On the one hand, courts have said that market power is measured by a dominant share of a relevant market. On the other, they have defined power as the ability to control prices. A price regulated public utility may be thought to have substantial market power under the market share test, but perhaps no market power at all under the test of power to control price. Some courts have held that dominant market share is relatively less important to the assessment of market power in the case of a regulated public utility than for dominant firms generally." (HOVENKAMP, Herbert. "Antitrust and Federal Regulatory Policy". In: *Federal Antitrust Policy — The law of competition and its practice*. s.L. 1994. p. 658).

E, note-se, ainda, que a posição dominante ostentada pelas Concessionárias no mercado de STFC tem extração legal: foi-lhes outorgada pelo poder concedente, nos termos das normas disciplinadoras do processo de privatização e da LGT.

### *3.3.4. O mercado de serviços de transmissão de dados em alta velocidade*

O mercado de serviços de transmissão de dados em alta velocidade difere essencialmente daquele de prestação de STFC, em especial o prestado em âmbito local, já pela natureza do serviço. Trata-se de transmissão de dados e não de voz, o que afasta a possibilidade de substitutibilidade direta entre ambos os serviços de que o usuário de qualquer desses serviços pudesse valer-se; por igual, o preço dos serviços: enquanto o preço do STFC é fixado pela Agência, livre é o preço da transmissão de dados, e é alta a disparidade entre eles. Do ponto de vista regulatório, a prestação de serviços de transmissão de dados inscreve-se em outro padrão normativo: é um serviço de interesse coletivo, porém prestado sob regime privado, o que isenta o seu prestador dos deveres de universalização e continuidade, que gravam a prestação do STFC.

Prestação de STFC e de transmissão de dados são serviços de telecomunicações, mas constituem mercados relevantes<sup>25</sup> — ou segmentos daquele mercado mais amplo — distintos. No caso presente, a disputa dar-se-á em um mercado de serviço diverso do mercado de STFC, o de transmissão de dados em alta velocidade, a utilizar elemento desagregado da rede primariamente destinada à prestação de STFC, mas que com o mercado formado por este serviço não se confunde.

O mercado de serviços de transmissão de dados em alta velocidade e seus figurantes deverão fazer objeto preferencial de análise da ANATEL, ao esta fixar os casos e as condições em que o compartilhamento do uso da rede hoje destinada à prestação de STFC poderá ocorrer, para permitir que naquele mercado seja *desenvolvida* a competição. Ou seja, serão os termos do mercado de transmissão de dados em alta velocidade que deverão ser analisados detidamente pela ANATEL, pois o desenvolvimento de que fala a regra do artigo 155, citado, refere este mercado.

### *3.3.5. Os pressupostos aplicáveis à espécie*

Excluído o uso abusivo de posição dominante, do qual se valha o titular da rede para negar o compartilhamento devido de seu uso a terceiro — o que não ocorre na questão aqui examinada e assim tem-se afastada a hipótese de infração à ordem econômica, os demais pressupostos a justificar a aplicação de doutrina da instalação essencial permanecem válidos. Tais pressupostos viram-se consagrados a partir da sua fixação pela jurisprudência norte-americana e pela experiência regulatória co-

25 Isto é, área geográfica onde serviços ou produtos são ofertados e procurados.

munitária européia, como acima apontados; à hipótese em exame são aplicáveis os seguintes<sup>26</sup>:

- i) a viabilidade técnica do compartilhamento;
- ii) a impossibilidade de duplicação, por parte de terceiro, da instalação em causa<sup>27</sup>;
- iii) inexistência de justificativa objetiva a fundamentar a recusa em compartilhar<sup>28</sup>; e
- iv) terceiro compartilhador achar-se preparado para pagar preço razoável e não discriminatório pelo direito de compartilhar<sup>29</sup>.

### 3.3.5.1. A viabilidade técnica do compartilhamento

A i) viabilidade técnica não se contém apenas na possibilidade física do compartilhamento. Ela não pode acarretar ônus excessivo ao proprietário da rede, uma vez que o compartilhamento não tem caráter sancionatório, nem tem por finalidade assegurar renda ao terceiro compartilhador, entrante no mercado; o seu propósito é permitir terceiro disputar, e assim ser a livre concorrência estimulada, para promover o bem-estar do usuário final. É sob esse ângulo que deverão ser, inclusive, definidos a forma e o local da instalação a que terceiro compartilhador terá acesso físico para compartilhar-lhe o uso. A forma e o local serão os mais vantajosos à promoção da competição, e não os mais vantajosos ao terceiro; a vantagem ao terceiro só será considerada se coincidir com a promoção da concorrência, e, portanto, não poderá ser considerada a partir da pretensão dele, pois não está em causa a disputa de

26 Estes os pressupostos deduzidos do caso MCI Communications Corp. v. AT&T, referido acima: “(1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility.”

Como se vê, à hipótese em exame não se aplicam os itens (1) e (3).

Na experiência européia, são os seguintes os pressupostos fixados na “*Commission’s Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in Telecommunications Sector*” — “Access Notice”, 1998, OJ. C265/2:

- (1) *availability of sufficient capacity to provide access;*
- (2) *the facility owner fails to satisfy demand on an existing service or product market, blocks the emergence of a potential new service or product, or impedes competition on an existing or potential service or product market;*
- (3) *the requesting party is prepared to pay a reasonable and non-discriminatory price for the access;*
- (4) *there is no objective justification for refusing access.*” . Não se aplicam ao caso em exame, como se vê, os itens (2) e (4).

O item (1) acha-se compreendido no pressuposto (1) fixado pela jurisprudência norte-americana, e relacionado acima — viabilidade técnica do compartilhamento.

27 Idem nota anterior.

28 Idem nota anterior.

29 Idem nota anterior.

posições concorrenciais entre o titular da rede, o incumbente, e o entrante, e sim a competição a ser promovida no mercado em causa<sup>30</sup>. Isto é, terceiro sempre argüirá ao postular o compartilhamento, que a sua negação constitui uma restrição à concorrência.

### 3.3.5.2. A impossibilidade da duplicação da instalação

A ii) impossibilidade da duplicação da instalação deve ser apurada concretamente, e não estimada, ou presumida. Não se admite a presunção ao compartilhamento<sup>31</sup>; é clara a norma legal ao assegurar o compartilhamento em caso identificado e em condições estipuladas pela ANATEL, e desde que promova a competição. Os pressupostos factuais do compartilhamento exigem demonstração, e esta, nos termos da Lei, cabe ao órgão regulador fazer. Tampouco pode ser estimado o fato da impossibilidade da duplicação da instalação; há que ser medido. Não basta indicação de ser a duplicação onerosa do ponto de vista econômico, ou complexa do ponto de vista técnico: deve ser demonstrada que qualquer alternativa à instalação existente, econômica ou tecnicamente, é inviável. Igualmente, não cabe a justificativa de ser a instalação existente a melhor instalação disponível<sup>32</sup> em relação à instalação cuja construção seja viável. E, ainda, há de ser examinado se outra rede existente, ou cuja implantação não seja gravosa, com perfil tecnológico diverso, pode ser utilizada para a prestação do serviço em questão, atendendo igualmente à concorrência, pois, em caso afirmativo, não haverá fundamento ao compartilhamento do uso da instalação existente.

Assim MOGLIA & DURANTE:

*“Secondo la Corte, occorre in primo luogo stabilire se l’infrastruttura di cui trattasi costituisca un mercato distinto. A tal fine si deve verificare se altre facility, anche strutturalmente diverse, possano essere considerate ‘sufficientemente intercambiabili’ nel senso che consentono all’utente di raggiungere lo stesso risultato.”*. (MOGLIA, Giovanni G. / DURANTE, Domenico. “Le essential facility e la creazione di nuovi mercato concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione.” *In: Concorrenza e Mercato*. Giuffrè Editore. 1999. p. 303-304).

30 Como mostra a jurisprudência norte-americana: “*Since any entrant will request the most efficient network element that the incumbent has to offer, it is hard to imagine when the incumbent’s failure to give access to the element would not constitute an ‘impairment’ under this standard.*” (in “*AT&T Corp. et al. v. Iowa Utilities Board et al.*” — certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit — No. 97-826. Argued October 13, 1998 — Decided January 25, 1999).

31 “There is no general duty to share. Compulsory access, if it exists at all, is and should be very exceptional.” (AREEDA, Phillip. “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”. *In: Antitrust Law Journal*. vol. 58, n.1 — part 1. April 5-7. 1989. p. 852).

32 cf. *Blue Cross & Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic*, 65 F 3d 1406 (7th Cir. 1995). *In: “Antitrust Law”, v. IIIA, 1996. p. 203, nota 16.*

Enfim, deve ser demonstrada a inviabilidade, em termos concretos ou razoáveis<sup>33</sup>, de terceiro duplicar a instalação, sempre tendo-se em conta a finalidade do compartilhamento: promover a concorrência, pela rivalidade a ser oposta por terceiro entrante ao incumbente, ao titular da instalação, como mostra AREEDA:

*“A single firm’s facility, as distinct from that of a combination, is ‘essential’ only when it is both critical to the plaintiff’s competitive vitality and the plaintiff is essential for competition in the marketplace. ‘Critical to the plaintiff’s competitive vitality’ means that the plaintiff cannot compete effectively without it and that duplication or practical alternatives are not available.”* (Essential facilities: an epithet in need of limiting principles. AREEDA, Phillip. In: *Antitrust Law Journal*. Volume 58, Issue 1 — Part 1. April 5-7, 1989. p. 852-853).

Ambas opiniões são confirmadas pela jurisprudência norte-americana, revendo decisão do órgão regulador dos serviços de telecomunicações daquele país, e enfatizando caber a ele demonstrar estarem presentes os pressupostos factuais à base da determinação do compartilhamento do uso que expedir:

*“The FCC cannot, consistent with the statute, blind itself to the availability of elements outside the incumbent’s network. In addition, the FCC’s assumption that any increase in cost (or decrease in quality) imposed by denial of a network element renders access to that element ‘necessary’, and causes the failure to provide that element to ‘impair’ the entrant’s ability to furnish its desired services, is simply not in accord with the ordinary and fair meaning of those terms. Section 251(d)(2) requires the FCC to determine on a rational basis which network elements must be made available, taking into account the 1996 Act’s objectives and giving some substance to the ‘necessary’ and ‘impair’ requirements.”* (in “AT&T Corp. et al. v. Iowa Utilities Board et al.” — certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit — No. 97-826. Argued October 13, 1998 — Decided January 25, 1999.)

### 3.3.5.3. Recusa ao compartilhamento: justificativa

iii) Inexistência de justificativa objetiva a fundamentar a recusa em compartilhar é um pressuposto negativo, a saber, não haver fato capaz de isentar o proprietário do compartilhamento, quando os demais pressupostos nesse sentido existem. Apesar da extraordinariedade desse pressuposto, ele se vincula, diretamente ao dever de preservação da integridade da rede em sentido amplo, e acha elementos de explicitação nas próprias diretivas da União Européia; em uma palavra, a justificativa não

33 cf. MCI Communication corp., ob. cit.

se radica na vontade, ou interesse, do titular da rede, mas sim na atenção a que este deve dar à preservação da rede, esta sendo o meio físico de prestação de serviço a afetar diretamente o interesse público. Como mostra NIKOLINAKOS:

*“One example of such an objectively justified refusal to provide access is ‘an overriding difficulty of providing access to the requesting company’. It is a safe assumption that the term ‘overriding difficulty’ includes the essential requirements which are laid down in the Interconnection Directive, i.e. security of network operations, maintenance of network integrity, interoperability of services and protection of data. Besides, the Access Notice’s reference to ‘technical feasibility’ as a potential objective justification strengthens this argument.” (“Access Agreements in the Telecommunications Sector — Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under E.C. Competition Law” . NIKOLINAKOS, Nikos Th. In: *European Competition Law Review*. Vol. 20, n. 8, December 1999. p. 405)*

A integridade da rede refere, portanto, a sua plena capacidade de servir à prestação do serviço concedido, que incumbe ao concessionário prestar para o fim, fixado em Lei, de atender ao interesse público, qual seja, posta a hipótese no quadro normativo brasileiro, a prestação de STFC, em especial em âmbito local.

Assim, ainda que viável tecnicamente o compartilhamento, pode-se, por meio de uma justificativa objetiva, excluir-se a hipótese do compartilhamento na questão que aqui se examina, uma vez que a prestação de STFC não pode ser afetada em qualquer grau ou forma. A prestação de STFC, em especial a de âmbito local, tem prioridade em relação à prestação dos demais serviços de telecomunicações, e assim na utilização da rede; secundariamente, diz a Lei, o seu uso será compartilhado. Prioridade, e não preferência; não se trata de primazia da prestação de STFC sobre a prestação de serviços de transmissão de dados em alta velocidade, e sim de precedência da prestação de STFC sobre todos os demais serviços de telecomunicações. Tal prioridade, como visto, atende ao interesse público, na medida em que esse serviço alcança o maior e mais diversificado contingente de usuários, e, note-se, é por meio dele que os serviços essenciais à toda a população são prestados ordinariamente<sup>34</sup>. Portanto, a viabilidade técnica do compartilhamento submete-se à prioridade do uso da rede para prestação do STFC. Não é por outra razão que a jurisprudência norte-americana já decidiu ser lícita a recusa ou a restrição ao compartilhamento, feita pelo proprietário de rede de telecomunicações, que as entendia devida, à vista dos seus deveres de prestador de serviço regulado<sup>35</sup>, a afetar o interesse público.

34 “Since public networks must be available in cases of emergency, technical integrity must be maintained at all times of operation.” (GLASL, Daniel. “Essential facilities doctrine in EC anti-trust law: a contribution to the current debate”. In: *European Competition Law Review*. v. 15. n. 1, January/February 1994. p. 312)

35 cf. *Southern Pacific Communications Co. V. AT&T*, 740 F.2d 980 (D.C. Cir. 1984). In: *ANTITRUST law developments*, ob. cit., p. 282.

### 3.3.5.4. O preço do compartilhamento

iv) Terceiro compartilhador achar-se preparado para pagar preço razoável e não discriminatório pelo direito de compartilhar. O compartilhamento do uso de rede põe-se como clara exceção ao exercício do direito da propriedade, em atendimento ao interesse público objetivado na defesa e na promoção da livre concorrência, em um mercado econômico regulado ou não; em mercado regulado, o propósito de se promover a livre concorrência avulta, na medida em que, mostra a experiência, a concorrência deve prevalecer, sempre que permitam as condições estruturais do mercado, sobre a sua regulação, mais onerosa e complexa.

Claro está, essa prevalência sugere a livre concorrência a se dar nos limites fixados pela Lei, isto é, reprimido e prevenido o abuso do poder econômico, e não a concorrência livre, sem limites legais. A vinculação do compartilhamento ao atendimento do interesse público, no quadro da prestação privada dos serviços que se valem do uso compartilhado de rede, não haveria, porém, de eximir o beneficiário do compartilhamento do dever de, a um só tempo e pela forma disposta pelo órgão regulador especial, ressarcir e remunerar o proprietário da rede, respectivamente pelos investimentos nela feitos e pelo seu uso.

Não se há de admitir a disposição de pagar preço *razoável* fora desses pressupostos, assim como não se há de admitir o inverso, a saber, cobrar o proprietário preço *não razoável*, a inviabilizar o compartilhamento. Na ordem jurídica brasileira, incide a Lei, artigo 155, da LGT: cabe à ANATEL identificar os casos e fixar as condições em que o compartilhamento terá lugar. Essa regra é inafastável, e tem a Agência por destinatária: a ela não apenas cabe fixar as condições, mas fixá-las de forma a ressarcir os investimentos feitos e a remunerar o uso da rede, ao seu titular.

## 4. Condições do compartilhamento

Nos termos da LGT, as *condições* a reger o compartilhamento serão fixadas pela ANATEL, em seqüência à definição dos *casos* de compartilhamento do uso de rede. O legislador brasileiro não deixou às partes envolvidas decidir tais condições, e nos regimes jurídicos onde há essa possibilidade a definição delas, ao fim, decorre da ação estatal, regulatória ou judicial. É da experiência assim formada — tal como em relação aos pressupostos definidores dos casos em que cabe o compartilhamento de rede — que se pode recolher as situações negativas adiante expostas que a ação regulatória pode inadvertidamente induzir, e por essa razão devem fazer objeto de cuidadosa análise pelo órgão regulador na fixação das condições do compartilhamento.

### 4.1. Desestímulo ao investimento

A primeira dessas situações negativas é o desestímulo ao investimento, a afetar tanto ao incumbente quanto ao entrante. O proprietário da rede instalada, que dela

se vale na prestação de serviço do qual auferir renda, ao tê-la compartilhado com terceiro sofre uma restrição econômica que a remuneração por esse uso compartilhado busca compensar; porém, se esta remuneração não compensar a restrição econômica imposta (note-se: juridicamente justificada, na medida em que serve à satisfação do interesse público; no caso, a promoção da concorrência), o incumbente, em seqüência ao compartilhamento, não terá motivo para investir em seu negócio; por outras palavras, não podendo beneficiar-se do uso de seu bem e não sendo por tanto devidamente compensado, restará ao incumbente acomodar-se; como mostra BERGMAN:

*“It can be observed that all competition legislation restricts property rights. However, application of the essential facilities doctrine is typically considered particularly delicate, as too wide an application of the concept would jeopardise a firm’s incentive to invest. If a firm cannot exclusively benefit from its own assets, there is a substantial risk that there will be too little investment, to the detriment of efficiency and the economy as a whole.”* (BERGMAN, Mats A. *“The Bronner Case — A turning point for the essential facilities doctrine?”* In: *European Competition Law Review*. Vol. 21 — n. 2 — february 2000. p. 59)

Em relação ao entrante, a situação negativa amplia-se, no entender de OVERD & BISHOP. Sendo deferido o compartilhamento sem a atenção devida aos pressupostos que o autorizem, em especial as condições em que ele pode-se dar, não só o entrante mas entrantes potenciais sentir-se-ão também desestimulados a investir; mais, sentir-se-ão estimulados a, primeiramente, reclamar o compartilhamento, o qual, por si só, alegarão, irá promover a concorrência:

*“From an economist’s point of view (a view we think is shared by most lawyers), the key issue is that we do not normally think that it is a good idea to require third-party access to a private asset. The argument against such requirements is that it might undermine the incentive to develop the asset in the first place. Moreover, the effect could extend beyond the asset in question and might affect the incentives of all firms that came to know that requests for such access were often granted. The argument for such a requirement is that it might increase competition in a downstream market to the benefit of consumers.”* (Essential Facilities: the Rising Tide. Alan Overd and Bill Bishop. in *“European Competition Law Review”* — Vol. 19. 1998. p. 183)

Em estudo recente, KNIEPS distende esse ponto, mostrando que, no compartilhamento do uso de rede destinada à prestação de serviços de telecomunicações, não basta haver uma situação em que o entrante não se sinta desestimulado a investir, ou seja, haja uma situação neutra; é preciso, insiste, que o compartilhamento do uso seja autorizado em condições tais que o entrante sinta-se compelido a investir em infra-estrutura; só assim, diz, ter-se-á a concorrência estendida à infra-estrutura que

possibilita, por meio das redes que a articulam, a prestação de serviços de telecomunicações:

*“The important necessity in competitive telecommunications markets is to provide equal support to service competition and infrastructure competition and not to distort them through regulatory measures. Asymmetrical regulatory requirements that unilaterally inhibit infrastructure competition create the wrong incentives over the long term. The goal must be to create incentives in particular for market entrants to make worthwhile infrastructure investments themselves. A regulation that would require interconnection services to be offered below cost constitutes discrimination against the incumbent network operator. Truly, no one would provide network components voluntarily under such conditions. It can also be assumed that the facilities would never have been built if such regulatory requirements had been taken into consideration ex ante.*

*The result of asymmetrical regulation imposing disadvantages on the operators of public telecommunications networks would first of all be to create strategic incentives for competitors not to invest, or to invest less, in the construction of their own telecommunications networks; this constitutes a regulatory restraint of infrastructure competition.”* (KNEIPE, Günter. “Costing and pricing in liberalized telecommunications markets”, In: *COMPETITION and regulation in telecommunications — Examining Germany and America*. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 43).

#### 4.2. Ineficiência econômica

A situação de desestímulo ao investimento, a afetar seja o incumbente, seja o entrante ou entrantes potenciais, leva a uma situação de ineficiência econômica abrangente, a traduzir um processo concorrencial de baixa vitalidade; pode ela ocorrer já em curto prazo, seguinte à autorização do compartilhamento. A ineficiência resultará, sempre, como mostra BERGMAN, da ação regulatória desatenta aos pressupostos que devem informar a autorização de compartilhar:

*“A well-chosen criterion for when the doctrine should be applied should have the property that there is a close correspondence between situations when the criterion is fulfilled and situations when the application of the doctrine would result in both short-run and long-run efficiency improvements.”* (BERGMAN, Mats A. “The Bronner Case — A turning point for the essential facilities doctrine?” In: *European Competition Law Review*. Vol. 21 — n. 2 — February 2000. p. 63)

#### 4.3. Transferência de renda

A remuneração a ser paga ao titular da instalação cujo uso terceiro vai compartilhar — o preço do compartilhamento, que é, de entre as *condições*, a mais signi-

ficativa — deve também ser um fator de estímulo à concorrência. Por conseguinte, na análise dos seus fatores, mostra TOFFOLETTI ser indispensável ponderar a possibilidade de se alcançar um maior índice de concorrência em prazo curto, seguinte ao compartilhamento, e o risco de essa situação acarretar, a longo termo, uma transferência indevida de renda, entre incumbente e entrante:

*“(...) in relazione al problema della essential facility la discussione sull’opportunità di un livello di intervento antitrust così elevato viene ad incentrarsi sul bilancio tra i benefici di un maggiore concorrenza nell’immediato e una possibile ricaduta negativa, in una prospettiva di lungoperiodo, sul trado di appropriabilità dei risultati attesi da investimenti produttivi. In questo senso, si paventa che quanto più si adotti una nozione ampia di essential facility, tanto più si circoscriva l’ambito di liceità delle strategie di rent-seeking, quindi il profitto estraibile dall’uso delle risorse possedute e in ultima analisi l’incentivo ad intraprendere nuove iniziative d’impresa.”* (TOFFOLETTI, Luca. “La nozione di essential facility.” In: Concorrenza e Mercato. Giuffrè Editore. v.6. 1998. p. 335).

Tal situação desestimularia investimentos nos mercados afetados, e ainda configuraria uma situação contrária à Lei, a consistir possível abuso do poder econômico do agente beneficiário da transferência indevida de renda, a gerar aumento arbitrário de lucros, este pressuposto do abuso do poder econômico que a Lei manda prevenir e reprimir. Situação análoga, potencialmente violadora à ordem concorrencial, é aquela onde o *cherry picking* e o *cream skimming* podem ocorrer.

#### 4.4. *Cherry picking e cream skimming*

Literalmente, “colher a cereja”, “separar a nata”; figurativamente colher o(s) melhor(es) usuário(s) do mercado, hipótese viável quando ao entrante abre-se a possibilidade de ofertar seus serviços seletivamente aos melhores usuários, em condições mais competitivas do que as ofertadas pelo incumbente, pois desonerado o entrante do custo de instalação com que o incumbente arcou, e, assim, contratar com os usuários a prestação de seus serviços, a ser executada por meio do uso compartilhado da rede de propriedade do incumbente. O *cherry picking* ou o *cream skimming* deriva de uma situação especial, a ocorrer em um mercado que foi aberto à concorrência; nele o incumbente vê-se impossibilitado de recuperar os custos de aquisição, ampliação e atualização tecnológica da rede, pois a competição, que passou a existir nesse mercado, não o permite. Esses custos, denominados *stranded costs*<sup>36</sup>, em uma de suas formas enseja o *cherry picking* e o *cream skimming*, como

36 “*Stranded costs are costs that a regulated firm has been authorized to recover through regulated prices, but which the firm is no longer able to recover once the market in which it provides is open to competition.*” (MACAVOY, Paul W. & SIDAK, Gregory J. “What is wrong with American

mostram MACAVOY & SIDAK, examinando, em obra recente, o mercado de serviços de telecomunicações:

*“A third kind to open stranded cost, also prospective in nature, can arise if, after the move to open network access, the incumbent firm continues obligations or requirements to provide service to certain preferred customers. As selective entry takes place and picks off the high-margin customers who provide the source of funds to subsidize those negative-margin activities, there is a revenue shortfall. Again, this cost recovery shortfall takes place each day into the future that the incumbent firm operates under that regulatory structure.*

*This form of targeted entry is often called ‘cherry picking’ or ‘cream skimming’. The term that has been coined to describe the circumstances that give rise to vulnerability to cherry picking or cream skimming is ‘incumbent burdens’. An incumbent burden is the opposite of a barrier of entry. It is a burden that is asymmetrically borne by an incumbent firm but not the entrant. So, when the entrant arrives, that firm does not face that cost when competing against the regulated firm that is already serving the entire market.” (MACAVOY, Paul W. & SIDAK, Gregory J. “What is wrong with American telecommunications?”. In: COMPETITION and regulation in telecommunications — Examining Germany and America. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 73)*

Existente uma situação onde seja o *cherry picking* ou o *cream skimmig* possível, revelar-se-á um falha regulatória a conferir ao entrante uma vantagem competitiva gratuita, a ofender à ordem concorrencial, tal como se tem na hipótese de transferência indevida de renda.

#### 4.5. Limite

As condições a reger o compartilhamento, a serem fixadas, segundo a LGT, pela ANATEL, centram-se no preço a ser pago por terceiro ao proprietário da rede — pelo entrante ao incumbente — como ressarcimento e remuneração ao seu uso compartilhado. Esse preço, porém, deve atender às situações próprias que o mercado pode criar, das quais acima foram expostas as de efeitos negativos, capazes de frustrar a finalidade legal do compartilhamento, qual seja, a promoção da concorrência.

*Casos e condições* definem e configuram a hipótese do compartilhamento do uso de rede de telecomunicações, segundo dispõe os artigos 154 e 155, da LGT.

*telecommunications?”. In: COMPETITION and regulation in telecommunications — Examining Germany and America. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 72)*

Põe-se, portanto, uma questão de limite a ser observado pelo órgão regulador na fixação dos casos e condições em que o compartilhamento do uso de instalação essencial deve-se dar. Isto é, o limite entre a promoção da concorrência em um dado mercado, que a aplicação da doutrina da instalação essencial permite divisar ao identificar os casos em que o compartilhamento do uso de determinada instalação deve-se dar, e as situações negativas, que a autorização em compartilhar pode acarretar frustrando a promoção da concorrência. Como resume TOFFOLETTI:

*“Il problema della dottrina dell’essential facility viene in effetti proposto dalla maggior parte dei commentatori come un problema di limiti. (...) La principale preoccupazione che muove il dissenso è però senza dubbio il timore che un’applicazione estesa e indiscriminata del principio della condivisione di risorse essenziali con i concorrenti possa condurre ad una disincentivazione degli investimenti produttivi, per la ridotta appropriabilità dei risultati. Sotto questo profilo soprattutto, dunque, il problema dell’essential facility doctrine viene analizzato come un problema di limiti.” (La nozione di essential facility. Luca Toffoletti. In: Concorrenza e Mercato. Giuffrè Editore. v.6. 1998. p. 331).*

#### *5. A disciplina regulamentar e o ato administrativo autorizador do compartilhamento: o dever da ANATEL*

O legislador, com a regra do artigo 155 da LGT, afastou a possibilidade de o titular da rede e terceiro, que lhe quer compartilhar o uso, definirem entre si os termos do compartilhamento. A regra desse artigo é clara ao determinar que caberá à Agência fixar os *casos e as condições* em que o compartilhamento deve ocorrer. Essa fixação, porém, à vista dos termos gerais da regra legal — e outra não poderia ser a sua forma — e da inerente complexidade da matéria que faz seu objeto, não poderá ser feita pela Agência sem que os critérios que a explicitem tenham sido previamente disciplinados em norma infra-legal, sob a forma de resolução expedida pelo Conselho Diretor da ANATEL<sup>37</sup> submetida, previamente, à consulta pública.

37 Conforme dispõe o artigo 22, IV, da LGT:

“Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

IV — editar normas sobre matérias de competência da Agência;”

Artigo 17, XXVI, do Regulamento da ANATEL (aprovado pelo Decreto 2.338, de 7/out/1997):

“Art.17. No exercício de seu poder normativo relativamente às telecomunicações, caberá à Agência disciplinar, entre outros aspectos, a outorga, prestação, a comercialização e o uso dos serviços, a implantação e o funcionamento das redes, a utilização dos recursos de órbita e espectro de radio-freqüências, bem como:

(...)

XXVI — fixar os casos e condições em que, para desenvolver a competição, um prestador de serviço de telecomunicações de interesse coletivo deverá disponibilizar sua rede a outro prestador;”

Não bastará, ainda, haver a regra infra-legal expedida pela Agência para esse fim: será necessário que o ato administrativo, a determinar o compartilhamento do uso de rede de telecomunicações, referindo o *caso* e as *condições* em que ele terá lugar, explicita as razões de fato e de direito a motivá-lo. A Lei e a jurisprudência nacional são claras quanto ao dever de o agente administrativo motivar ato que pratique, sendo a jurisprudência norte-americana igualmente precisa quanto ao dever de o órgão regulador federal dos serviços de telecomunicações daquele país, a *Federal Communication Commission*, motivar ato administrativo que pratique:

*“The FCC might have attempted to justify its rule through the use of expert economic anticompetitive behavior has taken place. It chose not to do this. Instead, it claims that its conclusion — that an entity with a twenty or more percent interest in a Cellular provider would not compete with that Cellular provider as a Personal Communications Service licensee — is simply ‘common sense’. It appears to us, obtaining a Personal Communication license, the strict build-out requirements for licensees, and the existence of at least two other large Personal Communications Service providers in each market — is that a business competing at a less than efficient level will soon be driven out of the marketplace. We may be wrong. This Court certainly is not prescient, and we do not demand this from the FCC. What we do demand, however, is that the FCC provide at least some support for its predictive conclusions. See Century Communications Corp. v. Federal Communications Comm’n, 835 F.2d 292, 300-02 (D.C. Circ. 1987) (rejecting FCC’s judgment where supported by ‘scant’ evidence), cert. denied, 486 U.S. 1032 (1988). Here, the FCC simply has not provided anything resembling support for its forecasts of possible future economic behavior.”* (in Cincinnati Bell Telephone, et al. v. FCC, et al. 1995 FED App. 0326P (6th Cir.) — Nos. 94-3701/4113; 95-3023/3238/3315).

Assim, incumbe à ANATEL exercer o seu poder normativo<sup>38</sup> para explicitar a regra dos artigos 154 e 155, da LGT, expedindo resolução em que fixe os critérios que irá seguir no exame das solicitações de compartilhamento de uso de rede, e ao fim compor na fundamentação do ato administrativo por meio do qual eventualmente determine o compartilhamento.

## 6. Conclusão

À vista de todo o exposto, pode-se concluir:

38 “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV — expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;”

a) a desagregação, aqui referida, permite segmentar elementos do acesso local de uma rede instalada de telecomunicações; a utilização desse acesso local desagregado — no caso, a possibilitar a transmissão de dados em alta velocidade — faz objeto de pedidos de compartilhamento do uso de redes de propriedade das Concessionárias de STFC, em especial em âmbito local;

b) a prestação de STFC, sobretudo em âmbito local, atende primariamente ao interesse público, caracterizado pela universalização e a continuidade desse serviço, e assim a sua prestação tem prioridade em relação à prestação de todos os demais serviços de telecomunicações, objetos ou não de compartilhamento do uso de rede;

c) o compartilhamento do uso de rede destinada à prestação de serviços de telecomunicações está disciplinado na LGT, artigos 154 e 155;

d) a regra constitucional de defesa da livre concorrência, de repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da livre concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, recebida pela LGT, aplica-se na fixação, pela ANATEL, dos casos e condições em que o compartilhamento terá lugar;

e) nos termos da LGT, o compartilhamento só será autorizado para possibilitar ou promover a competição;

f) atendendo à finalidade legal, ao possibilitar ou promover a competição, o compartilhamento dar-se-á nos casos indicados e nas condições fixadas expressamente pela ANATEL;

g) a ANATEL deverá editar norma infra-legal para explicitar a regra dos artigos 154 e 155, da LGT, na qual estejam alinhados os critérios que deverá seguir na indicação dos casos e na fixação das condições em que o compartilhamento terá lugar; e

h) atendendo às normas legais incidentes, incumbe à ANATEL, por meio de ato específico devidamente motivado, indicar os casos e fixar as condições em que o compartilhamento terá lugar.

### *Bibliografia*

*ANTITRUST law developments*. 4. ed. Chicago: American Bar Association, 1997. v.

I. p. 275, 276, 277 e 282.

AREEDA, Phillip. "Essential facilities: an epithet in need of limiting principles".

In: *Antitrust Law Journal*, vol. 58. 1989-90, p. 841 e ss.

"AT&T Corp. et al. v. Iowa Utilities Board et al." — certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit — No. 97-826. Argued October 13, 1998 — Decided January 25, 1999.

BARCELLONA, Pietro. "Diritto privato e processo economico". Napole, 1974. pp. 179 e 180, apud Ana Prata em *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra. 1982, p. 163.

BERGMAN. Mats. A. "The Bronner Case — A turning point for the essential facilities doctrine?" In: *European Competition Law Review*. Vol. 21 — n. 2 — February 2000. p. 59 e 63.

- BERTI, Iacopo / BIANCARDI, Alberto. "Essential facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche". In: *Concorrenza e Mercato*. Milão: Giuffrè Editore. 4/1996. p. 447.
- BEUSOUSSAN, Alain. "Le service universal permet d'organiser um droit au téléphone pour tous à un prix abordable". In: *Télécom — aspects juridiques*. s.L. Hermes, 1998, p. 39.
- BISHOP, Simon / WALKER, Mike. *The Economics of EC Competition Law*. London: Sweet & Maxwell. 1999. p. 115.
- Cincinnati Bell Telephone, et al. v. FCC, et al. 1995 FED App. 0326P (6th Cir.) — Nos. 94-3701/4113; 95-3023/3238/3315.
- "Commision's Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in Telecommunications Sector" — "Access Notice", 1998, OJ. C265/2.
- Blue Cross & Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406 (7th Cir. 1995). In: *Antitrust Law*, v. IIIA, 1996. p. 203, nota 16.
- GLASL, Daniel. "Essential facilities doctrine in EC anti-trust law: a contribution to the corrent debate". In: *European Competition Law Review*. v. 15. n. 1, January/February 1994. p. 312.
- HOVENKAMP, Herbert. "Antitrust and Federal Regulatoy Policy". In: *Federal Antitrust Policy — The law of competition and its practice*. s.L. 1994. p. 658.
- KNIEPS, Günter. "Costing and pricing in liberalized telecommunications markets", In: *COMPETITION and regulation in telecommunications — Examining Germany and America*. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 43.
- MACAVOY, Paul W. & SIDAK, Gregory J. "What is wrong with American telecommunications?". In: *COMPETITION and regulation in telecommunications — Examining Germany and America*. edição de J. Gregory Sidak, Christoph Engel, Günter Knieps. Kluwer Academic Publishers, Boston. 2001 p. 72 e 73.
- MOGLIA, Giovanni G. / DURANTE, Domenico. "Le essential facility e la creazione di nuovi mercato concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione." In: *Concorrenza e Mercato*. Milano: Giuffrè. 1999. p. 303-304.
- NIKOLINAKOS, Nikos Th. "Access Agreements in the Telecommunications Sector — Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under E.C. Competition Law". In: *European Competition Law Review*. v. 20, n. 8, December 1999. p. 405.
- NOTICE on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector: FRAMEWORK, RELEVANT MARKETS AND PRINCIPLES. In: *Official Journal of the European Communities*. 22.8.98. c265/02.
- OVERD, Alan / BISHOP, Bill. "Essential Facilities: the Rising Tide". In: *European Competition Law Review* — v. 19. 1998. p. 183.
- OWEN, Bruce M. "Determining optimal access to regulated essential facilities". In: *Antitrust Law Journal*. v. 58. 1989-90. p. 890.
- SARAIVA, F.R. dos Santos. *Novíssimo Dicionario Latino-Portuguez*, 5ª. ed., Rio de Janeiro: H. Garnier. 1905, p. 474/5.

- THE OXFORD Dictionary of English Etymology, edited by C.T. Onions, Oxford, 1966, p. 126.
- TOFFOLETTI, Luca. “La nozione di essential facility”. In: *Concorrenza e Mercato*. Giuffrè Editore. v. 6. 1998. p. 331 e 335.
- TRAN THIET, Jean-Paul. “Télécommunications! Nouvelle Donne”. Paris: Les Éditions d’Organisation. 1997. p. 55.
- WATSON, Christopher / WHEADON, Tom. *Telecommunications — the EU law*. Bembridge: Palladian Law. 1999. p. 36.