Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 1 – fevereiro/março/abril de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

SERVIÇOS PÚBLICOS E CONCORRÊNCIA

Prof. Alexandre Santos de Aragão
Professor de Pós-graduação da UERJ e da UFF.
Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes.
Procurador do Estado. Advogado.

1. A PERMEABILIZAÇÃO DO REGIME DOS SERVIÇOS PÚBLICOS PELA CONCORRÊNCIA

Os serviços públicos foram tradicionalmente concebidos como atividades exógenas à livre iniciativa, e, conseqüentemente, à concorrência, pressupondo-se via de regra apenas um prestador, fosse ele o próprio Estado (ou alguma das suas entidades da Administração Indireta) ou um delegatário seu, mantida, em ambos os casos, a titularidade estatal exclusiva.

Nas palavras de PIPPO RANCI, "o serviço público foi percebido por muito tempo como um serviço pertencente, por sua natureza e por força de lei, a um contexto monopolístico, em cujo âmbito deve ser prestado gratuitamente ou mediante uma tarifa uniforme e equânime, (...) pressupondo-se que a Administração ou seu concessionário prestaria o melhor serviço pelo melhor preço".[1]

As razões – ideológicas, técnicas e econômicas – para este estado de coisas foram, basicamente, de duas ordens: (a) a circunstância de os serviços públicos constituírem, inclusive por razões tecnológicas, monopólios naturais, de forma que a presença de mais de um prestador fosse tecnicamente impossível, economicamente inviável ou pelo menos inconveniente diante dos interesses

[1] RANCI, Pippo. Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione, in *Per uma Nuova Costituzione Economica* (org. Giacinto della Cananea e Giulio Napolitano), Ed. Il Mulino, Bologna, 1998, p. 34.

públicos curados, o que se daria, por exemplo, se a existência de mais de um prestador, ao invés de diminuir os preços, os aumentasse em função da menor economia de escala;[2] (b) a concepção de que estas atividades, ainda que possuíssem conteúdo econômico, não poderiam, face ao estreito liame com os direitos fundamentais e com a solidariedade social, ser submetidas à lógica do lucro e do mercado.

Sustentando esta idéia, que naturalmente ainda possui muitos defensores, CRISTIANE DERANI afirma que "a transferência da atividade da mão pública para a mão privada não é mera alteração do sujeito agente, mas provoca toda uma modificação no objeto social e na origem patrimonial. Implica em alteração do sujeito, traz a alteração da ação da sociedade em si. A nova empresa passará a produzir valores de troca com o objetivo de obter lucro enquanto o Poder Público produz valores de uso com objetivo de satisfazer uma necessidade social procurando remunerar a produção para continuar dispondo do capital produtivo. Lucro e liberdade de dispor de capital enfrentam lógicas distintas. (...) Serviço Público e atividade privada não estão em competição. Um existe para permitir a manutenção e a expansão do outro. A confrontação destas duas formas de produção leva necessariamente a um impasse, posto que a lógica do mercado é distinta da do serviço público. A lógica do mercado se insere na preferência individual para produção e consumo e no poder econômico que detêm estes indivíduos para exercer com maior amplidão sua preferência. A lógica do serviço público é a de produção para solver necessidades sociais. A primeira se reproduz pela movimentação dos valores de troca, a segunda dirige-se à produção de valores de uso social."[3]

Ocorre que, a partir principalmente da década de oitenta, começaram a surgir algumas mudanças nestes pressupostos,[4] acarretando uma profunda

---

[2] Monopólio natural é a "situação em que uma empresa pode produzir o *output* desejado por menor custo do que de qualquer combinação de duas ou mais empresas" (ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 22). Para aprofundar a noção de monopólio natural, ver CRAIG, P.P., *Administrative Law,* Sweet & Maxwell, 4ª edição, London, 2001, pp. 332 e 333; RACHLINE*,* François, *Services Public et Économie de Marché*, Presses de Sciences PO, Paris, 1996, p. 69; e GARCIA, Flávio Amaral. Os Monopólios Naturais e a sua Regulação, in *Direito Empresarial Público* (orgs. Marcos Juruena Villela Souto e Carla C. Marshall), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, pp. 285 a 291.

[3] DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as Ações do Estado na Produção Econômica*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002, pp. 74/5.

[4] "Certamente a valorização da concorrência e da propriedade privada se dá também no setor dos serviços de utilidade pública. Aqui a tendência assume um caráter especial em razão da afirmação de que a afirmação da concorrência é possível mesmo em setores e contextos nos quais parecia excluída por razões técnicas ou de monopólio 'natural', podendo se revelar útil e operacional na prática, ainda que, para ser introduzida, seja necessária a adoção de precauções muito particulares" (RANCI, Pippo. Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione, in *Per uma Nuova Costituzione Economica* (org. Giacinto della Cananea e Giulio Napolitano), Ed. Il Mulino, Bologna, 1998, p. 39).

transformação no regime dos serviços públicos que, como o nosso, são de inspiração européia e, mais especificamente, francesa.[5]

Fortaleceu-se a caracterização do serviço público como espécie de atividade econômica,[6] propugnando-se que, senão em todas, pelo menos em muitas das atividades até então submetidas a este regime, a instalação da concorrência[7] – prestação por mais de uma empresa, com maior liberdade de entrada no mercado – fosse não apenas possível, mas até mesmo aconselhável do ponto de vista dos direitos individuais e sociais a serem perseguidos.

Em nosso Direito Positivo, um dos primeiros dispositivos a consagrar esta visão foi o art. 16 da Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), por força do qual "a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada".

O art. 16 da Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos demonstra que, apesar da introdução da concorrência nos serviços públicos em muitos casos vir acompanhada de uma despublicização, com a transformação de parte do setor em atividade privada de interesse público (serviço público impróprio ou virtual), sujeita à mera autorização, a reserva da titularidade do serviço público propriamente dito ao Estado não impede que exista concorrência em sua prestação. Uma coisa é a titularidade estatal exclusiva, outra é a exclusividade na sua prestação (apenas um concessionário ou permissionário).[8]

---

[5] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 318.

[6] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos, in *Revista de Direito Administrativo – RDA,* vol. 228, p. 23.

[7] Recordemos que pela desestatização a atividade continua sendo do Estado, que delega o seu exercício a um particular, ao passo que na privatização a atividade deixa de ser de titularidade estatal para passar a ser uma atividade do âmbito da livre iniciativa. "A liberalização faz com que o Poder público deixe de gozar de exclusividade na gestão da atividade publicizada, levando também consigo a uma perda de áreas de regulação por parte do Direito Administrativo. Com efeito, enquanto o objeto fundamental do Direito Administrativo dos serviços públicos são as potestades dos Poderes públicos na organização de tais serviços (assim como seus limites e garantias), em um regime de mercado liberalizado o essencial são as relações de Direito Civil que estabelecem os agentes privados que atuam em dito mercado" (IBÁÑEZ, Santiago Gonzáles-Varas, *Los Mercados de Interés General; Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 82). A nosso ver, não procede apenas a parte final da assertiva do autor ibérico, uma vez que estamos mais diante do aumento da interseção do Direito Administrativo com o Direito Privado, do que de uma predominância de um ou de outro. Para uma análise do forte liame existente entre as três distintas noções (desestatização, privatização e concorrência), ver TELESE, Giuseppe. La Liberalizzazione dei Servizi Pubblici a Rete in *Ambito Comunitario e la Disciplina del Diritto di Accesso alle Infrastrutture: Aspetti Generali, in Servizi Pubblici, Concorrenza e Diritti* (org., Laura Ammannati, Maria Agostina Cabiddu e Paolo De Carli), Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 158.

[8] MORAS, Juan Martín González. *Los Servicios Públicos en la Unidad y el Principio de Subsidiariedad*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 155 a 157. No dizer de FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO, "afasta-se assim de uma concepção antiga, não contida na Constituição, mas em parte da doutrina tradicional e, ao que parece, na convicção de alguns juízes: a identificação de serviço público com privilégio de exclusividade (monopólio ou, no

Foram ainda positivadas em alguns setores, destacadamente no de telecomunicações e de energia, medidas como a maior facilidade para a entrada no mercado; acesso à infra-estrutura (*essential facilities doctrine*); inexistência ou substancial redução de mercados cativos ou exclusivos; liberdade tarifária; liberdade na criação de novos produtos; liberdade para a realização de investimentos; etc.

É neste sentido que se pode falar de uma mudança da idéia tradicional de regulação dos serviços públicos, existente no Brasil desde o surgimento das concessões até a década de oitenta, em que tínhamos uma regulação eminentemente contratual (através do contrato de concessão), sobre apenas um agente (o concessionário exclusivo) e com a concepção de que a atividade fora inteiramente retirada do mercado para ser titularizada como serviço público.

Hoje, ao revés, estamos diante de uma regulação de serviços públicos na maioria das vezes incidente sobre mais de um concessionário, evitada que é a outorga de direitos exclusivos, abrindo-se em alguns casos a atividade para agentes econômicos que podem vir a prestá-la fora do regime de serviço público e com a perspectiva de que o mercado não é excluído da regulação, sendo, outrossim, por ela atraído e a ela integrado.

Vê-se, assim, que, se sempre existiu e continua existindo regulação de serviço público, a inserção de mecanismos concorrenciais alterou significativamente o seu substrato e o espírito que a anima, com incontornáveis reflexos na interpretação das suas regras e na forma de aplicação dos paradigmas tradicionais das delegações de serviços públicos (cláusulas regulamentares, *jus variandi* da Administração Pública, equação econômico-financeira, etc.).

Não houve, todavia, uma mudança nos objetivos – a maioria deles de ordem constitucional (ex. a dignidade da pessoa humana) – destas atividades, mas sim uma alteração dos meios pelos quais estas atividades prestacionais devem se valer para realizar os objetivos constitucionais de conteúdo solidarístico a elas concernentes: de uma titularidade estatal exclusiva e unicidade de prestador sob uma intensa regulação, para uma pluralidade de prestadores, insujeitos à regulação estatal em uma série de importantes aspectos de suas atividades (p.ex., em alguns serviços de telecomunicações a entrada passou a ser condicionada apenas a um ato de autorização vinculada da Administração Pública, sendo a fixação das tarifas também desregulada).

Não podemos olvidar que, mesmo no contexto destas mudanças, os serviços públicos propriamentes ditos, ou seja, aquelas atividades titularizadas pelo Estado e exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão, integram a esfera jurídica público-estatal, não a esfera da livre iniciativa privada, estando, conseqüentemente, sujeitos ao planejamento determinante do Estado (art. 174, CF – para a esfera privada o planejamento é

---

linguajar menos técnico, 'reserva de mercado')" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Lei das telecomunicações: inconstitucional?*, "O Globo" de 25/07/2002, p. 7).

meramente indicativo), planejamento este que é exercido predominantemente através dos editais de licitação e dos contratos de delegação aos quais os particulares espontaneamente aderem.

O Estado não perdeu, portanto, o seu poder de planejamento sobre estas atividades, passando apenas a exercê-lo através de alguns novos mecanismos, de índole marcadamente concorrencial e convencional.

2. ELEMENTOS QUE PROPICIARAM A CONCORRÊNCIA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

Em relação à mudança da perspectiva tradicional analisada no Tópico anterior, que pressupunha a ausência de concorrência na prestação dos serviços públicos, são citadas pela doutrina as seguintes causas:[9]

A propriedade das infraestruturas (ou redes) dos serviços públicos foi separada do direito à sua prestação, já que "no passado recente, no âmbito dos serviços públicos, que são praticamente todos prestados através de redes, a tecnologia fazia com que sobre uma rede houvesse apenas um serviço e um prestador. A gestão da rede e do serviço eram, portanto, unificadas. Hoje, diferentemente, a evolução tecnológica permite, por um lado, a utilização do mesmo meio (a rede) por vários serviços, prestados por várias empresas, e, por outro, a separação da gestão da rede da gestão dos serviços prestados através dela. Isto faz com que, sob o primeiro aspecto, ainda que se conserve o monopólio da rede e da sua gestão, não seja mais necessário que o monopólio se estenda aos serviços, que podem ser prestados em concorrência. Pelo segundo aspecto, pode-se manter o caráter público da rede, privatizando-se a gestão dos serviços";[10]

Muitos serviços deixaram de ter a sua origem identificada com o território do Estado no qual pé usufruído, o que podemos denominar de desterritorialização dos serviços: “A evolução tecnológica e a globalização dos mercados e das empresas faz com que muitos serviços sejam prestados de fora para dentro do país e vice-versa (ex.: a transmissão por TV à cabo, cuja programação geralmente se origina de sinais emitidos fora do país), diminuindo a possibilidade, para apenas um Estado ou poder público em geral, de fazer respeitar normas 'solitariamente' impostas";[11]

---

[9] Neste Tópico, procuramos mais trazer à baila descritivamente os fundamentos que preconizam a mudança do regime dos serviços públicos do que analisá-los criticamente, o que se dará nos próximos Tópicos.

[10] COLAVECCHIO, Antonio. *La Liberalizzazione del Settore Elettrico nel Quadro del Diritto Comunitário – Alla Ricerca di un Giusto Bilanciamento fra Regole di Concorrenza ed Esigenze di Servizio Pubblico*, Cacucci Editore, Bari, 2000, p. 04.

[11] COLAVECCHIO, Antonio. *La Liberalizzazione del Settore Elettrico nel Quadro del Diritto Comunitário – Alla Ricerca di un Giusto Bilanciamento fra Regole di Concorrenza ed Esigenze di Servizio Pubblico*, Cacucci Editore, Bari, 2000, p. 05.

A tecnologia possibilitou a multiplicação das utilidades dos serviços públicos prestadas à população (ex.: os canais de televisão, que eram limitados pela banda, hoje se difundem via satélite e via cabo em dezenas e até em centenas de opções para os usuários);[12]

Na maioria das vezes não mais há correspondência entre a natureza pública do serviço (titularidade estatal – *publicatio*) e a sua gestão estatal: ainda que o serviço seja estatal, o Estado só o presta diretamente quando, apesar dos programas e controles impostos, a livre iniciativa não for capaz de provê-los satisfatoriamente.[13]

Até este ponto há apenas a desestatização da prestação do serviço, já que a sua titularidade permanece com o Estado. Todavia, este movimento de retração do Estado nestas atividades tem chegado, *in extremis*, à liberalização ou *despublicatio* da atividade, ou seja, ao fim da própria titularidade do Estado, não cabendo mais a ele delegar o serviço à iniciativa privada – só se delega o que é próprio. Nestes casos a atividade permanece sendo, sem que a titularize, ordenada pelo Estado (*ordenatio*) para assegurar as suas prestações, em um determinado nível, a todos os cidadãos;[14]

Foram verificadas sérias disfunções nos modos não-concorrenciais e predominantemente estatais de gestão e regulação dos serviços públicos,[15] com o aumento do déficit público, propiciado menos pela melhora dos serviços do que por gastos desnecessários, alguns deles atendendo apenas a interesses corporativos ou até bem mais escusos;

O espraimento da concepção ideológica dita neoliberal, intensamente calcada na obra de FRIEDRICH A. HAYEK, pela qual o livre mercado, mais do que qualquer planificação, oferece a previsibilidade da qual os agentes econômicos necessitam, o que, conseqüentemente, geraria desenvolvimento econômico. Nesta perspectiva, o papel do Estado não seria o de direcionar o mercado, mas sim o de preservá-lo e intensificá-lo o mais possível;[16]

---

[12] "As próprias noções de rede de telecomunicação e serviços de telecomunicação, que são a base do atual direito das telecomunicações, devem necessariamente ser separadas, já que a digitalizaçao dos serviços confundiu (*ha borrado*) as barreiras históricas entre cada espécie de serviço, permitindo a determinadas redes prestar distintas modalidades daqueles – pois agora tudo se reduz a um enorme caudal de dígitos suscetíveis de representar qualquer informação" (PABLO, Marcos M. Fernando. Red y Servicio de Telecomunicación. La necessidad de una Congruente Diferenciación Jurídica, in *Revista Española de Derecho Administrativo – REDA*, volumes 1-100, versão CD-ROM).

[13] RANGONE, Nicoletta. *I Servizi Pubblici*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1999, p. 25.

[14] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a constituição de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 319.

[15] BAUBY, Pierre. Dérégulation et Re-régulation: Les Transformations du Service Public de l'Électricité, in *Le Service Publicen Devenir* (org. Luc Roban), Ed. L'Harmattan, paris, 2000, pp. 204 e 205

[16] Para uma análise da influência do ("neo")liberalismo de Hayek sobre a instalação da concorrência nos serviços públicos, especialmente na União Européia, ver MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Droit Public Économique*, Ed. Presses Universitaires de France – PUF, 2ª edição,

Houve pressões políticas, tanto de potenciais prestadores de serviços para entrarem nestes mercados consumidores até então monopolizados, como de grandes consumidores empresariais que, em razão de sua força no mercado, poderiam obter tarifas mais baixas pela competição entre vários prestadores;[17]

Percebeu-se que a liberdade de mercado e o lucro não são necessariamente antinômicos ao interesse público, já que a busca de lucro, ao aumentar a eficiência, transferiria pelo menos parte dos benefícios aos usuários, por cuja preferência as empresas competiriam diminuindo o valor das tarifas e melhorando a qualidade dos seus produtos, fortalecendo a liberdade de escolha dos indivíduos. A isto agregar-se-ia, segundo alguns autores, a consciência social das empresas;[18] e

Sustentou-se que a existência de uma regulação intensa nem sempre é mais benéfica para os usuários dos serviços públicos do que uma desregulação, ainda que parcial. No que diz respeito às tarifas, por exemplo, a sua fixação pelo Poder Público, poderia, devido à incerteza que acarreta aos prestadores, levá-los a pleitear um valor maior do que seria cobrado caso se encontrassem relativamente livres para fixá-las.[19] Trata-se do denominado *compliance cost*,[20] que pode ser evitado ou mitigado através de mecanismos que dêem ao delegatário garantias jurídicas suficientes quanto ao valor da sua remuneração.

3. FATORES DE CAUTELA NA CONCORRENCIALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Como se pode constatar, a matéria envolve um feixe de argumentos de natureza e graus de questionabilidade diversos.

---

paris, 1996, p. 71 e segs. Tratando desta concepção no Brasil, LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, *Unbundling* e Compartilhamento de Meios de Redes de Telecomunicação, in *Revista de Informação Legislativa – RIL*, vol. 154, p. 41. Não cabe no âmbito deste trabalho aprofundar as razões pelas quais houve a predominância deste pensamento nas últimas décadas, mas deve ser lembrado o déficit público dos países que praticavam maior intervencionismo estatal e a derrota histórica do socialismo real, que, ao se opor ao capitalismo, obstaculizou em muitos momentos a aplicação *tout court* dos dogmas liberais para que fosse evitada a eventual adesão do povo a um modelo antagônico.

[17] FOURNIER, Jacques. La Teoria Francese del Servizio Pubblico e il Diritto Comunitario, in *I Servizi a Rete in Europa – Concorrenza tra gli Operatori e Garanzia dei Citadini* (org. Erminio Ferrari), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, p. 10.

[18] RANCI, Pippo. Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione, in *Per uma Nuova Costituzione Economica* (org. Giacinto della Cananea e Giulio Napolitano), Ed. Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 35 a 37.

[19] RANCI, Pippo. Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione, in *Per uma Nuova Costituzione Economica* (org. Giacinto della Cananea e Giulio Napolitano), Ed. Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 34 e 35.

[20] Boscolo, Emanuele. Le telecomunicazioni in Italia alla Ricerca della Concorrenza, in *I Servizi a Rete in Europa – Concorrenza tra gli Operatori e Garanzia dei Citadini* (org. Erminio Ferrari), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, pp. 262 e 263.

De toda sorte, podemos afirmar que, se as razões acima elencadas são, ao nosso ver, pelo menos em certa medida procedentes, está longe de haver na matéria um estéril "pensamento único", o que impediria o debate e, conseqüentemente, estorvaria o desenvolvimento social e econômico eficaz de atividades tão relevantes como são os serviços públicos.[21]

Assim, autores há que se contrapõem de forma absoluta ao modelo concorrencial de serviços públicos, buscando interpretar de forma restritiva a legislação que o contempla ou mesmo considerá-lo inconstitucional;[22] enquanto outros, entre os quais nos colocamos, acolhem os fundamentos enumerados no Tópico anterior, mas não deixam de ver riscos na aproximação exagerada de atividades essenciais para o bem-estar coletivo às atividades privadas em geral, sujeitas apenas às regras comuns de proteção da concorrência.

Com efeito, não são poucos os argumentos que impõem a precaução na adoção da concorrência nos serviços públicos.[23] Vejamos, procurando manter a sistematicidade, os principais:

---

[21] "Uma das notas mais marcantes da ética pós-moderna é a tolerância, o respeito à pluralidade, a consciência das limitações do seu próprio saber. (...) Um relativismo que não deve ser confundido com indiferença, com um 'vale-tudo', já que o pensamento individual deve ser rigorosamente auto-justificado ante seu autor. (...) A existência de diferenças sempre foi, naturalmente reconhecida; mas na intenção do pensamento moderno deviam ser superadas, ou através da invalidação das menos fortes, ou da superação dialética de todas elas. O pós-modernismo, ao revés, aceita e respeita todas as diferenças, que são signo de vida, não apenas no âmbito do direito e da filosofia, mas em todos os outros" (NIETO, Alejandro. Prefácio à obra de Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli, *Postmodernidad y Derecho Público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 20).

[22] Maria Cristina Cesar de Oliveira Dourado, por exemplo, considera inconstitucionais as medidas que visem à propiciar a concorrência nos serviços públicos por serem contrárias aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana (DOURADO, Maria Cristina Cesar de Oliveira. O repensar do Conceito de Serviço Público, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C*, vol. 6, pp. 75 a 88). Vejamos as conclusões da autora: "1. O serviço público é uma das garantias constitucionais de realização material de direitos fundamentais. 2. Conseqüentemente, é inconstitucional a edição de qualquer norma jurídica tendente a abolir a garantia constitucional de direitos fundamentai, representada pelo serviço público titularizado pelo Estado, visto que ofende cláusula pétrea. 3. Fere a Constituição lei estabelecendo a desintegração vertical de atividades integrantes de setor constitucionalmente considerados como serviço público, já que resultaria em ofensa a dispositivo constitucional expresso e redução de garantia a direito fundamental da pessoa humana. 4. É dever do Estado promover a prestação de serviço público adequado às necessidades dos cidadãos, como forma de assegurar a realização concreta dos direitos afetos à dignidade humana" (p. 88). Fábio Konder Comparato, ao analisar medidas como estas, chega a afirmar que "trata direitos fundamentais sob a ótica financeira do capitalismo neoliberal" (COMPARATO, Fábio Konder. Entrevista concedida à Revista *Caros Amigos*, nº 72, março/2003, p. 33). *Data venia*, estas opiniões nos parecem um pouco desproporcionais em relação aos riscos que efetivamente a instalação da concorrência, desde que de maneira moderada e cautelosa, pode gerar aos direitos fundamentais, que de toda sorte continuam a ser o objetivo principal dos serviços públicos. Estes autores partem do pressuposto, senão equivocado, pelo menos nem sempre presente, de que apenas o Estado, direta ou indiretamente, pode satisfazer as necessidades humanas fundamentais. Não resta dúvida que, em última hipótese, ele deverá fazê-lo, mas não há nada que aprioristicamente possa, em relação a todas as atividades de serviço público, levar a esta conclusão.

[23] "O direito da concorrência é um direito em geral pouco consolidado, tanto em seus conceitos econômicos como jurídicos; é um direito muito diferente de setor para setor, em razão

Assimetria Informacional: Os prestadores privados de serviço público tendem a ter muito mais informações sobre a sua própria atividade que os órgãos reguladores, o que dificulta a aplicação por parte destes das medidas necessárias a manter os serviços públicos na senda do atendimento dos interesses coletivos;[24]

Os agentes em concorrência tendem a atuar mais sobre os setores mais lucrativos do mercado, trazendo, conseqüentemente, os benefícios da concorrência apenas para as parcelas de maior poder aquisitivo da população, o que vai de encontro com o espírito igualitário e universal que deve inspirar os serviços públicos;

Igualmente, não se pode olvidar que muitos dos serviços indispensáveis para a coletividade, notadamente para os indivíduos menos privilegiados ou situados em zonas ermas, podem não ser interessantes do ponto de vista exclusivamente comercial[25]. Em outras palavras, nestes casos, se o custo do serviço fosse integralmente cobrado dos usuários, a prestação acabaria se inviabilizando por incapacidade financeira destes, contrariando o Princípio da Universalidade dos serviços públicos;[26]

Os fatos mencionados nos itens anteriores também podem acarretar algumas externalidades, como por exemplo, o congestionamento das linhas de transporte mais lucrativas em contraposição de um relativo abandono das menos lucrativas, com danos ao meio ambiente e ao bom ordenamento da Cidade;[27]

---

do que é importante identificar os seus critérios essenciais diante da sanha de regulamentação imperante; é um direito mal regulado, em que os juízes navegam entre conceitos econômicos abertos e conceitos jurídicos que não são tradicionais. Sem dúvida, é um direito muito imaturo, que enfrenta grandes desafios de consolidação interna e de adaptação ante ao novo contexto econômico e aos setores de concorrência neo-regulada" (ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 299 e 308, p. 308). Na mesma senda, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, tratando da inserção da concorrência no regime dos serviços públicos, previne que "quando nos debruçamos sobre temas novos ou no mínimo controvertidos, é sempre bom fazer a ressalva de que se está construindo um arcabouço teórico, para nós novo, a partir de dados da realidade econômica e jurídica pouco consolidados. E quem se dedica a esta tarefa sempre deve se despir de seus preconceitos, resistir à análise que se mostrar mais óbvia e tentar buscar a totalidade dos aspectos envolvidos, tentando, se possível, apreendendo o núcleo do que se discute" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o caso da distribuição de gás natural, in *Revista de Direito Administrativo – RDA,* vol. 223, p. 134).

[24] CRAIG, P.P., *Administrative Law,* Sweet & Maxwell, 4ª edição, London, 2001, pp. 333 e 334.

[25] COX, Helmut. Critères de Décision et Principes dans les Services Publics, in *Europe, Concurrence et Service Public*, Ed. Masson/Armand Colin, Paris, 1995, pp. 89 e 90.

[26] RANCI, Pippo. Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione, in *Per uma Nuova Costituzione Economica* (org. Giacinto della Cananea e Giulio Napolitano), Ed. Il Mulino, Bologna, 1998, p. 37.

[27] Exemplo dado por COHEN, Élie e HENRY, Claude, Sur les bases et l'évolution récente des services publics et industriels et commerciaux em france et dans l'Union européenne, in *Service Public et Secteur Public*, Ed. La Documentation Française, Paris, 1997, p. 29.

A entrada de muitos competidores no mercado, principalmente quando tenha havido um otimismo exagerado em suas expectativas, pode levar a um aumento dos custos fixos e à diminuição do faturamento, acarretando um aumento desmesurado das tarifas, uma "quebradeira" no setor ou o aumento da transgressão às normas jurídicas reitoras da atividade (ex.: para evitar prejuízos ou alcançar os lucros que eram esperados, as empresas podem desobedecer as normas de qualidade do serviço, as normas ambientais e tributárias, etc.);[28]

Havendo muitos agentes no setor, há riscos de concorrência predatória e as informações são dispersas e parciais, o que compromete a eficiência global da prestação de serviços que são essenciais;

A difusão de tipos de atividades diversas dentro de um mesmo setor, difundida pela concorrência, pode levar à fragmentação dos mercados em razão da tendência da proliferação de padrões técnicos incompatíveis; [29]

Muitas atividades que integram o bloco tradicional dos serviços públicos são irremediavelmente insuscetíveis de competição (p. ex., a gestão de muitas das redes necessárias à prestação de serviços públicos), de forma que a sua desregulação concorrencial levaria à substituição do monopólio público pelo monopólio privado;

Na seara dos serviços públicos, apenas a concorrência, ainda que alcançado um estágio de grande eficiência, não é capaz de produzir todos os serviços socialmente desejáveis do ponto de vista do interesse público. E aqui devemos ter em vista que não entendemos como interesse público a simples soma dos interesses privados, possuindo ele, além deste aspecto individualista, uma feição predominantemente coletiva, atinente aos interesses da sociedade considerada em seu todo, de maneira inclusive inter-geracional;[30]

Outros fatores ainda podem ser elencados, como a tendência existente nestes mercados de concentração econômico-empresarial[31] e de acordos anti-concorrenciais; operadoras na maioria das vezes multinacionais, com a sua direção no exterior, dificultando eventuais responsabilizações; existência

---

[28] COHEN, Élie e HENRY, Claude, Sur les bases et l'évolution récente des services publics et industriels et commerciaux em france et dans l'Union européenne, in *Service Public et Secteur Public*, Ed. La Documentation Française, Paris, 1997, pp. 29 e 30.

[29] COHEN, Élie e HENRY, Claude, Sur les bases et l'évolution récente des services publics et industriels et commerciaux em france et dans l'Union européenne, in *Service Public et Secteur Public*, Ed. La Documentation Française, Paris, 1997, pp. 29 e 30.

[30] COX, Helmut. Critères de Décision et Principes dans les Services Publics, in *Europe, Concurrence et Service Public*, Ed. Masson/Armand Colin, Paris, 1995, p. 88.

[31] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 137 a 172.

comumente verificada de uma empresa que foi monopolista durante décadas antes de ser desestatizada;[32] riscos ambientais; etc.[33]

4. PROPORCIONALIDADE ENTRE CONCORRÊNCIA E NECESSIDADES DE SERVIÇO PÚBLICO: CONCORRÊNCIA-INSTRUMENTO

Ao dissecarmos acima os argumentos pró e contra a instalação da concorrência nos serviços públicos constatamos que, no fundo, nenhum deles é propriamente incorreto. A distinção entre as duas perspectivas consiste nos valores – todos eles legítimos – que cada uma visa a proteger primariamente e nos meios que devem ser empregados para alcançá-los. Em um extremo, se encontram os argumentos de cunho marcadamente liberal que privilegiam a concorrência, dela advindo necessária e naturalmente benefícios sociais;[34] no outro extremo, os argumentos dos constitucionalistas sociais, de que apenas a colocação destas atividades fora do comércio pode contribuir para a realização da dignidade da pessoa humana, como se o mercado fosse algo impuro que inevitavelmente contaminasse a nobreza dos objetivos dos serviços públicos.

Sendo a nossa Carta Maior tecnicamente uma Constituição compromissória, ou seja, oriunda do acordo dos mais diversos interesses e concepções políticas existentes na sociedade, a posição que com ela mais se coaduna é a de buscar a ponderação entre os valores correspondentes a cada uma das posições extremadas acima analisadas, buscando, em um mandado de otimização, conciliá-las: os fatores que recomendam a adoção da concorrência

---

[32] "A transição de qualquer monopólio de atividade econômica para um regime de competição nunca será desvestida de complexidade. O rompimento do regime de monopólio, exclusividade ou privilégio, traz, necessariamente, duas ordens de desafios. Primeiro, descontaminar a cadeia produtiva da atividade econômica para tornar efetiva a competição. Segundo, dotar o segmento específico de mecanismos regulatórios aptos a permitir que, inobstante o regime de competição, seja assegurado que a atividade siga sendo oferecida aos consumidores ou usuários" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o caso da distribuição de gás natural, in *Revista de Direito Administrativo – RDA,* vol. 223, p. 135). "O primeiro cuidado imprescindível para constituir um mercado no antigo domínio dos monopólios públicos consiste em evitar que não sejam substituídos por monopólios privados. Por isto, os processos de privatização devem propiciar a segregação dos negócios acumulados pelos monopólios públicos, ou por monopólios ou oligopólios privados, com a finalidade de criar oportunidades de concorrência novas aos agentes econômicos que agora têm a oportunidade de se incorporar aos setores privatizados" (MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 227).

[33] A respeito destes fatores, inclusive com dados estatísticos, ver ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 187 a 210.

[34] Quanto à improcedência das idéias reducionistas que privilegiam no Direito Público Econômico a livre iniciativa, como se dela decorressem naturalmente resultados favoráveis para os consumidores, e à conseqüente adoção em nosso Direito da concepção instrumental da concorrência (p. ex., arts. 1º e 54, § 1º, I, 'c', Lei nº 8.884/94), ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 28 a 39: "O problema é mais que evidente: preocupa-se exclusivamente com a maximização da riqueza global, excluindo completamente de consideração a forma de distribuição dessa riqueza, isto é, os diferentes interesses individuais envolvidos na relação jurídica a que aquela norma se aplica" (pp. 31/2).

devem ser instrumentalizados pelas preocupações que visam à incindível relação entre os serviços públicos, a realização da dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.[35]

Partimos, assim, dos mesmos pressupostos expostos por MARÇAL JUSTEN FILHO, pelos quais "o Estado é instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana. Mas não se adota a crença de que o Estado seja suficiente para realizar todas as tarefas necessárias à consecução dos valores fundamentais. Os valores fundamentais da sociedade devem ser buscados através da atuação do Estado, da sociedade civil e do cidadão. A dignidade da pessoa humana não é um valor externo a cada sujeito e todos têm um compromisso moral e político com ela. (...) O processo de aperfeiçoamento axiológico com que convivemos impõe a redução das funções estatais, mas com a imposição de certos poderes-deveres à comunidade e ao indivíduo. A ampliação das funções do Estado equivale à redução da liberdade e da autonomia pessoal. Mas a imposição de limites às competências estatais não pode propiciar o retrocesso a uma espécie de 'estado da natureza', em que o homem seja o lobo do homem".[36]

O que devemos ter em vista é que, não apenas no âmbito dos serviços públicos, mas *a fortiori* na sua seara, a concorrência não é um valor em si, constituindo, outrossim, um instrumento da realização mais perfeita possível dos objetivos dos serviços públicos. A concorrência nos serviços públicos só será legítima enquanto atingir estes objetivos.[37]

Por outro lado, pelo Princípio da Proporcionalidade não cabe ao Estado impor restrições à concorrência que não se justifiquem em função dos objetivos de serviço público de esprair os seus benefícios em todos os setores da sociedade (universalidade), dos mais aos menos privilegiados, a um preço abordável (tarifa módica ou, mais propriamente, acessível). Em outras palavras,

---

[35] Como observa COSMO GRAHAM, "as decisões de políticas públicas sobre o tamanho dos mercados competitivos contém opções a respeito de valores substanciais, por exemplo, em que extensão os usuários destes serviços devem ser vistos como consumidores ou cidadãos. Na criação de mercados competitivos para o gás doméstico e para o fornecimento de energia, o Governo enfatizou que os benefícios da concorrência devem ser espraiados equanimemente entre os consumidores mais pobres. Isto implica em alguma limitação das políticas de preços adotada pelas empresas, em outras palavras, os instintos de concorrência são temperados pela preocupação com a justiça social" (GRAHAM, Cosmo. *Regulating Public Utilities*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 169, grifamos). Também na Espanha, o Tribunal de Defesa da Concorrência coloca múltiplas funções para a regulação dos serviços públicos em regime de concorrência, a saber: (a) proteção dos indivíduos, por exemplo em sua segurança e saúde (objetivos tradicionais do poder de polícia), (b) evitar as práticas abusivas do poder econômico e restritivas da concorrência (antitruste *stricto sensu*), e (c) persecução de determinados objetivos sociais (implementação de políticas públicas). Ver a respeito LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. *El Nuevo Servicio Público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 133.

[36] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, Ed. Dialética, São Paulo, 2002, p. 11.

[37] Trata-se do rawlsiano Princípio da Diferença, pelo qual as liberdades econômicas e desigualdades existentes na sociedade só são admissíveis se gerarem vantagens para os mais desfavorecidos (RAWLS, John. *Teoria da Justiça*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, pp. 79 a 89).

se deve proceder à abertura à iniciativa privada sempre que a concorrência ensejar uma satisfação destas necessidades de maneira melhor ou pelo menos igual à que propiciaria a prestação dos serviços públicos em regime não-concorrencial.

MARIA JOÃO PEREIRA ROLIM, baseada em uma visão ampla e integrada das diversas normas constitucionais concernentes aos serviços públicos, denota que o Direito regulatório brasileiro adota "a noção da concorrência-instrumento (posição questionada por vários autores, que vêem na defesa da concorrência um fim em si mesmo, capaz de trazer os benefícios desejados). A concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica à medida que trouxer benefícios para o consumidor e servir como um valor-meio, ou seja, um instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal seja o de estimular todos os agentes econômicos a participarem do desenvolvimento do País como um todo. Com esta orientação, nossa legislação, seguindo sua origem particular e, até certo ponto distanciando-se da sua concepção baseada no direito norte-americano, apresenta um caráter de instrumentalidade, o que impõe uma interpretação dos seus conceitos condizente com este paradigma".[38]

Esta visão corresponde à aplicação na seara do Direito Econômico da mudança de perspectiva tão propugnada por NORBERTO BOBBIO[39] na Teoria Geral do Direito: de um Direito essencialmente protetivo-repressivo para um Direito (dito pós-liberal) funcionalizado e promocional de valores constitucionais.

É esta a concepção adotada por nosso Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para o qual a concorrência deve visar à "constituição e manutenção de estruturas de mercado eficientes, à geração de benefícios ao consumidor e ao próprio desenvolvimento nacional",[40] devendo estarmos atentos

---

[38] ROLIM, Maria João Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*, Ed. Forense, Rio de janeiro, 2002, p. 206. Na mesma passagem a autora colaciona o Acórdão Metro-Saba do Tribunal das Comunidades da União Européia, para o qual, "segundo a Teoria da concorrência-instrumento, a concorrência não é um valor em si mesmo, não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí derivam duas conseqüências importantes: em primeiro lugar, se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores. Por outro lado, não há, à partida, ilicitude ou condenações automáticas, Nenhuma prática restritiva é proibida por si só". Da tese exposta, que compartilhamos, podemos inferir que a evolução do nosso Direito Administrativo Econômico tem se dado mais paralelamente às mudanças verificadas no Direito Público Europeu, do que como uma aproximação pura e simples aos paradigmas tradicionais, eminentemente liberais, do Direito Regulatório norte-americano.

[39] BOBBIO, Norberto. *Dalla Strutura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, 2ª edição, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

[40] Despacho do Conselheiro-Relator, Dr. Cleveland Prates Teixeira, no Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19, Processo Administrativo nº 53500.005770/2002. Também se observa que "em presença do Estado, no entanto, a proteção da concorrência não se pode resumir à garantia do funcionamento da mão invisível Smithiana. Nesse caso não é possível propugnar pela coincidência entre Constituição Econômica (em sentido material) e direito concorrencial. O Estado introduz, pelo menos em certas áreas, uma forma de organização das relações econômicas que não se rege pela lógica concorrencial" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 21).

para o fato de os serviços públicos serem atividades de sensibilidade social ainda maior que as demais atividades econômicas (*lato sensu*).

Na precisa lição de GIUSEPPE TOLESE, "são relevantes os traços que caracterizam as *public utilities* em relação a outras atividades comerciais ou industriais. As empresas que operam no campo dos serviços de utilidade pública, por um lado agem no mercado, sendo sujeitas às normas (especialmente àquelas antitruste) que regem o seu funcionamento, e por outro lado prestam serviços que atendem estritamente exigências essenciais e primárias dos indivíduos. Destarte, o processo de liberalização deve prever regras e instrumentos jurídico-econômicos finalizados a evitar que uma abertura concorrencial do mercado possa acarretar prejuízo aos direitos fundamentais de determinadas categorias de usuários ou grupos sociais".[41]

Não há como se pré-determinar a exata ponderação que deve existir entre as necessidades de serviço público e a concorrência – dois valores constitucionalmente consagrados.

Fundamentando as necessidades de serviço público temos os valores maiores da cidadania (art. 1º, II) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e art. 170, *caput*), a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I) a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e art. 170, VII), o bem-estar de todos (art. 3º, IV) e a justiça social (art. 170, *caput*).

Por outro lado, esteando a concorrência, há o valor fundamental da livre iniciativa (art. 1º, IV, 2ª parte e art. 170, *caput*) e a expressa consagração da "livre concorrência" como princípio da ordem econômica constitucional (art. 170, IV).[42]

Não seria procedente a alegação de que os valores da livre iniciativa e da livre concorrência seriam aplicáveis apenas às atividades econômicas e não aos serviços públicos, já que estes também são atividades econômicas *lato sensu*, apenas titularizadas pelo Estado em prol do bem-estar da coletividade. Tanto é assim, que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios fundamentais da ordem econômica constitucional (Título VII da Constituição Federal), da qual o art. 175, que rege os serviços públicos, faz parte.

Em se tratando de valores de grande abstração, eventualmente contraditórios, mas dotados da mesma hierarquia normativa (constitucional *in casu*), a definição de qual deve prevalecer ou de como conciliá-los só pode ser

---

[41] TELESE, Giuseppe. La Liberalizzazione dei Servizi Pubblici a Rete in *Ambito Comunitario e la Disciplina del Diritto di Accesso alle Infrastrutture: Aspetti Generali, in Servizi Pubblici, Concorrenza e Diritti* (org., Laura Ammannati, Maria Agostina Cabiddu e Paolo De Carli), Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 160, grifamos.

[42] "No Estado Liberal, as matérias essenciais para a comunidade e para o cidadão eram a propriedade ou a liberdade. Hoje são também muitas outras. E aquelas continuam a sê-lo, sem prejuízo da alteração parcial entretanto sobrevinda ao seu conteúdo" (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1987, p. 40).

feita setor por setor e, muitas vezes, apenas nos casos concretos com os quais o intérprete se deparar.[43]

E mais, mesmo após ser alcançada uma definição, ela não pode, face ao princípio do *trial and error* das políticas públicas, ser considerada perene e absoluta, devendo haver um processo de contínuo ajuste no marco regulatório diante dos resultados verificados e da evolução sócio-econômica e tecnológica do setor. Tais ajustes devem, sempre que possível, levar ao aumento da concorrência, ou, não é de se descartar, à sua restrição quando se chegar a conclusão que os interesses públicos serão melhor atendidos desta forma.[44]

Não deve ser aplicada, portanto, "a visão estática do equilíbrio de concorrência prefeita teorizado por PIGOU (fundamento último do critério tradicional mecanicista de defesa da concorrência baseado no número de agentes, cotas de mercado ou índices de concentração), já que hoje estamos diante de uma economia em contínua mudança e em um estado de transição dos setores regulados à concorrência. (...) As repercussões desta visão dinâmica do conceito de concorrência são muito relevantes, tanto sobre a política de defesa da concorrência, como sobre as políticas de regulação. Este enfoque dinâmico refuta uma política de desenho apriorístico do mercado e da prevenção de males futuros. Significa, ao contrário, confiar na concorrência como processo que se desenvolve ao longo do tempo. A concorrência não é um ponto de equilíbrio estático ideal, (...) o que exige flexibilidade na aplicação de conceitos e prudência na elaboração de previsões".[45]

---

[43] CHARLES-ALBERT MORAND, em passagem particularmente rica da sua obra, observa que "os princípios diretores aos quais as legislações finalísticas recorrem massivamente, fazem com que as decisões sejam tomadas com base em ponderações concretas de interesses determinadas pelas particularidades irreproduzíveis de cada caso. O recurso a princípios diretores múltiplos, às vezes convergentes, outras vezes divergentes, consiste em deslocar a caixa-preta da política da lei para a decisão. Não se trata mais somente de simples operações de diferenciações criadoras de categorias cada vez mais sutis, mas de se assegurar que cada pessoa seja tratada individualmente, que cada situação seja regrada em função das suas particularidades. Estamos realmente diante do fim anunciado das regras gerais. Muita generalidade acaba com a generalidade (*trop de généralité tue la généralité*). (...) O grau de generalidade é inversamente proporcional à distância entre a regulação e o seu objeto". (MORAND, Charles-Albert. *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 122 e 192, grifamos).

[44] "Se compreende que, nestas condições, certas atividades de serviço público possam, melhor que outras, se valer das formas mais dinâmicas da concorrência. Por outro lado, certas atividades comportam mais que outras transações específicas que requerem modos de coordenação que o mercado não assegura. Toda atividade deve ser orientada por estas duas dimensões para que sejam avaliados os benefícios que a concorrência pode lhes trazer e de que modalidades específicas de coordenação elas podem ter necessidade" (COHEN, Élie e HENRY, Claude, Sur les bases et l'évolution récente des services publics et industriels et commerciaux em France et dans l'Union européenne, in *Service Public et Secteur Public*, Ed. La Documentation Française, Paris, 1997, p. 31).

[45] ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 299 e 308, grifos no original.

Torna-se, então, já intuitiva a necessidade de a adoção ou a refutação da concorrência nos serviços públicos serem balizadas pelo Princípio da Proporcionalidade,[46] em seus três elementos, quais sejam:

– adequação: a restrição à concorrência só é admissível quando for meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais dos serviços públicos (ex.: a liberdade tarifária que seja benéfica para o usuário);

– necessidade: entre os meios idôneos para alcançar estes objetivos o Estado deve optar pelos que não restrinjam a concorrência ou que menos a restrinjam[47] (ex.: muitas vezes na mesma atividade devem ser adotados regimes jurídicos diversos, restringindo-se a concorrência apenas naqueles serviços em que ela for insuscetível de atender o interesse público); e

– proporcionalidade em sentido estrito: ainda que determinada limitação à concorrência seja o meio adequado menos restritivo, deve ser aferido, em uma relação de custo-benefício razoável, se a limitação "vale a pena" diante dos resultados sociais a serem obtidos com a restrição (ex.: não devem ser concedidos direitos de exclusividade para tornar mais baratos serviços de valor agregado que representem apenas um *plus* de conforto em relação aos serviços básicos para a pessoa ou a empresa).

Particularmente, o elemento "necessidade" do Princípio da Proporcionalidade impõe a aplicação do Princípio da Subsidiariedade ao Direito Administrativo Econômico, de forma tal que a iniciativa privada deve, enquanto atender satisfatoriamente os interesses públicos em questão, ser privilegiada em detrimento de uma gestão monopolizada, estatal ou privada.

Reversamente, os Princípios da Proporcionalidade e da Subsidiariedade impõem, em sua feição comissiva, que o Estado atue restringindo a concorrência quando os objetivos dos serviços públicos não puderem ser satisfatoriamente atendidos pela livre iniciativa.[48]

---

[46] A conciliação entre a concorrência e os objetivos de interesse geral inerentes aos serviços públicos também tem se dado na União Européia principalmente à luz do Princípio da Proporcionalidade. Sobre a importância deste princípio na regulação européia, ver, entre outros, CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Ed. Economica, Paris, 2002, p. 565, e Boscolo, Emanuele. Le telecomunicazioni in Italia alla Ricerca della Concorrenza, in *I Servizi a Rete in Europa – Concorrenza tra gli Operatori e Garanzia dei Citadini* (org. Erminio Ferrari), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, p. 262.

[47] "A iniciativa empresarial só está limitada no que afetar as prestações concretas que o Estado quer garantir; já que tal limitação não leva necessariamente ao monopólio, pode haver pluralidade de operadores no setor, alguns dos quais – ou todos – participam dos 'encargos de serviço público' coletivamente impostos. O ponto de partida é, assim, a pluralidade, o pluralismo e, com ele, seu acompanhante inevitável que é a igualdade" (LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. *El Nuevo Servicio Público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 167, grifamos).

[48] "Da mesma forma que a Administração não pode deixar de pautar sua atuação pelo Princípio da Proporcionalidade, também não poderá ela ir além das exigências deste postulado. A Administração, portanto, também age de forma antijurídica quando o Princípio da Proporcionalidade acaba por ser superestimado e a Administração, em virtude disso, deixa de tomar medidas necessárias"(SCHOLLER, Heinrich. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito*

Para a combinação destes valores constitucionais em potencial conflito (necessidades dos serviços públicos e concorrência), devem ser buscados, em um "mandado de otimização",[49] os mecanismos que dêem a maior efetividade possível a ambos, o que, em um momento ótimo, será alcançado através de políticas e medidas regulatórias que façam com que a concorrência seja o meio que melhor atenda aos interesses sociais dos serviços públicos.[50]

Trata-se, nas sempre precisas palavras de FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO, do "desafio de equilibrar a competição (ditada pelo rompimento da idéia exclusivista de exploração de serviço público e pela abertura da atividade às vicissitudes da disputa competitiva) com os pressupostos de continuidade e generalidade. (...) É que a introdução da competição, se não observar mecanismo de gradação e transição, traz o risco de comprometimento do próprio caráter público da utilidade".[51]

5. INSTRUMENTOS DA CONCORRÊNCIA

Pelo exposto até este ponto já percebemos a insuficiência e, em alguns casos, até a inaplicabilidade *tout court* das normas próprias da defesa da concorrência (antitruste) aos serviços públicos,[52] normas estas que devem sofrer

---

Constitucional e Administrativo da Alemanha, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, *Revista Interesse Público*, vol. 2, p. 105.).

[49] Nomenclatura adotada por ALEXY, Robert, *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des Rationalem Diskurses als Theorie des Juristischen Begründung*, 3ª edição, Frankfurt am Main, 1990.

[50] "O novo modelo de regulação para a concorrência consiste precisamente no seguinte: introduzir uma maior concorrência naqueles aspectos ou atividades em que esta seja possível e revisar ou reformar o sentido da regulação, orientando-a à re-criação do mercado. Assim, concorrência e regulação não são antitéticas, mas sim complementares, como demonstram as experiências britânica e norte-americana" (ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 09 e 10). Trazendo as lições de Alan Jowett, os autores observam na mesma passagem que "não existe oposição intrínseca entre os dois conceitos por duas razões: em primeiro lugar, porque a concorrência desenfreada não é desejável; e em segundo lugar, porque na Grã-Bretanha a privatização das *utilities* foi acompanhada de um marco regulador específico para promover a concorrência e para garantir as missões de serviço público destas atividades".

[51] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos, in *Revista de Direito Administrativo – RDA,* vol. 228, p. 25.

[52] Observe-se, contudo, que, ainda quando as normas de concorrência não puderem ser aplicadas, admitindo-se o monopólio, a empresa que dele goze estará sujeita a uma competição prévia, mediante o processo de licitação para a delegação do serviço público. Nestes casos, a parcela mais considerável da regulação se dará *a priori*, quando da elaboração do edital de licitação e da respectiva minuta de contrato de delegação (GARCIA, Flávio Amaral. Os Monopólios Naturais e a sua regulação, in *Direito Empresarial Público*, coord. Marcos Juruena Villela Souto e Carla C. Marshall, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p.p. 293 e 294). Todavia, se deve observar que, após a celebração do contrato com exclusividade, não haverá competição *a posteriori*, modalidade que é a que mais interessa para a noção contemporânea de serviço público. Mesmos nestes casos, contudo, a empresa monopolista estará sujeita à legislação antitruste se valha da sua exclusividade no serviço público para restringir a concorrência em atividades correlatas, não abrangidas pelo seu monopólio.

forte adaptação ou mesmo exclusão em função dos objetivos que os serviços públicos devem perseguir e das medidas regulatórias que visam assegurar a sua realização.

Diversos mecanismos têm sido, aqui e alhures, adotados com o escopo de buscar o adequado equilíbrio entre os valores constitucionais vistos no Tópico anterior.

Devemos preliminarmente advertir que estes mecanismos conciliatórios da concorrência e das necessidades dos serviços públicos, derivados dos três elementos do Princípio da Proporcionalidade acima analisados, são intercomunicáveis e extremamente inter-relacionados entre si, de maneira que a classificação a seguir realizada não pode ser enfocada de maneira estanque.

5.1 FACILITAÇÃO À ENTRADA NO MERCADO

Tem-se buscado facilitar a entrada e o investimento nos mercados dos serviços públicos, aceitando-se apenas as restrições que sejam indispensáveis ao atendimento dos interesses públicos visados pela atividade, basicamente a universalidade da prestação dos serviços básicos a um preço acessível.

É sob esta perspectiva – do elemento necessidade do princípio da Proporcionalidade – que entendemos ser compatível com o nosso sistema constitucional a mais forte medida de facilitação de acesso ao mercado, qual seja, a própria transferência à iniciativa privada de atividades que até recentemente eram considerados como serviços públicos propriamente ditos – de titularidade estatal, prestados por particulares apenas mediante concessão ou permissão com forte regulação endógena do Estado.

Foi adotando esta medida que, por exemplo, no setor de telecomunicações, algumas atividades que o Legislador julgou não precisarem ser universais[53] podem ser exercidas pela iniciativa privada apenas mediante prévias autorizações administrativas vinculadas (Lei Geral de Telecomunicações, arts. 126 a 144), com o que tais atividades deixaram de ser serviços públicos propriamente ditos, tendo sido transpassadas à titularidade da iniciativa privada, constituindo atividades econômicas privadas sujeitas, no entanto, a uma forte regulação exógena do Estado.

Demonstrando a universalidade deste fenômeno, a doutrina espanhola afirma que "frente ao regime tradicional dos direitos de exclusivo na prestação de serviços, o novo modelo se baseia na abertura do setor à iniciativa privada (liberdade de entrada) e na pluralidade de ofertas nos serviços. Qualquer operador que reúna os requisitos necessários terá direito a construir, explorar, comprar e/ou vender as instalações necessárias para a atividade de que se trate.

[53] Por exemplo, a telefonia fixa, sendo o serviço de telecomunicação básico, indispensável para o liame social, deve ser universal; mas o mesmo não pode ser dito da telefonia móvel e de outros serviços acessórios, de valor agregado, das telecomunicações, que apenas fornecem um *plus* de comodidade para os usuários que puderem e optarem em arcar com os seus custos.

Naturalmente, será requisito para isto a obtenção de uma autorização administrativa, mas esta terá caráter vinculado, e se limitará ao controle das condições técnicas, econômicas, profissionais, etc., que sejam fixadas pelo ordenamento. (...) Frente à exigência de concessão (nos antigos serviços públicos) e de autorização discricionária (que se submete às avaliações da Administração), no novo modelo se afirma a liberdade de entrada nas atividades competitivas, mediante a prévia obtenção de uma autorização de caráter vinculado, que de forma alguma pode ser compreendida como concedida em regime de monopólio, nem outorgará direitos exclusivos. Desta maneira, a *despublicatio* do setor, a não-reserva ao estado da titularidade da atividade, tem como primeira conseqüência a livre entrada, que possibilitará a pluralidade de ofertas e a melhor satisfação das necessidades do usuário".[54]

Mesmo nos casos em que a facilitação de entrada no mercado não chegue a este extremo, que continuaremos a analisar no subtópico a seguir, ou seja, ainda nos casos em que seja mantida a titularidade estatal sobre a atividade, a entrada de empresas privadas neste mercado também pode ser facilitada, por exemplo, através da outorga de concessões a diversos interessados, sem direitos de exclusividade, nos termos do art. 16 da Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

5.2 REDUÇÃO DO ESPAÇO DE TITULARIDADE ESTATAL EXCLUSIVA

Em decorrência do exposto no Item anterior, podemos afirmar que a titularidade estatal sobre serviços públicos, com prestação por particulares apenas mediante delegação, é mantida quando, apesar dos programas e controles imponíveis pelas autorizações, a livre iniciativa não for eficaz para realizar os objetivos de interesse público visados.[55]

Quando esta possibilidade se verificar, temos na verdade uma despublicização daquelas atividades, que, à luz do Direito brasileiro,[56] deixarão de ser serviços públicos propriamente ditos para passarem a ser atividades privadas de interesse público – os chamados serviços públicos impróprios ou virtuais –, acarretando forte assimetria regulatória no seio do conjunto das atividades

---

[54] ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 20 e 21.

[55] RANGONE, Nicoletta. *I Servizi Pubblici*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 24 e 25.

[56] Ressalva-se a opinião daqueles que, apesar dos termos do art. 175 da Constituição Federal, têm uma visão meramente objetiva dos serviços públicos, que incluiria todas as atividades que simplesmente visem à satisfação de interesses públicos, independentemente da sua titularidade estatal ou da sua inclusão na esfera da iniciativa privada. Como já exposto diversas vezes neste estudo, temos uma concepção que, ao seu aspecto objetivo, se soma o subjetivo, pela qual, por força do art. 175 da Constituição, a titularidade estatal é requisito essencial para a caracterização de uma atividade como serviço público. É o que, ao nosso ver, deflui do citado dispositivo constitucional, que prescreve que o serviço público, pelo menos enquanto não for legislativamente descaracterizado como tal com apoio no Princípio da Proporcionalidade, pode ser prestado pela iniciativa privada apenas mediante delegação do seu titular – o Estado.

integrantes de um mesmo setor: algumas sob a reserva estatal e outras prestadas em regime privado.

Teremos, assim, alguns setores da economia submetidos a um marco regulatório de natureza complexa, com algumas atividades caracterizadas como serviços públicos e outras como atividades privadas de interesse público.

Nestes setores o Legislador entendeu que os interesses públicos perseguidos seriam melhor realizados justamente pela combinação entre o regime jurídico de Direito Público e o de Direito Privado, devendo a constitucionalidade desta política legislativa ser aferida diante dos três elementos do Princípio da Proporcionalidade, tanto em sua feição omissiva, como comissiva.

5.3 RELATIVA LIBERDADE DE PREÇOS

Busca-se, em alguns setores mais, em outros menos, diminuir a imposição dos preços dos serviços públicos pela Administração Pública. O que se pretende é que os preços sejam determinados pela livre concorrência entre os diversos agentes econômicos prestadores daquela determinada atividade, razão pela qual a arena por excelência apropriada para esta maior liberdade de preços é a dos serviços em que também haja, ao menos parcialmente, liberdade de entrada (v. Item anterior).

Assim, obviamente que não seria apropriado, e dificilmente constitucional, que a liberdade (de toda sorte sempre relativa) de preços fosse adotada em todos os serviços públicos, sendo admissível apenas naqueles nos quais a concorrência seja efetiva e que não possuam obrigações de universalidade e modicidade.

Cumpre também observar que a liberdade de preços deve ser mantida apenas enquanto gerar efeitos positivos para os consumidores, sem abusos do poder econômico, devendo, portanto, estar sempre sujeita a um diuturno acompanhamento por parte da Administração Pública.

Esta é justamente a disciplina adotada pela Lei Geral de Telecomunicações – LGT para os serviços de telecomunicações prestados em regime privado (sujeitos a autorizações vinculadas):

Art. 129. O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria.

Comentando a liberdade de preços como fator de inserção da concorrência nos serviços públicos, GASPAR ARIÑO ORTIZ e LUCÍA LOPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO comentam que "os preços das prestações e serviços segundo o novo modelo de regulação serão em alguns casos preços de mercado e em outros preços regulados, segundo exista ou não concorrência real naquela fase da atividade em questão. Na medida em que o mercado os fixe espontaneamente, não seria necessário regulá-los; e em todo caso, a regulação

será facilitada pela existência de um preço de mercado em alguma fase ou segmento da atividade",[57] diminuindo a assimetria informacional dos órgãos reguladores.

Obviamente que os preços submetidos a um regime competitivo se submetem ao controle *a posteriori* das normas de defesa da concorrência, enquanto as atividades submetidas à tarificação constituem um campo em que não serão aplicáveis os conceitos clássicos de defesa da concorrência, como preços predatórios ou discriminatórios, mas sim os preceitos regulatórios específicos, que podem ou não contemplar estas noções.

VITAL MOREIRA e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, observam que "na área dos serviços públicos são raros os casos em que não existe controlo sobre os preços e respectiva variação. Esse controlo pode ser mais ou menos apertado, indo desde a mera homologação à indicação de fórmulas precisas de cálculo, ao controlo das variações, no tempo e no montante, etc. As diferenças no regime relacionam-se com a importância estratégica e pública, a 'sensibilidade política' do serviço em causa e a respectiva forma de mercado. Nos serviços públicos básicos, onde não existe verdadeira concorrência, especialmente nos chamados 'monopólios naturais', é natural que esse controlo tenda assumir a sua forma extrema".[58]

Deve-se ter cuidado inclusive para que a redução dos preços não seja desfavorável aos usuários potenciais, aos quais o serviço ainda não chegou, por prejudicar os investimentos necessários a tanto.

SABINO CASSESE também adverte que a regulação deve "prevenir a oferta de preços em nível excessivamente baixo com o escopo de eliminar os concorrentes (chamados de preços predatórios). Com esta finalidade, tenta-se impedir o subsídio cruzado, impondo por lei a separação societária ou confiando à autoridade de setor a função de emanar normas de separação contábil e administrativa entre as diversas atividades desenvolvidas pelo mesmo gestor e verificar os custos de cada prestação.[59] Se confia assim à autoridade o poder de determinar *ex ante* as tarifas ou de controlar *ex post* para que os preços oferecidos aos usuários finais das empresas que já detém uma cota relevante do mercado sejam orientados pelos seus custos, enquanto aos novos entrantes pode

[57] ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 35.

[58] MOREIRA, Vital e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos*. Acessado em www.fd.unl.pt/pt/on-line/de/DesEst.doc. Em: 02/4/03. Como nota LAFFONT, "as prestações de serviço universal constituem um conjunto de restrições à política de preços dos operadores, impedindo-os que discriminem em função da localização geográfica ou outras características dos usuários" (ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 35).

[59] Ver o Item "Desconcentração" infra.

ser conferida plena liberdade na determinação das condições econômicas de oferta"[60] ("assimetria regulatória" – ver a seguir).

5.4 ASSIMETRIA REGULATÓRIA

A assimetria regulatória distingue as atividades e as dota de uma maior ou menor dose de concorrência de acordo com as suas peculiaridades.[61] É assim que, por exemplo, a telefonia fixa – serviço básico – sofre maiores restrições à livre concorrência do que a telefonia celular;[62] que os serviços de lixo domiciliar podem eventualmente ficar sujeitos a uma maior concorrência, ao passo que as usinas do seu tratamento não.[63]

---

[60] CASSESE, Sabino. *La Nuova Costituzione Economica*, Editori Laterza, 2ª edição, Roma-Bari, 2000, p. 91.

[61] Floriano de Azevedo Marques Neto define a assimetria regulatória como "a admissão, na exploração de serviços públicos, de vários operadores submetidos a graus de incidência regulatória diferençados" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos, in *Revista de Direito Administrativo – RDA,* vol. 228, p. 23). Ao tratar da "concorrência como meio de controle e estímulo à eficácia" dos serviços públicos, XAVIER DENIS-JUDICIS e JEAN-PIERRE PETIT afirmam que "um primeiro princípio visa a estabelecer uma distinção estrita entre as atividades exercidas dentro de um quadro concorrencial e aquelas organizadas em monopólio. Na economia das redes isto geralmente se traduz pela distinção entre as infra-estruturas, nas quais subsiste a noção de monopólio natural, e os serviços à clientela ou certas infra-estruturas, cujo funcionamento eficiente pressupõe a introdução da concorrência. As infra-estruturas englobam de maneira geral os suportes físicos das redes: linhas de ferro, estradas, aquedutos, fios de transmissão de dados. Mas as evoluções tecnológicas podem colocar em cheque a própria noção de monopólio natural, como por exemplo, na seara das telecomunicações. O desenvolvimento da telefonia celular efetua-se em situação de plena concorrência, já que pelo menos uma parte das infra-estruturas e o serviço são objeto de investimentos próprios de cada operador" (DENIS-JUDICIS, Xavier e PETIT, Jean-Pierre. *Les Privatisations*, Ed. Montchrestien, Paris, 1998, p. 40).

[62] O setor das telecomunicações, conforme regulado pela Lei Geral de Telecomunicações – LGT, é um dos maiores exemplos da existência de assimetria regulatória, já que a Lei e os Decretos que a regulamentaram chegaram a ponto de prever a existência de serviços de telecomunicações em regime público (a telefonia fixa comutada), sujeitos à concessão (ou permissão), e serviços em regime privado (todos os demais), que demandam apenas prévia autorização administrativa vinculada.

[63] "O que se está fazendo é uma delimitação do conceito de serviço público de limpeza urbana (de titularidade estatal) para abranger apenas as atividades não competitivas de infra-estrutura e de serviço universal. As demais podem ser prestadas pelo setor privado, mediante autorização e de acordo com a regulação eventualmente editada pelos municípios competentes. (...) A definição de tais atividades competitivas deve ser negativa, reputando-se passível de realização pelo setor privado aquilo que não se configurar como atividade não competitiva (de infra-estrutura ou de serviço universal). É claro que o conceito de serviço universal está em evolução contínua e, na medida em que se ampliam as opções tecnológicas, eleva-se o nível mínimo de satisfação para que se considere adequadamente prestado o serviço universal. Porém, o conteúdo das atividades não competitivas, submetidas pela lei ao regime de Direito Público, delimita negativamente as atividades competitivas que devem ser reservadas ao setor privado" (PEREIRA, César A. Guimarães. Participação Privada nos Serviços de Limpeza Urbana, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 216, pp. 87 e 88).

Trata-se de um “desmembramento” da própria atividade, seja dentro da mesma fase da cadeia produtiva do setor, seja em fases diversas, instalando-se a concorrência ao menos em uma delas.

Foi o que ocorreu nos serviços públicos de energia elétrica. "A geração, transmissão, distribuição e comercialização eram, no passado, exploradas em regime de monopólio estatal. Com a fragmentação da própria atividade é possível instaurar a competição, por exemplo, nas fases de geração e comercialização de energia elétrica. Na transmissão, ao revés, não há esta possibilidade, já que a sua execução envolve uma rede de cabos, linhas e torres, que torna inviável a exploração econômica por mais de um agente".[64]

Tal assimetria regulatória pode ser aplicada até mesmo dentro de atividades prestadas por uma mesma empresa, por exemplo, às empresas que prestam atividades sujeitas à reserva estatal e que também possam explorar atividades não consideradas pela lei como de titularidade estatal exclusiva (atividades privadas de interesse público).[65]

Para aferirmos a legitimidade da atribuição de distintos regimes jurídicos aos serviços públicos de um mesmo setor deve ser verificada a consonância da diferenciação com o Princípio da Igualdade,[66] admitindo-se apenas os critérios distintivos que se justificarem em virtude das peculiaridades de cada atividade, funcionalizadas em relação ao atendimento dos interesses dos usuários.

5.5 DESVERTICALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

A desverticalização (*unbundling* – literalmente "desempacotar")[67] ou desintegração vertical[68] busca coibir a concentração nas atividades de um mesmo

---

[64] GARCIA, Flávio Amaral. Os Monopólios Naturais e a sua Regulação, in *Direito Empresarial Público*, coord. Marcos Juruena Villela Souto e Carla C. Marshall, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, pp. 291 e 292.

[65] CASSESE, Sabino. *La Nuova Costituzione Economica*, Editori Laterza, 2ª edição, Roma-Bari, 2000, p. 89.

[66] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos, in *Revista de Direito Administrativo – RDA,* vol. 228, p. 27.

[67] "*Unbundling* quer dizer desenfeixamento; *bundle*, em inglês, corresponde a *fascia*, feixe em latim. O verbo *to bundle*, enfeixar, encontra o seu contrário pela 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 *degroupage*, desagrupamento" (DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 226, pp. 139 e 140). "O instituto foi criado para desvincular os elementos que compunham a rede, de forma a permitir o seu compartilhamento. Nesse sentido, cite-se o Report & order 96-325, da *Federal Communications Commission*, em que a agência reguladora norte-americana comenta a obrigatoriedade de *unbundling* para serviços de telefonia local" (LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, *Unbundling* e Compartilhamento de Meios de Redes de Telecomunicação, in *Revista de Informação Legislativa – RIL*, vol. 154, p. 45).

[68] Também se procura evitar, mas não com a mesma intensidade, a integração vertical, ou seja, o fato de o mesmo grupo possuir diversas empresas operando em uma das fases do ciclo

setor.[69] Para evitar a integração vertical podem ser adotadas diversas posturas regulatórias desconcentradoras, da simples desconcentração contábil à desconcentração societária, passando pela desconcentração jurídica, institutos que veremos mais adiante ainda neste Item.

A desverticalização e a assimetria regulatória possuem uma íntima relação, assim percebida por GASPAR ARIÑO ORTIZ e LUCÍA LOPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO: "uma das pré-condições ou pressupostos prévios para a reconstrução da concorrência é a desintegração vertical de atividades competitivas e não-competitivas no seio de cada setor.[70] Para conseguir a transparência e a dualidade de regime jurídico (mercado ou regulação), é imprescindível uma desintegração vertical (*unbundling*) das distintas fases ou segmentos do negócio em questão, nos quais é quase sempre possível distinguir as atividades potencialmente competitivas (os serviços singularizados prestados por distintos operadores em concorrência) e as atividades não-competitivas (infra-estruturas de uso comum). (...) Os grandes objetivos da separação são: 1) a distinção entre atividades potencialmente competitivas e não-competitivas, com aplicação de regimes jurídicos diferentes; e 2) a transparência informativa, que é *conditio sine qua non* para uma correta regulação, com eliminação de subvenções cruzadas entre os distintos serviços e para evitar práticas restritivas da concorrência, derivadas da integração vertical das atividades."[71]

Quanto aos mecanismos de desconcentração aptos a desverticalizar o setor de que se estiver tratando, instituídos diretamente por lei ou por normas reguladoras administrativas, devemos observar que, em atenção ao Princípio da Proporcionalidade, se deve sempre buscar as formas mais brandas de

---

econômico do serviço público. A este respeito merecem menção os artigos 68 e 87 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, que dispõem: *Art. 68. É vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas. Art. 87. A outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga.*

[69] "A partir da teoria do monopólio natural o crescimento de uma empresa gestora de um serviço público se produziu em todas as áreas possíveis. Se a situação economicamente ótima – se pensava – é aquela em que uma empresa ocupa 'todo' o setor, é lógico que alcance também 'todos' os subsetores. O monopolista tende por natureza à integração de atividades, já que a dependência de um ou vários fornecedores externos poderia gerar pontos fracos na sua fortaleza. Em suma, o que no livre mercado se fragmentaria, no serviço público monopolizado forma um bloco monolítico, que afeta todos os aspectos de geração de novas prestações, produção de equipamentos, comercialização, etc." (MARTINEZ, J. M. de la Cuétara. *El Nuevo Servicio Público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 168 e 169).

[70] Podem, contudo, haver alguns aspectos positivos na integração vertical, especialmente a redução de custos e um maior *savoir-faire*, desde que a atividade esteja sujeita a uma regulação eficiente. Ver RACHLINE, François, *Services Public et Économie de Marché*, Presses de Sciences PO, Paris, 1996, p. 88. Sob o ponto de vista da eficiência produtiva, NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 182/3.

[71] ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 13 a 15.

desconcentração, passando sucessivamente para as mais restritivas apenas na incapacidade das anteriores propiciarem a adequada concorrência e atendimento aos interesses do serviço público. Vejamo-las:

Desconcentração Contábil, pela qual, ainda que várias fases do ciclo econômico sejam explorados pela mesma empresa, impõe-se que pelo menos haja uma contabilidade distinta para cada uma delas, coibindo-se subsídios cruzados dentro do mesmo setor.[72] "Tal separação contábil deve ser apta para constatar a eventual existência de tarifas não equânimes, práticas discriminatórias ou mesmo subvenções internas (*cross-subsidizing*). A proibição de subvenções internas (ou pelo menos a transparência na sua concessão) deriva do princípio com base no qual as empresas de serviço público devem ser geridas com base nos princípios válidos para as sociedades comerciais, salvo os vínculos próprios do caráter publico do serviço".[73]

Desconcentração Jurídica, chegando-se a impor que a mesma pessoa jurídica não explore mais de uma fase do ciclo econômico do setor, o que, naturalmente, acarreta também na desconcentração contábil, mas não chega a exigir que as diversas empresas não pertençam ao mesmo grupo econômico.

Desconcentração Societária, por força da qual, mediante um controle das estruturas,[74] o mesmo grupo econômico não pode concentrar mais de uma etapa do ciclo econômico do serviço público,[75] evitando-se, por exemplo, que empresas de um mesmo grupo sejam geradoras, distribuidoras e comercializadoras de energia elétrica.[76] Esta medida pode ser implementada tanto *a posteriori*,

---

[72] "A medida é adotada sempre que uma mesma empresa prestadora de serviço público ocupa posições dominantes no mercado, ou concentra um poder de mercado relevante, desenvolve cumulativamente mais de uma atividade econômica, ou se dedica a objetivos diferenciados entre si" (cf. MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 251).

[73] RANGONE, Nicoletta. *I Servizi Pubblici*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 65/6.

[74] Como expõe Calixto Salomão Filho, a defesa da concorrência sobre condutas é bem mais aceita pelos autores mais liberais que sobre as estruturas empresariais, de natureza bem mais interventiva, mas igualmente necessária, principalmente nas atividades reguladas como os serviços públicos (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 83).

[75] Sob este ponto de vista as entidades e órgãos reguladores devem estar cada vez mais atentos para o conceito de controle societário, que está cada vez mais complexo, dinâmico e crescentemente menos dependente da titularidade das ações (cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial, in *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 196).

[76] "O novo serviço público será, sob todos os pontos de vista, mais complexo que o anterior, mas isso não quer dizer que não seja manejável; só não seria manejável com o obsoleto sistema de concentrar todas as decisões em apenas um centro de poder; mas será manejável de acordo com normas mercantis, feitas exatamente para lidar com tal complexidade. O auto-ajuste a partir da liberdade de diversos operadores e a correção dos possíveis abusos de domínio do mercado, realizada inclusive preventivamente (controle de fusões e aquisições), formam parte da bagagem técnica à disposição e estão perfeitamente operativos para sua aplicação aos antigos serviços públicos monopolizados" (MARTINEZ, J. M. de la Cuétara. *El Nuevo Servicio Público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 170). No âmbito das telecomunicações, ver a Resolução ANATEL nº 101/99, e, no da energia elétrica, a Resolução ANEEL nº 94/98.

determinando a cisão ou a venda de participações societárias de concentrações já existentes, como *a priori,* o que é mais aconselhável, através de normas que restrinjam a aquisição de capital acionário de empresas pertencentes ao mesmo setor, a participação em licitações ou a outorga de autorizações a empresas pertencentes a grupos econômicos que já atuam no setor.[77]

Comentando estes três níveis de regulação, a doutrina observa que "o princípio da separação de atividades pode adotar diferentes modalidades ou graus: pode se tratar de uma mera separação contábil, ou de uma separação contábil e de gestão; pode se exigir uma separação jurídica, permitindo grupos ou *holdings* dos quais as diversas sociedades sejam dependentes; e pode, finalmente, ser exigida uma total separação acionária, proibindo-se por lei a presença de um mesmo acionista dominante nos distintos setores ou áreas da atividade. (...) Nem sempre será necessária uma desintegração empresarial (jurídica ou acionária), com os elevados custos (financeiros, de operação nas bolsas de valores e de eficiência) que esta pode acarretar. Em cada caso (em cada país, em cada situação de separação de atividades), terá que ser analisado qual nível de separação de atividades permite a desintegração conceitual, a dualidade de regimes jurídicos e a transparência de funcionamento."[78]

Uma derradeira observação deve ser feita para destacar que, malgrado a doutrina e a legislação geralmente tratarem mais da desintegração ou desconcentração vertical, relativa a diferentes etapas da atividade, também pode ser imposta a desintegração horizontal, pela qual os mecanismos acima analisados visam, outrossim, a impedir a concentração na mesma etapa da atividade (ex.: vedação de que uma mesma empresa explore os serviços de telefonia fixa em mais de uma região do país).

5.6 SEPARAÇÃO ENTRE GESTÃO DA INFRA-ESTRUTURA E PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

Esta medida regulatória é condição do acesso às infra-estruturas (geralmente redes) por parte dos prestadores do serviço público (infra Item 5.8), ainda que sejam concorrentes do gestor da rede. O ideal é que o gestor da rede sequer seja prestador do serviço, mas, ainda quando o seja, a gestão do serviço público e a gestão da respectiva rede devem ser de alguma maneira separadas.[79]

O que ocorre, é que na maioria das vezes a duplicação das infra-estruturas é, senão impossível, pelo menos irracional do ponto de vista econômico e/ou

---

[77] CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 505.

[78] ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 15 e 16.

[79] "É exigível ao menos que se imponham restrições à ocupação destes novos negócios pelas empresas que estão em posição dominante. Se não fosse assim, seria impossível que os novos empresários aspirantes a se incorporarem às mesmas áreas de atividade competissem em termos de igualdade" (MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 230).

urbanístico,[80] caracterizando-se a sua gestão como monopólio natural, fazendo com que deva haver uma assimetria regulatória (Item 5.4) entre a gestão da infra-estrutura e a prestação de serviços, com a concomitante desconcentração entre ambas (Item 5.5), evitando-se, pelo menos contabilmente, que a atividade de prestação do serviço seja fundida com a de gestão da infra-estrutura, o que poderia propiciar, por exemplo, subsídios cruzados, com a atividade monopolizada financiando parte dos custos da atividade sujeita à concorrência com outros operadores, que estariam em situação de grande desvantagem por não possuírem a infra-estrutura necessária à sua atividade.

5.7 COMPETIÇÃO ENTRE SETORES DISTINTOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Mesmo quando não seja possível a concorrência entre atividades ou empresas do mesmo setor, ou, ainda que o seja, para fomentá-la ainda mais, pode haver competição entre setores de serviços públicos que sejam distintos, mas que supram as mesmas necessidades dos usuários.

Por exemplo, "em matéria de transportes públicos é possível vislumbrar, em uma atividade aparentemente monopolista, a possibilidade de competição entre os diversos modais, a depender, contudo, de uma regulação sistêmica. Marcos Juruena Villela Souto esclarece: 'mais uma vez por limitações urbanísticas, é extremamente complexo o processo de competição, dada a inviabilidade de duplicação de linhas de transporte ferroviário ou metroviário, de ônibus e barcas; entretanto, a competição entre os modais é perfeitamente possível, desde que existente uma política tarifária que permita uma regulação eficaz (cite-se, por exemplo, a competição entre ônibus e as lotações, no Rio de Janeiro, e entre barcas e catamarães, na travessia da Baía de Guanabara, entre os Municípios do Rio de Janeiro e Niterói)'."[81]

5.8 COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURAS

O mecanismo de inserção da concorrência nos serviços públicos objeto do presente Item foi deixado por último por duas razões: em primeiro lugar, é o que mais tem suscitado discussões teóricas e empíricas, implicando no deslinde de questões comuns ao Direito Administrativo e ao Direito Econômico, inclusive de alguns aspectos privatísticos deste, revelando a indispensável aplicação conjunta das duas disciplinas; em segundo lugar, o tema é melhor compreendido após o

---

[80] Mesmo que a multiplicação das redes fosse economicamente viável, levaria a um desordenamento da ocupação do espaço público por fios e dutos de toda espécie: "A atividade liberalizadora pressupõe a possibilidade teórica de que cada operador queira estabelecer a sua própria rede, o que implica no problema de que esta ocupação ilimitada do domínio público e as obras necessárias possam afetar o uso normal dos bens de domínio público e a sua afetação a outros fins" (RÍOS, Isabel Gonzáles. *El Dominio Público Municipal: régimen de utilización por los particulares y compañias prestadoras de servicios*, Ed. Comares, Granada, p. 152).

[81] GARCIA, Flávio Amaral. Os Monopólios Naturais e a sua regulação, in *Direito Empresarial Público*, coord. Marcos Juruena Villela Souto e Carla C. Marshall, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 294

apreensão dos demais mecanismos concorrenciais – acima analisados –, dos quais constitui a conseqüência necessária.

Assim, é que vimos que a concorrência nos serviços públicos faz com que as diversas atividades concernentes a um setor sejam divididas de acordo com a potencialidade de competição, com um regime jurídico diferenciado para cada grupo delas (assimetria regulatória). As mais sujeitas à concorrência ficam sujeitas a um regime mais aberto (relativa liberdade de entrada e de fixação de tarifas, ausência de obrigações de universalidade, etc.). As demais, ao revés, permanecem em um regime jurídico tendencialmente monopolista e, por isso (já que o mercado não é suficiente para atender aos interesses públicos), sob forte regulação estatal.

Os serviços públicos, dada a sua essencial função de instrumento da coesão social, na grande maioria dos casos devem ser organizados em rede,[82] já que só fazem sentido se propiciarem a integração da maioria da população. Para isto foram (e são) construídas vultosas infra-estruturas através das quais são prestados (as redes de fios dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, dutos de água e gás, o conjunto dos aeroportos e das rodoviárias, as linhas férreas, o sistema de portos e armazéns portuários, etc.).[83]

Os serviços públicos em si não se confundem nem devem ser confundidos, como visto, com as infra-estruturas através das quais são veiculados. Esta diferenciação, somada à decisão política de inserir a competição no maior número de atividades possível e à natureza de monopólio natural da maioria das infra-estruturas, fez com que a concorrência fosse potencializada geralmente apenas na prestação dos serviços, sendo a sua aplicação na gestão das infra-estruturas bem mais modesta.[84]

Note-se que a separação entre a gestão das redes e a prestação dos serviços só é possível com tamanha intensidade no momento atual, já que a maioria das infra-estruturas, pelo menos as mais vultosas, já se encontra construída. Por outras palavras, à época da implantação das grandes infra-estruturas nacionais era necessário que as empresas dela encarregadas (até a década de 40 predominantemente empresas privadas) explorassem com

---

[82] "Há na sociedade d'hoje, como disse um escritor, uma generalizada 'indigência social', que é independente da fortuna pessoal. Todos precisam dos serviços de assistência vital e em conseqüência forma-se, nos ambientes urbanos, uma rede de vínculos jurídicos contínuos ou intermitentes entre os que prestam e quantos os recebem" (GOMES, Orlando. A Função do Contrato, in *Novos Temas de Direito Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 107, grifamos).

[83] Jean-Michel Glachant, não sem algum exagero, dá tamanha importância às redes de infra-estrutura que define o serviço público como uma das possíveis formas de sua gestão (GLACHANT, Jean-Michel. Repères pour l'Analyse Économique du Service Public Européen, in *Europe, Concurrence et Service Public*, Ed. Masson/Armand Colin, Paris, 1995, p. 79).

[84] "Na maioria dos casos as infra-estruturas de redes são monopólios naturais, já que 'não é concebível em termos racionais nem econômicos a sua duplicação ou multiplicação', sendo imprescindível, para abrir o mercado aos novos operadores, facilitar seu acesso às redes já estabelecidas" (GÓMEZ, Ramón Terol. *El Control Público de las telecomunicaciones: autoridades reguladoras.* Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2000, p. 129).

exclusividade também os serviços, cujas tarifas financiavam a sua atividade menos lucrativa e mais onerosa de construção das redes.

Além de grande parte das infra-estruturas nacionais já se encontrar construída, a desconcentração da gestão/aperfeiçoamento das redes, da prestação dos serviços públicos, também é possibilitada pelas evoluções tecnológicas que possibilitaram o pluralismo do acesso a muitas das redes que até há pouco tempo eram por suas características técnicas restritivas do acesso.[85]

Percebeu-se, então, que a natureza reticular dos serviços públicos não impedia que viessem a ser prestados, pelo menos parcialmente, em regime de concorrência. Muito pelo contrário, estas novas infra-estruturas, já armotizadas e tecnologicamente mais avançadas, demonstravam inexistir razões para que as restrições à concorrência na sua gestão fossem estendidas à prestação dos serviços prestados através delas.

Se a restrição ou mesmo a ausência de concorrência na gestão das infra-estruturas é compreensível em razão do alto custo da sua gestão, aperfeiçoamento e ampliação, assim como da impossibilidade ou irracionalidade técnica, urbanística e econômica da sua duplicação,[86] a mesma *ratio* não se aplica à prestação dos serviços públicos, salvo, naturalmente, naqueles sujeitos a obrigações de universalidade, em que a necessidade de prestações deficitárias pode justificar restrições à concorrência para que o serviço seja como um todo viabilizado.

Todos esses fatores impõem ao gestor das redes (incumbentes) a obrigação de compartilhá-las com os prestadores dos serviços (entrantes), ainda mais quando também lhe foi outorgada a prestação de serviços, normalmente de natureza universal, o que muitas vezes foi necessário para preservar o equilíbrio econômico da empresa.[87] De qualquer maneira, se não a desconcentração societária ou jurídica, pelo menos a desconcentração contábil há de ser imposta entre as duas atividades da empresa gestora da rede.[88]

---

[85] Note-se que o acesso às redes só é fenômeno novo em âmbito interno, já que, em âmbito internacional, entre as redes dos diversos países, sempre houve esta necessidade, principalmente nas telecomunicações. Veja-se, por exemplo, o Regulamento Telefônico instituído pela Conferência de Madrid que criou a União Internacional de Telecomunicações – UIT.

[86] IBÁÑEZ, Santiago Gonzáles-Varas, *Los Mercados de Interés General; Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 180 e 181.

[87] Sobre os inconvenientes desta concentração, a ser na medida do possível evitada, ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 26.

[88] HERMES, Georg. Problemi dell'Accesso alla Rete, in *I Servizi a Rete in Europa – Concorrenza tra gli Operatori e Garanzia dei Citadini* (org. Erminio Ferrari), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, p. 10.

Sem a obrigação do titular da gestão da rede permitir o acesso dos terceiros prestadores de serviços (*Third Party Access*),[89] restaria totalmente frustrada a tentativa de implantar a concorrência nestas atividades potencialmente competitivas do setor: teríamos diversas empresas juridicamente aptas a prestar o serviço, mas faticamente impossibilitadas por não terem acesso às infra-estruturas, que constituem pressuposto essencial para a prestação do serviço[90] – "o acesso à rede é o acesso ao mercado"[91]. A situação seria ainda mais grave quando a gestora da rede permitisse o acesso apenas para a prestação dos seus próprios serviços ou de empresas integrantes do mesmo grupo econômico e a vedasse ou dificultasse aos demais.

Estamos, de fato, diante de um caso em que a intervenção estatal, longe de coarctar o mercado, é pressuposto da sua criação, ou seja, em que, confirmando a relação dialética existente entre direito e economia, insuscetível de maniqueísmos e generalizações,[92] o mercado é possibilitado e mantido pelo Estado. Quem cria o mercado continua sendo, naturalmente, a iniciativa privada, que só pode fazê-lo, contudo, em razão das regras de acesso à rede impostas pelo Estado.

Como expõe RAMÓN TEROL GÓMEZ, se a conexão não fosse exigível "se cairia na insustentável situação em que os usuários dos distintos operadores não poderiam comunicar-se entre si – escolhendo sem pestanejar os serviços do antigo monopolista –, ou os novos operadores se veriam obrigados a ter as suas próprias redes, o que envolveria gastos e investimentos iniciais totalmente impossíveis de serem assumidos".[93]

---

[89] À doutrina jurídica das *essential facilities* corresponde a doutrina econômica do *Third Party Access* (cf. ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 22).

[90] Apenas as regras de abertura de mercado, com a derrubada de barreiras jurídicas à entrada, não são suficientes se não for assegurado o acesso à rede (cf. CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Ed. Economica, Paris, 2002, p. 553).

[91] ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 205, grifos nossos.

[92] "A condição pós-moderna rechaça com toda energia os 'grandes relatos', ou seja, neste contexto as explicações globais dos fenômenos que unilateralmente, e de uma vez para sempre, querem aclarar todas as situações. Globalidade e unilateralidade que excluem explicações distintas" (NIETO, Alejandro. Prefácio à obra de Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli, *Postmodernidad y Derecho Público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 22).

[93] GÓMEZ, Ramón Terol. *El Control Público de las Telecomunicaciones: autoridades reguladoras.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 128 e 129. O autor explica que, em sentido tecnicamente preciso, o "acesso" é o gênero e a "interconexão" espécie. Aquele abrangeria também o direito dos consumidores individuais acederem à rede, para se comunicarem entre si ou obter os serviços dos outros operadores, ao passo que esta diria respeito apenas ao direito dos operadores, por sua vez titulares de outras redes, ainda que acessórias, mais novas e menores, se interconectarem. A interconexão em sentido estrito leva, portanto, acresceríamos, à formação de uma rede de redes, dotada de interconectividade e interoperabilidade. Alguns autores descem a sutilizes técnicas para distinguir o compartilhamento de infra-estruturas da interconexão de redes, o que, para os fins deste estudo, não chega a ser relevante. Esta é definida pelo Parágrafo único da LGT da seguinte forma: "*Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam*

Esta obrigação de compartilhamento das infra-estruturas de serviços públicos provocou uma forte regulação legislativa e infra-legislativa da extensão e dos condicionamentos do correspondente direito, regulação esta, predominantemente de Direito Administrativo, derivada da Teoria das Instalações Essenciais (*Essential Facilities Doctrine*) concebida pelo Direito Econômico norte-americano.

5.8.a A TEORIA DAS INSTALAÇÕES ESSENCIAIS (*ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE*)[94]

Devemos observar preliminarmente que os serviços públicos (originariamente, nos EUA, nas *public utilities*) são o campo privilegiado de aplicação da Teoria das Instalações Essenciais, que, contudo, a eles não se limita, abrangendo todas atividades em que uma empresa possui um bem sem o qual a competição de terceiros é inviável (ex.: direitos autorais, redes de caixas eletrônicas, estádios[95], etc.).[96]

---

comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis". Neste sentido, comentando o dispositivo legal, Gabriel Boavista Laender, afirma que "dessa definição avulta, desde o princípio, uma característica fundamental: a interconexão visa interligar duas ou mais redes. A interconexão se caracteriza, portanto, por um propósito, não pelos meios utilizados para alcançá-lo. É nesse ponto que se diferencia a interconexão do compartilhamento de meios. Este é meio para aquela, porém não a caracteriza. De fato, para que haja interconexão é necessário que em algum ponto uma rede conecte-se fisicamente a outra, porém, conforme dito anteriormente, sobre uma mesma infra-estrutura pode se estabelecer uma pluralidade de redes sem haja entre elas qualquer forma de interligação funcional, isto é, sem que uma troque informação com a outra. Neste caso, caracteriza-se o compartilhamento de meios, porém não a interconexão" (LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, *Unbundling* e Compartilhamento de Meios de Redes de Telecomunicação, in *Revista de Informação Legislativa – RIL*, vol. 154, p. 45).

[94] A tradução que efetuamos é a que é mais encontrada nas línguas neo-latinas, e, por irrenunciável deferência ao vernáculo, a utilizaremos, sem, no entanto, desconhecer que, apesar de as *facilities* em sua origem e ainda hoje majoritariamente dizerem respeito a instalações, podem também abranger bens incorpóreos, como a propriedade intelectual, o que será analisado mais detidamente a seguir. Alguns também traduzem as *essential facilities* por "insumos essenciais".

[95] Apesar deste caso poder parecer um pouco esdrúxulo aos olhos brasileiros, a Teoria já foi bastante aplicada nos EUA em relação a estádios de futebol. Basta lembrarmos que as equipes desportivas nos EUA têm natureza empresarial e que existem poucos estádios públicos. Imaginemos, então a situação em que a única equipe que possuísse estádio em determinada localidade estivesse se recusando a permitir que os demais times da cidade nele jogassem as suas partidas.

[96] Com efeito, como observa CALIXTO SALOMÃO FILHO, "a origem da *essential facility* poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infra-estruturas bastante específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou o mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência referida acima. Sob esta perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma *essential facility*. Imagine-se, por exemplo, matéria-prima cujas únicas fontes estejam todas controladas por um único agente. (...) A própria impossibilidade de duplicação do bem pode não decorrer de circunstâncias econômicas, mas jurídicas (como a proteção conferida a um bem imaterial pela legislação de propriedade intelectual)" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 40 e 41). Tratando da "tendência

Por outro lado, sendo a Teoria das Instalações Essenciais uma construção doutrinária e jurisprudencial,[97] tem a sua aplicação aos serviços públicos modulada pela regulamentação a eles inerente, não se aplicando a eles de forma absoluta.

Apesar de os preceitos da Teoria das Instalações Essenciais deverem sempre ser considerados como fontes interpretativas importantes, não podem, obviamente, prevalecer em detrimento de normas reguladoras expressas que, eventualmente, conformem em determinado setor a Teoria de maneira diversa da sua feição original não positivada. Nestes casos, observa SABINO CASSESE, "o legislador prevê uma intervenção regulatória que disciplina *ex ante* as modalidades técnicas e as condições econômicas e contratuais ou impõe a publicização preventiva destas condições, arbitra a negociação entre as partes e dirime as suas controvérsias".[98]

Se no direito antitruste em geral não há normas que especifiquem o modo de a Teoria das Instalações Essenciais ser aplicada, nas atividades reguladas é comum que isto ocorra, o que, felizmente, não vem sendo feito, contudo, de maneira tão antitética como em tese seria possível, até porque, no silêncio da lei setorial, o princípio é o da aplicação das normas gerais de defesa da concorrência (*arg. ex.*, inclusive, art. 7º da Lei Geral de Telecomunicações – LGT[99]), e, conseqüentemente, dos traços clássicos da Teoria das Instalações Essenciais.

Expondo a prevalência da legislação setorial em caso de conflito com a disciplina geral, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. observa, tratando especificamente da disciplina das telecomunicações, que esta "se reporta antes a condições especiais de acesso ao mercado por parte das prestadoras de serviço de telecomunicações, submetidas a processo licitatório e remuneradas por meio de tarifas. Não se reportam, pois, a isenções, mas a aplicações que exigem cuidado mais apropriado às especificidades do mercado".[100]

---

expansiva" da Teoria das Instalações Essenciais, ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 22.

[97] TELESE, Giuseppe. La Liberalizzazione dei Servizi Pubblici a Rete in *Ambito Comunitario e la Disciplina del Diritto di Accesso alle Infrastrutture: Aspetti Generali, in Servizi Pubblici, Concorrenza e Diritti* (org., Laura Ammannati, Maria Agostina Cabiddu e Paolo De Carli), Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 184.

[98] CASSESE, Sabino. *La Nuova Costituzione Economica*, Editori Laterza, 2ª edição, Roma-Bari, 2000, p. 91.

[99] LGT, *Art. 7º. As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei*.

[100] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei Geral de Telecomunicações e a Regulação dos Mercados, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XI – Direito da Regulação (coord. Alexandre Santos de Aragão), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 257. Prossegue o autor afirmando que "as limitações impostas pela exigência de licitação, por exemplo, se, de um lado, garantem às prestadoras de serviço, no seu mercado relevante, a competitividade no acesso e no exercício da atividade, acabam, contudo, por conferir-lhes, de outro, privilégios próprios de ostensiva posição dominante no que se refere aos seus mercados adjacentes (seus fornecedores, fornecedores que dependem de insumos por elas

A importância do estudo da Teoria das Instalações Essenciais para os serviços públicos é, portanto, imensa, e isto por três razões: 1º) Geralmente as normas reguladoras setoriais acompanham as diretrizes básicas da Teoria; 2º) No silêncio da norma regulamentadora do serviço são os parâmetros da Teoria das Instalações Essenciais que são aplicados; e 3º) Em caso de lacuna, contradição ou nebulosidade da regulamentação, a Teoria das Instalações Essenciais será um importante elemento integrador e interpretativo.

A *Essencial Facilities Doctrine* foi aplicada pela primeira vez no caso *Terminal Railroad*, julgado em 1912 pela Suprema Corte,[101] mas o julgamento que fixou as bases que até hoje presidem a Teoria foi o *MCI v. AT & T*, realizado pelo Sétimo Circuito da Justiça dos EUA,[102] em que esta empresa foi obrigada a dar acesso à sua rede de telefonia fixa (a *facility*), da qual tinha o monopólio, para aquela prestar os seus serviços de telefonia interurbana em concorrência com a própria *AT & T*, que também os prestava.[103]

Neste acórdão foram fixados os requisitos de aplicação da Teoria das Instalações Essenciais, ou seja, de exceção ao princípio de que os agentes econômicos não são obrigados a negociar com os seus concorrentes. Estes requisitos são, com algumas evoluções e adaptações, observados, não apenas nos EUA, mas também nos demais países em que há a possibilidade de compartilhamento obrigatório das *essential facilities*.[104]

---

detidos). Entende-se, por conseguinte, a pontual preocupação do legislador em caracterizar como infração à ordem econômica a adoção, por parte das prestadoras, de '*práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*' de modo muito específico quando aquelas venham a celebrar '*contratos de fornecimento de bens e serviços'* (art. 7º par. 3º da LGT)" (p. 258 – grifos no original).

[101] PITOFSKY, Robert. The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law, in www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/ pitofskyrobert.pdf, acessado em 15/4/03. "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" (DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações, in Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 226, p. 146). Todavia, a construção da *Essential Facilities Doctrine* deve mais às Cortes inferiores que à Suprema Corte, que, evidentemente, como referido, também já reconheceu o direito de o monopolista "contratar com quem quiser" pode ser excepcionado em alguns casos, o que é natural, já que as instalações essenciais são na verdade exemplos especializados da vedação do abuso de poder econômico em mercados relevantes (cf. *The Essential Facilities Concept*, Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line,* pp. 87 e 94).

[102] *MCI Communications Corp. v. AT & T.* (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), *cert. Denied*, 464 U.S. 891 (1983).

[103] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência, in *Direito Administrativo Econômico* (coord. Carlos Ari Sundfeld), Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 171.

[104] É curioso notar inclusive a importância da jurisprudência norte-americana para a solução dos casos de direito antitruste em países com menos tradição na matéria. Se veja, por exemplo, as decisões do CADE, em que os precedentes dos EUA têm um papel decisivo.

Um interessante ponto a notar é que a aplicação da Teoria das Instalações Essenciais pela União Européia agregou-lhe o Princípio da Proporcionalidade nos três elementos já analisados acima (Tópico 4), pelos quais a imposição da obrigação de conceder o acesso deve ponderar e calibrar os interesses envolvidos, dando a cada um deles o seu devido peso, determinando o compartilhamento apenas na medida em que seja o meio adequado e menos constritivo para assegurar ou aumentar a concorrência e o bem-estar dos consumidores.[105] É sob esta perspectiva que muitas vezes defere-se o compartilhamento pelo prazo de tempo necessário para que o concorrente construa a sua própria instalação.

Vejamos, assim, quais são os cinco requisitos de aplicação da Teoria das Instalações Essenciais:

Controle da instalação essencial: "Os casos envolvendo a Teoria das Instalações Essenciais dizem respeito a monopolistas (recusas unilateriais) e grupos de empresas com poder de monopólio (recusas combinadas), assim como a um monopolista que não compete no *downstream* com a empresa para a qual foi negado o acesso à *facility* (recusas arbitrárias)".[106]

Normalmente a aplicação da Teoria das Instalações Essenciais se dá em relação a uma empresa que domina uma instalação no mercado a montante (*upstream*) – na maioria das vezes uma rede –, mas que também participa direta ou indiretamente do mercado a jusante (*downstream*), no qual a referida instalação é condição *sine qua non* para a participação (ex.: nenhuma empresa conseguirá prestar serviços de telefonia celular [*downstream*] se os seus clientes não puderem acessar a rede da telefonia fixa [*upstream*]).[107]

---

[105] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 93.

[106] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 56. "O primeiro fator refere-se, em primeiro lugar, à essencialidade do insumo. A doutrina considera *essencial* o insumo se ele é vital para a viabilidade da concorrência em outro mercado e se os concorrentes neste não podem efetivamente competir sem acesso a ele" (cf. *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments,* 4ª edição, 1997, p. 277). O insumo não precisa ser indispensável: basta que seu controle carregue consigo o poder de eliminar a concorrência no mercado adjacente (...). Em segundo lugar, refere-se o fator à condição monopolista ou de posição dominante do fornecedor. Não é preciso que o fornecedor possa ou queira tornar-se um monopolista ou conquistar posição dominante no mercado adjacente. Basta que consiga, nesse mercado, uma posição de vantagem (resultante, na verdade, de sua posição monopolista ou dominante no primeiro mercado)" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei Geral de Telecomunicações e a Regulação dos Mercados, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XI – Direito da Regulação (coord. Alexandre Santos de Aragão), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 259).

[107] "Obviamente, um serviço telefônico concorrente encontrará tremendas dificuldades para entrar no mercado. Não há nenhum interesse para o usuário em adquirir uma linha telefônica que não permita a comunicação com praticamente ninguém (já que todos adotam o primeiro sistema telefônico). Daí porque fundamental para a existência de competição no setor de telefonia é a garantia de que todos os operadores possam ter acesso a uma rede única, via de regra, pública." (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 203/4).

É nesta situação que a Teoria das Instalações Essenciais é geralmente aplicada, mas ela se expandiu para abranger outras circunstâncias, tais como as das empresas integradas horizontalmente, em que não há o domínio de um mercado a montante, mas a empresa vende mercadorias que só funcionam adequadamente se combinadas com outros produtos seus, o que é muito comum em eletrônicos e em produtos vendidos em módulos.[108]

Há de se considerar, todavia, que, apesar de a Teoria das Instalações Essenciais não pressupor necessariamente a possibilidade de concorrência entre incumbente e entrante, é aplicada com particular rigor nos casos em que é constatado que a negativa de acesso foi inspirada por objetivos anti-concorrenciais.[109]

Essencialidade da instalação: impossibilidade econômica, jurídica ou fática do concorrente empreender a sua própria instalação.[110]

A empresa que deseja acesso à instalação essencial deve provar que esta é realmente uma "essencialidade", ou seja, que, mais do que acarretar um incômodo ou uma perca econômica, não há alternativa à sua utilização,[111] apesar de não ser necessário se tratar de um monopólio natural.

Adverte-se, contudo, que, mesmo no Direito norte-americano, ainda não está claro se a impossibilidade de duplicação do insumo essencial – se a sua essencialidade – deve ser aferida face especificamente à empresa que requereu o acesso ou ao conjunto das empresas que, em tese, pudessem necessitar da instalação.[112]

Restrição da concorrência: O titular da instalação essencial recusa o acesso a um concorrente.

---

[108] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 101.

[109] PITOFSKY, Robert. *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*, in www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/ pitofskyrobert.pdf, acessado em 15/4/03.

[110] "O segundo fator significa, na verdade, que o demandante do insumo não tem como, em absoluto, ou não tem como, sem enormes custos, obter o insumo que lhe é essencial. A doutrina aponta, assim, para a circunstância de que os competidores, entrantes potenciais em um mercado adjacente, não podem ser obrigados a entrar em dois mercados simultaneamente (o fornecedor e o adjacente) apenas para obter um importante insumo. De qualquer modo, para a doutrina, basta comprovar que outro modo de aquisição do insumo é destituído de razoabilidade econômica" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei Geral de Telecomunicações e a Regulação dos Mercados, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XI – Direito da Regulação (coord. Alexandre Santos de Aragão), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, pp. 259 e 260).

[111] *Twin Labs v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566,570 (2d Cir. 1990), in ABA, p. 249).

[112] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 89.

Dentro da perspectiva expansionista da Teoria das Instalações Essenciais, esta regra não tem impedido a concessão do direito de acesso a empresas que não são concorrentes da titular da instalação. Em outras palavras, a Teoria das Instalações Essenciais vem sendo aplicada ainda que a empresa que necessite do insumo não participe do setor da que a detém (ex.: uma empresa de telecomunicações pode precisar da rede de energia elétrica) ou, dentro daquele setor, atue em mercados distintos.[113]

Passou-se a privilegiar o efeito de criação ou aumento da concorrência, independentemente de a empresa titular da *essenciality* ser verticalmente integrada ou não, ou de estar ou não atuando com a finalidade de excluir concorrentes. "Uma das condições é a de que o acesso ao serviço deva favorecer a concorrência em um mercado (mais do que no mercado deste serviço)".[114] Já foi, por exemplo, determinado o acesso mútuo à rede de duas empresas de telefonia celular que atuavam em regiões diferentes.[115]

Viabilidade de acesso: A instalação essencial deve ser tecnicamente acessível pelo entrante.

Para este efeito é necessário distinguir os casos em que o acesso à *facility* pode ser dado a um número ilimitado de concorrentes (ex.: acesso a informações, a compras *on line* de passagens aéreas, etc.), daqueles em que há restrições físicas ou de outra natureza para os acessos (ex.: o tamanho de um porto).[116] Nestes casos, em havendo mais de um potencial competidor no mercado, coloca-se a séria questão regulatória de como deverá ser feito o compartilhamento da capacidade da infra-estrutura ainda não ocupada entre diversas empresas, respeitando-se, em princípio, os contratos que já tenham sido firmados e critérios equânimes de divisão da rede.[117]

Todavia, se deve sempre tomar cuidado para aferir se contratos de longo prazo não tiveram o objetivo de impedir a entrada de novos competidores, ou se a limitação ou o esgotamento da instalação essencial não decorre da ineficiência da sua gestão pelo incumbente.

Note-se que os motivos técnicos que podem impedir o acesso podem dizer respeito à própria rede ou à empresa requerente, podendo, em um sentido largo,

---

[113] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 130.

[114] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line,* pp. 121/2.

[115] *Sunshine Cellular v. Vanguard Cellular Sys., Inc.*, 810 F. Supp. 486, 496-98 (E.D. Pa. 1992).

[116] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on* line, pp. 96, 99 e 127.

[117] "Costuma-se adotar a distinção entre *common carrier* e *mandatory open access.* No primeiro, o acesso à rede se dá pró-rata entre todos os que desejam o acesso; no segundo, o acesso é concedido de acordo com a ordem de chegada" (MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, Tomo II – Las Telecomunicaciones, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 231).

abranger até mesmo a má qualidade dos serviços desta ou a sua má reputação.[118]

Motivos econômicos, apesar de não serem tão determinantes como os técnicos, também podem excepcionalmente justificar a recusa de acesso. É sob esta perspectiva que se defende, por exemplo, o direito de exclusividade no acesso ao *Eurotunnel* por determinado período, para que haja retorno dos enormes investimentos realizados.[119] Se alerta "que a inovação pode ser obstaculizada se a obrigação de acesso for determinada excessivamente cedo em um setor fundado em redes".[120] Nestes casos o acesso levaria a uma rentabilidade do investimento inferior àquela necessária para gerar interesse na construção da infra-estrutura.

Também deve ser observado que, como o compartilhamento é feito no interesse da concorrência, a forma e o local da conexão devem ser determinados da maneira que melhor favoreça a competição, não da que for mais conveniente para quaisquer das partes envolvidas.

Dada a assimetria informacional existente em favor da titular da *facility*, é recomendável que sejam tomados como indícios da viabilidade de compartilhamento as experiências anteriores em relação a instalações da mesma espécie ou similares.[121]

Ao titular da instalação pode ser imposta a reorganização das suas atividades, se já não estava originariamente obrigado a realizar os investimentos (por exemplo, em razão de obrigações assumidas no contrato de concessão), mas as adaptações ou as melhorias necessárias para viabilizar o acesso deverão ser arcados pelo(s) entrante(s) [122] (art. 28, IV, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEEL/ANP nº 01/99).

Preço razoável: o preço do acesso não pode ser tão alto que restrinja a competição, equivalendo a uma recusa de acesso,[123] nem tão baixo que não remunere satisfatoriamente o seu titular, desincentivando-o a investir na

---

[118] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 126.

[119] Cf. *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 106, nota 26.

[120] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 122.

[121] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 89.

[122] *The Essential Facilities Concept,* Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD, Paris, 1996, versão *on line*, p. 127.

[123] Ver, *e.g.*, *Twin Labs., Inc. v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566, 568, 570 (2d Cir. 1990), e *City of Chanute v. Williams Natural Gas Co.*, 955 F.2d 641, 648 (10th Cir. 1992), cert. denied, 506 U.S. 831 (1992).

instalação, gerando ineficiências econômicas ou uma indevida transferência de renda do incumbente para o entrante.[124]

Desta maneira, o preço de acesso deve ser fixado "de forma equivalente à que ocorreria caso existisse um mercado competitivo",[125] o que, naturalmente, envolve o ressarcimento dos custos e de alguma parcela de lucro, até mesmo para, como já alertado, não desincentivar os investimentos na rede, preocupação recorrente da Teoria das Instalações Essenciais.[126]

Para estes objetivos a empresa incumbente terá que expor os seus custos de forma transparente para o entrante e para a autoridade reguladora (*ex vi* inclusive do art. 9º, IV, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEEL/ANP nº 02/01).

Deve-se evitar o "*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 serem executados 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".[127]

Comparado a experiência norte-americana com a legislação brasileira, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR assevera que, "quanto à razoabilidade de preços, a FCC (*Federal Communication Comission)* fala em preços que sejam

---

[124] DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 226, pp. 157 a 162.

[125] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 64.

[126] "Como não há mercado, não há preços que correspondam a uma realidade comercial. A solução habitual é a de estabelecer uma aproximação através dos custos. Todavia, em empresas com sistemas de rede com base tecnológica, o cálculo destes custos é difícil e discutível. O custo marginal, como existe excesso de capacidade na rede, é praticamente inexistente. Ademais, a maior parte dos custos de uma Companhia telefônica têm a natureza de *sunk costs*, são fixos, não variam por uma maior variação dos serviços. As contribuições teóricas para o cálculo dos custos de interconexão são amplamente discutidas. Na prática só podem ser estabelecidos através da intervenção direta de um órgão regulador ou arbitral" (SIMO, Pedro de Torres. La Administración como Regulador, in *Los Problemas de las Telecomunicaciones en España* (obra coletiva), vol. II, Madrid, 1996, pp. 72/3). A doutrina transcrita revela ser inevitável a concessão de larga margem de discricionariedade aos órgãos reguladores na tarefa de definição do preço de acesso, fazendo com que haja poucos parâmetros legislativos aptos a propiciar um controle jurisdicional legítimo.

[127] DUTRA, Pedro. Degravação da palestra proferida no Seminário Internacional Regulação e Defesa da Concorrência nos dias 25 e 26 de outubro de 2001, acessada no *site* do IPEA em 14/4/03. Ver também FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, Ed. RT, São Paulo, 1998, pp. 318 a 320.

capazes de compensar, com equidade, a prestadora pelo custo de prover e manter o insumo essencial. Com esta base, a autoridade acaba por *fixar* um preço, acima do qual a prestadora se obriga a demonstrar os custos que possam explicar valores superiores. A fixação do preço obedece a metodologias de apuração do correspondente *benchmark*. A legislação brasileira de defesa da concorrência tem critérios para apurar se um preço é excessivo. *A contrario sensu*, o parágrafo único do art. 21 da Lei nº 8884/94 fornece os critérios legais para a apurar a razoabilidade dos preços. O primeiro critério pede a consideração dos custos. O segundo, que o preço seja comparado com o de sucedâneos ou com preços anteriores, em caso de aumento, para evidenciar-lhes as razões de alteração. O terceiro, que se compare com produtos ou similares em mercados que sejam competitivos, quando o mercado em tela é dominado por monopólio ou oligopólio".[128]

Denotando a fixação de preços de acesso abusivos como uma das principais subterfúgios para a incumbente ilidir a sua obrigação de contratar o compartilhamento, o CADE, por intermédio do Conselheiro CLEVELAND PRATES TEIXEIRA, já alertou: "As formas pelas quais a empresa integrada (que atua nos mercados *upstream* e *downstream*, ou mercados de origem e alvo, respectivamente) exerce, de maneira abusiva, esse poder de mercado podem variar. As práticas mais comuns acontecem via preços, discriminando em detrimento das empresas rivais, num movimento que pode ser considerado predatório. Dentre os exemplos podem ser citados, além da discriminação pura e simples, subsídios cruzados, *price squeezing* e preços excessivos. Mas as condutas também podem tomar a forma de negação de oferta de acesso aos concorrentes, ou de pelo menos limitá-lo em termos de quantidade e qualidade (Oftel, 2000). Na literatura econômica, o conjunto de condutas anticompetitivas presente no caso de integração vertical com insumos essenciais recebe o nome geral de '*raising rivals cost*' ou 'elevando o custo dos rivais'. Uma agenda de pesquisa relativamente extensa tem explorado esse tema nos últimos anos, aplicada sobretudo aos setores de comunicações, energia, informática e transportes".[129]

5.8.b A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS INSTALAÇÕES ESSENCIAIS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Vistas as bases da Teoria das Instalações Essenciais, passamos a analisar as suas especificidades nos serviços públicos de acordo com o Direito Positivo Brasileiro.

É justamente no âmbito dos serviços públicos que a Teoria das Instalações Essenciais encontra hoje no Brasil o seu campo de aplicação por excelência. Isto

---

[128] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei Geral de Telecomunicações e a Regulação dos Mercados, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XI – Direito da Regulação (coord. Alexandre Santos de Aragão), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 264.

[129] Despacho do Conselheiro-Relator, Dr. Cleveland Prates Teixeira, no Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19, Processo Administrativo nº 53500.005770/2002.

se deve ao fato de que a inserção da concorrência nesta seara se deu, como não poderia deixar de ser, apenas parcialmente. Em regra, as infra-estruturas (instalações essenciais no mercado a montante) permaneceram com apenas um gestor, ao passo que a prestação dos respectivos serviços (mercado a jusante) foi aberta a uma pluralidade de agentes. Sendo assim, os prestadores dos serviços só podem efetivamente atuar nos seus respectivos mercados se tiverem acesso às infra-estruturas.

É com este objetivo que, além da aplicação genérica da Teoria das Instalações Essenciais, as leis setoriais contém uma série de normas que regulam este acesso,[130] fixando parâmetros para a fixação do preço do compartilhamento das redes, instituindo mecanismos de composição de conflitos e determinando padrões de qualidade dos serviços e do próprio compartilhamento a ser oferecido aos entrantes.[131]

Na maioria das vezes estes dispositivos são consentâneos com os requisitos da Teoria das Instalações Essenciais acima estudados. Todavia, em alguns aspectos podem com eles conflitar, pelo menos com os seus contornos mais clássicos, o que vem gerando algumas perplexidades na doutrina.

Estas perplexidades, contudo, não se justificam, uma vez que não há qualquer norma superior que imponha ao Legislador ou às entidades reguladoras o atendimento *tout court* da Teoria das Instalações Essenciais tal como elaborada pela jurisprudência norte-americana.

Devemos considerar que nos serviços públicos a atuação estatal vai muito além da simples proteção da concorrência, ainda que esta seja compreendida como concorrência-instrumento. O Estado tem, nestes setores, objetivos de longo prazo de coesão social. E mais, não estamos diante de atividades da livre iniciativa, mas sim de serviços públicos, concebidos pela nossa Constituição como atividades econômicas (*lato sensu*) da titularidade estatal. Ainda que tenha havido a liberalização de algumas atividades que até há pouco eram consideradas serviços públicos propriamente ditos, esta natureza se manteve em relação à quase totalidade das gestões de redes, exploráveis por particulares apenas mediante concessão ou permissão, não por autorização.

E mais, a Teoria das Instalações Essenciais foi traçada originariamente sob a perspectiva das *public utilities* norte-americanas (atividades privadas de interesse público – atividades econômicas *stricto sensu*), ou seja, para disciplinar o acesso de competidores (não-delegatários) a bens privados, o que no Brasil se identificaria apenas com os bens das prestadoras de serviços em regime privado.

---

[130] "A existência deste dever (de compartilhamento) não é uma conclusão decorrente apenas das normas gerais de direito concorrencial. Observa-se mesmo uma crescente positivação de normas setoriais específicas, que procuram disciplinar expressamente o problema trazido pela existência de *essential facility*" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência: estudos e pareceres*, Ed.Malheiros, São Paulo, 2002, p. 50).

[131] CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 495.

A Teoria das Instalações Essenciais não pode ser aplicada sem adaptações a um regime jurídico de Direito Administrativo, como o brasileiro, em que os bens afetados à prestação de serviços públicos têm uma natureza no mínimo híbrida: são reversíveis, não podem ser alienados (*ex vi*, por exemplo, art. 101 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT), são impenhoráveis e imprescritíveis, os delegatários apenas exercem a sua gestão para os fins públicos previstos no marco regulatório,[132] etc. [133]

A natureza jurídica dos bens afetados a serviços públicos delegados à iniciativa privada é um dos temas do Direito Brasileiro que mais está à espera de um autor, que não somos nós, pelo menos no escopo deste estudo. Podemos, no entanto, denotar que, tanto as concepções mais publicistas, que procuram subsumi-los acriticamente à categoria tradicional dos bens públicos, como as mais privatistas, que buscam enquadrá-los no regime da propriedade privada civilista, são insatisfatórias por tentarem simplificar o que é complexo e forçar a manutenção da classificação dominial já consolidada.

---

[132] "Quando as empresas sob controle estatal foram privatizadas, os direitos relativos às redes de propriedade dessas empresas foram cedidos aos novos controladores (com efeito, estes não as podem alienar, não tem o domínio pleno sobre os bens dessas empresas, restrição que a Lei impõe; não restrição quanto ao uso, submetido apenas à forma da Lei). Note-se que estamos nos referindo à rede de telefonia fixa, um serviço prestado em nome da União, e como bem observou o Dr. Tito, por essa razão tem a sua prestação sujeita ao cumprimento de obrigações de qualidade e universalização, pois este serviço destina-se a um grande contingente de usuários, inclusive os de menor renda" (DUTRA, Pedro. Degravação da palestra proferida no Seminário Internacional Regulação e Defesa da Concorrência dias 25 e 26 de outubro de 2001, acessada no *site* do IPEA em 14/4/03).

[133] Afirmando o "caráter público" das redes de telecomunicação, LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, *Unbundling* e Compartilhamento de Meios de Redes de Telecomunicação, in *Revista de Informação Legislativa – RIL*, vol. 154, p. 43. Já para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Isso significa que os bens que compõem essa infra-estrutura passa a sujeitar-se a regime jurídico especial de Direito Público, à semelhança do que acontece com outros bens, como aqueles que são sujeitos a regras de proteção pelo Código Florestal ou pelas leis que disciplinam o tombamento. Tais bens continuam no domínio privado de seus proprietários. Contudo, cumprem uma função social, na medida em que seu titular sofre restrições de uso e gozo em benefício do interesse público. E essa função social decorre não só da vinculação do bem ao serviço público ou de interesse público a que está afetado, mas também de sua afetação a outro fim público, que é o de servir ao uso compartilhado" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública*, 4ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, pp. 372/3, grifos da autora). Há ainda a postura, principalmente entre economistas, de buscar tornar a questão irrelevante. Para Mário Possas, por exemplo, professor Titular do Instituto de Economia da UFRJ, "a forma legal da titularidade do direito aí é relativamente secundária, o importante é ela ter o controle sobre os meios de acesso a essa instalação" (POSSAS, Mário. Degravação da palestra proferida no Seminário Internacional Regulação e Defesa da Concorrência dias 25 e 26 de outubro de 2001 - Mário Possas, Professor Titular IE/UFRJ *[data: 15-11-2002 15:11]*, acessada no *site* do IPEA em 09/04/03). Note-se, contudo que a própria "teoria econômica classifica os bens em bens coletivos e bens exclusivos, classificação baseada no critério de utilidade. Especificamente, tais bens distinguem-se conforme o âmbito da necessidade que é satisfeita: assim, distinguem-se os bens conforme sejam aptos a satisfazer, a cada tempo, a necessidade de uma única pessoa, ou a necessidade de uma generalidade de indivíduos, caso este último em que um mesmo bem – bem coletivo, diz-se – pode ser simultaneamente utilizado por várias pessoas" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 390).

Na verdade, estes bens, quer tenham sido aportados pelo Estado quando da delegação, quer tenham sido adquiridos pelo delegatário no curso da concessão (estando, portanto, civilisticamente registrados em seu nome), são bens *sui generis*.[134] Poder-se-ia dizer que, durante a concessão, são propriedade privada sujeita a uma série de ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação pré-determinada – note-se: nenhum desses ônus reais são inscritos no Registro Geral de Imóveis – RGI) e à condição resolutiva do fim da delegação. Seriam, talvez, uma nova espécie de nua-propriedade.[135]

Assim, seria conveniente que a legislação ou os contratos de delegação previssem a inscrição desta circunstância nos registros públicos competentes, evitando que terceiros de boa-fé sejam lesados. Imagine-se, por exemplo, um credor que aceitasse a hipoteca de um imóvel de uma concessionária, que no RGI não estivesse sujeito a qualquer restrição, mas que, segundo a nossa tranqüila jurisprudência, não pudesse ser executado por estar afetado ao serviço público.

O Estado, ao aplicar a Teoria das Instalações Essenciais aos bens afetados a serviços públicos, não está simplesmente determinando o acesso a bens privados, mas sim regulando a gestão de bens ("quase-públicos")[136] por delegatários privados.

A Teoria das Instalações Essenciais, oriunda do Direito Econômico, não pode, portanto, ser aplicada aos serviços públicos sem levar em consideração os

[134] Na doutrina estrangeira alguns autores explicam estes casos através da diferenciação entre propriedade pública – o bem de propriedade do Estado – e dominialidade pública – afetação ao interesse público, independentemente de ser propriedade pública ou privada, "o que acarreta, neste caso, a aplicação de um regime jurídico mais ou menos exorbitante do direito comum" (CORNU, M. *Vocabulaire Juridique*, 3ª edição, Presses Universitaires Françaises – Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1992, p. 832). Tratando da matéria inteiramente sob este foco, a excelente obra de MOYSAN, Hervé. *Le Droit de Proprieté des Personnes Publiques*, Ed. L.G.D.J, Paris, 2001.

[135] A doutrina espanhola especula em sentido semelhante: "A propriedade se afeta ao uso por terceiros que têm direito a dele se valer. De maneira que se separa propriedade e uso, e aparece um novo tipo de propriedade vinculada por seu destino, por seu uso, e não por sua titularidade. É uma espécie de hipoteca tácita legal que em algumas situações chega a implicar na separação entre propriedade e gestão", tratando-se de um "regime jurídico atípico de uma propriedade aberta ao uso de todos" (ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 29 e 30). No mesmo sentido, propugnando por uma superação da noção de direito de propriedade como a reunião dos atributos de uso, fruição e disposição, a ser substituída por uma noção de propriedade instrumentalizada por seus fins, ORTIZ, Gaspar Ariño. *El Nuevo Servicio Público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 31.

[136] Pedimos vênia para a utilização, sempre imprópria, do termo "quase", terminologia, contudo, apropriada para casos extremos, em que a doutrina ainda não consolidou uma nova nomenclatura para fenômenos em relação aos quais a terminologia usual se encontra evidentemente ultrapassada. Por este motivo é que a doutrina historicamente já lançou mão de expressões como "quase-contratos", "quase-legislativo", "quase-responsabilidade", etc.

paradigmas do Direito Administrativo, inclusive do Direito do Domínio Público, e as especificidades fáticas e legislativas de cada um dos seus setores.[137]

Nos parece ser das dificuldades de conciliação destas especificidades com a feição clássica da Teoria das Instalações Essenciais que advêm algumas controvérsias acerca do compartilhamento recíproco das redes de telecomunicações, energia elétrica e petróleo, nos termos do art. 73 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT,[138] das Resoluções Conjuntas ANEEL, ANATEL e ANP nº 01/99 e 02/01, da Resolução ANATEL nº 274/01 e da Resolução ANEEL nº 581/02.

Argumenta-se que tal disciplina foge dos preceitos da Teoria das Instalações Essenciais, que visa a assegurar a concorrência apenas no próprio mercado no qual a instalação essencial está inserida.

Ora, além desta assertiva já não ser mais pacífica sequer na Teoria Geral das Instalações Essenciais,[139] pelo menos no seu atual momento expansivo (v. Item precedente), estamos tratando de bens reversíveis, de potencial propriedade estatal e atrelados às finalidades públicas de ampliação da concorrência,não apenas nestes três setores (que possuíram tratamento legislativo específico), como em todos os outros titularizados pelo Estado em que ele, através das fontes normativas hierarquicamente adequadas, entender por bem atribuir esta disciplina.[140]

---

[137] Os mesmos desafios foram verificados nos países europeus de regime jurídico administrativo e em processo de desestatização: "o desenvolvimento da doutrina da *essential facility* em âmbito comunitário deve levar em conta que, dada a heterogeneidade dos setores econômicos nos quais se coloca o problema de acesso às redes, é inevitável que na aplicação concreta da doutrina (portanto, do direito de acesso) seja necessário considerar a peculiaridade de cada *public utility* e, sobretudo, o grau de liberalização alcançado naquele determinado mercado e os possíveis desenvolvimentos das tecnologias que permitem a utilização das infra-estruturas" (TELESE, Giuseppe. La Liberalizzazione dei Servizi Pubblici a Rete in Ambito Comunitario e la Disciplina del Diritto di Accesso alle Infrastrutture: Aspetti Generali, *in Servizi Pubblici, Concorrenza e Diritti* (org., Laura Ammannati, Maria Agostina Cabiddu e Paolo De Carli), Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 188).

[138] *Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.*

[139] Tratando da questão afirma-se se tratar "de duas vertentes do princípio do obrigatório compartilhamento da infra-estrutura, ou seja, a possibilidade de uso da infra-estrutura dos demais titulares de redes de qualquer espécie para a construção de redes próprias. O primeiro refere-se ao compartilhamento externo (com outros serviços), e o segundo ao compartilhamento interno, como os próprios serviços de telecomunicações" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 66)

[140] "O mesmo conceito (de *essential facilities*) se aplica quando uma empresa de um determinado setor necessita utilizar as instalações de outro. A peculiaridade é que, nesta hipótese, a regulação pode se submeter ao exame de mais de um órgão regulador" (GARCIA, Flávio Amaral. Os Monopólios Naturais e a sua Regulação, in *Direito Empresarial Público* (orgs. Marcos Juruena Villela Souto e Carla C. Marshall), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 293).

Além desta obrigação intersetorial de compartilhamento de infra-estruturas, temos também uma consolidada disciplina intra-setorial de acesso às redes de telecomunicações,[141] de energia[142], e às instalações rodoviárias e portuárias.[143]

Estas normas, como sói acontecer no Direito Administrativo Econômico, são bastante abertas, propiciando um grande poder densificador às respectivas autoridades reguladoras. Mesmo assim, por mais que estas editem normas densificadoras da disciplina legislativa, a obrigação de compartilhamento é pouco afeta a definições abstratas apriorísticas, só podendo ser realmente especificada diante de cada caso concreto,[144] o que tem gerado alguns conflitos entre os agentes econômicos interessados diante das decisões adotadas pelas entidades reguladoras.

A solução para estes problemas regulatórios não é fácil, e certamente não estará no estabelecimento de regras excessivamente densas que vinculem de forma absoluta a autoridade reguladora nos casos concretos, o que logo as tornaria defasadas ou insuficientes diante da complexidade e dinamismo das

---

[141] LGT – Lei nº 9.472/97: *Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço. Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação. § 1° O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado. § 2° Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão. 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.* Ver também o Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução ANATEL nº 40/98, e o Regulamento de Compartilhamento de Infra-estrutura, aprovado pela Resolução ANATEL nº 274/01.

[142] Lei nº 9.074/95, art. 15; Lei nº 9.427/96, art. 3º; Lei nº 9.648/98, art. 9º; e Decreto nº 2.655/98, art. 7º.

[143] Lei nº 10.233/01, arts. 24, IV, e 27, IV, respectivamente.

[144] No caso das telecomunicações, por exemplo, é o art. 155 da LGT que confere à ANATEL o poder de estabelecer os casos e as condições das obrigações de contratar os compartilhamentos. Comentando este dispositivo, Pedro Dutra analisa: "Esta 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 a ser expedida pelo Conselho Diretor da ANATEL submetida, previamente, à consulta pública. 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 da rede de telecomunicações, referindo o caso e as condições em que ele terá lugar, explicite as razões de fato e de direito a motivá-lo" (DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 226, pp. 162/3). Apenas não concordamos com o autor quanto à imprescindibilidade de prévia norma infra-legal, uma vez que a Teoria das Instalações Essenciais sempre foi aplicada no Direito Antitruste apenas com base nos termos genéricos da lei, mas é lógico que o ato concreto que determinar o compartilhamento pode e deve ser controlado, não apenas face às bases gerais da Teoria, como às peculiaridades fáticas e jurídicas do setor.

relações econômicas. A necessária segurança jurídica dos agentes regulados só será mesmo alcançada com a prática e a maior experiência regulatória, no que as jurisprudências administrativa e judicial terão um papel fundamental.[145]

De toda sorte, na aplicação da Teoria das Instalações Essenciais aos serviços públicos, devemos levar em conta que, ao contrário do que se dá na sua aplicação às atividades econômicas em geral, não há entre as empresas uma igualdade de regimes jurídicos, mas sim uma assimetria regulatória, oriunda da diversa intensidade com que as atividades desempenhadas pelas empresas são destinadas à satisfação das necessidades de universalidade e continuidade dos serviços públicos.

Sob este foco, os serviços prestados em regime público (p. ex., nas telecomunicações, a telefonia fixa), que possuem obrigações de continuidade e universalidade, e têm as suas tarifas sujeitas a um controle administrativo estrito, devem ser especialmente preservados, tanto nos termos no acesso de outros serviços às suas redes, como no seu acesso às redes alheias.

Não estamos a dizer que estes serviços, por terem uma maior pertinência com os interesses coletivos de coesão social, devem ficar isentos da obrigação de permitir o acesso às suas redes, ou de que têm um direito irrestrito a acessar as redes dos demais. A finalidade pública que portam deve, contudo, ser um elemento privilegiado de ponderação com os demais interesses em jogo.[146]

Polêmica há quanto à possibilidade de a empresa incumbente suspender o compartilhamento da sua infra-estrutura no caso da entrante descumprir as suas obrigações. CARLOS ARI SUNDFELD entende que, "uma vez ajustadas as condições financeiras, evidentemente cabe ao prestador do serviço de telecomunicações cumprir a obrigação assumida, pagando o preço. O inadimplemento dessa obrigação permite que as empresas de energia detentoras do poste dêem por finda e tomem as providências para a extinção da relação, desonerando-se da obrigação de suportar a permanência da rede dessas prestadoras. O fato de se tratar de rede de serviço público não as impedem de assim proceder, sendo impertinente a invocação do genérico 'princípio da continuidade do serviço público' para sustentar a impossibilidade de as empresas de energia romperem a relação. É que, especialmente no regime competitivo a

---

[145] Podemos fundamentar nosso juízo, com alguns temperamentos, em Eros Roberto Grau: "O juiz, intérprete autêntico, não se limita a confrontar o comportamento das partes com o que o *direito posto* pelo Estado prescreve. É ele, o juiz, quem *produz normas* veiculadas ou pelas disposições contratuais ou pelo texto legal. Por mais que isso revolte a doutrina, o fato é que a segurança e a previsibilidade dos contratos passa, necessariamente, pela interpretação que as cortes dão às avenças. Não é a lei, em última instância, que dá segurança e permite o cálculo e a previsibilidade aos agentes econômicos, mas o Poder Judiciário. Os textos [= as leis] nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem. Por isso apenas uma Jurisprudência firme pode legar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade de que necessitam" (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?, in *Crítica Jurídica*, vol, 18, versão *on line*, grifamos).

[146] Expressamente neste sentido, tratando da telefonia fixa comutada, DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 226, pp. 144 e 156.

que se submetem as telecomunicações, a 'continuidade do serviço' não se confunde com a continuidade das operações de um dado prestador".[147]

Concordamos em termos gerais com o Ilustre Professor da PUC-SP. Entendemos, todavia, que a suspensão do compartilhamento por inadimplemento só pode ser cogitada, em princípio, quanto aos serviços que realmente forem prestados em regime essencialmente competitivo, não aos serviços públicos propriamente ditos – prestados mediante concessão e permissão, em relação aos quais não há como se ilidir a aplicação do Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos.

E mesmo em relação a ambas as espécies de serviços (em regime público e em regime privado), deve ser observado, por analogia, o art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, de maneira que a empresa incumbente deva "considerar o interesse da coletividade" para aferir a legitimidade da eventual suspensão do compartilhamento.

Também não podemos nos olvidar que o art. 31 da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99 veda que as negociações envolvendo o compartilhamento acarretem a "descontinuidade dos serviços prestados", e que o art. 5º da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 02/01 determina que "a submissão de quaisquer conflitos às Agências não exime os agentes da obrigação de dar integral cumprimento aos contratos vigentes, nem permite a interrupção de serviços vinculados a concessões, permissões e autorizações outorgadas e expedidas pelo Poder Concedente".

Com efeito, ainda que o compartilhamento seja um negócio entre empresas, é um negócio legislativamente imposto por razões de interesse público, que não deixam de existir em razão do inadimplemento de uma das empresas. Nestas hipóteses será exigida a pronta atuação da autoridade reguladora, de ofício ou por provocação da empresa incumbente, devendo esta, ainda nos casos em que a suspensão seja em tese admissível, assim proceder antes de qualquer medida mais drástica que acarrete prejuízos ao compartilhamento.

5.8.c NATUREZA JURÍDICA DO ACESSO

A definição da natureza dos institutos jurídicos, longe de ter importância apenas teórica, é fundamental para que dele se extraiam os seus efeitos e a disciplina jurídica básica.[148] Não desprezamos que muitas vezes o Direito Positivo

---

[147] SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infra-estrutura de energia elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20/4/2003.

[148] Não se trata, todavia, naturalmente, de adoção da vetusta e ultrapassada "jurisprudência dos conceitos" do século XIX, que, de certa forma, reduzia a atividade intelectual do jurista à piramidização, sistematização, associação e diferenciação de conceitos jurídicos.

contraria a natureza jurídica do instituto jurídico, mas, mesmo nestes casos, a é natureza jurídica que inspira a sua interpretação, e as normas que a contrariem podem ser consideradas excepcionais, suscetíveis de uma interpretação mais restrita.

As exceções legislativas ao que decorreria da natureza do instituto devem ser, contudo, pontuais, já que se atingirem a sua própria essência, o jurista deverá, sabedor do caráter circular da hermenêutica,[149] rever a classificação adotada.

O jurista tende, em um primeiro momento, a se identificar com os esquemas teóricos com os quais está mais habituado, mas deve, diante da incongruência do seu pensamento com a disciplina legislativa, buscar uma outra natureza jurídica para o instituto, que, inclusive, pode não se enquadrar em nenhum dos arquétipos doutrinários consolidados, não estando o Legislador, obviamente, a eles subordinado, salvo quando impostos pela Constituição.

A natureza jurídica do acesso às infra-estruturas de serviços públicos é matéria ainda pouco tratada no Brasil, exigindo, assim, redobrada cautela do intérprete.

Nos Estados Unidos, país que, pela primazia no trato da matéria, poderia nos trazer alguns subsídios, o pragmatismo próprio da *common law* faz com que estes tipos de questão não sejam muito discutidas, havendo uma referência genérica e lacônica apenas a um "*duty to contract*" ("dever de contratar"). Esta definição é, no entanto, importante, porque o direito deste país não equiparou o direito de acesso ao "*right to pass*", que seria equivalente à nossa servidão administrativa.

O fato é particularmente importante, já que é justamente pela identificação do compartilhamento das redes de serviços públicos com as servidões administrativas que parte da doutrina administrativista brasileira tem propugnado.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, por exemplo, adota esta posição, ao afirmar que "todas as características da servidão administrativa estão presentes: trata-se de direito real de gozo, de natureza pública, a ser exercido sobre bem de natureza alheia (empresa prestadora de serviços de telecomunicações ou outros serviços de interesse público), para fins de utilidade

---

Quanto à jurisprudência dos conceitos, ver, sobretudo, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, trad. José Lamego, 3ª ed., 1997, pp. 21 a 44.

[149] Trata-se, segundo Karl Larenz, de "tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá que lançar mão, como controlo e auxiliares interpretativos, das mencionadas circunstâncias hermeneuticamente relevantes" (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., Lisboa, 1997, p. 286).

pública, instituído, com base em lei, em benefício da entidade que presta serviço de interesse coletivo por delegação do poder público".[150]

A própria autora reconhece, contudo, que a Lei Geral de Telecomunicações – Lei Geral de Telecomunicações - LGT, contrariando os contornos clássicos das servidões administrativas, além de se referir a um "direito à utilização" (art. 73), exclui a aplicação do processo contencioso de instituição de servidões administrativas (Decreto-lei nº 3.365/41) e prevê prazo para o compartilhamento (Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99, art. 20, XII), com o que a autora redargúi, respectivamente, com a referência feita pelo art. 100 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT à instituição de servidões, por uma opção de pouca técnica do Legislador e pela impossibilidade de o fim do prazo, ainda que previsto, extinguir o direito de uso incidente sobre a rede enquanto for necessária para a prestação do serviço entrante.[151]

Embora reconhecendo a plausibilidade da tese, não anuímos com a atribuição da natureza jurídica de servidão administrativa aos compartilhamentos das redes e infra-estruturas e acesso às redes de serviços públicos. Na verdade, a inclusão do instituto no rol das servidões administrativas o tornaria uma servidão administrativa tão *sui generis*, que a inclusão não teria a utilidade que a atividade de conceituação empreendida pelo jurista deve ter, de, na medida do possível, fazer corresponder determinada classificação e/ou terminologia a uma idéia homogênea, clara e precisa. Em outras palavras, de nada adianta denominar os compartilhamentos obrigatórios de infra-estruturas como servidões administrativas, se as suas diferenças em relação às comuns destas são tão grandes que tornaria inócua a sua inclusão classificatória assim procedida.

Vejamos as razões que esteiam a nossa posição:

Toda a estrutura dada pelas normas legais e regulamentares ao compartilhamento é contratual. O Título III da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99 é denominado justamente "Do Contrato de Compartilhamento";

A servidão administrativa obriga o particular a permitir (*pati*) que o Poder Público transite por sua propriedade ou nela instale uma infra-estrutura (*e.g.*, obrigação de permitir passagem de fios elétricos), o que é totalmente distinto do que se dá com o compartilhamento, em que o entrante não efetua qualquer obra ou instalação de infra-estrutura, mas apenas usa a infra-estrutura já construída do particular (incumbente), esta sim geralmente possibilitada pela pretérita instituição de uma servidão administrativa sobre imóveis de terceiros.[152]

---

[150] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública*, 4ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, p. 374.

[151] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública*, 4ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, pp. 376/7.

[152] Argumento trazido por Patrícia Sampaio em Seminário realizado sobre o tema em 22 de abril de 2003 na Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

Note-se, neste sentido, que a própria legislação do compartilhamento alude às servidões administrativas apenas como objeto do acesso, não como o seu veículo. Assim, expressamente, o art. 7º, I, da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99.[153]

Não se trata de um direito real, já que a empresa entrante só terá o direito de acesso enquanto estiver prestando o serviço e/ou enquanto as necessidades da concorrência e os interesses dos consumidores assim recomendarem. Correspectivamente, se a infra-estrutura em questão vier a ser desafetada do serviço público, extinto estará também o compartilhamento. Não há, portanto, de parte a parte, a "seqüela" e a perpetuidade que, ao menos em princípio caracteriza os direitos reais: no acesso às redes o princípio é , ao revés,o da temporariedade.

Também não possui a característica de exclusividade dos direitos reais, já que o ideal é justamente que o maior número possível de concorrentes se conecte à rede.

Com efeito, "as servidões, como direitos reais que são, se caracterizam, entre outras coisas, por serem oponíveis *erga ommnes*, o que não ocorre no caso, pois a conexão de duas redes entre si não exclui a possibilidade de outras a elas também se conectarem. Antes ao contrário, se estimula uma total interconexão de todas as redes existentes para operar um serviço com o maior âmbito de abrangência possível".[154] E mais, JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA entende que "as servidões pressupõem a alteridade, a existência de um prédio dominado e um prédio (ou serviço – *excursus* nosso) dominante. Ocorre, todavia, que esta relação não se dá em matéria de interconexão de redes, pois todas as redes interconectadas aparecem, em função da utilidade geral ou comum perseguida, sobre o mesmo plano".[155]

O compartilhamento não tem a natureza conceitualmente estática e perpétua das servidões administrativas; ao contrário, a legislação determina a previsão de um prazo para a sua extinção e admite a constante modificação dos seus termos mediante livre negociação das partes (Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99, arts. 20, XII, e 21, parágrafo único).

Como vimos acima (Item 5.8.a), o preço a ser pago pelo compartilhamento não corresponde a uma justa indenização, próprias das servidões administrativas,

---

[153] *Art. 7º. As infra-estruturas e os correspondentes itens passíveis de compartilhamento ficam divididos em três classes, da seguinte forma: I - Classe 1 – servidões administrativas; II - Classe 2 – dutos, condutos, postes e torres; e III – Classe 3 – cabos metálicos, coaxiais e fibras ópticas não ativados.*

[154] LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 134.

[155] Cf. LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 134. "O operador que deseja conectar-se com uma rede pertencente a um titular distinto não quer adquirir nenhum direito real sobre a dita rede. A única coisa que pretende é que o titular da rede permita que as chamadas realizadas por seus assinantes cheguem aos seus destinatários" (ob. cit., p. 138).

mas sim a uma "justa remuneração" (art. 25, Regulamento de Compartilhamento de Infra-estrutura da ANATEL), o que pressupõem um valor superior aos meros prejuízos havidos. E mais, a indenização pelas servidões administrativas se dá através de um pagamento único, ao passo que o pagamento pelo acesso às redes se dá mediante prestações pecuniárias contínuas.

As servidões administrativas são instituídas mediante a declaração de utilidade pública e o subseqüente processo judicial previstos no Decreto-lei nº 3.365/41, notando-se que, ainda que o particular chegue a um acordo quanto ao valor indenizatório, apenas o processo judicial será evitado, ou seja, a servidão, ainda que instrumentalizada por um contrato, não passa a ter a natureza deste, continuando a ser um ato administrativo ablativo unilateral. Em outras palavras, o acordo com a Administração Pública não retira da gênese da relação o ato coativamente imposto pelo Estado. Tanto é assim, que não perde a sua natureza de aquisição originária de propriedade, não estando, por exemplo sujeita à evicção, ainda que celebrado o acordo.[156]

Alguns autores admitem a instituição de servidões administrativas diretamente pela lei. Mas nem às chamadas servidões legais pode ser equiparado o compartilhamento, já que, naqueles casos, a lei prevê de forma determinada e objetiva, *ipso facto*, as servidões (ex.: as margens dos rios e das rodoviais). Ao revés, a obrigação de compartilhamento tem apenas uma previsão legislativa genérica, ficando a sua efetivação a depender de uma série de circunstâncias, notadamente à própria manifestação da vontade das empresas entrantes a obter o acesso (artigos 7º e 19, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 02/01), aos termos acordados ou decididos arbitralmente, atc. Seria totalmente contrário à natureza coercitiva das servidões administrativas (principalmente se legais) que a sua instituição ficasse condicionada à vontade do particular entrante.

As redes são muito mais do que apenas o seu suporte físico, consistindo, por exemplo, no caso das telecomunicações, no conjunto de dados que podem ser acessados. Não há, assim, nestes casos, uma "passagem" pela infra-estrutura, mas sim a ligação aos seus fluxos virtuais ou imateriais.[157]

---

[156] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª edição, Ed. Malheiros, 1998, p. 509. Igualmente, manifestando posição que é unânime na doutrina, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, observa em relação à desapropriação, mas em lição inteiramente aplicável às servidões administrativas, que "nos parece sumamente impróprio falar em 'desapropriação amigável', porque a desapropriação é, sempre, a transferência forçada ou compulsória da propriedade" (SALLES, José Carlos Moraes. *A Desapropriação à luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 2ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 192.

[157] "As redes de telecomunicações, contudo, não se confundem com os seus elementos técnicos, tomados de forma isolada. Apenas quando estes elementos se combinam para a transmissão de informações é que resta configurada uma rede. Dessa sorte, distingue-se a rede dos elementos materiais que a compõem, ou seja, da infra-estrutura (postes, fibras óticas, cabos coaxiais, etc.), bem como dos meios imateriais (a chamada inteligência da rede, como os protocolos e programas de computador utilizados no processo de transmissão de informações). A rede é caracterizada, portanto, pelo conjunto determinado por um fluxo de informações sobre meios materiais (infra-estrutura) e meios imateriais (inteligência da rede)" (LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, *Unbundling* e Compartilhamento de Meios de Redes de Telecomunicação, in *Revista de Informação Legislativa – RIL*, vol. 154, pp. 43/4).

Nos casos em que a infra-estrutura for de propriedade do próprio Ente concedente e regulador, continuará, atendidos os requisitos legais e regulamentares, a haver o direito de compartilhamento. Se o acesso fosse propiciado por uma servidão administrativa, teríamos uma esdrúxula instituição de servidão pelo Poder Público sobre bens de sua própria propriedade, o que não se coadunaria com a exigência de as servidões incidirem sobre bens alheios: *jus in re aliena*.[158]

O que, de qualquer maneira, é relevante no trato do direito ao compartilhamento é a indiscutível função social dos bens a serem acessados (art. 5º, XXIII, CF).[159] A função social da propriedade pode, todavia, ser instrumentalizada através de diversos mecanismos, sendo a servidão administrativa apenas um deles.

Muitas vezes a função social dos bens é concretizada através da restrição à liberdade de contratar (e de não contratar) sobre estes bens. A função social de bens especialmente sensíveis para o interesse público se conecta com a função social dos contratos sobre eles incidentes,[160] função social agora expressamente positivada no art. 421 do novo Código Civil.[161] A restrição à liberdade contratual pode apenas impor determinadas cláusulas obrigatórias aos contratos, como chegar até mesmo a determinar a própria obrigação de contratar ou de não contratar.

---

[158] SALLES, José Carlos Moraes. *Desapropriação à luz da Doutrina e da jurisprudência*, 2ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 647.

[159] Não pretendemos aqui entrar na doutrina geral da função social da propriedade, mas para os nosso propósitos específicos, podemos citar SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 60 a 61, que distingue a função social dos bens de consumo, de produção e de acesso (as infra-estruturas de serviços públicos, que têm a sua função social atendida pela sua eficaz afetação ao serviço e pela disponibilização a terceiros).

[160] Assim é que Teresa Negreiros observa que "a caracterização de um bem contratado – como bem essencial útil ou supérfluo – deve, sim, ser considerada um fator determinante da disciplina contratual, influindo sobre a forma como hão de ser conciliados os novos princípios do contrato, de índole intervencionista, e os princípios clássicos, finalizados à proteção da liberdade contratual" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 380).

[161] *Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. Comentando o dispositivo, a doutrina afirma que "mantém-se válida a lição de que a autonomia privada constitui-se na possibilidade de auto-regulamentação de interesses jurídicos, enquanto espaço livre, destinado aos operadores do Direito. A liberdade jurídica transforma-se em liberdade econômica, alimentando o mercado da livre concorrência. Entende-se, por outro lado, que não pode mais haver tolerância, no sentido de que essa liberdade, atribuída pelo Direito para o autojuízo de interesse privados, se mantenha, como diz Perlingieri, no centro do ordenamento jurídico, sempre em uma prospectiva individualista (dogma da autonomia da vontade). A vontade do sujeito é resguardada pelo ordenamento jurídico, mas em prospectiva coletiva" (NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, Ed. Juruá, Curituba, 2001, pp. 171/2). "O fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também o interesse da coletividade. Numa palavra, o contrato passa a ter função social" (GOMES, Orlando. A Função do Contrato, in *Novos Temas de Direito Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 109).

O Direito Administrativo não ficou inerte diante da evolução das relações econômicas e contratuais, que fez com que cada vez fosse mais mitigado o Princípio da Relatividade dos contratos, por força do qual a liberdade contratual era justificada porque os contratos só poderiam beneficiar e prejudicar as suas partes.[162] Ora, em uma sociedade de consumo de massa e de interdependência social, o Princípio da Relatividade é, sem querer fazer trocadilhos, bastante relativo.[163]

Há décadas o Direito Administrativo vem incidindo sobre contratos privados especialmente sensíveis para a coletividade: tabela preços, fixa cláusulas necessárias, veda outras, determina a venda de produtos essenciais, obriga a venda de participações societárias, de marcas, estabelece regulamentos de serviço que se incorporam aos contratos travados entre usuários e concessionárias de serviços públicos, etc.

Ora, todos os fatores da gestão das redes de serviços públicos, atividades essenciais para a coesão social, são importantíssimos para a vida cotidiana dos cidadãos, mas o momento inegavelmente liberalizante em que nos encontramos fez com que a função social destas redes não fosse realizada através da estatização da sua respectiva propriedade ou de alguns dos seus atributos, o que seria implementado mediante, respectivamente, desapropriação ou servidão administrativa. De forma diversa, optou-se legislativamente, principalmente tendo em vista a concorrência que se pretende instaurar nestes setores, por uma intervenção mais branda, que não incide diretamente sobre a propriedade (não se trata de direito real), atingindo, outrossim, a liberdade do proprietário contratar o seu compartilhamento com outros prestadores do serviço, atingindo a propriedade de maneira apenas indireta.[164] É por isso que é tecnicamente mais apropriado afirmar que a obrigatoriedade do compartilhamento decorre da função social do contrato, não (ao menos diretamente) da função social da propriedade.

---

[162] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp.210 a 229.

[163] "É absolutamente vão crer, sobretudo em setores regulados, e com especial força naqueles setores em que há uma clara dominação do mercado, que o contrato influencia apenas a relação das partes. Exemplificativamente, um contrato de interconexão firmado entre o detentor de uma rede fixa de telecomunicações e aqueles concorrentes que a ela precisam se interconectar influencia a esfera de milhares de consumidores e outros tantos concorrentes, existentes e potenciais. A regulação deve servir, então, a compatibilizar a negociação privada contratual com seus efeitos públicos" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 69).

[164] "A existência de bens cuja utilização é condição essencial para prestação de um determinado serviço cria a obrigatoriedade de limitar-se o uso dos referidos bens. Ter acesso necessário a determinados tipos de bens implica limitar o uso do proprietário, que deve compartilhá-lo com os demais (potenciais) concorrentes. Isso significa que o titular da rede deve obrigatoriamente contratar com o concorrente. Mais do que isso, esse contrato deve conter cláusulas que permitam o efetivo acesso" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 65, grifamos).

Nossa opinião é, portanto, que o compartilhamento tem natureza de contrato privado,[165] mas não, evidentemente, de um contrato privado oitocentista, calcado na liberdade da vontade e no caráter essencialmente privatístico.[166] Há uma limitação administrativa da respectiva liberdade de contratar: trata-se, se incumbente e entrante chegarem a um acordo, de um contrato regulamentado (com cláusulas pré-determinas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública); tratando-se, caso o contrato seja fixado diretamente pela autoridade reguladora diante do impasse nas negociações das partes, de um contrato forçado.[167]

---

[165] A Administração Pública controla o seu conteúdo e, na falta de acordo, obriga a sua concretização, mas não é parte, sim uma reguladora, o que pressupõe ser externa à relação contratual propriamente dita (cf., inclusive, LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 126/7).

[166] "Desde a segunda metade do século passado, o *direito dos contratos* é afetado por imposições da *ordem pública* [*poder de polícia*, a defesa dos *bons costumes*, imposições 'protetivas' do direito do trabalho, a legislação antitruste, *v.g.*]. Essas intervenções prosseguem até a instalação do que se tem referido como a *normatividade do Welfare State*, afetando, marcadamente, a disciplina dos contratos. Os contratos passam a ser apresentados menos como uma livre construção da vontade humana do que como contribuição da atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia definida pelo Estado contemporâneo. A doutrina elabora a noção de *dirigismo contratual*, emerge o instituto dos *contratos coativos*. (...) Penso que as respostas que se possa conferir a essas indagações apontam no sentido de que não há um novo intervencionismo no quadro das atuações estatais sobre os contratos cujo conteúdo é uniformizado por meio de condições gerais. Aqui, mais uma vez, o Estado atua provendo a *circulação mercantil* e a *fluência das relações de intercâmbio*, de modo que dessa atuação não decorre qualquer *mudança qualitativa* a afetar o caráter do intervencionismo. Por isso, podemos dizer que *é necessário modernizar a teoria clássica do contrato – agora no que tange a suas referências aos contratos cujo conteúdo é uniformizado por meio de condições gerais – para que tudo permaneça funcionando regularmente na economia de mercado, a circulação mercantil fluindo regularmente e as relações de intercâmbio sendo praticadas regularmente*. O direito, nisso, continua cumprindo o seu duplo papel: viabilizando [e justificando] as relações que fluem segundo as regras da economia de mercado e instrumentando o exercício, pelo Estado, de políticas públicas voltadas justamente à preservação do mercado. Ao Estado, em sua intervenção nos contratos, permanecem atribuídas as funções de terceiro regulador e de árbitro" (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?, in *Crítica Jurídica*, vol. 18, versão *on line*).

[167] Também neste sentido, além dos atores cujas opiniões serão adiante expostas, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Empresa de Telecomunicações – Passagem da infra-estrutura – Uso do solo urbano, in *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, vol. 19, pp. 109 a 125, e HERMES, Georg. Problemi dell'Accesso alla Rete, in *I Servizi a Rete in Europa – Concorrenza tra gli Operatori e Garanzia dei Citadini* (org. Erminio Ferrari), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, p. 98: "o direito das infra-estruturas lida tipicamente com uma obrigação de concluir um contrato". TOMÁS VÁSQUEZ LÉPINETTE também caracteriza os contratos de compartilhamento como contratos regulamentados e, em determinadas circunstâncias, como contratos forçados, classificando-o ainda como "contrato bilateral (sem prejuízo de existir uma pluralidade de interconectantes simultâneos ou sucessivos), sinalagmático, porque contêm prestações recíprocas, e, finalmente, oneroso" (LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 126 a 130). Posto isto, o autor refuta que estes contratos sejam de criação de um condomínio, de servidão, de sociedade ou de parceria, identificando-os como um contrato (forçado) de fornecimento de capacidade de transmissão (pp. 130 a 142). Ao nosso ver o contrato de interconexão é, por seu peculiar objeto, atípico. Para fundamentar a natureza jurídica do compartilhamento por nós sustentada, também deve ser citado Antônio Chaves, para quem "a situação de monopólio implica um privilégio para a empresa favorecida, ao permitir absorver por inteiro a contratação em um determinado setor industrial (transportes, energia elétrica, determinados fornecimentos, etc.). Este privilégio que limita a liberdade dos particulares é concedido com a dupla compensação em favor dos mesmos:

Explicamos mais detidamente. Nossa opinião se fulcra, como não poderia deixar de ser, na disciplina positiva do compartilhamento de infra-estruturas, todo estruturado de maneira contratual – prestações recíprocas interdependentes – ,tendo, contudo, muitos dos seus elementos essenciais estabelecidos legislativa e regularmentamente, sendo inderrogáveis pelo acordo das partes, sendo ainda o contrato sujeito à prévia homologação da autoridade reguladora, o que os caracteriza, neste primeiro momento (em que o acordo das partes ainda não foi descartado),[168] como contratos regulamentados[169] e autorizados.[170]

A disciplina do compartilhamento dá, em observância ao Princípio da Subsidiariedade, primazia à livre negociação das partes (obedecidas, naturalmente, as cláusulas necessárias), inclusive quanto ao preço a ser fixado para o acesso (art. 21, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99). Mas

---

1. a necessidade de contratar imposta à empresa; 2. Necessidade de submeter a preços e tarifas preestabelecidas. Acrescenta Lehmann que segundo o § 362 do Código Comercial Alemão, o comerciante cuja atividade acarrete o cuidado de negócio de outros, deve responder sem demora as ofertas relativas a esses negócios e que procedam das pessoas com quais se encontre em relação de negócio" (CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-contratual*, 2ª edição, Ed. Lejus, São Paulo, 1997, pp. 34/5).

[168] Seria também plausível caracterizar o contrato de acesso desde o início como um contrato coativo *tout court.* Entendemos, todavia, que esta não seria a solução tecnicamente mais rigorosa, principalmente considerando as construções civilistas sobre o instituto, que pressupõem, além da instituição *ex lege* da relação contratual em si, também a pré-determinação de todas as suas cláusulas, o que não ocorrerá se as partes chegarem a um acordo.

[169] "Técnica usual de contenção da liberdade de contratar, consiste na regulamentação do conteúdo do contrato por disposições tão minuciosas que as partes se limitam praticamente a transcrevê-las sob a forma de cláusulas. O contrato é, assim, regulamentado no seu conjunto, tornando-se desnecessárias as negociações preliminares. Quem quer que deseje contratar sabe de antemão que somente poderá fazê-lo nas condições previstas em regulamento a cujas normas também estará adstrita a outra parte. (...) Em certos contratos, não é somente um dos seus elementos característicos que se acha predeterminado, mas todo o seu conteúdo, variando apenas as pessoas que contratam. Forma-se, em conseqüência, uma rede de contratos iguais celebrados por inúmeras pessoas com uma só parte, geralmente quando detém esta o monopólio de virtual ou o privilégio de exploração de certo serviço. Nesses contratos, ocorre dupla adesão, uma vez que as duas partes não têm liberdade de se afastarem do regulamento que condiciona a vontade negocial" (GOMES, Orlando. Decadência do Voluntarismo Jurídico e Novas Figuras Jurídicas, in *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1980, pp. 23/4). Como pode se denotar do texto, a regulamentação do contrato pode ser total ou parcial. No caso dos contratos de compartilhamento de infra-estrutura, em que se procura justamente privilegiar em um primeiro momento a negociação das partes, a regulamentação é, como já mencionado acima, apenas parcial, ou seja, existe uma série de importantes cláusulas (ex.: o próprio preço) – mas não todas – que podem ter o seu conteúdo determinado pelo acordo das partes.

[170] "No contrato autorizado, sua realização fica na dependência da autorização da autoridade administrativa. Em alguns casos aproxima-se essa autorização da homologação porque irrecusável se as partes cumpriram estritamente as exigências legais para a sua realização. No caso afirmativo, torna-se imperiosa a aprovação do contrato que pretendem validar. Não está, portanto, no seu mero arbítrio, concedê-la ou negá-la" (GOMES, Orlando. Decadência do Voluntarismo Jurídico e Novas Figuras Jurídicas, in *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 22). No caso do compartilhamento de infra-estruturas regido pela Resolução Conjunta ANATEL/ANEEEL/ANP nº 01/99, a agência poderá, antes de negar a homologação, determinar alterações dentro de trinta dias na minuta contratual a ela submetida (art. 18).

se as partes não chegarem a um acordo, a relação contratual será então, com base na lei, imposta pela Administração Pública, geralmente através da "Comissão de Resolução de Conflitos" da agência reguladora competente (arts. 10 e 19, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 02/01), com o que, se chegarmos a este segundo momento, estaremos diante de contratos coativos.

Pede-se vênia para citarmos ORLANDO GOMES,[171] civilista que, como se sabe, foi com a mesma maestria versado em Direito Econômico, cujas lições são fundamentais para a compreensão da matéria: "O contrato coativo, também denominado contrato ditado, imposto, forçado, constitui negócio jurídico que se realiza sem o pressuposto do livre consentimento das partes. Trata-se, portanto, segundo Hendemann, de uma simples ficção; finge-se que o contrato foi concertado. É como se as partes houvessem dado vida à relação jurídica mediante acordo de vontades espontâneo. Na verdade, porém, são obrigadas a constituí-la, refoge tal figura, por conseguinte, ao conceito de contrato, mas recorre-se a esta ficção porque, à relação imposta as partes, aplicam-se muitas normas do direito das obrigações. Dispensa-se a esta relação jurídica o tratamento dado às relações contratuais, como se proviesse de genuíno contrato. Dentre as regras aplicáveis, indicam-se: *a* – a que consagra o princípio da interdependência das obrigações, facultando a *exceptio non adimpleti contractus*; *b* – a que fixa o critério a se adotar na ocorrência de risco, *periculum interitus* como no *periculum deteriorationis*; *c* – a referente à mora e à responsabilidade contratual; *d* – a concernente às conseqüências da resilição. Realizam-se os contratos impostos para que se atinjam objetivos da política econômica do Estado, ou para facilitar a sua ação financeira.

Na categoria não se enquadram, todavia, as relações jurídicas oriundas de ato unilateral do Poder Público. A desapropriação por utilidade pública (e a servidão administrativa, por identidade de razões – *excursus* nosso) não é negócio bilateral, ainda quando o expropriado aceita o valor da indenização que lhe oferece o Estado. Não se lhe aplicam, por conseguinte, nem à requisição, nem à arrematação, as regras do direito contratual. Tais atos jurídicos não são contratos coativos (...).[172]

---

[171] GOMES, Orlando. Decadência do Voluntarismo Jurídico e Novas Figuras Jurídicas, in *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1980, pp. 17 a 19. Em outro texto, o insubstituível autor baiano afirma que "a equação entre autonomia privada e a intervenção do Estado, posta principalmente nos países que ainda não organizaram uma sociedade industrial próspera e sólida, revela uma simbiose que leva até ao contrato programado, passando pelo contrato imposto, mas que apenas transfere a outrem que não as partes o traçado do 'esquema de composição dos interesses fundado no acordo'. Não muda, todavia, a função na perspectiva ideológica, por isso que o esquema é formado pelo Estado com traços tomados do direito privado. (...) Por detrás de uma polêmica verbal antiliberal continuava-se *in concreto* a fazer opções solidárias com as exigências e interesses capitalísticos" (GOMES, Orlando. A Função do Contrato, in *Novos Temas de Direito Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 109).

[172] "Estranhamente, parte dos nossos juristas reage a essa evolução, mesmo – o que é mais estranho ainda – alguns especialistas do direito público. Recusa a noção de *contrato coativo*, que toma como um *outro instituto*, distinto do instituto do *contrato*. Essa parcela da nossa doutrina assim procede porque (i) continua concebendo a noção de contrato no plano exclusivamente metafísico, abstrato, dissociado da realidade [contrato = *encontro de vontades*], ao mesmo tempo em que (ii) pensa o direito subjetivo como uma faculdade. Estamos não obstante vivendo, na realidade, um momento *qualitativamente* distinto da teoria geral do contrato. Uma das lições

A análise jurídica dessa figura geralmente é prejudicada pelas vacilações reinantes quanto à sua conceituação. Verdadeiramente, há contrato coativo quando alguém, contra a vontade, é compelido a participar de relação jurídica normalmente oriunda de um acordo de vontades, e quando se envolve numa relação contratual sem ter emitido declaração de vontade (...). As partes não querem o contrato, insurgem-se contra seu resultado, mas se vêem implicados irresistivelmente numa relação idêntica à que resultaria de contrato que livremente houvessem concluído. (...) No contrato imposto, a pessoa, a pessoa se vê implicada em uma relação, mas, em verdade, de tipo autoritário, na qual inexiste a vontade negocial".

CALIXTO SALOMÃO FILHO afirma que a obrigação de compartilhamento é um caso de dirigismo contratual da ordem pública de direção, "formado por aqueles objetivos necessários da ordem concorrencial (exemplo: concorrência, justiça social etc.) que devem encontrar respaldo também nos contratos. Essa forma de intervenção permite, não apenas a predeterminação de certo conteúdo básico do contrato, como também a própria imposição da contratação. É nesse grupo que se incluem as disposições regulatórias".[173]

É interessante, a respeito dos contratos forçados, trazer os exemplos arrolados por PAULO NALIN, através dos quais podemos constatar que o instituto – simultaneamente de Direito Administrativo e de Direito Civil – é mais comum do que se pode imaginar, deparando-nos no nosso dia-a-dia com inúmeros contratos forçados: "Em se tratando do aspecto positivo do controle da autonomia privada, tem-se a figura dos contratos obrigatórios, existentes por expressa determinação legal (no Brasil, *v.g.*, o seguro obrigatório para automóveis), seja pela condição monopolista ou oligopolista de mercado, de ente público, privado (caso das concessões e/ou permissões e, adendo nosso, da gestão de infra-estruturas de serviços públicos), ou por ser de natureza mista (*v.g.*, portos nacionais). É questão expressa que o concessionário do transporte público não pode se negar a transportar; que o fornecedor de energia não pode se negar a fornecê-la; que o distribuidor de combustível não pode se negar a entregar o produto quando solicitado pelo posto revendedor; que o fornecedor de crédito não pode negar-se a fornecê-lo; que a escola não pode se negar a matricular o candidato. A situação da necessária contratação torna-se mais clara à proporção em que o ente privado ou misto ocupa o espaço reservado, originalmente, só ao Estado (caso típico, observamos, das redes de serviços públicos). No caso dos monopólios ou oligopólios, considera-se evidente a inexistência de opção de se contratar ou não,

---

maiores no livro de GILMORE encontra-se na citação de CORBIN, para quem os juristas geralmente incidem nos erros de conceber o direito como algo absoluto e eterno, de imaginar que as fórmulas doutrinárias possam ser usadas mecanicamente e de que sejam definições corretas e imutáveis; o professor, o advogado e o juiz, afirma, precisam libertar-se da *ilusão da certeza*. Ou, como disse eu acima, aceitar a superação e o amálgama dos extratos da evolução jurídica" (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?, in *Crítica Jurídica*, vol, 18, versão *on line*).

[173] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 67.

sob pena de se ficar sem bens essenciais à vida (inclusive, acresceríamos, aqueles essenciais para a concorrência)".[174]

5.8.d ARBITRAMENTO ADMINISTRATIVO DOS CONFLITOS

Preliminarmente, devemos observar que não caberia no âmbito deste estudo uma análise pormenorizada da disciplina de composição de conflitos no compartilhamento de infra-estruturas em cada setor regulatório. Por esta razão, nos focaremos principalmente nas Resoluções Conjuntas ANATEL/ANEEEL/ANP nº 01/99 e 02/01, que abrangem a conexão entre redes de três dos mais importantes setores regulatórios e são a fonte de inspiração da maior parte das regulações setoriais específicas.

Parte da doutrina[175] considera estas Resoluções Conjuntas ilegais, uma vez que as agências que as editaram só teriam competência para regular os compartilhamentos internos aos seus respectivos setores.

Nos parece, contudo, que, além de o art. 73 da LGT abranger genericamente "outros serviços de interesse público", o acesso entre redes de setores distintos é decorrência do caráter expansivo da Teoria das Instalações Essenciais e, sobretudo, da necessidade de coordenação entre os diversos setores regulatórios, pela qual as respectivas agências reguladoras continuam a exercer as suas próprias competências, mas de maneira conjunta e concertada.

Pois bem, ultrapassada esta preliminar, passamos a analisar os principais problemas pertinentes à composição administrativa de conflitos no compartilhamento de redes.

Como vimos no Item precedente, a legislação que disciplina a interconexão de redes de serviços públicos dá primazia à livre negociação entre as partes, cujo acordo é controlado *a posteriori* pela competência homologatória das autoridades reguladoras, que verificam a sua afinidade com os interesses públicos, basicamente, de aumento da concorrência e de bem-estar dos consumidores.

Todavia, no caso das partes não chegarem ao acordo, a Administração Pública não poderá ficar indiferente, uma vez que não é só o interesse privado das empresas incumbentes e entrantes que está em jogo.

A legislação não previu a composição do conflito pela Administração Pública nos moldes tradicionais, mas prevê um órgão administrativo de natureza *lato sensu* "arbitral", o que vem gerando muitas polêmicas em razão de os

---

[174] NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, Ed. Juruá, Curituba, 2001, p. 168, os *excursus* contidos em parêntese são nossos.

[175] Por exemplo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública*, 4ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, pp. 385/6.

aspectos substanciais das decisões arbitrais não poderem ser impugnados junto ao Poder Judiciário.[176]

As questões que pretendemos enfrentar são as seguintes: 1º) A legislação de fato prevê um juízo arbitral administrativo para resolver as controvérsias em matéria de compartilhamento de redes?[177] 2º) Em caso positivo, aplicar-se-ia a Lei de Arbitragem, com a conseqüente necessidade de esgotamento da instância e exclusão de apreciação por parte do Poder Judiciário?; e 3º) Confirmando-se esta disciplina, seria ela constitucional?

Integra a função regulatória – juntamente com a normativa, a fiscalizatória e a sancionatória – a de composição de conflitos, prevista nas legislações das agências reguladoras (ex.: art. 153, § 2º, Lei Geral de Telecomunicações - LGT; Resolução Conjunta ANATEL/ANEEEL/ANP nº 02/01 e Resoluções específicas editadas em cada setor) e na própria Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (*arg. ex* art. 23, XV).

Não há, contudo, nada que indique que a legislação queira que esta "arbitragem" administrativa, atípica, tenha caráter de definitividade frente ao Poder Judiciário, em outras palavras, que equipare o seu regime ao da Lei de Arbitragem, sem que as partes sequer tivessem firmado um compromisso arbitral prévio.[178]

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO extrai da previsão de que a decisão da Comissão Administrativa de Resolução de Conflitos "terá efeito vinculante para as partes" (art. 36, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEEL/ANP nº 02/01) a possibilidade de ser compreendida no sentido de uma vedação à apreciação pelo Poder Judiciário e de uma exigência de esgotamento da via administrativa,[179] o que, ao nosso ver, não é possível, uma vez que o próprio dispositivo citado (*in fine*) deixa claro que a vinculação se refere apenas à "esfera administrativa", e toda a composição de conflitos é condicionada à provocação das partes (art. 153, § 2º, da Lei nº 9.427/97, e arts. 19 e 21, Resolução Conjunta

---

[176] Não se discutirá a possibilidade de as decisões arbitrais em geral serem excluídas da apreciação do Poder Judiciário, o que já foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

[177] "No campo de atuação dessas agências podem surgir dois tipos de conflito distintos: um entre a agência e uma empresa que exerça atividade submetida ao seu controle (*e.g.*, entre a Agência Nacional de Petróleo e uma distribuidora de combustíveis); outro entre duas empresas submetidas a fiscalização por parte de uma agência reguladora (por exemplo, um conflito entre duas empresas de saúde suplementar)" (CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem nos Conflitos envolvendo Agências Reguladoras, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XI – Direito da Regulação (coord. Alexandre Santos de Aragão), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, pp. 145/6).

[178] "Não existe voluntariedade das partes na remissão à decisão da comissão, já que esta remissão se faz pela vontade exclusiva de apenas um dos intervenientes na negociação" (LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 166/7). A observação é, como se vê, inteiramente compatível com o nosso Direito Positivo.

[179] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública*, 4ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, pp. 384/5.

ANATEL/ANEEEL/ANP nº 02/01),[180] que, naturalmente, poderá simplesmente deixar de acionar a Administração Pública e dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário, já que em dispositivo algum o processo arbitral administrativo é colocado como obrigatório.

Ora, na falta de disposições que afirmem expressamente estas restrições de acesso ao Judiciário – e havendo inclusive indicações dos regulamentos em sentido contrário –, não poderá o intérprete, ainda mais em contraposição com a Constituição Federal, presumi-las (art. 5º, XXXV, CF).[181]

Cabe ainda observar que as próprias funções de composição de conflitos exercidas pelas autoridades reguladoras na matéria de acesso às redes não se enquadra na função arbitral em sentido estrito e próprio. TOMÁS VÁSQUEZ

[180] Não descartamos, contudo, que possam existir casos excepcionais em que a ausência de interconexão esteja prejudicando de tal maneira a prestação de serviços de interesse público que a agência tome a iniciativa de iniciar o processo de instauração da relação jurídica de compartilhamento, independentemente de prévio requerimento de uma das partes, sempre privilegiando, contudo, na medida do possível, a negociação entre as partes: por exemplo, fixa desde logo a obrigação das partes se interconectarem, mas concede um prazo para que elas cheguem a um acordo quanto aos seus termos (não quanto à sua oportunidade), prazo após o qual, em não tendo sido alcançado o acordo, a decisão é devolvida integralmente à Administração Pública.

[181] A matéria é complexa e pode contemplar diversos pontos de vista. Entendemos que, se de fato a legislação tivesse imposto estas restrições de acesso ao Poder Judiciário, seria inconstitucional. Não se aplicariam as justificativas que legitimam que a arbitragem em geral exclua a apreciação substancial das matérias pelo Poder Judiciário, já que *in casu* inexistiria o compromisso arbitral voluntário prévio. Menos certa seria a inconstitucionalidade se a previsão da agência como "comissão arbitral" tivesse constado do ato consensual que delegou a prestação do serviço público, com o que esta sua função arbitral poderia ser exercida dentro da relação jurídica de sujeição especial existente na espécie. Devemos, contudo, mesmo assim, ter algumas cautelas na afirmação *tout court* da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade: por um lado, realmente a agência não é parte na relação jurídica do compartilhamento em si, mas sua mera reguladora – se fosse parte não poderia ser ao mesmo tempo árbitro, contrariando os mais básicos preceitos do devido processo legal –; por outro, poder-se-ia afirmar que, ainda quando haja um ato consensual, esta consensualidade seria relativa, uma vez que o Estado está sempre em situação de superioridade em relação ao prestador de serviço público, mormente quando este só pode prestá-lo se concordar com as condições contratuais impostas pelo Ente titular do serviço. Sendo assim, de questionável constitucionalidade seria a convenção que, através da arbitragem pelo próprio Ente delegante, excluísse questões regulatórias da apreciação do Poder Judiciário. Abordando genericamente a impossibilidade de a Administração Pública assumir funções arbitrais, Alexandre Freitas Câmara entende que "a questão da absoluta impossibilidade de a agência reguladora se tornar uma corte arbitral é, em verdade, bastante simples: a arbitragem é, por definição, uma atividade que se desenvolve à margem do Estado. É um método paraestatal (ou não-estatal) de composição de conflitos. É da própria natureza da arbitragem a sua incompatibilidade com a atuação do Estado (através de qualquer de seus órgãos) como corte arbitral. Sobre o tema, já tive oportunidade de me manifestar, afirmando que a arbitragem é uma atividade pública, 'mas não estatal'. Esta opinião, registre-se, não é isolada, havendo outros estudiosos do tema que afirmam ser a arbitragem um método de resolução de litígios alternativo à atividade estatal. Ora, seria uma *contradictio in terminis* admitir que um método de resolução de conflitos alternativo ao processo estatal pudesse se desenvolver perante um órgão… estatal! Basta este fundamento para que se verifique o acerto da conclusão anteriormente exposta: as agências reguladoras não podem se tornar cortes arbitrais" (CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem nos Conflitos envolvendo Agências Reguladoras, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XI – Direito da Regulação (coord. Alexandre Santos de Aragão), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 154).

LÉPINETTE,[182] analisando competência análoga da autoridade espanhola de regulação das telecomunicações (a CMT), invoca duas razões para tanto: 1º) A autoridade reguladora não visa somente resolver um conflito entre partes privadas, mas sim, principalmente, proteger e ampliar a concorrência e o atendimento aos princípios do serviço público. "Com efeito, a celebração de um acordo de interconexão não é uma mera questão bilateral, que unicamente afeta as partes deste contrato"; e 2º) "O árbitro não realiza todas as atividades negociais, mas, como precisa Diez-Picazo, 'se lhe demanda uma concreta atividade negocial', enquanto que o acordo de interconexão, em determinados casos, pode ser imposto em sua totalidade pela CMT. Em outras palavras, a atuação da CMT ultrapassa as funções do árbitro, pois não se reduz a integrar uma relação jurídica porque pode inclusive chegar a impor uma relação jurídica de direito privado onde não exista a mínima vontade negocial".

No curso da atividade regulatória de composição de conflitos de compartilhamento de redes, se deve sempre estar atento para a assimetria informacional existente entre a autoridade reguladora e as empresas, especialmente a incumbente. Tentando prevenir estes inconvenientes, a legislação fixa o princípio de que as provas nos processos administrativos de composição de conflitos de compartilhamento devem ser pré-constituídas (artigos 23, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEEL/ANP nº 02/01).

Vale, a este respeito, trazer as observações do Conselheiro CLEVELAND PRATES TEIXEIRA ao tratar de um caso concreto de aplicação da Teoria das Instalações Essenciais:[183] "há que se entender o caráter de assimetria de informações presente em casos como esse. Conforme já discutido anteriormente, dado que os órgãos Regulador e de Defesa da Concorrência têm pouca informação sobre o relacionamento comercial entre as partes, não seria razoável aceitar os números apresentados em uma petição sem que estivessem devidamente auditados e com a metodologia de cálculo bastante clara e bem definida".

Findo o processo administrativo de composição de conflitos, devemos recordar que a decisão administrativa que compõe o conflito institui um contrato forçado,[184] ou seja, tem a força de criar uma relação contratual – atípica por prescindir do consenso – entre as partes em contenda, dando, assim, efetividade ao direito (pré-existente) conferido às empresas de aceder às redes (p. ex., de maneira expressa, pelo art. 73 da Lei Geral de Telecomunicações – Lei Geral de Telecomunicações - LGT: "*As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de...*").[185]

---

[182] LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 163/4.

[183] Despacho do Conselheiro-Relator, Dr. Cleveland Prates Teixeira, no Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19, Processo Administrativo nº 53500.005770/2002.

[184] Pressupomos, naturalmente, que não tenha sido alterada, invalidada ou suspensa pelo Poder Judiciário.

[185] Não concordamos, assim, *data venia*, com a opinião brilhantemente exposta por Carlos Ari Sundfeld, que parece transferir a definição do direito subjetivo ao acesso, já assegurado por lei,

6. CONCLUSÃO

Esperamos, com o presente estudo, ter contribuído para a elaboração teórica e prática dos novos lindes dos serviços públicos no Brasil, em que titularidade e regulação estatal, de um lado, e livre iniciativa e concorrência, de outro, devem se somar e se combinar para a realização do objetivo maior de coesão social (art. 3º, CF) e para a contínua e progressiva implementação do valor fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF).

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível.

para o CADE ou para o Poder Judiciário. Entende o autor que o órgão regulador setorial recebeu da lei poder para decidir os conflitos, mas não, por exemplo, para fixar o preço do acesso (SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infra-estrutura de energia elétrica, pp. 15 e 16, in *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20/4/2003). Ora, se o preço de acesso geralmente é o grande ponto de discórdia no exercício do direito de acesso, não poderia a lei dar os fins sem dar os meios mínimos para exercê-los, fazendo com que a competência para o julgamento dos conflitos de compartilhamento caísse no vazio, já que lhe caberia apenas ficar exortando as partes a chegar a um acordo, nada podendo fazer caso este não fosse alcançado.