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 4 – novembro/dezembro de 2005/janeiro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

ESTUDO JURÍDICO SOBRE O PREÇO DE COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA DE ENERGIA ELÉTRICA

Prof. Carlos Ari Sundfeld
Professor Doutor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Sócio de Sundfeld Advogados S/C.

O presente estudo tem por objeto analisar a regulação do preço para cessão de infra-estrutura de empresas de energia elétrica. Quer-se saber se é juridicamente cabível a regulação do preço para cessão de infra-estrutura (postes) de empresa de energia elétrica, inclusive com a prévia definição, pelo órgão regulador, do montante desse preço.

A questão a ser enfrentada, pois, é se as empresas distribuidoras de energia elétrica são livres para negociar o preço dos postes e, caso sejam, quais são os eventuais parâmetros legais e regulatórios que elas devem observar na formação do preço.

I. COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA ENTRE PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

É fato que as empresas concessionárias do serviço público de energia elétrica têm celebrado diversos contratos com operadoras do serviço de TV a Cabo e também de telecomunicações em geral, por intermédio dos quais é cedida infra-estrutura (postes) para que estas operadoras construam a rede necessária à implantação dos respectivos sistemas de prestação de serviço.

Essa prática, que se convencionou denominar *compartilhamento de infra-estrutura*, não é nova. É comum que a estrutura construída e concebida para um determinado serviço público venha a ser utilizada como suporte de um outro. Assim ocorreu, por exemplo, com as estradas de ferro, cuja estrutura serviu de apoio para implantação das primeiras redes de telecomunicações, utilizadas para o telégrafo; com as rodovias, que emprestavam espaço para implantação de

postes de transmissão de energia elétrica, de gasodutos, etc. Enfim, existem várias situações, facilmente encontráveis no cotidiano, que podem ser lembradas para confirmar quão comum é o uso compartilhado de infra-estrutura entre prestadoras de serviços públicos.

A finalidade que norteia o compartilhamento de infra-estrutura é fácil perceber. Trata-se de mecanismo por intermédio do qual se potencializa a utilidade de uma determinada estrutura, que passa a atender, além da atividade principal para a qual foi concebida, outras atividades de utilidade pública.

Por esse meio, os custos de criação e manutenção dessas infra-estruturas tornam-se economicamente mais brandos, pois passam a ser diluídos entre várias atividades distintas. Justamente por isso, por proporcionar um custo geral menor na prestação do serviço, entende-se que um dos possíveis objetivos do compartilhamento de infra-estrutura é permitir a cobrança de tarifas mais baixas dos usuários, uma vez que haverá um custo proporcionalmente menor a amortizar. Tanto assim que é lícito ao concessionário buscar fontes provenientes de receitas alternativas com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Em determinadas situações, a importância do compartilhamento é ainda maior. São casos em que o serviço não tem como, isoladamente, viabilizar a criação ou expansão da própria infra-estrutura, depende, por conseqüência, de recursos materiais de terceiros para *existir* em determinada área ou localidade. Isto pode ocorrer, em linhas gerais, em razão de duas circunstâncias: a) quando a criação de uma infra-estrutura exclusiva torna inviável a exploração econômica do serviço; ou b) quando faltem meios físicos suficientes para a instalação de uma nova estrutura autônoma.

Como se vê, o compartilhamento de infra-estrutura, em maior ou menor medida, tem considerável importância na prestação de serviços públicos. Não é para menos que, quase sempre, é possível constatar profunda intervenção estatal nesta matéria. Todavia, o modo pelo qual essa intervenção se processa pode variar de acordo com o modelo de prestação de serviços públicos adotado. No Brasil esta variação foi evidente.

Até bem pouco tempo, o emprego desta metodologia se processava de modo quase que natural. Os diversos serviços públicos eram prestados por entidades estatais, integrantes da chamada Administração direta ou indireta. Nesse contexto, as infra-estruturas eram compartilhadas não por força regulamentar, mas por pura e simples decisão do titular e prestador dos serviços, o Estado.

Como gestor das entidades prestadoras de serviços públicos e responsável pelos investimentos para a instalação das infra-estruturas, o Estado decidia que destinação dar à infra-estrutura que construira e que lhe pertencia. Além desse, por assim dizer, processo de decisão interna, existiam, quando muito, acordos entre diferentes unidades da Federação (União, Estados e Municípios), mas que também não passavam de decisões de índole político-governamental, distintas das primeiras apenas por envolverem mais de uma esfera de poder.

Esse quadro de intervenção direta do Estado na destinação das diversas infra-estruturas de base para os serviços públicos mudou. Deveras, com o avançado processo de privatização implementado no país, a titularidade ou, quando menos, a gestão desses bens de suporte foi transferida a particulares. O centro de decisão estratégico, por intermédio do qual se definia a destinação a dar a determinado bem, também foi transferido do Estado para a iniciativa privada.

Com isso, todavia, não se está a dizer que a disciplina deste assunto, comprovadamente essencial para a manutenção dos serviços públicos, tenha sido simplesmente transferida aos particulares. A transferência da titularidade ou gestão desses bens não significa necessariamente a ausência de intervenção estatal. A intervenção permanece, como não poderia deixar de ser, mas só que estabelecida de outra maneira. Se antes o Estado conduzia a política de compartilhamento de infra-estrutura por intermédio de sua atuação direta, como gestão do próprio bem a ser compartilhado, agora, após a privatização, sua atuação é como agente regulador, na qualidade de ente titular do serviço a ser prestado, que tem entre suas competências a de regulamentar o modo de prestação e a utilização da infra-estrutura que lhe dá suporte.[1]

Neste novo contexto, qualquer estudo sobre o *compartilhamento de infra-estrutura* impõe analisar o enquadramento legislativo do problema, para que, no específico aspecto do preço, sejam identificados os poderes e limites da atuação do Estado-Regulador sobre a cessão dos postes pelas empresas de energia elétrica.

II. CABILIDADE DO ART. 73 DA LGT

Hoje a legislação brasileira regula expressamente o tema do compartilhamento de infra-estrutura. Esta preocupação encontra-se na Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997). Confira-se seu art. 73:

[1] Neste sentido o relato da atualizada doutrina estrangeira: “Las infraestructuras se están liberalizando. La Unión Europea así lo ha decidido y ha de ser aceptado. Pero, si bien ello supone que habrá diversos titulares de infraestructuras que podrán ofertar su uso en régimen comercial, no implica por sí solo el abandono del controlo antes dicho, que tendrá diversas y nuevas manifestaciones. Recordemos algunas de las nociones ya presentadas: los recursos escasos, como las frecuencias, la numeración o los conductos urbanos, nunca serán de libre uso, sino de un uso regulado por el Estado; los cables tendidos con ayuda de derechos especiales o exclusivos, o apoyados en cualquier tipo de prerrogativa pública, deberán aceptar como compensación determinadas cargas en su forma de ofrecerse al público; y la obra civil que acompaña al tendido de cables en las condiciones expresadas podrá ser de uso compartido obligatorio en cuanto se convierta en un cuello de botella o favorezca una situación de dominio por parte de su titular. Todo ello, si nos fijamos bien, hace referencia a las infraestructuras de telecomunicación. (Y a otras muchas: otro tanto ocurre con las redes elétricas o ferroviarias, con los gasoductos o los aeropuertos para el tráfico aéreo, que son actividades progresivamente abiertas a la competencia.)”. Gaspar Ariño, Lucia Aguilera, J.M. de la Cuétara, *Las Telecomunicaciones por Cable – su regulación presente y futura.* Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 479.

> "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*."

O dispositivo elimina a discussão em torno da existência ou não, em favor das empresas de telecomunicações, do direito ao uso da infra-estrutura construída para servir de base à prestação do serviço de energia elétrica. De fato, o art. 73 da LGT reconhece a existência de um *direito subjetivo* das prestadoras de "serviços de telecomunicações de interesse coletivo" ao uso compartilhado da infra-estrutura.[2]

A partir da edição da LGT não resta dúvidas de que as empresas de telecomunicações "de interesse coletivo" têm um *direito subjetivo* oponível aos detentores de infra-estruturas, sejam eles prestadores de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público.[3]

Com base no art. 73 da LGT é possível afirmar que as empresas de energia não podem negar, às empresas de telecomunicações de "interesse coletivo", o acesso à sua própria infra-estrutura. A fórmula concebida pela LGT impõe às empresas detentoras dos meios o dever de tratar as interessadas "de forma não discriminatória" e lhes dá direito de cobrar apenas "preços e condições justos e razoáveis". Quanto ao dever de "não discriminação", são vários os problemas que dele podem surgir. Mas o escopo específico deste estudo requer análise detalhada da imposição de compartilhamento a preços "justos e razoáveis", o que será feito em tópico próprio.

---

[2] As empresas de energia somente podem recusar legitimamente a cessão de sua infra-estrutura quando não houver espaço disponível, quando não estiverem atendidas as condições regulamentares (inclusive de segurança) ou quando a solicitante recusar-se a prestar a contrapartida pelo uso.

[3] A doutrina das *essential facilities* tem tomado relevo nos últimos anos, especialmente nos países de *common law*, para justificar a existência, em favor de prestadores de serviços de interesse público, de direito subjetivo ao uso da infra-estrutura pertencente ou controlada por terceiros. No Brasil, o direito que essa doutrina busca assegurar já está expresso no art. 73 da LGT, o qual garante às prestadoras de telecomunicações de "interesse coletivo" o *direito subjetivo* ao uso compartilhado da infra-estrutura alheia. Para o escopo deste estudo, que envolve o preço de compartilhamento, basta o reconhecimento – dado pela lei – do *direito* de as empresas prestadoras de telecomunicações "de interesse coletivo" exigirem das empresas de energia elétrica o uso compartilhado de sua rede. O art. 73 da LGT por si só já garante o *direito* de usar os meios necessários ao desenvolvimento da atividade de telecomunicações, da mesma forma que impõe o *dever* de compartilhamento às empresas de energia. Na doutrina, Calixto Salomão Filho escreve com clareza este aspecto: "O Direito Brasileiro contém princípio geral nesse sentido, constante do art. 73 da lei geral de telecomunicações, segundo o qual qualquer prestador de serviço de interesse coletivo tem o direito de utilizar a infra-estrutura de outros prestadores de serviços de interesse público, de telecomunicações ou não, para construir suas redes, a preços e condições justos e razoáveis. Qualquer prestador de serviço de telecomunicações de interesse coletivo tem, portanto, o direito de exigir de qualquer empresa que explore serviços de interesse público – não só telecomunicações, mas também energia elétrica, gás e petróleo e rodoviário, por exemplo – que permita a instalação de redes e equipamentos de telecomunicações em postes, dutos, condutos, e servidões desses últimos." *Regulação e atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 65.

Antes, porém, tem relevância identificar como o serviço de TV a Cabo se insere no art. 73 da LGT, já que seus prestadores têm solicitado o uso compartilhado da infra-estrutura das empresas de energia.

Importante lembrar que o regime legal desse serviço precedeu a LGT, havendo sido disposto na Lei n.º 8.977, de 6 de janeiro de 1995. Mesmo os prestadores que receberam outorgas e entraram em operação antes da lei foram por ela atingidos, devendo adaptar-se a seus preceitos (vejam-se os seus arts. 42 e 43). O advento da LGT não revogou nem prejudicou a aplicação da Lei n.º 8.977/95, a qual foi expressamente mantida em vigor pelo art. 212 da LGT.

Quanto ao uso da infra-estrutura alheia, a Lei n.º 8.977/95 não contém dispositivo semelhante ao art. 73 da LGT.[4] Diante da omissão da lei específica, as prestadoras do serviço de TV a Cabo são ou não beneficiadas pelo art. 73 da LGT?

Não há resposta direta na legislação, devendo-se buscá-la por meio de uma interpretação sistemática. O art. 73 da LGT beneficia declaradamente as prestadoras de serviços de telecomunicações "de interesse coletivo", conceito esse introduzido pela lei, em seu art. 62, e desenvolvido pela ANATEL em sua regulamentação (art. 69).

Em termos de pura lógica, parece inevitável estender às prestadoras de TV a Cabo o direito de que se trata, e isso por várias razões, entre as quais: *a)* porque claramente se trata de um serviço prestado ao público em geral, não se restringindo seu interesse a um grupo fechado; *b)* porque sua outorga se faz por "concessão" (Lei n.º 8.987/95, art. 5.º, I), que é considerado instrumento ligado a serviços de grande relevância social; *c)* e o fato de essas empresas já utilizarem a infra-estrutura de empresas de eletricidade, em virtude de contratos celebrados, o que concorre para uma interpretação que preserve sua situação, até para permitir sua compatibilização com a de outros prestadores de serviços de telecomunicações, a serem admitidos.

Não é difícil concluir, portanto, que o art. 73 da LGT se aplica às prestadoras de TV a Cabo, apesar de a lei não lhes assegurar esse direito expressamente.

---

[4] Suas normas mais próximas ao tema são as dos arts. 20 a 20, cuja redação é a que segue: "Art. 20. As concessionárias de telecomunicações e as operadoras de TV a Cabo deverão observar rigorosamente os prazos e condições previstos no projeto de instalação da infra-estrutura, adequada para o transporte de sinais de TV a Cabo, especialmente no que se refere aos interesses de investidores ou parceiros, sob pena de responsabilidade." "Art. 21. As concessionárias de telecomunicações poderão estabelecer entendimentos com as operadoras de TV a Cabo, ou outros interessados, visando parcerias na construção de redes, e na sua utilização partilhada. Parágrafo único. Quando o serviço de TV a Cabo for executado através de parceria, o Poder Executivo deverá ser notificado." "Art. 22. A concessão para execução e exploração de Serviço de TV a Cabo não isenta a operadora do atendimento às normas de engenharia relativas à instalação de cabos e equipamentos, aberturas e escavações em logradouros públicos, determinadas pelos códigos de posturas municipais e estaduais, conforme o caso. Parágrafo único. Aos Estados, Municípios e entidades de qualquer natureza, ficam vedadas interferências na implantação das unidades de operação do serviço de TV a Cabo, desde que observada, pela operadora, a legislação vigente."

III. COMPETÊNCIA REGULATÓRIA DA ANEEL SOBRE O PREÇO DE COMPARTILHAMENTO DOS POSTES DE ENERGIA

A competência para disciplinar o compartilhamento de infra-estrutura foi atribuída legalmente ao órgão regulador da *empresa cessionária dos meios*. É o que dispõe o parágrafo único do art. 73: "Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no *caput*."

No caso específico do estudo – o do uso dos postes de empresas de distribuição de energia elétrica como suporte dos cabos para telecomunicações em geral – o compartilhamento envolve empresas atuantes em setores distintos. Em razão desta peculiaridade, uma questão de interpretação do dispositivo pode surgir: qual é a autoridade competente para regular o assunto?

Apesar da utilização inadequada, na lei, do termo "*cessionário* dos meios" (que literalmente designa aquele que *recebe em cessão*), só faz sentido que a norma esteja atribuindo competência ao órgão regulador do cedente (isto é, daquele que cede os meios para o compartilhamento). No caso dos meios pertencerem a empresa de energia, trata-se da ANEEL. É óbvio, a partir da leitura do dispositivo inteiro, que, ao mencionar o "cessionário", a lei quis referir-se ao controlador da infra-estrutura[5], cabendo à ANEEL, portanto, o estabelecimento das condições desse uso. [6] E qual o sentido dessa competência?

Parece claro que o dispositivo não alterou em profundidade, como poderia, o regime jurídico da infra-estrutura de distribuição de energia. A destinação principal e preferencial dos postes continuou a ser o serviço elétrico, de modo que seu emprego *secundário* em serviço de telecomunicações depende da compatibilidade com o atendimento prioritário das necessidades do serviço original.

O sentido da competência atribuída à ANEEL pelo parágrafo único do art. 73 da LGT é exatamente esse: permitir que a ANEEL estabeleça as condições para compatibilizar o *uso secundário* da infra-estrutura com o atendimento prioritário das necessidades do serviço elétrico.

---

[5] Se assim não fosse – vale dizer: se a intenção da lei fosse a de atribuir a regulação do assunto ao órgão com jurisdição sobre o tomador da infra-estrutura – a competência seria sempre da ANATEL, já que as beneficiadas pelo art. 73 são sempre empresas de telecomunicações. Ora, se esse fosse o propósito da lei, ela o teria dito expressamente, não fazendo o menor sentido a referência elíptica ao "órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados". Ademais, seria despropositado atribuir à ANATEL o poder regulatório na matéria. O art. 73 impõe um dever a certos sujeitos. A necessidade de regulação, por óbvio, está ligada às compreensíveis dificuldades para constranger os obrigados a, efetivamente, cumprirem o seu dever. Logo, quem tem de fazê-la é a Agência com poder efetivo sobre o obrigado (isto é, aquela que pode cobrar o cumprimento do dever e sancionar o seu descumprimento). Por fim, se a competência fosse sempre da ANATEL, ela teria sido transformada em reguladora de rodovias, ferrovias, eletricidade, petróleo, gás, o que exigiria uma verdadeira onisciência e poderia conduzir a delicados conflitos.

[6] Quando se tratar de compartilhamento de infra-estrutura exclusivamente entre prestadoras de telecomunicações, o órgão regulador competente será a ANATEL.

A respeito dessa competência da ANEEL é importante fixar que ela serve para regular uma atividade que definitivamente não se confunde com a prestação do serviço público de energia elétrica. Essa competência tem uma única razão de ser: promover a *compatibilização* do *uso secundário* da infra-estrutura com o atendimento prioritário das necessidades do serviço elétrico.

Singelamente, pode-se dizer que esse *uso secundário* da infra-estrutura instaura uma relação jurídica contratual que tem certas semelhanças com a locação de espaço físico. Neste contexto, a exploração comercial, pelas distribuidoras de energia elétrica, dos postes – isto é, sua cessão parcial e onerosa para operadoras de telecomunicações e de TV a Cabo – *é uma atividade econômica comum*, sujeita à regra da livre negociação e da livre formação de preços. Trata-se de uma atividade própria de um mercado livre, franqueado aos detentores desses meios, sujeita à regra geral da liberdade de ação.

Como decorrência dessa regra de liberdade de empreendimento, o art. 73 prevê claramente a necessidade de o beneficiário da infra-estrutura compensar economicamente a empresa cessionária. O modo de estabelecer a compensação econômica foi dado pela lei: é a *livre negociação* entre os interessados.[7]

Para que a ANEEL pudesse exercer competência regulatória limitadora da livre negociação, especialmente no que diz respeito à formação do preço pelo uso dos postes (cuja exploração é atividade econômica e não prestação de serviço público), seria necessário que norma expressa lhe outorgasse essa competência. O exercício desse *poder*, por se configurar em uma verdadeira interferência do Estado em atividade econômica, depende de prévia previsão legal.[8]

Há duas normas legais cuja capacidade para servir de fundamento legal para a ANEEL estabelecer condições econômicas – entre elas, o preço – pela exploração dos postes pelas empresas de energia deve ser atentamente examinada.

---

[7] O mesmo art. 73 trouxe parâmetros para o controle do preço a ser fixado por meio da livre negociação: as regras da "não discriminação" e de que os preços sejam praticados de forma "justa e razoável". Evidentemente que os parâmetros são importantes, porque uma despropositada exigência do detentor do poste pode implicar em uma inadequada negativa de uso. A preocupação da lei é óbvia: não se pode negar o acesso com a imposição de preço abusivo. O tema será tratado mais detidamente em tópico próprio.

[8] Sem norma expressa autorizadora, eventual intervenção do Estado no campo econômico é definitivamente proibida, já que nesse campo vale a regra da liberdade. Essa afirmação deflui do texto constitucional, especificamente do art. 170, *caput*: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (...)" e do princípio da legalidade, consagrado no art. 5.º, II ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei"). Isto sem esquecer do art. 174, também da Constituição Federal, que impõe a existência de lei prévia para franquear a atividade regulatória do Estado sobre a economia, que tem a seguinte redação: "Art. 174. Como agente normativo e regulado da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado." É Eros Roberto Grau quem expõe este aspecto ao tratar da capacidade normativa dos órgãos do Executivo. Escreve que tal *capacidade normativa* "somente estará ungida de legalidade quando e se ativada nos quadrantes da lei." *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2000, 3.ª ed., p. 173.

A primeira é o art. 11 da Lei Geral de Concessões. Embora seja a União Federal a titular dos serviços e instalações de energia elétrica, ela pode outorgar a sua prestação a terceiros mediante autorização, concessão ou permissão (Constituição Federal, art. 21, inc. XII, "b"). Neste caso, o regime das outorgas é o da Lei Geral de Concessões, Lei n.º 8.987/95, complementado pela Lei n.º 9.074/95, a qual dedicou parcela substancial de suas disposições ao setor de energia elétrica. O específico dispositivo que trata do tema é o art. 11 da Lei n.º 8.987/95, que tem a seguinte redação: "Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no artigo 17 desta Lei." Este último determina a desclassificação de proposta que inclua vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

Mas, usar este dispositivo para tal finalidade seria o mesmo que dizer que o DNER (Departamento Nacional de Estradas de Rodagem), nas concessões de rodovias federais, pode impor uma "tabela", de cumprimento obrigatório, dos preços a serem praticados pelos concessionários no caso de cessão de espaço para colocação de "outdoors" ou para instalação de centro de compras ao longo da estrada.

O art. 11 da Lei n.º 8.987/95 definitivamente não tem este alcance. Sua razão de ser é autorizar e incentivar que os concessionários de serviço público usufruam de fontes alternativas de receita. A lógica do dispositivo é incentivar o financiamento alternativo da concessão, para que as tarifas pagas pelos usuários do serviço não sejam a única fonte de remuneração da concessionária. Neste sentido, quanto maior for a arrecadação alternativa, menor poderá ser a tarifa cobrada dos usuários.

É verdade que as empresas de energia estão sujeitas a forte regulação da ANEEL, especialmente quanto à fiscalização das atividades e à fixação das tarifas cobradas dos usuários do serviço elétrico propriamente dito. O contrato de concessão contém, por imposição legal, cláusulas contratuais que regulam essa ingerência do órgão regulador na atividade do prestador de serviço público. O *uso secundário* dos postes pelas empresas de energia é autorizado pela Lei Geral de Concessões (art. 11) e pelos contratos de concessão, que autorizam as concessionárias a buscar receitas alternativas. Essa atividade, todavia, não se confunde com a prestação do serviço público em si, sendo que os contratos de concessão firmados entre a ANEEL e as diversas empresas de energia trazem – invariavelmente – cláusulas genéricas autorizando esse uso secundário.

Exemplificativamente, estas são algumas cláusulas tiradas do Contrato de Concessão n.º 058/2000-ANEEL: *"CLÁUSULA SEGUNDA – OBJETO* (...) *Segunda Subcláusula* - A TRANSMISSORA aceita que a exploração do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO de que é titular seja realizada como função de utilidade pública prioritária, comprometendo-se a somente exercer outras atividades empresariais nos termos e condições previstas em regulamentação expedida pela ANEEL. *Terceira Subcláusula* - Até que seja

expedida a regulamentação prevista na Subcláusula anterior, o exercício de outras atividades empresariais dependerá de prévia autorização da ANEEL. Desde já, fica acordado que a receita auferida com outras atividades deverá ter parte destinada a contribuir para a modicidade das tarifas do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO, a qual será considerada nas REVISÕES PERIÓDICAS de que trata a CLÁUSULA SEXTA deste CONTRATO." "*CLÁUSULA TERCEIRA - CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO* - Na prestação do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO referido neste CONTRATO, a TRANSMISSORA terá liberdade na direção de seus negócios, investimentos, pessoal, material e tecnologia, observados os termos deste CONTRATO, a legislação específica, as normas regulamentares e as instruções e determinações do PODER CONCEDENTE e da ANEEL. (...) *Segunda Subcláusula* - A TRANSMISSORA poderá fazer uso compartilhado da infra-estrutura do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO, infra-estrutura de telecomunicações e outras nos termos estabelecidos pela regulamentação específica expedida pelas agências reguladoras federais. *Terceira Subcláusula* - O compartilhamento da infra-estrutura do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO, de que trata a Subcláusula anterior, dar-se-á mediante instrumento contratual próprio a título oneroso."

Percebe-se que o contrato de concessão trata de modo muito distinto a prestação do serviço público de energia e a exploração secundária da infra-estrutura. Enquanto a liberdade empresarial do negócio de energia é limitada por uma séria de normas (cláusula 3.º, *caput*), que tratam inclusive da tarifa, prevê-se que o negócio consistente na exploração de infra-estrutura terá seu preço fixado em instrumentos contratuais firmados entre as partes envolvidas (cláusula 3.º, terceira subcláusula). Portanto, a concessão reconheceu expressamente a liberdade empresarial quanto à fixação do preço do negócio da infra-estrutura, remetendo-a ao mecanismo clássico: a negociação entre interessados e subseqüente contratação.

A Lei de Concessões não outorga qualquer competência regulatória ao poder concedente relativamente ao montante das fontes alternativas de receita do concessionário. O que é preciso para viabilizar esta fonte de receita é que o edital da licitação autorize a exploração econômica de bem vinculado à concessão. Eventual cláusula editalícia pode prever a necessidade do concessionário registrar junto ao poder concedente suas atividades secundárias e o valor arrecadado, com vistas à possível adequação das tarifas cobradas do usuário pelo serviço público prestado. Mas só.

Por isso fica descartada qualquer possibilidade de a ANEEL estabelecer condições econômicas pelo uso secundário dos postes com base no art. 11 da Lei de Concessões. E isso por uma razão óbvia: porque o *uso secundário* dos bens vinculados à concessão de serviço público pela empresa concessionária não passa de uma atividade empresarial como outra qualquer.[9]

[9] Definitivamente a Lei de Concessões não deu ao poder concedente competência para regular as condições de arrecadação da receita alternativa, fosse estabelecendo metas, prazos ou condições de arrecadação. E a razão pela qual não fez isso é porque essa atividade de exploração secundária dos bens vinculados à atividade principal que cabe ao concessionário desenvolver não faz parte da concessão de serviço público. Marçal Justen Filho, ao comentar o

A segunda norma que, em tese, poderia fazer com que a ANEEL manifestasse a pretensão de se investir na competência regulatória para impor preço (ou critérios para definição do preço), para cessão dos postes é o próprio art. 73 da LGT. Mas será que o parágrafo único do art. 73 da LGT, ao atribuir competência para a ANEEL definir as condições para o adequado atendimento do direito ao compartilhamento da infra-estrutura, estaria, ainda que implicitamente, autorizando-a a interferir no preço cobrado?

IV. COMPARAÇÃO DO ART. 73 COM OUTRAS NORMAS LEGAIS EQUIVALENTES

É possível que a ANEEL regule o preço de acesso aos postes? A regra legal que especificamente trata da competência do órgão regulador com relação ao compartilhamento de infra-estrutura é, como vimos, o parágrafo único do art. 73, que dispõe: "Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no *caput*." Quer-se saber se a ANEEL, ao definir as condições para o adequado atendimento do disposto no *caput* do art. 73, pode definir o preço de compartilhamento.

É claro que *expressamente* o art. 73 da LGT não garantiu poder algum para a ANEEL fixar preço pelo uso compartilhado dos postes de energia. Uma hipótese seria imaginar que esse poder estaria implícito no dispositivo. Essa interpretação, no entanto, seria falsa. O parágrafo único não deu à ANEEL o poder para estabelecer preço de infra-estrutura de energia.

A ANEEL não pode estabelecer previamente, por meio de norma geral e abstrata, fórmulas, critérios, ou mesmo tabelar, o preço a ser cobrado pelo uso secundário do poste. Também não pode fixar o preço na hipótese de conflito (isto é, caso a caso, em função de negociação frustrada entre empresas de energia e empresas de telecomunicações).

---

art. 11 da Lei de Concessões, deixa isso bem claro: "A aplicação do art. 11 depende da existência do vínculo econômico entre o objeto da concessão e outras fontes de receita. Significa que o desenvolvimento pelo concessionário de atividades econômicas autônomas em relação ao objeto da concessão não se sujeitará à regra do dispositivo. Deve ter-se em vista que não se promove alteração no objeto da concessão propriamente dito. Produz-se, quando muito, uma ampliação do vínculo jurídico, de molde a propiciar uma ampliação da exploração empresarial. Como dito acima, trata-se da exploração econômica de aspectos marginais da atividade que constitui o objeto da concessão. O aproveitamento dessas outras oportunidades não se traduz, necessariamente, em oferta de utilidades aos usuários de serviço público. O art. 11 abrange atividades econômicas relacionadas com o objeto da concessão. Essas atividades serão consideradas *relacionadas ao objeto da concessão* quando seu desempenho ou pressupuser a concessão ou for incrementado por ela. Poderão considerar-se abrangidas nessa conceituação inclusive as situações onde o prestígio decorrente da concessão funcionar como causa de ampliação da receita da concessionária. (...) Fontes de receitas *alternativas* são as relacionadas com a exploração alternativa, do ponto de vista econômico, do objeto da concessão. Não importam o desenvolvimento de outras utilidades ao público nem a ampliação propriamente dita do objeto da concessão. Mantido o mesmo objeto, aproveitam-se oportunidades no desempenho do serviço público para obtenção de receitas que substituem as tarifas. A receita é alternativa para a remuneração do concessionário. Assim, ao invés de cobrar tarifa, desenvolverá atividades que propiciarão sua satisfação." *Concessões de Serviços Públicos (Comentários às Leis n.ºs 8.987 e 9.074, de 1995)*, São Paulo, Dialética, 1997, pp. 159 e 160.

Esta afirmação conclusiva é possível em razão da interpretação sistemática e conjunta das regras que tratam da regulação de setores de interesse público no Brasil. Como o dispositivo é silente quanto à possibilidade de regulação do *preço* pelo órgão regulador, somente uma análise comparativa das outras normas que regulam o mesmo problema tratado no art. 73 da LGT – o preço cobrado por empresas que dão acesso a mercado de interesse público – pode dar, com segurança, a correta interpretação do dispositivo.

As diversas leis setoriais trazem regras que podem ser tomadas como parâmetro legítimo de comparação, de forma a indicar a correta interpretação do art. 73 da LGT quanto à regulação do preço de compartilhamento pela ANEEL. Vamos a elas.

A Lei do Petróleo e Gás – Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, em seu art. 58, ao tratar do mesmo problema de acesso, estabelece – expressamente – que qualquer interessado pode usar a infra-estrutura existente mediante remuneração a ser estabelecida por negociação entre as partes. Mas a lei garante ao órgão o poder para verificar a compatibilidade do valor acordado com o de mercado. No caso de as partes não chegarem a um acordo, então caberá à ANP – e somente neste caso – fixar o valor e a forma de pagamento pelo uso da infra-estrutura alheia.[10]

A Lei da Energia Elétrica (Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996) adota o mesmo modelo relativamente ao direito de acesso ao mercado de transporte de energia (art. 3.º). Fornecedores e respectivos consumidores de energia têm direito de usar os sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público mediante ressarcimento pelo custo envolvido. Relativamente a esta transação a ANEEL tem duas competências expressamente dadas pela lei: uma, fixar os *critérios* para cálculo do preço que será negociado livremente pelas partes envolvidas (e não o preço em si); e, duas, arbitrar os valores – apenas na hipótese de negociação frustrada – entre os agentes envolvidos.[11]

---

[10] Lei n.º 9.478/97 – "Art. 58. Faculta-se a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações. § 1.º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado. § 2.º A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis."

[11] Lei n.º 9.427/96 – "Art. 3.º Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL: (...) VI – fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6.º do art. 15 da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; VII – articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;" Lei n.º 9.074/95 – "Art. 15. (...) § 6.º É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente."

O modelo que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472,de 16 de julho de 1997) estabeleceu para a interconexão não é diferente (art. 153). A lei estabeleceu o direito à interconexão de redes e expressamente disse que o preço a ser pago pelo uso da rede alheia será formado através da livre negociação entre os interessados. A lei deu à ANATEL duas competências com relação a esta negociação: uma, homologar os acordos de interconexão; e, duas, arbitrar os valores – apenas na hipótese de não haver acordo entre os interessados.[12]

O que é em primeiro lugar evidente nestas três leis setoriais é que elas adotam como pressuposto de formação do preço de acesso ao mercado a *livre negociação* entre as partes. Tanto a lei do petróleo e gás, como a lei da energia elétrica, estas no caso de transporte do insumo, e a lei de telecomunicações, na hipótese de interconexão, todas elas foram *expressas* quanto ao conteúdo das competências atribuídas aos órgãos reguladores.

O princípio consagrado nos referidos dispositivos foi – expressamente – o da livre negociação do preço de acesso. A ANP, a ANEEL e a ANATEL apenas podem intervir, arbitrando o preço de compartilhamento, no caso de negociação frustrada e quando a lei expressamente autorizar. Note-se que a lei só autoriza intervenção das agências para fixar o preço na hipótese de as partes não chegarem a um acordo. Nenhuma das leis deu amplos poderes de fixação de preço ao órgão setorial pelo uso conjunto dos meios.

A regra no sistema, portanto, é a da não intervenção estatal. Toda competência a ser exercida pela agência que de alguma forma restrinja a liberdade negocial das partes na formação do preço de acesso ao mercado está analiticamente expressa nas leis que regulam os setores privatizados. E quais são essas competências? Para a ANP, a de verificar a compatibilidade do preço com o mercado; para a ANEEL, a de fixar "critérios" de cálculo; e para a ANATEL, a de homologar os acordos de interconexão. As agências também estão todas autorizadas a arbitrar os valores na hipótese de negociação frustrada, *apenas nos casos referidos na lei*, como já se disse.

Como se vê, as três leis setoriais adotam o mesmo princípio: as partes negociam livremente o preço de acesso e a agência setorial só interfere *nos casos e nos termos expressamente previstos nas próprias normas legais*.

Considerando que o objetivo da legislação é semelhante nas normas de comparação e na norma que trata do compartilhamento de infra-estrutura entre setores distintos (art. 73 da LGT), tal sistemática, que prestigia o princípio da livre negociação, é parâmetro válido de interpretação da problemática específica do preço de compartilhamento de infra-estrutura entre setores distintos.

[12] Lei n.º 9.472/97 – "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 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.º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão."

É verdade que os dispositivos citados se referem a situações de conflito e formação de preço dentro de um mesmo setor, e que a discussão em torno do preço pelo compartilhamento de infra-estrutura é intersetorial. Mas isso não invalida a interpretação sistemática como método de leitura válida do art. 73 da LGT; porque em todos os casos há a garantia formulada pela lei, de acesso ao mercado, bem assim a imposição do dever de contratar.

Em situações idênticas, portanto, as leis do petróleo, da energia e das telecomunicações, inequivocamente, deram essa mesma solução: liberdade negocial às partes, em primeiro lugar; intervenção da agência apenas nos casos e para fins expressamente previstos.

Todas as leis foram inequívocas em relação às competências atribuídas aos órgãos reguladores. Poder para *homologar* acordos só existe para a ANATEL, *no caso do contrato de interconexão*. Poder para *fixar critérios de cálculo* do preço só existe em relação ao acesso aos sistemas de distribuição e transmissão, sendo exercido pela ANEEL. Verificação da *compatibilidade* do preço com os de mercado existe na hipótese de uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos, pertencendo à ANP.

A conclusão, a partir da leitura conjunta das leis que regulam os setores privatizados, é que elas foram expressas e diretas na delimitação dos poderes das agências reguladoras de cada um dos setores relativamente à formação do preço de acesso a mercados regulados.[13]

É por isso que, do parágrafo único do art. 73 da LGT, não resulta o poder para a ANEEL estabelecer o preço de compartilhamento do poste.[14] O silêncio do dispositivo é eloqüente e tem o objetivo de negar esse poder à ANEEL ou à ANATEL. Assim, não lhe compete fixar "critérios para a formação do preço", estabelecer preços mínimos ou preços máximos a serem praticados no

[13] Os órgãos reguladores dos setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo editaram um texto básico conjunto para resolver as dificuldades que a aplicação do art 73 da LGT propõe (Resolução Conjunta n.º 001, de 24 de novembro de 1999). Neste documento são definidos os princípios que devem nortear o compartilhamento de infra-estrutura entre os setores envolvidos, dentre os quais se destacam o da livre iniciativa e o da isonomia. Não houve o estabelecimento de regras precisas para disciplinar o compartilhamento das diversas estruturas. No entanto, o dispositivo da Res. Conj. n.º 001/99 que prevê a competência das Agência para *homologar* os contratos de compartilhamento é claramente ilegal. Jamais uma entidade administrativa pode, por vontade própria, conferir a si mesma uma dada competência. Apenas a própria lei pode expressamente autorizar essa situação. No caso presente, não se vê qualquer espécie de autorização legislativa nesse sentido. Por isso, a exigência de que os contratos de compartilhamento sejam homologados, com manifestação de concordância das agências do detentor e do solicitante da infra-estrutura, mostra-se ilícita. Da mesma forma, a solução adotada na minuta submetida à Consulta Pública n.º 239 da ANATEL também é ilegal. Como visto, a lei do setor não confere competência para o órgão fixar "critérios" abstratos de cálculo do preço, seja entre prestadoras de telecomunicações, seja entre elas e empresas do setor elétrico.

[14] Tampouco as três agências setoriais, com base na Resolução Conjunta n.º 002, de 27 de março de 2001, podem fixar valores ou uma faixa de valores que sirva de orientação na homologação dos contratos de compartilhamento. Esta Resolução incide no mesmo vício apontado quanto à Res. Conj. n.º 001.

mercado.[15] Nenhuma agência setorial recebeu da lei poder para suprimir a liberdade de negociação entre as partes na formação do preço.

Com o processo de privatização atingindo o setor de serviços estatais, a criação das leis setoriais e das agências reguladoras, houve a clara valorização da liberdade empresarial com prejuízo da atuação intervencionista do Estado. No setor de telecomunicações, esta nova fase do direito administrativo brasileiro é ainda mais visível pois, até quanto ao preço cobrado do usuário final vigora o princípio da livre negociação do preço. A regra, portanto, é a de que, em princípio, não há regulação.

É por isso que a consideração sistemática do ordenamento jurídico em vigor faz com que o parágrafo único do art. 73 da LGT seja lido em seus precisos termos, não sendo admissível qualquer ampliação, por via interpretativa, do poder conferido de forma limitada pela lei. A ANEEL definitivamente não tem competência para regular o preço do poste de energia. Como já mencionado, a competência que o dispositivo deu à ANEEL é para promover a *compatibilização* do *uso secundário* da infra-estrutura com o atendimento prioritário das necessidades do serviço elétrico. E o preço, definitivamente, não está incluído neste rol. E o que, então, está incluído?

Essencialmente, a competência atribuída pelo art. 73 da LGT ao regulador é para estabelecer os *limites físicos* para a destinação do espaço nos postes para outros serviços, bem como os *cuidados técnicos* que, em atenção à *segurança e qualidade do serviço elétrico*, devem ser observados na instalação e manutenção dos cabos e equipamentos de terceiros. Também pode o regulador indicar casos em que não é viável qualquer compartilhamento, seja por esgotamento da capacidade física, seja por implicar risco à segurança ou qualidade. Ademais, certas regras procedimentais podem ser impostas, para garantia do princípio da não discriminação (ex: dever de informação quanto aos preços praticados) e do respeito ao direito subjetivo ao compartilhamento (ex: dever de resposta em certo prazo, dever de motivação da recusa, etc.). Todas essas competências, no entanto, decorrem do que já se observou: elas servem para compatibilizar o uso empresarial dos postes com o atendimento prioritário das necessidades do serviço elétrico, sendo que o preço de compartilhamento está fora dessa esfera de atribuições.

V. SOLUÇÃO NO CASO DE ABUSO NA FORMAÇÃO DO PREÇO DE USO DOS POSTES

Definitivamente, nem a ANEEL nem outro regulador qualquer tem competência legal para fixar preço a ser observado compulsoriamente nos contratos de compartilhamento de postes. O art. 73 da LGT não deu autorização para a ANEEL fixar esse preço, nem mesmo para estabelecer critérios para a sua aferição, ou para arbitrá-lo no caso concreto. A ANEEL não recebeu poder da lei

[15] A ANEEL também não pode editar norma veiculando uma "recomendação" de preço a ser praticado no caso de uso compartilhado de infra-estrutura.

para se envolver em qualquer aspecto dessa relação econômica, a não ser para compatibilizá-la com as necessidades próprias do serviço elétrico. Essa conclusão, todavia, não autoriza o abuso das prestadoras de energia na formação do preço, não tendo elas legitimidade para impor preço juridicamente excessivo, frustrar a negociação e, com isso, impedir o exercício do direito de acesso à infra-estrutura.[16]

Se é certo que nem sempre a livre negociação conduz à obtenção de acordo entre as partes envolvidas, quais os mecanismos, então, de controle do preço de compartilhamento, já que uma despropositada exigência do detentor do poste pode implicar em uma inadequada negativa de uso da infra-estrutura?

A primeira – e importante – observação a fazer é esta: a ausência de acordo entre as partes não importa, só por só, na configuração de abuso por parte do detentor da infra-estrutura. A composição de interesses, que se expressa no contrato, é fruto de um processo – por vezes rápido, freqüentemente longo – de acertamento, de ajustamento, de transação. Portanto, nenhuma obrigação existe de acordo instantâneo. Também não há, por óbvio, dever de o detentor aceitar uma proposta financeira só porque é ela que convém à empresa de telecomunicações.

A falta de acordo para a contratação é sempre fruto da resistência de ambas as partes (no caso de conflito quanto ao preço, há a resistência de um que não aceita o preço pretendido pelo outro e deste que não se adeqüa ao preço considerado aceitável por aquele). Assim, diante de um caso em que ainda não houve acordo para o compartilhamento há o problema de saber se a resistência do detentor da infra-estrutura é ou não legítima. A resistência deste pode ser legítima ou ilegítima. É legítima, em um processo de livre negociação, a busca da maximização dos próprios benefícios. O que é vedado é, apenas, o abuso.

A ausência de acordo não conduz necessariamente a uma intervenção do Poder Público, pois ela é um estado normal do princípio de livre negociação, salvo se o impasse for fruto de abuso. Assim, a intervenção estatal só é possível para coibir o abuso.

O Poder Público pode ser chamado a intervir nesse processo por duas vias: administrativa e judicial.

A hipótese de intervenção administrativa deve ser analisada por dois ângulos diferentes. Um, quando o abuso se configurar em uma *infração ao direito concorrencial* e, dois, quando se enquadrar na categoria de *abuso do poder*

[16] A melhor forma de encontrar o preço "justo e razoável" desejado pelo art. 73 da LGT é através da liberdade de negociação entre as partes. Trata-se de dois setores (energia e telecomunicações) com equivalente capacidade negocial. Nenhuma das partes é hipossuficiente em relação à outra. Por isso, as partes contratantes são capazes de realizar a sua própria proteção e negociar adequadamente o contrato de compartilhamento. Problema surge quando esse mecanismo de mercado falha, o consenso não é encontrado via negociação direta entre os interessados, e uma das partes tem direito subjetivo à contratação. Neste caso, a eleição consensual de árbitros, o sistema antitruste e a via judicial são caminhos legítimos para a solução do conflito. Mas, como se viu, o regulador não pode se investir nessa competência de fixação de preços ou de arbitramento do conflito.

econômico, segundo os conceitos da legislação aplicável. Para essas situações, cogita-se de intervenção do órgão incumbido de defesa da concorrência, o CADE.

A exigência de *preço excessivo* pelas empresas de energia pode configurar-se em uma *infração ao direito concorrencial* e autorizar a intervenção do CADE. Isto porque, nos termos da legislação em vigor – Lei da Concorrência, Lei Federal n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 – o CADE tem poder sancionatório sobre aquele que adota comportamento anticoncorrencial. E quais as situações que, segundo a legislação aplicável, infringem o direito concorrencial?

São várias. Para o presente estudo importa que a imposição de preço excessivo pelas empresas de energia às empresas de telecomunicações pelo compartilhamento de sua infra-estrutura pode, em tese, vir a ser sancionado pelo CADE: caso esse comportamento tenha por objeto ou possa produzir os efeitos previstos nos incisos do art. 20 da Lei da Concorrência, a saber: "I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços".

Neste contexto, a doutrina das *essential facilities* é útil para identificar em que medida o preço praticado pelas empresas de energia pelo compartilhamento dos seus postes é ou não uma limitação à livre concorrência no mercado de telecomunicações. A aplicação dos conceitos desenvolvidos por essa doutrina permite uma leitura confiável do mercado de postes e da ação dos agentes econômicos nele envolvidos. É dizer: se os postes pertencentes às empresas de energia forem uma *essential facility*, então, por essa doutrina, os detentores desses bens estão sujeitos a monitoramento de seus atos pelo direito concorrencial.

Definir se o poste de energia elétrica é uma *essential facility* ou não é uma questão complexa que envolve conceitos essencialmente econômicos. Mas, em caso de resposta positiva, poderá incidir as regras do direito concorrencial e o CADE poderá intervir para fazer a defesa da concorrência, nos termos da legislação em vigor. Caso contrário, ao CADE será negada essa competência.[17]

[17] De acordo com o que se lê na literatura especializada, para saber se um certo bem é ou não uma *essential facility* é preciso aplicar um "teste", composto de duas questões. Na hipótese que nos interessa, estas questões seriam as seguintes: (1) O uso dos postes de energia pelas empresas de telecomunicações é a única forma de elas expandirem suas atividades?; (2) O setor de energia elétrica é, de alguma forma, concorrente ao setor de telecomunicações? A resposta positiva a essas questões implica na competência do CADE para analisar os efeitos, no mercado concorrencial, do preço cobrado pelo compartilhamento. Apenas para ilustrar o quanto dito sobre a doutrina das *essential facilities*, veja-se o seguinte trecho tirado de um artigo de uma revista especializada americana: "The term 'essential facilities' has multiple meanings, each having to do with mandating acess to something at a reasonable price by those who do not otherwise get acess. An essential facility is one in which duplication of a given facility, for instance a railroad, a local telecom network, is precluded by the monopolist's inherent ownership advantages, by without which competitor cannot acess the market (WEDEN, 1987). As originally conceived when a monopolist or near monopolist controlling what is deemed an "essential or bottleneck facility" denies an actual or potential competitor acess to that facility, where the facility cannot reasonably be duplicated and where there is no valid technical or business justification for denying acess, then the doctrine is applied." "Essential facilities cases involve refusals to deal of a special type. Indeed, the concept of essential facilities requires there to be two markets, often expresses as an upstream

Por outro lado, segundo alguns intérpretes, a exigência de *preço excessivo* pode ser visualizada como uma *infração da ordem econômica*, se ela conduzir ao aumento arbitrário de lucros em favor de quem exerce posição dominante no mercado, segundo a Constituição (art. 173, § 4º)[18] e a Lei da Concorrência (Lei Federal n.º 8.884/94, arts. 20, III e IV, e 21, XXIV).[19] Nessa linha, a fixação de preço abusivo – para além do que é considerável como justo e razoável (art. 73 da LGT) – como contrapartida do uso dos postes para instalação de redes de telecomunicações seria, em tese, enquadrável e punível como uma infração à ordem econômica.

A determinação do que seja um preço justo e razoável não é, evidentemente, tarefa simples. O parágrafo único do art. 21 da Lei da Concorrência procura fornecer parâmetros genéricos para isso.[20] Tratando-se de exploração patrimonial do poste, a análise da razoabilidade do preço pode ser feita a partir de "mercados competitivos comparáveis" (inc. III), sendo a experiência internacional um possível parâmetro neste aspecto; ou a partir de outras "circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes" (parágrafo único). Nesta hipótese, o CADE poderia verificar em cada caso concreto o impacto de decisões privadas sobre o preço do poste na ordem econômica.

Uma afirmação nesse sentido, conquanto suportada pelo texto da Lei da Concorrência, envolve a adoção de alguns pressupostos bastante polêmicos, entre eles o de que a prática de "preços excessivos" seria ilícita independentemente de gerar distorções na concorrência. O tema é controvertido, havendo quem se incline pela tese de que esses "excessos" só seriam puníveis

---

market and a downstream market. Typically one firm is active in both markets and other firms are active or wish to buy an input from the integrated firm, but is refused. An EFD defines those conditions under which the integrated firm will be mandated to supply." (Béatrice Dumont, "Reasonable Acess to Essential Facilities: Na Empty Label of Competition in Information Technologies". Artigo publicado em *Communications & Strategies*, n.º 34, 2nd quarter 1999, p. 137).

[18] "Art. 173. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

[19] "Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante. (...) § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia." "Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. (...)".

[20] "Art. 21 (...) Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço ou serviço ou dos respectivos custos."

quando produzam efeitos anticoncorrenciais e quem desvincule as duas coisas, sustentando que "abuso do poder econômico" é um conceito amplo, irredutível à mera idéia de "prática anticoncorrencial".[21]

Como se disse, o tema é bastante polêmico e o próprio CADE tem fixado o entendimento segundo o qual a prática de "preços excessivos" só é ilícita quando gerar distorções na concorrência.[22]

---

[21] É possível que, em tese, os órgãos de defesa da concorrência sejam chamados a coibir a prática de preço abusivo e centrar a discussão em torno da formação do "preço justo". No entanto, o direito da concorrência é um direito recente no Brasil, que está em formação. Ainda não é natural, o que não quer dizer que não seja possível, atribuir ao CADE um papel regulador da economia. Considerando os precedentes, a tendência é que o CADE não assuma esse papel; ainda mais porque o projeto de lei que atualmente tramita no Congresso Nacional para modificar a Lei n.º 8.884/94 suprime o controle do órgão sobre os "preços excessivos" praticados no mercado. Sobre a polêmica, v. Paula Forgioni, *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 304 e ss. A conclusão pessoal da autora é a seguinte: "Nossa lei, é bom que se lembre, não tutela apenas a livre concorrência, mas o abuso do poder econômico, e veda, expressamente, o aumento arbitrário de concorrência, mas o abuso do poder econômico, e veda, expressamente, o aumento arbitrário de lucros. Muito embora haja inúmeras discussões sobre a razoabilidade econômica de tal previsão, tendo em vista o disposto no inc. III do art. 20 da Lei Antitruste, não se pode dizer que, em nosso sistema, não se autorizaria a atuação do CADE no sentido de coibir os preços excessivos e o conseqüente aumento arbitrário de lucros: *a partir do momento em que esse aumento não eqüitativo decorre do abuso do poder econômico e produz o efeito tipificado no referido art. 20, caberá ao CADE reprimi-lo, conforme expressamente determinado no texto normativo*." No mesmo sentido, v. Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, Ed. Malheiros, 6.ª ed., 2001, pp. 246 e 247. Também para este autor "A lei n. 8.884, de 11.6.94, está voltada à prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. (...) A expressa referência aos "*ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*" e a afirmação de que "*a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei*" definem a amplitude do conteúdo da Lei n. 8.884/94. Ela não é, meramente, uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no § 4.º do art. 173 da Constituição de 1988 – trata-se de lei voltada à *preservação do modo de produção capitalista*".

[22] Para ilustrar essa tendência do CADE, vejam-se as seguintes ementas de decisões proferidas pelo órgão: "Infração à ordem econômica – cláusula potestativa de reajuste de preços – pretendida ilegitimidade *prima facie* – rejeição – A estipulação de cláusula contratual de reajuste unilateral de preços, não constitui, por si só, forma de infração à ordem econômica, uma vez que a restrição à liberdade individual não implica, necessariamente, restrição ou falseamento da livre iniciativa ou livre concorrência. Não cabe ao CADE, mas ao Poder Judiciário, decidir sobre a potestividade de cláusula contratual, salvo quando reste comprovado seu uso para produzir efeitos anticoncorrenciais no mercado." (Ref. Ato de Concentração n.º 54/95, de 11 de fevereiro de 1998, Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL, OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A. In DOU de 3 de março de 1998, Seção I, p. 5). "Infração à ordem econômica – tipificação – embasamento constitucional – inteligência e aplicação do art. 173, § 4.º, da Constituição Federal – Somente há falar em ofensa à ordem econômica quando a conduta reflita real abuso de liberdade de iniciativa ex vi do § 4.º do art. 173 da Constituição Federal. Apenas as infrações contra o mercado merecem ser objeto de repressão." Neste mesmo caso, colhe-se do voto do Conselheiro-Relator, Mércio Felsky, o seguinte trecho: "4. É importante frisar que na análise das condutas que ferem o princípio da livre concorrência, necessariamente tem que se tratar de condutas que comprometam o funcionamento regular dos mercados. Com efeito o abuso de poder econômico invocado pela Representante nos autos deve ser investigado se se trata realmente de abuso de liberdade de iniciativa ex vi do § 4.º do art. 173 consagrado na Constituição Federal; ou seja, no sentido de infração contra o mercado, é o que deve ser objeto de repressão." (Processo Administrativo n.º 135/93, de 06 de outubro de 1999, Representante: TVW

Sem embargo da manifestação administrativa por meio do CADE – que, como se destacou, não tem a tradição de fazer incursões regulatórias na economia – sempre será possível recorrer ao Judiciário para que este, coibindo abuso praticado por agente econômico, determine, também em relação a caso concreto, os termos em que deve ocorrer o compartilhamento.

Com relação ao papel do Judiciário na solução de controvérsias envolvendo o preço do compartilhamento de infra-estrutura, uma observação precisa ser feita. A justificativa para sua atuação é, de um lado, a existência de abuso na negociação frustrada sobre o preço da atividade econômica consistente no compartilhamento de postes e, de outro, o direito subjetivo à contratação garantido a uma das partes (art. 73 da LGT).

Ao juiz não é dado o poder para fixar o preço e, com isso, regular uma atividade econômica, como se fosse uma autoridade pública de controle de preços. A regra de que o Judiciário não pode ser excluído da solução dos conflitos não significa que o juiz tenha poder para regular preço numa economia marcada pela livre iniciativa e livre negociação. Em situações como esta, em que às partes foi dada liberdade de composição, o juiz só pode interferir na *autonomia privada* para coibir o *abuso de direito* praticado por uma das partes na negociação.[23] O papel do juiz é coibir o exercício indevido e abusivo do direito à liberdade negocial dos particulares no campo econômico, conformando-o ao seu exercício regular.

Portanto, em caso de abuso da empresa de energia na fixação do preço do poste, duas alternativas se põem para o prestador prejudicado. Uma é a impugnação judicial, que supõe a assunção, pelo acusador, do ônus de comprovar a abusividade do comportamento da outra parte. Outra – dependente da aceitação dos pressupostos acima mencionados – é a provocação dos chamados órgãos de defesa da concorrência, incumbidos da aplicação da Lei 8.884/94.

Todavia, 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

---

– Travel Network Comunicações Ltda. e Representada: American Airlines, Inc. In DOU de 22 de outubro de 1999, Seção 1, caderno eletrônico, pág. 2). Ambos os casos estão citados na obra de José Inácio Gonzaga Franceschini, *Direito da Concorrência*, São Paulo, Ed. Singular, 2000, pp. 538 e 546, respectivamente.

[23] O exercício "abusivo" das liberdades privadas autoriza o Judiciário a restringir os excessos e a fazer a adequação à regra de direito. Tal qual no direito público, em que o princípio da razoabilidade serve de limite aos poderes das autoridades, o juiz pode conformar o exercício das liberdades individuais no caso de "abuso de direito". Sobre o tema, veja-se o texto claro de Jesus Gonzalez Perez: "El ejercicio abusivo del derecho se caracteriza, aparte por el resultado dañoso para um tercero, por sobrepasar manifiestamente los límites normales. Límites que no son los legales (los que establece la norma jurídica que los regula o el acto jurídico que los crea), sino los que, dentro de éstos, considera la conciencia social de la época, las costumbres y apreciaciones de la época. Como dice *Lacruz*, no se trata de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho, sino de ver como la gente estima que deben ejercitarse y hasta dónde pueden llegar en la práctica de cada época las facultades concedidas por la Ley. Se incurrirá en abuso si se ejercita para algo distinto." (*El principio general de la buena fé em el derecho administrativo*. Madrid, Editorial Civitas, 1983, p. 27).

extinção da relação, desonerando-se da obrigação de suportar a permanência da rede dessas prestadoras. O fato de se tratar de rede de serviço público não as impedem de assim proceder, sendo impertinente a invocação do genérico "princípio da continuidade do serviço público" para sustentar a impossibilidade de as empresas de energia romperem a relação. É que, especialmente no regime competitivo a que se submetem as telecomunicações, a "continuidade do serviço" não se confunde com a continuidade das operações de um dado prestador.

VI. CONCLUSÕES

1. As empresas de energia não podem negar injustificadamente o acesso das empresas de telecomunicações de "interesse coletivo" (aí incluídas as de TV à Cabo) à sua própria infra-estrutura. É o art. 73 da LGT que garante o *direito subjetivo* ao contrato de compartilhamento.

2. A cessão de uso do espaço nos postes não se confunde com a prestação do serviço público de energia elétrica, sendo verdadeira atividade econômica. A competência atribuída pelo parágrafo único do art. 73 da LGT à ANEEL é essencialmente para permitir que ela estabeleça as condições de compatibilização do uso secundário da infra-estrutura (postes) com o atendimento prioritário das necessidades do serviço público.

3. As condições econômicas do compartilhamento devem ser definidas pelas partes, por meio de livre negociação.

4. A fixação do preço de compartilhamento dos postes pelos órgãos reguladores não encontra fundamento na legislação, seja no art. 73 da LGT ou na Lei de Concessões. A interpretação sistemática das leis que regulam setores de interesse público privatizados permite afirmar que o silêncio quanto ao preço pelo uso compartilhado da infra-estrutura no art. 73 da LGT é eloqüente e significa a negativa de poder, às autoridades de regulação, para sua fixação.

5. Eventuais preços abusivos praticados pelas empresas de energia sujeitam-se à revisão judicial e administrativa, esta no CADE, por violação ao direito concorrencial e, segundo uma possível linha de interpretação, à ordem econômica, nos termos da lei n.º 8.884/94. Quanto à atuação do Judiciário, o juiz deve compatibilizar a liberdade negocial com parâmetros de razoabilidade e boa-fé, de forma a impedir o abuso de direito, sem, contudo, eliminar a autonomia das partes na negociação.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo Jurídico sobre o Preço de Compartilhamento de Infra-Estrutura de Energia Elétrica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. 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