
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Luís Enrique Chase Plate
Alice Gonzáles Borges	Lúcia Valle Figueiredo
Carlos Ari Sundfeld	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (<i>in memoriam</i>)
Carlos Ayres Britto	Marçal Justen Filho
Carlos Delpiazzi	Marcelo Figueiredo
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Márcio Cammarosano
Celso Antônio Bandeira de Mello	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Clèmerson Merlin Clève	Nelson Figueiredo
Clóvis Beznos	Odilon Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz (<i>in memoriam</i>)	Paulo Neves de Carvalho (<i>in memoriam</i>)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajaville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancaner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum
Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região
© Editora Fórum Ltda., 2004.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.
Distribuída em todo o território nacional
Assinaturas e comercialização:
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br
site: www.editoraforum.com.br

O Compartilhamento de Infra-Estrutura Relacionado à Prestação do Serviço de Telefonia e a Questão da Remuneração pelo Uso dos Bens Compartilhados

Sandro Marcelo Kozikoski

Mestre em Direito das Relações Sociais – UFPR. Professor de Direito Processual Civil da UniBrasil e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Coordenador Adjunto do Curso de Direito da UniBrasil. Advogado em Curitiba. Sócio integrante do escritório Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados

Sumário: 1 Introdução - 2 O compartilhamento de infra-estrutura na Lei nº 9.472/1997 (LGT) - 3 A questão do preço justo e razoável - 4 Das instâncias reguladoras dos conflitos relacionados ao compartilhamento - 5 Síntese - Referências

1 Introdução

O *compartilhamento de infra-estrutura* refere-se ao uso conjunto de instalações construídas para servir de base à prestação dos serviços públicos de energia elétrica, água, saneamento, gás, telefonia, rodovias e ferrovias, implicando, assim, o emprego *compartilhado* de postes, torres, dutos, subsolo urbano, condutos e servidões administrativas.

Em outras palavras, o *compartilhamento* envolve a utilização uso das *estruturas físicas* de uma prestadora de *serviços públicos* por outra, com o objetivo de *otimizar* as exigências de qualidade dos serviços prestados, mediante o pagamento de *preços módicos*.

É oportuno registrar, assim, que a expressão *compartilhamento*, na seara regulatória, é empregada para referir-se: (a) ao uso comum de *infra-estrutura*; e, (b), é adotada ainda no que tange ao compartilhamento de redes (diante do fenômeno da *interconexão*);¹ desdobrando-se, assim, em dois campos distintos. A análise ora levada a efeito cuidará da remuneração da *detentora* da infra-estrutura compartilhada.

Sendo assim, tem-se que a importância do *compartilhamento* de infra-estrutura emerge de modo muito claro. Isto porque tal instituto permite a economia na instalação e manutenção da infra-estrutura dos serviços

¹ Com efeito, considerando o modelo de concorrência *assimétrica* estabelecido pela Lei Geral de Telecomunicações (de nº 9.472, de 16.07.1997), o artigo 155 deste diploma legal estabeleceu que: "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". Trata-se, em verdade, do princípio de compartilhamento, constante de outras leis, tal como se extrai do art. 58 da Lei do Petróleo (de nº 9.478, de 06.08.1997): "Facultar-se-á 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".

compartilhados, o que gera barateamento dos custos por parte das empresas prestadoras, agilização no atendimento das metas de universalização, racionalização estratégica de recursos, otimização da manutenção contínua da rede, etc.

Carlos Ari Sundfeld realça que, por esse mecanismo, “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, 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”.²

Há que se destacar que, anteriormente aos processos de *privatização* implementados na década passada,³ sendo as diversas empresas públicas da responsabilidade do mesmo ente estatal, não era preciso regular o compartilhamento, uma vez que não se cogitava que determinada prestadora de serviço público remunerasse à outra pelo *uso comum* da estrutura física pertencente à mesma Pessoa Jurídica de Direito Público.⁴ Em última análise, como *gestor* de diversas entidades prestadoras de serviços públicos, vinculadas à Administração *direta e indireta*, e responsável pelos investimentos necessários, o próprio Estado deliberava acerca da destinação conferida à infra-estrutura por ele construída e viabilizada.

Contudo, após o fenômeno das *privatizações*, fez-se necessário regulamentar a matéria atinente ao compartilhamento de infra-estrutura, até mesmo porque, com a mudança de *paradigma*, observou-se acentuado movimento pela implementação de receitas extras, a serem cobradas dos novos prestadores de serviços públicos, exigências essas conduzidas por parte dos segmentos público e privado.⁵

Porém, Paulo Roberto Ferreira Motta observa que, atualmente, “a

² SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo Jurídico sobre o Preço de Compartilhamento de Infra-estrutura de Energia Elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 7, out. 2001.

³ O Programa Nacional de Desestatização – PND foi implementado pela Lei nº 8.031/90. No entanto, somente com o advento do Governo Fernando Henrique Cardoso ganhou novo impulso com a promulgação das Leis nº 8.987, de 13.02.1995, nº 9.074, de 07.07.95, posteriormente alteradas pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998. Particularmente no que tange ao serviço de telefonia, oportuno destacar que a Emenda Constitucional nº 8/95 criou as condições necessárias à abertura do mercado de telecomunicações.

⁴ Com efeito, Carlos Ari Sundfeld destaca que “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” (SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo Jurídico sobre o Preço de Compartilhamento de Infra-estrutura de Energia Elétrica).

⁵ “Com a privatização, os Municípios, Estados, União, além de suas Agências e concessionários, deixaram de ver no operador de serviços de telecomunicações um ente com direito ao uso gratuito de bens públicos. Iniciou-se, então, forte pressão para exigir, desses operadores, uma remuneração pelo uso da infra-estrutura pública (subsolo urbano, espaço aéreo, postes e torres de transmissão de energia, leito de rodovias e ferrovias, etc.). Com a crise fiscal

grande questão que se coloca é a da fixação dos preços (aluguel, taxa de ocupação, pedágio, tarifa), que deverão ser pagos pelas prestadoras pelo uso das estruturas compartilhadas de propriedade de terceiros”.⁶

À guisa de esclarecimento, Paulo Roberto Ferreira Motta assevera que a proprietária ou detentora de uma rede não pode negar o compartilhamento simultâneo por outra prestadora de serviços,⁷ de sorte que, contemporaneamente, os conflitos de interesses residem na *fixação do preço* da remuneração devida:

Já quando a questão envolver bens de propriedade de diferentes empresas prestadoras de serviços públicos, o problema se apresenta mais complexo. Primeiro, porque a proprietária de uma rede não pode negar direito à compartimentalização desta por outra empresa prestadora. O conflito, assim, repousa, exclusivamente, na fixação do preço a ser pago pela utilização da rede.⁸

É preciso destacar que, na seara legislativa, a matéria é tratada de modo sistemático. Em relação ao compartilhamento de infra-estrutura envolvendo a prestação do serviço de telefonia fixa, o espaço normativo, embora sintético, reside na Lei Geral de Telecomunicações, mais especificamente em seu art. 73.

2 O compartilhamento de infra-estrutura na Lei nº 9.472/1997 (LGT)

O serviço de telefonia é considerado essencial e a sua titularidade pertence à União (art. 21, XI, da Constituição Federal). Após o advento da Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995,⁹ a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) surgiu como marco regulatório no segmento em questão, disciplinando as redes de telecomunicações,

atingindo agudamente os Municípios, a cobrança sobre as empresas de telecomunicações vem sendo tentada como uma fonte alternativa de arrecadação. Em um primeiro momento, a pressão atinge apenas as empresas, que ensaiam variadas reações, inclusive judiciais. Mas é claro que o passo seguinte será a demanda por regulação da própria ANATEL, seja para tentar fazer dela um aliado ou árbitro que de algum modo contenha as pressões arrecadatórias de terceiros, especialmente dos Municípios, seja para, em um segundo momento, buscar mecanismos de compensação dos novos custos suportados” (SUNDFELD, Carlos Ari. *A Regulação das Telecomunicações – Papel Atual e Tendências Futuras*. In: *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 121).

⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003, p. 192.

⁷ Conforme ressalvado por Carlos Ari SUNDFELD, “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” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Estudo Jurídico sobre o Preço de Compartilhamento de Infra-estrutura de Energia Elétrica*).

⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, *op. cit.*, p. 192.

⁹ “Não obstante toda a dimensão do mercado de telecomunicações, caracterizado pela alta tecnologia e dinamismo, ressalta-se que a abertura desse setor também esteve diretamente relacionada com as pressões internacionais para a desregulamentação do monopólio estatal e, conseqüentemente, a supressão das barreiras para a entrada de investimentos estrangeiros” (LEHFELD, Lucas de Souza. *As Novas Tendências na Regulamentação do Sistema de Telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 53).

impondo metas de universalização e prestação adequada dos serviços de telefonia. Até o advento da LGT, os textos normativos voltavam-se mais ao aspecto *autorizativo* do que propriamente *regulatório*. Com efeito, rompendo com os modelos jurídicos anteriores, a LGT alterou conceitos até então praticados, criando outro parâmetro estrutural para a regulamentação do mercado, (privilegiando a competição e viabilizando concorrência assimétrica), o que exigiu, desse modo, a adaptação dos instrumentos de outorga.

Dentre outros objetivos, o Poder Público assumiu como meta garantir o acesso de toda a população às telecomunicações, mediante tarifas e preços módicos, em condições adequadas, além de estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações, criando, ainda, condições para que o crescimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País (artigo 2º da LGT). Além disso, em consonância com os postulados constitucionais regedores da atividade econômica, a LGT consagrou o direito básico dos usuários ao serviço público de telecomunicações que, por seu turno, deve ser prestado sem interrupção e com padrões de *qualidade e regularidade* (artigo 3º da LGT).

Sendo assim, com o objetivo de fazer cumprir essas diretrizes basilares, por força do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.472/97, a União delegou à ANATEL as competências arroladas no artigo 19 daquele diploma legal, garantindo-lhe as prerrogativas necessárias ao seu adequado exercício (artigo 9º da LGT).

Por força destas premissas, é forçoso observar que a Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 73, impôs a obrigatoriedade do *compartilhamento de infra-estrutura* entre as diversas prestadoras de serviço público, de forma não discriminatória e limitando eventual cobrança pelo uso a preços *justos e razoáveis*:

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 prestadoras de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

§único: Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no *caput*.

Como visto, a doutrina é pacífica no entendimento de a *obrigatoriedade do compartilhamento* constituir-se em uma das premissas básicas do serviço de telecomunicações:

Não menos importante é o preceito que assegura às prestadoras de serviços de telecomunicações, de interesse coletivo, direito à utilização de postes, dutos,

condutos e servidões, pertencentes ou controlados por prestadoras, também de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços justos e razoáveis. Em virtude disso, terão direito, por exemplo, ao uso mútuo de postes de distribuição de energia elétrica, de lançar redes de cabos ópticos ao longo da faixa de domínio das estradas públicas federais, estaduais e municipais, mesmo quando concedidas à exploração de particulares. As condições para o adequado entendimento dessa regra (art. 73) deverão ser definidas pelo órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados, isto é, se a utilização for de estrada federal, o DNER, se de postes de distribuição de energia elétrica, a Agência Nacional de distribuição de energia elétrica, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e assim por diante.¹⁰

Esta imposição de *compartilhamento* — comum não apenas à prestação do serviço de telecomunicações — não é arbitrária. Os motivos determinantes para a imposição legal de compartilhamento de infra-estrutura decorrem da necessidade de viabilizar a adequada e racional prestação do imprescindível serviço público de telecomunicações, bem como de possibilitar a utilização deste serviço pelos usuários finais mediante o pagamento de tarifa acessível.

Com efeito, a partir da edição da LGT não resta dúvida estar assegurado às empresas de telecomunicações um *direito subjetivo* oponível aos detentores de infra-estruturas, sejam eles prestadores de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público. Não por outra razão, as Agências Reguladoras destes segmentos (ANATEL, ANEEL e ANP) editaram a Resolução Conjunta (de nº 01/1999) regulamentando a matéria.¹¹

Consoante já foi dito, a imposição do compartilhamento está assentada na *racionalização dos meios* e, por conseqüência, dos próprios serviços para a sua mais adequada prestação, a preços *módicos* ao usuário, atendendo-se assim as regras contidas nos artigos 1º, 2º, incisos I, II, IV e VI, art. 3º, incisos I e VII e artigo 5º, da LGT.

3 A questão do preço justo e razoável

De acordo com a legislação (LGT, art. 73) aplicável ao tema, os preços e as condições do contrato de compartilhamento de infra-estrutura devem ser *justos e razoáveis*. Há que se tratar, portanto, das premissas necessárias

¹⁰ ESCOBAR, J. C. Mariense. *O Novo Direito de Telecomunicações*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999, p. 33.

¹¹ Com efeito, o art. 4º da Resolução Conjunta nº 01/1999 estabelece que: "O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infra-estrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste regulamento".

à delimitação da justiça e razoabilidade do preço.

De início, há que se observar que qualquer critério de fixação de preços não pode ter como base o custo de construção da rede, mas, pelo contrário, apenas e exclusivamente, a parcela do *quantum* necessário à sua manutenção. Fora disso, não há realização de preço *justo e razoável*. O raciocínio esposado decorre, dentre outras razões, do fato de que o uso *secundário e compartilhado* da infra-estrutura instaura uma relação jurídica contratual que tem certas semelhanças com a locação de espaço físico.

A imposição legal de que os preços devam ser *justos e razoáveis* incide na relação jurídica como norma de *natureza cogente*, como forma de curar pelo *interesse público* subjacente.¹² Atendendo, outrossim, ao postulado de que a propriedade deve cumprir com sua *função social* (art. 5º da LGT)¹³ implica compressão da autonomia da vontade.¹⁴ Daí a razão pela qual, qualquer cláusula contratual ajustada ao seu arrepio, haverá de sofrer os efeitos da revisão pela via administrativa ou judicial.

Entenda-se, neste ponto, que a *razoabilidade* do preço é dado jurídico que se manifesta através da imposição de observância do princípio constitucional da *proporcionalidade* (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988). Nesta linha bem ensina José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵ que o princípio da proporcionalidade *lato sensu* (enquanto *macro-princípio*) é proverbialmente denominado princípio da *proibição do excesso*. Vinculada à proteção direta ou indireta de direitos fundamentais, a *proporcionalidade* alarga-se para proteger também as relações entre particulares (não se limitando às relações cidadão *versus* Estado), emergindo, na ordem jurídica, como verdadeiro princípio constitucional geral.¹⁶

Com efeito, falar-se de *razoabilidade* do preço praticado no compartilhamento de infra-estrutura, significa ver sua fixação jungida ao atendi-

¹² “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). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 69).

¹³ O princípio constitucional da *função social da propriedade*, previsto no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal e, irrefutavelmente, substanciado no artigo 5º da LGT é dado que não pode ser desconsiderado para determinação do preço *justo e razoável* em matéria de compartilhamento: “Art. 5º. Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico, e continuidade do serviço prestado no regime público”.

¹⁴ Não por outra razão, Calixto Salomão Filho observa que: “Essa é a razão de se afirmar que o fenômeno do compartilhamento se faz sentir através de um amplo dirigismo contratual. Dirigismo contratual que se revela, como visto, tanto na obrigação contratual como no conteúdo da contratação. É interessante notar, por outro lado, que esse tipo de regulação implica uma mudança de rumos do dirigismo contratual e, de fato, o reconhecimento de seu mais amplo aspecto” (SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 67).

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 386.

¹⁶ Um dos seus corolários é a exigência de conformidade ou adequação de meios. Eis que “com esta exigência pretende-se salientar que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do

mento da *proporcionalidade* que, por sua vez, vincula-se à idéia de equilíbrio, de medida adequada, de racionalidade, ou seja, de valor não arbitrário ou excessivo.

Cabe salientar que a incidência do princípio da razoabilidade-proporcionalidade decorre do fato de estar em jogo não interesses particulares das empresas contratantes, mas os direitos dos usuários do serviço público de telecomunicações. Afinal, insista-se, o compartilhamento é mecanismo que visa garantir a universalização do serviço e *racionalizar* o preço mediante o barateamento de custos. Por isso que o preço a ser pago pelo compartilhamento de infra-estrutura deve ser *razoável e proporcional*, devendo garantir apenas a cobertura de custos de manutenção.

Aliás, não se pode olvidar que à *razoabilidade* do preço o legislador agregou a exigência de sua *justiça*. E aqui, por óbvio, a *justiça e razoabilidade* do preço, mais que qualquer dado aferível pelo Direito, é elemento que deve ser cotejado através das *condições de mercado*.

Aceite-se, portanto, que a noção de *preço justo e razoável* vinculada à análise das *condições de mercado* encontra respaldo na doutrina brasileira. Neste sentido, por exemplo, observa-se o magistério de Carlos Ari Sundfeld. Referido autor, após demonstrar que o art. 73 da Lei Geral de Telecomunicações aplica-se também às concessionárias de energia elétrica, sustenta que o parágrafo único do art. 21 da Lei da Concorrência confere parâmetro à determinação do que seja *preço justo*. Para o autor citado, a concepção da *justiça e razoabilidade do preço*, “pode ser feita a partir da análise de mercados competitivos comparáveis, sendo a experiência internacional um possível parâmetro neste aspecto; ou a partir de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes”.¹⁷

Nota-se, ademais, que na grande maioria dos casos em questão, é forçoso admitir pela ocorrência de um quadro de *concorrência imperfeita*, onde não se tem a opção ou escolha sobre “com quem contratar”. Em face deste cenário, não é despropositado afirmar que empresas monopolizadoras da infra-estrutura podem se aproveitar da situação para imposição de

fim ou fins a ele subjacentes”. Com efeito, extrai-se daí que qualquer ato constritor de direitos subjetivos só será legítimo se a medida escolhida, diante do caso concreto, alcançar de modo mais próximo a satisfação do interesse público subjacente. Outro desdobramento do referido macro-princípio é o requisito da exigibilidade ou da necessidade, ou melhor, o <princípio da necessidade> ou da <menor ingerência possível>, revelador, portanto, da exigência de se provar que, para a satisfação de determinados fins, “não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”. Por fim, CANOTILHO, sobre o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, ensina que, admitindo-se “que um meio seja ajustado e necessário para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à <carga coactiva> da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” (CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., p. 387).

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo Jurídico sobre o Preço de Compartilhamento de Infra-estrutura de Energia Elétrica.

contraprestações desproporcionais e totalmente dissociadas do conceito de “preços justos e razoáveis”. Em muitos casos, o desequilíbrio está presente desde o momento da assinatura do contrato de permissão de uso, com evidente *quebra da sua base-objetiva*.

Por tais razões, importa observar que a exigência de preço excessivo pode configurar infração ao direito concorrencial e autorizar a intervenção estatal. Nesse contexto, a doutrina das *essential facilities* (já abordada em nota anterior) é útil para identificar em que medida o preço praticado por força do contrato de permissão de uso da estrutura compartilhada pode ou não representar uma limitação à livre concorrência no mercado de telecomunicações.

Sendo assim, a exigência de preço excessivo pode ser visualizada como uma possível *infração da ordem econômica*, à medida que ela conduz ao aumento arbitrário de lucros em favor de quem exerce posição dominante no mercado, prática cuja ocorrência é repelida por força do previsto na Constituição Federal (art. 173, parágrafo 4º) e da Lei da Concorrência (Lei nº 8.884/94, arts. 20, III e IV, e 21, XXIV). Veja-se, ademais, que os atos tipificados no art. 20 da Lei nº 8.884/94 prescindem da demonstração de *culpa* do agente. Nessa linha de raciocínio, a fixação de *preço abusivo* — para além do que pode ser considerado *justo e razoável* (art. 73 da LGT) — como contrapartida pelo uso comum da estrutura compartilhada —, representaria, em tese, infração à ordem econômica.¹⁸

Poder-se-ia argumentar, ademais, que os preços assumidos contratualmente não poderiam ser revistos, uma vez que, fixados inicialmente no contrato, não estariam configuradas alterações supervenientes capazes de alterar a equação do pacto inicial.

A tese, admitida apenas *ad argumentandum tantum*, seria facilmente afastada. Isto porque, a regulação estatal dos preços dos serviços estatais explorados por particulares pode se revestir de distintas modalidades, “indo do simples acompanhamento da evolução dos preços (controle mínimo) até a própria fixação de seu valor (controle máximo), passando por diferentes mecanismos de verificação de regularidade dos reajustes ou de repressão dos abusos. Em seu grau máximo, esse controle pode envolver a imposição de redução compulsória de tarifas, inclusive por meio da contenção de

¹⁸ Calixto SALOMÃO FILHO, neste aspecto, salienta que: “A mesma migração da situação contratual para o *status* institucional ocorre no campo regulatório. As mesmas razões que criam a posição dominante do mercado impõem uma reação em sede contratual. A situação contratual não é mais suficiente para garantir livre acesso e condições equânimes de contratação. O aparato regulatório deve, então, estabelecer proteção institucional para o acesso ao mercado. A proteção institucional deve-se dirigir a todas as variáveis que possam causar descompasso concorrencial. Por outro lado, é também necessário que se explicitem em regras concretas na relação contratual entre os agentes que

seu reajustamento, o que sempre deverá ser feito com a preservação do equilíbrio da relação (mediante pagamento de indenização pelo concedente ou diminuição das obrigações do concessionário, por exemplo)".¹⁹

Além disso, em matéria contratual, é forçoso concluir que o paradigma da autonomia da vontade²⁰ encontra-se delineado em novos moldes, rompendo com o destaque conferido à força coativa ou vínculo de cumprimento. Com efeito, o Código Civil vigente (Lei nº 10.406/2002), ao incorporar a cláusula *rebus sic stantibus* — que permite alterar a execução do contrato quando modificações imprevistas asfixiam o equilíbrio contratual, sacrificando uma das partes em prol do lucro excessivo do outro —, confirmou o abrandamento do rigor do princípio *pacta sunt servanda*, admitindo ainda a resolução por onerosidade excessiva (art. 478 do CCB).²¹ E mais, o artigo 479 do CCB estatuiu que:

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Por último, o artigo 480 estabeleceu que:

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Consagrou-se, portanto, em matéria de dirigismo contratual, uma nova forma de interpretação que busca encontrar o aspecto de *equidade* ou a *função social* do contrato. O contrato é dirigido e controlado pelo Poder Público em todas as suas fases, abarcando a formação, execução e duração, tudo com o propósito de fazer prevalecer o equilíbrio.

Reserva-se, atualmente, a rescisão do contrato às hipóteses de atos ilícitos. O direito de resolução obedece a uma nova concepção, porque o contrato desempenha uma função social, tanto como a propriedade. Reconhece-se, assim, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venham

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação de Preços e Tarifas dos Serviços de Telecomunicações. In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 321/322.

²⁰ Com efeito, o art. 702 do antigo CC português dizia que os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos; importando para os contraentes "*força de lei*". Vale dizer: sempre se deu ênfase ao postulado *pacta sunt servanda*, o que significa coercibilidade e inderrogabilidade unilateral. O art. 1.092 do revogado CC de 1916, ao regular o cumprimento e a execução das obrigações, confirmou a ideologia do cumprimento pela manifestação de vontade.

²¹ O art. 478 dispõe que: "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".

alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa.

Além disso, é possível conformar a matéria à plena observância do princípio da *boa-fé* vigente na seara contratual.²² Com efeito, é possível cogitar de duas concepções de *boa-fé* (ambas tuteladas juridicamente): a *boa-fé subjetiva* e a *boa-fé objetiva*. A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, de sorte a se cogitar de um *estado* de *boa-fé*. No entanto, ao direito obrigacional e contratual importa a chamada *boa-fé objetiva*, enquanto padrão de conduta. Conforme preleciona Fernando Noronha:

Se a *boa-fé* subjetiva é um estado, a *objetiva*, ou *boa-fé* como regra de conduta, é um dever — dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, como veremos na exposição subsequente, não frustrar a confiança legítima da outra parte. Esta *boa-fé* objetiva também é designada de *boa-fé* lealdade, expressão que enfatiza o dever de agir que impende sobre cada uma das partes. Outra designação, que também lhe é dada, é a de *boa-fé* confiança, que realça a finalidade do princípio da *boa-fé*: a tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das transações.²³

Portanto, aplicando-se tais postulados à questão da delimitação do preço justo e razoável, para a plena observância do postulado da *boa-fé objetiva*, há que se atentar para a circunstância de que a remuneração pelo uso compartilhado de infra-estrutura não representa fonte *principal* de receita do prestador do serviço público.²⁴ Portanto, em atenção ao princípio da *boa-fé* objetiva não se pode admitir que determinado detentor de infra-estrutura possa almejar ganhos extraordinários em decorrência do compartilhamento.

Não há que se examinar, neste particular, se o detentor da infra-estrutura está ou não agindo de *má-fé*. Na acepção *subjetiva*, pode-se dizer que a *boa-fé* se contrapõe à *má-fé*. No entanto, na seara *objetiva*, fala-se na

²² O Código Civil vigente (Lei nº 10.406/2002) aquilatou o princípio da *boa-fé* em seu art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*”.

²³ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

²⁴ Não por outra razão, a Lei de Concessões (de nº 8.987/95) autoriza o concessionário de serviço público obter fonte de receita *secundária, alternativa, complementar e acessória*, consoante previsão do art. 11 daquele diploma legal. Conforme preleciona MARÇAL JUSTEN FILHO “fontes de receita 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 bem 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” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 160).

ausência de boa-fé, diante da violação de uma expectativa de confiança da contraparte. Destarte, Fernando Noronha adverte que, “em princípio, a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis caracteriza violação do dever de agir de boa fé (objetiva), mesmo sem má-fé (a qual temos por equivalente ao dolo) e sem culpa”.²⁵

4 Das instâncias reguladoras dos conflitos relacionados ao compartilhamento

Considerando o enfoque do presente trabalho, cabe destacar que a ANATEL é dotada de *independência* decisória²⁶ para compor conflitos entre os interesses de concessionárias e usuários, dispondo da prerrogativa de controlar as atividades realizadas no setor de telecomunicações, além de atuar ainda na fiscalização da política tarifária. Insta observar, que o parágrafo único do art. 73 da LGT, determinou competir à Agência resguardar as condições necessárias à observância do preço justo e razoável.

Além disso, o quadro regulatório estabeleceu diversas salvaguardas, deixando margem para aplicação concomitante da Lei de Defesa da Concorrência — Lei nº 8.884/94 — (art. 7º da LGT), evitando, assim, condutas anticompetitivas por parte de empresas prestadoras de telecomunicações e demais concessionárias de serviço público. Sendo assim, em determinadas hipóteses, tais empresas sujeitar-se-ão ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Por outro lado, particularmente no que tange ao problema do compartilhamento de infra-estrutura, a conformação do preço de uso aos ditames de justiça e razoabilidade é matéria que pode ser submetida ao crivo da agência reguladora. Cabe destacar, no entanto, que qualquer solicitação, neste sentido, iniciada e direcionada à Agência reguladora substanciará verdadeiro *procedimento administrativo*.²⁷ Não se trata, deste modo, de juízo arbitral regido pela Lei nº 9.307/96.²⁸

Não há que se olvidar, por outro lado, que em se tratando de **contratos celebrados** entre empresas privadas, embora exploradoras de

²⁵ NORONHA, Fernando, op. cit., p. 140.

²⁶ “A pedra de toque desse regime especial das agências reguladoras é a sua *independência* em relação ao Poder Público. No desempenho de suas atribuições, as agências precisam ver preservado o seu espaço de legítima discricionariedade, imune a injunções de qualquer natureza, sob pena de falharem na sua missão e arruinarem o ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos” (BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99).

²⁷ Com efeito, Paulo BRANCHER salienta que: “Nesse sentido, qualquer procedimento iniciado e direcionado à Agência tratar-se-á de verdadeiro processo administrativo e não de arbitragem nos moldes da Lei nº 9.307/96” (BRANCHER, Paulo. Soluções de Controvérsias e as Agências Reguladoras. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, ano 1, v. 1, n. 1, jul.-out. 2004, p. 48).

²⁸ “A regulamentação prevê que eventuais conflitos de interesse entre agentes (dentre os quais se destacam as disputas relacionadas aos valores cobrados pela utilização da infra-estrutura e acusações de pirataria dos postes), deverão ser

serviços públicos, a solução para eventuais impasses poderá ocorrer pela via da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88) e ainda pela via do juízo arbitral (Lei nº 9.307/96). Em qualquer das opções, há que se atentar para as ponderações estabelecidas anteriormente.

5 Síntese

Em conclusão, é possível afirmar quanto ao compartilhamento de infra-estrutura na prestação do serviço de telefonia que: (i) o art. 73 da LGT assegura o compartilhamento de infra-estrutura, mediante o pagamento de preços *justos e razoáveis*; (ii) as *condições mercadológicas* devem ser observadas, permitindo a aferição quanto à prática de valores não razoáveis; (iii) os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* autorizam a coibição de excessos; (iv) o abuso de poder dominante deve ser evitado, notadamente quando a opção de contratar é inexistente ou significativamente reduzida; (v) o postulado da *boa-fé objetiva* impõe privilegiar a cobrança dos *menores* valores possíveis; (vii) o menor preço possível é aquele condizente unicamente com a cooperação pela manutenção da faixa de domínio; (viii) os ganhos propiciados pelo compartilhamento de infra-estrutura são *subsidiários e alternativos* (aplicação analógica do art. 11 da Lei nº 8.987/95), não fazendo frente à receita principal pela prestação de determinado serviço público; (ix) o CCB permite a intervenção judicial nos contratos, para fins de coibir a onerosidade excessiva imputada a um dos contratantes.

É dentro deste quadro de conformação, por conseguinte, que diante do impasse quanto à delimitação do preço de uso do compartilhamento da infra-estrutura — instado a se manifestar — o Judiciário deverá compatibilizar a liberdade negocial com parâmetros de razoabilidade e justiça, de forma a impedir o abuso de direito e os preços arbitrários.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: *Direito e*

dirimidos pelas agências reguladoras, através de processo de arbitragem, o qual foi definido na Resolução Conjunta nº 2/01 (Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo). (...) Vale mencionar que o processo de resolução administrativa de conflitos será conduzido pelas agências com o objetivo de assegurar a ampla e justa competição entre os agentes, bem como os benefícios aos usuários dos serviços. Para que se instaure o processo de arbitragem, o agente terá o dever de comunicar ao agente com quem diverge, previamente e por escrito, sua intenção de querer solicitar a atuação das agências na resolução do conflito. Trata-se de uma condição para a instauração do processo" (BRANCHER, Paulo, op. cit., p. 55).

Regulação no Brasil e nos EUA. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCHER, Paulo. Soluções de Controvérsias e as Agências Reguladoras. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, ano 1, v. 1, n. 1, jul.-out. 2004, p. 40-56.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ESCOBAR, J. C. Mariense. *O Novo Direito de Telecomunicações*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

LEHFELD, Lucas de Souza. *As Novas Tendências na Regulamentação do Sistema de Telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel*. São Paulo: Renovar, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo Jurídico sobre o Preço de Compartilhamento de Infra-estrutura de Energia Elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 7, out. 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação das Telecomunicações – Papel Atual e Tendências Futuras. In: *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.