XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Marcus Firmino Santiago; Andre Lipp Pinto Basto Lupi. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

As TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO, tema do presente Grupo de Trabalho, têm sido intensas e extremamente relevantes e abrangentes. Diferentes aspectos da vida social são afetados, diariamente, por intensas ondas renovatórias que lançam dúvidas sobre a qualidade e mesmo a capacidade dos sistemas regulatórios estatais tradicionais.

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 na cidade de Porto Alegre, abriu espaço, mais uma vez, para intensos debates sobre estes temas, em um Grupo de Trabalho que contou com a presença de 25 pesquisadores, oriundos de quase todas as regiões brasileiras (estiveram representados os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Ceará, Paraíba, Paraná e Rio Grande do Sul, além de Brasília, em um total de 18 PPGDs).

A quantidade de artigos, todos submetidos previamente a avaliação cega, permitiu desenhar um panorama horizontal e abrangente acerca dos mais diversos temas concernentes ao universo das relações econômico-sociais. Ao mesmo tempo, primaram pela verticalidade, oferecendo análises profundas e reflexões acuradas que certamente permitirão aos leitores compreender as diferentes nuances que permeiam esta seara.

Nesta coletânea são encontrados textos que tratam de questões conceituais, como a importância da ação privada em complementação à atividade estatal e os riscos decorrentes da ausência de regulação específica; o problema da caracterização do ser humano como um ser consumidor, cuja exclusão do mercado implica a retirada de seu status de cidadania; ou a discussão sobre como incorporar um padrão global de governança de forma adequada à realidade nacional, com respeito às decisões soberanas de cada país. Também foi enfrentado o debate sobre a fragilidade do direito privado ante a despersonalização e a desterritorialização, realidade que fortalece os mercados e dificulta ao Direito o cumprimento de seu papel tradicional. Em linha semelhante, a preocupação com a mercantilização dos Direitos Humanos justificou a proposta de uma base jurídica mínima capaz de funcionar

como balizamento para que os agentes privados se autorregulem. Por fim, encontra-se um resgate histórico dos modelos econômicos predominantes no Século XX, estudo sempre relevante e necessário para que se compreenda a realidade presente.

Temas mais específicos ligados a questões regulatórias também são encontrados. A distribuição de gás canalizado deu ensejo a interessante debate quanto aos modelos de interpretação constitucional, na busca por redefinir a divisão de competências entre os entes federativos. Assunto semelhante suscitou outro debate, quanto às regras sobre compartilhamento de infraestrutura essencial, de modo a assegurar ampla concorrência e acesso a bens e serviços. O equilíbrio entre proteção à propriedade e seus fins sociais foi discutido à luz da celeuma que envolve a quebra de patentes de medicamentos. Já a sanidade financeira de sistemas de previdência foi o mote que justificou profícua discussão acerca dos mecanismos de governança.

Mídia e direito digital na sociedade da informação são temas que abrem margem a diferentes reflexões e de fato, foram contemplados por 5 artigos. A falta de controle sobre o 'big data' e o impacto no sigilo fiscal; o tratamento jurídico conferido às 'Startups' e o problema decorrente da tributação dos aportes de capital feitos pelos 'investidores anjo'; as possibilidades de regulação da atuação da mídia, em um estudo comparado com a legislação australiana; a ausência de regulação específica sobre os domínios virtuais pertencentes ao Brasil (o 'country top level domain'); e a questão das 'fake news' e o desafio de se pensar um modelo regulatório capaz de conter sua proliferação.

Fruto da revolução digital em curso, os aplicativos de transporte foram objeto de 3 estudos, que lançaram luzes sobre temas como os novos modelos de trabalho que surgiram e que seguem sem tratamento legislativo específico; a necessidade de pensar o modelo regulatório aplicável à luz de vetores interpretativos constitucionais; e os desafios para tornar o Direito efetivo no ambiente digital.

Relações econômicas e o direito regulatório possuem conexões evidentes com diferentes campos do saber jurídico e extrajurídico. Tendo isto em mente, 7 estudos trouxeram análises transdisciplinares de grande valor. A necessidade de estudos e reflexões sobre os potenciais impactos decorrentes de novas normas jurídicas, especialmente aquelas que interferem de modo tão amplo nos campos social e econômico; a busca por uma conexão entre os modelos regulatórios e as expectativas sociais, a demandar cuidado quanto aos potenciais impactos decorrentes da adoção de novos marcos regulatórios; a responsabilidade civil do Estado por intervenção no domínio econômico, inclusive em vista de atos lícitos; a tributação como instrumento regulatório, indutor ou inibidor de comportamentos sociais; a responsabilidade

social das empresas e o tratamento do tema no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA; e o uso do Poder Judiciário como uma instância por meio da qual é possível viabilizar a participação popular no processo de atuação das agências reguladoras, levando a elas demandas individuais e coletivas. Enfim, probidade administrativa e desenvolvimento sustentável foram conectados em uma proposta para inserir este elemento no rol a ser valorado a fim de definir parâmetros de conduta para a Administração Pública.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF /

Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA PARA O TRANSPORTE DUTOVIÁRIO DE GÁS NATURAL NO BRASIL

INFRASTRUCTURE SHARING FOR THE PIPELINE TRANSPORT OF NATURAL GAS IN BRAZIL

Demetrius Ferreira Chacur

Resumo

O trabalho discute o instrumento do compartilhamento de infraestrutura, aplicado à atividade de transporte dutoviário de gás natural, no sentido de identificar se tal instrumento estimula ou desestimula os investimentos em obras de infraestrutura. Para tanto, torna-se necessário o exame da essential facilities doctrine, bem como da natureza jurídica da atividade de transporte.

Palavras-chave: Compartilhamento, Infraestrutura, Transporte, Gás, Brasil

Abstract/Resumen/Résumé

The paper discusses the tool of infrastructure sharing, applied to the activity of pipeline transportation of natural gas, in order to identify if such instrument encourages or discourages investments in infrastructure. To do so, it becomes necessary to examine the essential facilities doctrine, as well as the legal nature of transport activity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sharing, Infrastructure, Transport, Gas, Brazil

1 Introdução

O artigo objetiva examinar de que forma o compartilhamento de infraestrutura pode ser utilizado para fomentar a atividade de transporte de gás natural, sem que iniba os investimentos em obras de infraestrutura.

Para tanto, divide-se o trabalho em três partes.

Na primeira, aborda-se, o compartilhamento de infraestrutura, seu contexto histórico, seus requisitos e sua aplicação à diferentes setores da economia.

Na segunda parte do estudo, discorre-se sobre a indústria do gás natural, com ênfase, na atividade de transporte.

Na terceira parte, apresenta-se as espécies de compartilhamento de infraestrutura.

Adota-se como metodologia a pesquisa bibliográfica sobre o tema.

2 Compartilhamento de infraestrutura: histórico e requisitos

O monopólio natural é considerado uma falha permanente do mercado, cuja correção é feita pelo Estado através da regulação *ex-ante* e *ex-post*. Na regulação *ex-ante*, a preocupação é de introduzir e de fomentar a concorrência, através dos instrumentos de controle de entrada dos agentes do mercado (autorização e concessão, no caso de transporte de gás natural) e dos instrumentos dos agentes do mercado (desverticalização, controle das tarifas e direito de acesso[1]). A regulação *ex-ante*, no caso de transporte de gás natural, é feita pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Já regulação *ex-post* se caracteriza pela atuação dos agentes de defesa da concorrência, seja no controle das estruturas, de forma preventiva, seja no controle das condutas, de forma repressiva. No Brasil, tal regulação é feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). (SCHIRATO, 2010)

Deve-se deixar clara, desde logo, a opinião aqui defendida: compartilhamento de infraestrutura contempla *essential facility doctrine*, mas com ela não se confunde, isto é, o compartilhamento significa o uso comum do bem, fruto do acordo de vontade das partes e não de imposição, enquanto a *essential facility doctrine* traduz a aplicação de uma doutrina própria, com histórico e requisitos específicos, como se passa a expor. (CHACUR, 2013).

[1] Chama-se a atenção, desde logo, que interessa ao presente estudo, o instrumento referente ao direito de acesso que poderá, atendidos certos requisitos, levar ao compartilhamento de infraestrutura de forma voluntária ou coercitiva, neste último caso pela aplicação da *essential facility doctrine* pela ANP (no âmbito da arbitragem administrativa), pelo CADE ou pelo Poder Judiciário.

Passa-se, assim, ao exame da perspectiva histórica da citada teoria.

A *essential facility doctrine* teve origem no julgamento, em 1912, do caso *United States versus Terminal Railroad Association*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos (EUA). O caso envolveu uma situação de monopólio natural referente ao transporte ferroviário, em que determinado grupo - que controlava os terminais ferroviários que faziam a conexão com a cidade de St. Louis, no Estado do Missouri, assim como as linhas férreas que chegavam à cidade e às pontes que atravessavam o Rio Mississipi – impediu o acesso a tais bens pelos demais concorrentes. (NESTER, 2006, p. 82).

Outro precedente importante da mencionada teoria diz respeito ao caso *MCI Communications versus AT&T*, apreciado pela Corte de Apelação do 7º Circuito da Justiça Federal dos Estados Unidos, em 1983, em que foram sistematizados seus requisitos: (i) controle de uma *essential facility* por um monopolista; (ii) a inaptidão prática ou econômica do concorrente de duplicar a *essential facility*; (iii) a negativa de uso da *facility* ao competidor; e (iv) a possibilidade prática de conceder o acesso à *facility*, isto é, a ausência de obstáculo para o acesso. O caso envolveu a interconexão de redes de telefonia, em que a *AT&T* – detentora de uma grande rede de telecomunicações, que cobria praticamente todo o território dos EUA – recusou-se a interconectar a *MCI* com as redes de distribuição das operadoras locais, restringindo os serviços que a *MCI* poderia prestar aos seus clientes, especialmente, os serviços de longa distância. (NESTER, 2010, p. 111-112).

Já no precedente *Otter Tail Power Co. versus United States*, a *Otter Tail* recusou acesso às suas linhas de transmissão de energia elétrica, consideradas pela Suprema Corte dos EUA como instalações essenciais, cuja recusa violava a legislação antitruste (MARTINS, 2006, p. 133).

A *essential facility doctrine* também encontra aplicação aos direitos de propriedade intelectual. No caso *Rural Telephone Service (Rural) v. Feist Publications (Feist)*, examinado nos Estados Unidos, em 1990, a *Rural*, prestadora de serviços de telefonia no Estado do Kansas, publicava uma lista telefônica comum, com páginas brancas e amarelas. A *Feist*, especializada em listas telefônicas para grandes áreas, publicava uma lista, também com páginas brancas e amarelas, que cobria uma área geográfica muito mais ampla. Diante da recusa da *Rural*, em fornecer licença para utilização dos dados de seus clientes e assinantes, contidas nas páginas brancas, a *Feist* passou a extrair da lista publicada pela *Rural*, sem autorização, os dados aproveitáveis. De um lado, a *Rural* ingressou com ação em face da *Feist*, sob o argumento de violação de seus direitos autorais, pela reprodução de suas listas sem autorização, não tendo a Suprema Corte acolhido tal tese. Por outro lado, a *Feist* ajuizou

ação em face da *Rural*, sob a alegação de que a recusa da *Rural* em licenciar as informações de seus clientes e assinantes ofendia a *essential facility doctrine*, com as seguintes consequências: (i) incompletude nas suas páginas brancas; (ii) redução das vendas e (iii) redução das receitas advindas dos anúncios em suas páginas amarelas. (NESTER, 2006, p. 102). Já o caso *Radio Telefis Eireann and Independent Television Publications (Radio) v. Commission*, conhecido como caso *Magill* - se referia ao mercado de publicação de guias semanais de programas de televisão na Irlanda e na Irlanda do Norte, em que uma empresa irlandesa chamada *Magill TV Guide Ltd.* pretendeu publicar um guia semanal de caráter geral, que contivesse as informações de todos os canais de televisão transmitidos no país. As emissoras de televisão britânicas *RTE*, *ITV* e *BBC*, que também comercializavam guias semanais individuais, recusaram-se a fornecer sua programação semanal para a *Magill*, impedindo-a de publicar um guia semanal geral. Tal recusa impedia a *Magill* de publicar seu guia geral e possibilitava às emissoras de televisão manter sob seu exclusivo domínio o mercado de publicação de guias semanais, o que configurava abuso de posição dominante. (NESTER, 2006, p. 131-132).

Esclareça-se que os precedentes históricos citados do direito comparado (*United States versus Terminal Railroad Association*, *MCI Communications versus AT&T*, *Otter Tail Power Co. versus United States*, *Rural Telephone Service v. Feist Publications*, e *Radio Telefis Eireann and Independent Television Publications v. Commission*) servirão de parâmetro para os exemplos a serem feitos em relação ao Brasil, quais sejam, setores ferroviário, telecomunicações, energia elétrica e propriedade intelectual, conforme se passa a expor.

2.1 Compartilhamento de infraestrutura no Brasil

A doutrina das instalações essenciais ganhou destaque na década de 90, em um contexto histórico de repensar o papel do Estado brasileiro na economia, quando se passou a admitir uma maior atuação dos agentes econômicos privados em segmentos antes explorados em regime de monopólio (NESTER, 2010, p. 112-113).

Em relação ao setor de transporte ferroviário de mercadorias no país, o primeiro modelo foi a exploração por estatais, no caso, a Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (RFFSA), a Ferrovia Paulista Sociedade Anônima (FEPASA) e a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD). Em razão de dificuldades financeiras e de investimentos, tomou-se a decisão política, em meados da década de 90, de promover a desestatização do setor e de conceder à

iniciativa privada a prestação do serviço público de transporte ferroviário. Com isso, deu-se início ao segundo modelo, relativo às concessões de serviço público de transporte ferroviário, em que se atribuiu o direito de utilização da infraestrutura ao concessionário de serviço público, como elemento indissociável da concessão. Havia a conjugação das atividades de transporte e de gestão da infraestrutura, em que o concessionário do serviço público de transporte ferroviário possuía com exclusividade o direito de utilização da malha ferroviária. O problema ocorria quando o concessionário dependia do acesso a trechos não abrangidos por sua malha ferroviária. Com isso, criou-se dois instrumentos para viabilizar a eficácia do transporte, quais sejam, o tráfego mútuo e o direito de passagem. O tráfego mútuo se relaciona a operação em que um concessionário compartilha com outro concessionário, mediante pagamento, via permanente para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas. Já o direito de passagem é a operação em que um concessionário para deslocar carga de um ponto a outro da malha ferroviária utiliza, mediante pagamento, via permanente de outro concessionário em cuja malha dar-se-á parte da prestação de serviço. O Decreto nº 8.129, de 2013 (o que se poderia chamar de terceiro modelo) havia instituído a política de livre acesso com a separação entre concessionários que exploram a infraestrutura e os operadores ferroviários que prestam o serviço de transporte ferroviário, ou seja, separação entre a gestão da infraestrutura e a gestão do serviço. (NIEBUHR, 2013, p. 73-87). O referido Decreto, no entanto, foi revogado em 11 de outubro de 2016 pelo Decreto nº 8.875.

O artigo 73, da Lei nº 9.472/97 prevê o direito das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo ao uso dos postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, desde que de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. Em atendimento ao artigo 73, da Lei 9.472/97, a Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 01/99[2] aprovou, como seu anexo, o regulamento conjunto para compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo. O artigo 1º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 01/99 prevê que as especificidades, bem como o compartilhamento de infraestrutura entre agentes de um mesmo setor serão objeto de regulamentação específica. Com base nesta previsão normativa, a ANATEL editou a Resolução nº 274/2001 (revogada pela Resolução nº 683, de 05 de outubro

[2] Vale registrar, como nota explicativa, que a Portaria ANEEL n° 750, de 18.9.2007 – DOU 10.3.2008 – Efeitos a partir de 10.3.2008 aprovou o Plano de Ocupação de Infra-Estrutura para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

de 2017), que, em seu anexo, tratava do regulamento de compartilhamento de infraestrutura entre as prestadoras de serviços de telecomunicações. Exemplo ocorrido no Brasil quanto à aplicação da doutrina das instalações essenciais foi examinado pelo CADE (Processo Administrativo nº 53500.000.359/99, apenso à averiguação preliminar nº 53500.002586/98) que envolveu, de um lado, a TVA Sistema de Televisão S/A e, de outro lado, a TV Globo Ltda. e a TV Globo São Paulo Ltda., ocasião em que foram fixadas as condições mínimas para se classificar um bem como uma facilidade essencial, quais sejam: (i) que, sem o acesso aquela estrutura não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável a concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; e (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável (LOSS, 2007, p. 149-150).

O setor de energia elétrica também sofreu regulamentação específica pela Resolução nº 581/2002, da ANEEL, revogada pela Resolução Normativa nº 797, de 12 de dezembro de 2017 da ANEEL, que hoje trata do tema. Neste sentido, destaca-se discussão interessante em, relação ao pedido de acesso aos postes de energia elétrica da Light, para instalação de cabos para a rede de transmissão televisiva (TV a cabo), direito de acesso este solicitado pela Televisão Cidade S/A. A discussão teve origem em pleito formulado, administrativamente, pela Televisão Cidade S/A à Light, para o acesso e consequente compartilhamento da infraestrutura (no caso, os postes), com base no artigo 73, da Lei nº 9.472/97. Tal pedido, no entanto, foi negado. Assim, a Televisão Cidade S/A ajuizou ação cominatória, que tramitou na 39ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (Processo nº 0085911-75.2000.8.19.0001; 2000.001.081917-3) -, com pedido de acesso aos postes de energia elétrica, tendo sido acolhido o seu pleito, em sede de antecipação de tutela. Contra esta decisão, a Light interpôs recurso de Agravo de Instrumento (Processo nº 0022.798-53.2000.8.19.0000; 2000.002.084121) -, em que alegou que o compartilhamento dos postes dependia do exame do plano de ocupação de infraestrutura pela ANEEL, que poderia ou não homologá-lo, com base no artigo 34, da Resolução Conjunta nº 01/99, da ANATEL/ANEEL/ANP. O TJ/RJ entendeu que a utilização dos postes pelo compartilhamento não é abusiva, e a demora em conceder o acesso à Televisão Cidade S/A poderia gerar a perda da concessão do serviço de telecomunicações. Ademais, entendeu o

TJ/RJ que a concessão da tutela não prejudicaria a Light, que seria remunerada pelo uso dos postes.

O compartilhamento de infraestrutura à propriedade intelectual é extraído do artigo 68 da Lei nº 9.279/96 e que pode ser, assim, entendido: o direito de excluir terceiros, que abrange a recusa do licenciamento, constitui a regra e corresponde a essência da proteção da propriedade intelectual como forma de estimular o investimento em inovação. Caso a recusa seja exercida em desvio de finalidade, com o objetivo de ampliar o monopólio, prejudicar a concorrência ou quando envolver uma *essential facility*, deve ser coibida pelo direito concorrencial. (KUBRUSLY, 2010).

Objetivamente, portanto, o compartilhamento de infraestrutura significa que o titular de um bem essencial, de forma voluntária ou coercitiva, divide o seu uso com outro agente do mercado, de forma a permitir a este o desenvolvimento de uma atividade econômica.

No tópico seguinte, examina-se, a indústria do gás natural e, de forma específica, a atividade de transporte, considerada um ponto sensível dentro da referida indústria.

3 Indústria do gás natural no Brasil: atividade de transporte

Historicamente, conferiu-se ao gás natural no Brasil menor espaço na matriz energética brasileira, em que havia preferência por outras fontes. A baixa produção brasileira de gás natural e sua inclusão no mesmo regime jurídico aplicável ao petróleo fez com que o gás se apresentasse como um coadjuvante do petróleo no Direito brasileiro. (SCHIRATO, 2010).

O marco regulatório advindo com a Lei nº 11.909/2009 teve por objetivo criar e fomentar a concorrência para o desenvolvimento do mercado. No regime da Lei nº 9.478/97, as atividades da indústria do gás natural se sujeitavam a baixo grau de regulação, o que conferia aos agentes econômicos maior liberdade na definição das condições contratuais. A ANP se restringia a exercer o controle da entrada de novos agentes no mercado, e as demais intervenções, sobretudo referentes à implementação de concorrência no setor, competiam ao CADE. Contudo, no final da década de 90, a situação foi alterada, em razão do aumento crescente da demanda de gás natural pela indústria, pela tentativa de aumento da importância do gás natural na geração de energia elétrica, bem como pelo aumento das formas de utilização do gás natural no Brasil (por exemplo, o consumo de gás natural por veículos automotores), o que gerou a necessidade de criação de um marco jurídico para o gás natural

compatível com sua crescente importância na matriz energética brasileira. (SCHIRATO, 2010).

Outro aspecto relevante, para os propósitos do presente estudo, diz respeito à dificuldade inicial na atração de investimentos para a construção de instalações, bem como sua concentração em regiões mais prósperas do país. Ou melhor, duas dificuldades se apresentavam quanto ao desenvolvimento da rede de transporte de gás natural no Brasil. O primeiro fator se relacionava à participação tímida da iniciativa privada nos investimentos em construção, ampliação e desenvolvimento de instalações de transporte de gás natural. O segundo fator decorria da concentração de investimentos em regiões mais prósperas do país, com esquecimento de regiões menos desenvolvidas. Tal circunstância revelava a necessidade do estabelecimento de regras regentes não apenas do uso das instalações, mas também da forma de determinação da localidade dos investimentos. (SCHIRATO, 2010).

Ademais, até a edição da Lei nº 11.909/09 (Lei do Gás), não havia uma sistematização das atividades que fazem parte da indústria do gás natural. Com a publicação do citado diploma, tal situação se alterou, sendo possível falar, de acordo com o autor, em três grupos de atividades, tendo em vista seu regime jurídico: (i) aquelas sujeitas ao monopólio da União Federal; (ii) aquelas não sujeitas ao monopólio da União, mas sujeitas a algum nível de regulação; e (iii) aquelas qualificadas como serviços púbicos. (SCHIRATO, 2010).

O primeiro grupo engloba as atividades monopolizadas que podem ser exploradas tanto pela União Federal, quanto por empresas públicas ou privadas, por ela contratadas, de acordo com o regime de contratação determinado pela lei, sendo tais atividades consideradas econômicas em sentido estrito, e não serviços públicos. Tais atividades compreendem: (i) a exploração, o desenvolvimento e a produção de gás natural em território brasileiro, com observância do regime de concessão – aqui, deve-se fazer um parêntese, tendo em vista os novos diplomas legais, para a possibilidade da contratação ser feita pelo regime de partilha da produção e pela cessão onerosa - ; (ii) exportação e importação de gás natural, submetidas ao regime de autorização; e (iii) o transporte dutoviário de gás natural, em alta pressão, sujeito ao regime de concessão, quando envolver gasodutos localizados exclusivamente em território brasileiro, ou ao regime de autorização, na hipótese do transporte ser realizado por gasodutos que transcendam os limites do território brasileiro e que decorram de acordos internacionais. (SCHIRATO, 2010).

Quanto ao segundo grupo, atinente às atividades não sujeitas ao monopólio e livremente acessíveis pelos interessados em realizá-las, encontram-se o processamento, o tratamento, o transporte (exceto o dutoviário), o carregamento, a estocagem, o

acondicionamento, a liquefação e a regaseificação. Tais atividades, embora de livre acesso, dependem de autorização da União Federal e se sujeitam à regulação setorial feita pela ANP, dada sua relevância social. Quanto à estocagem, especificamente, quando realizada em formações rochosas, também será exigida uma concessão da atividade pelo Poder Público. (SCHIRATO, 2010).

No terceiro grupo, encontram-se as atividades que, por expressa determinação constitucional (artigo 25, parágrafo 2º), constituem serviços públicos de competência estadual. Tais atividades envolvem a distribuição (transporte de gás natural em gasodutos de baixa pressão a partir do recebimento do insumo dos gasodutos de alta pressão, no chamado *city gate*, até o ponto de recepção pelos consumidores) e a comercialização de gás natural (venda aos consumidores de gás natural).

Conforme já afirmado neste estudo, a atividade de transporte constitui um ponto sensível dentro da indústria do gás natural. Tal assertiva decorre do fato de o custo de transporte ser elevado, dada a baixa densidade calórica ou grande volume, já que uma mesma quantidade de energia na forma de gás natural ocupa um volume cerca de 1000 vezes superior à energia na forma de petróleo. Este fator gera a necessidade de uma grande infraestrutura de transporte para viabilizar o consumo, sobretudo, em grandes distâncias, investimentos estes de infraestrutura que podem atingir de 50% à 70% dos custos totais do gás natural para o consumidor. Para os propósitos do presente estudo, em relação ao transporte dutoviário de gás natural, três características são apresentadas: custos de investimentos elevados, baixa flexibilidade e grandes economias de escala. Os custos elevados de investimentos necessários para a construção de um gasoduto decorrem da extensão, das condições gerais de localização e do volume a ser transportado. Ademais, como principais itens de custo de um gasoduto são destacados o custo dos tubos, o custo de desapropriação da área de servidão por onde passará o gasoduto e o custo de montagem. O custo da montagem abrange a escavação da trincheira para o lançamento dos dutos, o transporte do duto até a área de montagem e a soldagem dos dutos. A montagem envolve, basicamente, o custo com a mão-de-obra. Tais custos de investimentos para o transporte do gás são maiores do que os custos operacionais e de manutenção. Apenas, à título ilustrativo, os custos de montagem e de desapropriação da área de servidão representam de 50% a 60% dos custos totais. Além dos elevados investimentos, o transporte por gasodutos se caracteriza por baixa flexibilidade e grandes economias de escalas. A baixa flexibilidade decorre do fato da trajetória tecnológica de transporte do gás natural por dutos gerar uma integração espacial extremamente rígida, na qual a incorporação de novos espaços se dá no interior de um conjunto relativamente reduzido de possibilidades.

Já as economias de escala se relacionam à construção de dutos cada vez maiores, com capacidade crescente de transporte, com a diluição do custo de capital total em um grande volume transportado. (PINTO JÚNIOR, 2007, p. 231-289).

Tendo em vista as dificuldades apontadas em relação ao transporte de gás natural, sobretudo os elevados investimentos necessários às obras de dutovias de gás natural, apresenta-se no tópico seguinte três espécies possíveis de compartilhamento de infraestrutura que, se bem aplicados, podem fomentar a citada atividade econômica.

4 Espécies de compartilhamento de infraestrutura para o transporte de gás natural

No item 2, discutiu-se o compartilhamento de infraestrutura, enquanto que no item 3, procurou-se examinar as características do transporte dutoviário de gás natural no Brasil.

Busca-se, no presente tópico, apresentar o que se entende por compartilhamento de infraestrutura para o transporte dutoviário de gás natural.

Antes, porém, chama-se a atenção para a natureza jurídica do direito de acesso à infraestrutura, em que se adota a opinião de Alexandre Santos de Aragão (2007, p. 472-475), para quem o compartilhamento tem natureza de contrato privado, com as seguintes características: (i) caso as partes cheguem a um acordo quanto às condições contratuais, trata-se de um contrato regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública); e (ii) caso as partes não cheguem um consenso e o contrato seja fixado diretamente pela autoridade reguladora, trata-se de um contrato forçado ou coativo.

Isto é, embora não tratasse, especificamente, do compartilhamento de infraestrutura, em relação ao transporte dutoviário de gás natural, adota-se a opinião quanto à natureza jurídica contratual do compartilhamento de infraestrutura, independente das espécies de compartilhamento aqui anunciadas (gasoduto de transporte, intersetorial da servidão administrativa e intrasetorial da servidão administrativa), bem como quanto ao regime jurídico privado do contrato, regulamentado e autorizado, em um primeiro momento, e forçado ou coativo, em um segundo momento.

Além disso, quatro observações merecem ser feitas antes da análise das espécies de compartilhamento.

A primeira é que o foco do presente estudo é o compartilhamento de infraestrutura como instrumento de introdução e de fortalecimento da concorrência em relação à atividade de transporte dutoviário de gás natural. Não serão examinados, em profundidade, detalhes do

contrato de transporte de gás natural, tampouco, separadamente, suas cláusulas. Dito isto, serão apresentados os seguintes aspectos das espécies de compartilhamento aqui anunciadas: (i) as partes envolvidas, isto é, “quem” compartilha; (ii) a infraestrutura compartilhada, ou seja, “o que” é compartilhado; e (iii) como se exterioriza o compartilhamento, noutros termos, “como” se compartilha. Quanto a este último aspecto de “como” se compartilha, reitere-se o posicionamento adotado linhas atrás quanto à natureza contratual do compartilhamento de infraestrutura.

A segunda observação é que, no compartilhamento do gasoduto de transporte, a exteriorização é feita através do contrato de transporte de gás natural, em que se fomenta de forma direta a atividade de transporte de gás natural. Já no compartilhamento intersetorial ou intrasetorial da servidão administrativa, a exteriorização é feita através do contrato de compartilhamento de infraestrutura, em que se fomenta de forma indireta o transporte do gás natural.

A terceira observação diz respeito à figura do transportador, que poderá configurar tanto no polo ativo, ao solicitar o acesso (a um gasoduto de transporte que não o seu ou à uma servidão administrativa), como no polo passivo, ao receber o pedido de acesso (ao seu gasoduto de transporte ou à sua servidão administrativa).

A quarta observação é que em todas as espécies de compartilhamento de infraestrutura, o foco da análise aqui desenvolvida será em relação à atividade de transporte dutoviário de gás natural, entendida como a movimentação de gás natural em gasodutos de transporte, abrangendo a construção, a expansão, a operação e a manutenção das instalações, em meio ou percurso considerado de interesse geral. Portanto, não serão examinadas outras formas de transporte de gás natural, como no caso dos modais para movimentação de GNL (Gás Natural Liquefeito) e GNC (Gás Natural Comprimido).

4.1 Compartilhamento do gasoduto de transporte

O gasoduto de transporte, como aqui defendido, é aquele que realize movimentação de gás natural, em meio ou percurso considerado de interesse geral, desde instalações de tratamento ou processamento, de estocagem ou outros gasodutos de transporte até instalações de estocagem, outros gasodutos de transporte e pontos de entrega a concessionários estaduais de distribuição de gás natural, incluindo estações de compressão, de medição, de redução de pressão e pontos de entrega, ressalvados os casos dos gasodutos de referência, de

transferência e de escoamento da produção, bem como excluído o duto destinado ao serviço público estadual de distribuição de gás canalizado.

Dito isso, importante esclarecer que o direito de acesso de terceiros à infraestrutura de transporte dutoviário de gás natural traduz o acesso ao gasoduto de transporte e se materializa pela celebração do contrato de transporte de gás natural, e pode se referir a um gasoduto já existente ou a um novo gasoduto de transporte. No caso dos gasodutos de transporte já existentes, a Lei do Gás (artigos 29 à 31) e o Decreto nº 7.382/10 (artigos 40 à 47) que a regulamentou trazem disciplina específica.

Acrescente-se que, para os propósitos do presente estudo, o direito de acesso já era previsto no artigo 58, da Lei do Petróleo, regulamentado, inicialmente, pela Resolução ANP nº 27/05 (revogada pela Resolução ANP nº 11, de 16.3.2016 – DOU 18.3.2016 – Efeitos a partir de 18.3.2016, que hoje disciplina o tema), e, também encontra previsão na Lei do Gás (artigos 32 à 35) e no Decreto nº 7.382/10 (artigos 48 à 52).

Ao comentar o artigo 58, da Lei do Petróleo, Daniela Couto Martins (2006, p. 215-216) esclarece que houve opção regulatória pelo regime de acesso negociado, no qual o direito de acesso é negociado entre as partes, de acordo com as previsões legais, bem como com base na existência de capacidade disponível e no atendimento das condições técnicas necessárias. Isto significa que a opção regulatória para o direito de acesso é pela livre negociação, e não pela imposição.

O mesmo artigo 58 da Lei do Petróleo é examinado por José Alberto Bucheb (2007, p. 117), para quem o instituto do livre acesso busca assegurar efetividade ao princípio constitucional da livre concorrência, mas deve ser feito com observância do direito de propriedade, sob pena de inibir a realização de investimentos destinados à ampliação e à construção de dutos de transporte e de terminais marítimos.

Dito isto, importante observar que o acesso ao gasoduto de transporte, conforme artigos 33 da Lei do Gás e 49 do Decreto nº 7.382/10 ocorre, dentre outras formas, pela contratação de serviço de transporte: (i) firme, em capacidade disponível; (ii) interruptível, em capacidade ociosa; e (iii) extraordinário, em capacidade disponível.

O serviço de transporte firme é conceituado como o serviço de transporte no qual o transportador se obriga a programar e transportar o volume diário de gás natural solicitado pelo carregador até a capacidade contratada de transporte estabelecida no contrato com o carregador (artigos 2º, XXII, da Lei nº 11.909/09 e 2º, XXVII, do Decreto nº 7.382/10).

Pela leitura do conceito de serviço de transporte firme, observa-se a presença do conceito de capacidade contratada de transporte, entendida como o volume diário de gás

natural que o transportador é obrigado a movimentar para o carregador, nos termos do respectivo contrato de transporte. (artigos 2º, II, da Lei nº 11.909/09 e 2º, V, do Decreto º 7.382/10).

O serviço de transporte interruptível é conceituado como o serviço de transporte que poderá ser interrompido pelo transportador, dada a prioridade de programação do serviço de transporte firme. (artigos 2º, XXIII, da Lei nº 11.909/09). O artigo 2º, XXVIII, do Decreto nº 7.382/10 traz definição quase idêntica, ao conceituar serviço de transporte interruptível como o serviço de transporte contratado em capacidade ociosa que poderá ser interrompido pelo transportador, dada a prioridade de programação do serviço de transporte firme.

Pela leitura do conceito de serviço de transporte interruptível do Decreto, observa-se a presença de outro conceito, qual seja, de capacidade ociosa, entendida como a parcela da capacidade de movimentação do gasoduto de transporte contratada que, temporariamente, não esteja sendo utilizada. (artigos 2º, IV, da Lei nº 11.909/09 e 2º, VIII, do Decreto nº 7.382/10). Tal parcela, referente à capacidade ociosa, pode vir a ser objeto de compartilhamento.

O serviço de transporte extraordinário é definido como a modalidade de contratação de capacidade disponível, a qualquer tempo, e que contenha condição resolutiva, na hipótese de contratação da capacidade na modalidade firme. (artigos 2º, XXI, da Lei nº 11.909/09 e 2º, XXVI, do Decreto nº 7.382/10).

A partir da leitura do conceito de serviço de transporte extraordinário, observa-se a presença do conceito de capacidade disponível, entendida como a parcela da capacidade de movimentação do gasoduto de transporte que não tenha sido objeto de contratação sob a modalidade firme (artigos 2º, III, da Lei nº 11.909/09 e 2º, VII, do Decreto nº 7.382/10).

Assim, observa-se que o gasoduto de transporte possui uma capacidade disponível. A parcela da capacidade disponível contratada para transporte de volume diário dá ensejo ao transporte firme. A parcela contratada, mas não utilizada temporariamente (capacidade ociosa), ao transporte interruptível. E a parcela não contratada, ao transporte extraordinário.

Nestes casos, o direito de acesso ao gasoduto de transporte se materializa pela celebração de contrato de transporte de gás natural, entre o transportador (empresa autorizada ou concessionária da atividade de transporte de gás natural por meio de duto, conforme definição extraída dos artigos 2º, XXVI, da Lei nº 11.909/09 e 2º, XXX, do Decreto nº 7.382/10) e o carregador (agente que utilize ou pretenda utilizar o serviço de movimentação de gás natural em gasoduto de transporte, mediante autorização da ANP, conforme artigos 2º, V, da Lei nº 11.909/09 e 2º, IX, do Decreto nº 7.382/10).

Acrescente-se, ainda, que o acesso ao gasoduto de transporte se faz mediante o pagamento de remuneração pelo solicitante do acesso (carregador) ao titular do bem (transportador).

Alexandre Wagner Nester (2006, p. 215-220), ao cuidar do preço de acesso à infraestrutura, no caso uma *essential facility* – aqui vista como espécie de compartilhamento -, afirma que duas condições são relevantes para o acesso ao bem: (i) a contrapartida econômica a ser paga pelo solicitante ao detentor do bem, correspondente ao preço justo; e (ii) o estabelecimento de condições adequadas e isonômicas para o acesso. Esclarece também que o pagamento do preço pelo uso do bem é indissociável do direito de acesso, devendo contemplar, de um lado, os custos suportados pelo monopolista (inclusive os investimentos feitos e o recebimento de um lucro razoável) e, de outro lado, não poderá ser elevado a ponto de se tornar proibitivo. Neste sentido, afirma que o estabelecimento de um preço excessivamente baixo é ineficiente do ponto de vista econômico e caracteriza uma inadequada transferência de renda entre o monopolista e o terceiro ingressante, além de inibir os investimentos e a inovação tecnológica. Em contrapartida, o preço excessivamente alto impede o ingresso do terceiro ao mercado, caracterizando abuso de poder econômico por parte do monopolista, o que, na prática, equivale a uma recusa de acesso.

Pedro Dutra (2003, p. 208-209), por sua vez, ao examinar o preço de acesso à infraestrutura, salienta a importância de se evitar o chamado *cherry picking* e o *cream skimming* que significam, respectivamente, "colher a cereja" e "separar a nata", já que ao terceiro ingressante se abre a possibilidade de ofertar seus serviços em condições mais competitivas do que as apresentadas pelo titular da infraestrutura, já que este teve que arcar com o custo da instalação do bem.

Dito isto, em relação ao direito de acesso ao gasoduto de transporte, o artigo 50, do Decreto nº 7.382/10 prevê que a ANP irá estabelecer os critérios para a definição do valor devido por terceiro que acessar o gasoduto de transporte, isto é, a tarifa a ser paga pelo solicitante ao titular do bem. Isto significa que o compartilhamento do gasoduto de transporte se materializa pelo contrato de transporte entre transportador e o carregador, sendo a tarifa de transporte o preço de acesso.

Os critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário de gás natural se encontravam previstos, inicialmente, na Resolução ANP nº 29/2005 (Revogada pela Resolução ANP nº 15, de 14.3.2014 – DOU 17.3.2014 – Efeitos a partir de 17.3.2014, que hoje trata do tema), dentre os quais se destacam: (i) os custos, despesas e investimentos incorridos em bases econômicas que efetivamente contribuam para a prestação do respectivo

Serviço de Transporte; (ii) os determinantes de custos, tais como a distância entre os pontos de recebimento e de entrega, a Capacidade de Transporte, o volume movimentado, o desequilíbrio entre os volumes recebidos e entregues, e o prazo de contratação; e (iii) uma remuneração justa e adequada do investimento durante a sua vida útil esperada.

Se não houver consenso quanto ao valor das tarifas, poderão as partes invocar a intervenção da ANP, conforme previsto no artigo 58, § 1º, da Lei do Petróleo, sendo observada também a Portaria ANP nº 254/2001, para a solução dos conflitos.

Desta forma, pode-se afirmar que: (i) em relação às partes envolvidas, isto é, "quem" compartilha, entende-se ser o transportador e o carregador; (ii) em relação à infraestrutura compartilhada, ou seja, "o que" é compartilhado, entende-se ser o gasoduto de transporte; e (iii) em relação à como se exterioriza o compartilhamento, noutros termos, "como" se compartilha, entende-se que o compartilhamento se materializa pela celebração do contrato de transporte de gás natural, que admite três espécies (firme, interruptível e extraordinário), sendo a tarifa de transporte o preço de acesso ao gasoduto de transporte, sendo negociado pelas partes, em um primeiro momento, ou objeto de solução de conflitos, em um segundo momento.

4.2 Compartilhamento intersetorial da servidão administrativa

O compartilhamento intersetorial da servidão administrativa é definido, no presente estudo, como o compartilhamento entre agentes dos setores de telecomunicações ou de energia elétrica, de um lado, e de transporte de gás natural, do outro lado, tendo por base a Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 01/99. Na hipótese aqui tratada, em princípio, os agentes que realizam o compartilhamento não são concorrentes, por não atuarem no mesmo setor econômico. Esclareça-se que servidão administrativa é entendida como a modalidade de intervenção do Estado na propriedade, menos intensa que a desapropriação, sendo ônus real de uso, incidente sobre bem específico, para a realização de obras ou serviços públicos. (ARAGÃO, 2012, p. 269).

A mencionada Resolução Conjunta tem por base o artigo 73, da Lei nº 9.472/97, que prevê o direito de acesso das prestadoras de serviços de telecomunicações aos 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. O parágrafo único do mesmo dispositivo acrescenta que caberá ao órgão regulador do titular da infraestrutura definir as condições de acesso.

Vale lembrar que a Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 01/99 aprovou o regulamento conjunto para compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

De acordo com o artigo 1º, parágrafo único do citado regulamento as particularidades e o compartilhamento de infraestrutura entre agentes de um mesmo setor serão objeto de regulamentação específica, o que, no caso do petróleo, gás natural e biocombustíveis foi feito pela Resolução ANP nº 42/2012, a ser examinada no próximo item.

Acrescente-se, ainda, que, de acordo com a Resolução Conjunta nº 01/99, sua aplicação ocorre entre os seguintes agentes: (i) exploradores de serviços públicos de energia elétrica; (ii) prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo; e (iii) exploradores de serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, sendo que, para efeito da hipótese examinada, considera-se tão somente os agentes econômicos pertencentes à indústria do gás natural.

Noutros termos, o agente interessado no compartilhamento de infraestrutura, denominado solicitante, pleiteia o acesso ao agente que detém, administra ou controla, direta ou indiretamente, a infraestrutura, denominado detentor. Para os propósitos do presente estudo, reitere-se, o solicitante do acesso ao bem essencial é o transportador de gás natural e o detentor da infraestrutura - no caso, da servidão administrativa - é o agente da indústria de telecomunicações ou de energia elétrica.

Dito isto, vale destacar que a expressão “infraestrutura” é definida, pela Resolução Conjunta nº 01/99, como as servidões administrativas, dutos, condutos, postes e torres, de propriedade, utilizados ou controlados, direta ou indiretamente, pelos agentes anteriormente citados. Não obstante a amplitude do conceito, no presente estudo, o foco será em relação às servidões administrativas, detidas pelos agentes dos setores de telecomunicações e de energia elétrica.

O compartilhamento de infraestrutura deve observar as seguintes características: (i) deve ser feito de forma não discriminatória; (ii) a preços e condições justos e razoáveis; (iii) dar-se-á por meio da utilização da capacidade excedente disponibilizada pelo detentor, isto é, pela infraestrutura disponível para compartilhamento; (iv) só poderá ser negado por razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições emanadas do poder concedente; e (v) a implementação é realizada pelo contrato de compartilhamento de infraestrutura, relativo ao compartilhamento intersetorial da servidão administrativa.

Quanto à este último aspecto referente ao contrato de compartilhamento de infraestrutura, vale destacar que o artigo 14, § 2º, da Resolução Conjunta nº 01/99 prevê que, esgotadas as tentativas de negociação e não havendo acordo entre as partes, qualquer delas poderá solicitar a atuação das agências para resolução dos conflitos, conforme disciplina na Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 02/01.

Desta forma, pode-se afirmar que: (i) em relação às partes envolvidas (quem compartilha), entende-se abranger os agentes dos setores de telecomunicações, energia elétrica e gás natural; (ii) em relação à infraestrutura compartilhada (o que é compartilhado), entende-se ser a servidão administrativa intersetorial, detida por prestador de serviço de telecomunicações ou de energia elétrica; e (iii) em relação à como se exterioriza o compartilhamento (como se compartilha), entende-se que o compartilhamento se materializa pela celebração do contrato de compartilhamento intersetorial de infraestrutura.

4.3 Compartilhamento intrasetorial da servidão administrativa

O compartilhamento intrasetorial da servidão administrativa é definido como o compartilhamento entre agentes dos setores de petróleo, gás natural e biocombustíveis, tendo por base a Resolução ANP nº 42/2012, publicada em atendimento ao artigo 1º, § único, do Regulamento Conjunto para o Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, aprovado pela Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 01/99. Isso significa que a Resolução ANP nº 42/2012 é posterior e mais específica do que a Resolução Conjunta nº 01/99, razão pela qual disciplina o compartilhamento em relação aos setores de petróleo, gás natural e biocombustíveis. Em princípio, destaque-se, desde logo, os agentes, solicitante e detentor da infraestrutura, não são concorrentes, exceto na hipótese do detentor da infraestrutura e o solicitante do acesso ao bem serem agentes da mesma indústria.

De acordo com o artigo 2º, da Resolução ANP nº 42/2012, suas regras se aplicam ao compartilhamento de servidões administrativas e faixas de servidão de dutos de transferência, de transporte e de escoamento da produção reguladas pela ANP. Isso significa que a servidão administrativa, objeto do compartilhamento, pode conter gasodutos de transferência, de transporte ou de escoamento da produção, bem como pode haver na servidão administrativa dutos de petróleo, seus derivados ou biocombustíveis.

Acrescente-se, também, que as servidões administrativas, faixas de domínio ou faixas de servidão de dutos são definidas no artigo 3º, X, da Resolução ANP nº 42/12 como as

faixas de larguras determinadas, nas quais estão dutos de petróleo, seus derivados, gás natural ou biocombustíveis, enterrados ou aéreos, bem como seus sistemas complementares, definidas ou não em ato de declaração de utilidade pública.

Portanto, para efeito de aplicação da Resolução nº 42/12, da ANP, infraestrutura são as servidões administrativas ou faixas de servidão detidas ou controladas ou administradas, direta ou indiretamente, pelos agentes econômicos que exploram dutovias de petróleo, seus derivados, gás natural e biocombustíveis. (artigo 3º, IV).

Para os propósitos do presente estudo, tendo em vista o foco na atividade de transporte de gás natural, a infraestrutura a ser compartilhada é a servidão administrativa detida por agentes das indústrias do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.

Ademais, o agente econômico ou agente é toda pessoa jurídica detentora de concessão ou autorização para a exploração das atividades da indústria do petróleo, do gás natural e de biocombustíveis. (artigo 3º, I), sendo o solicitante o agente econômico interessado no compartilhamento de infraestrutura disponibilizada por um detentor. (artigo 3º, III), e o detentor é o agente que detém ou administra ou controla, direta ou indiretamente, uma servidão administrativa ou faixa de servidão de duto de transporte, de transferência ou de escoamento da produção. (artigo 3º, II).

Um outro conceito relevante é o de capacidade viável, entendida como a infraestrutura viável para o compartilhamento com outros agentes econômicos do setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis, capacidade esta definida como tal pelo detentor (artigo 3º, VI).

Tendo em vista estes conceitos, pode-se afirmar que o compartilhamento de infraestrutura resulta do pedido de acesso formulado pelo solicitante ao detentor, para o uso conjunto da servidão administrativa gerida pelo detentor, que definirá a existência de capacidade viável.

O artigo 4º, da Resolução Conjunta nº 42/2012 traz importante definição, no sentido de que o agente econômico que explora serviços de transporte, transferência e escoamento de produção dutoviário de petróleo, seus derivados, gás natural e biocombustíveis tem direito a compartilhar infraestrutura de outro agente de qualquer destas indústrias, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Neste sentido, uma empresa que realize transporte de gás natural pode ter interesse em ter acesso à uma servidão administrativa detida por um agente da indústria do petróleo, do gás natural ou de biocombustíveis, caso em que seria fomentada, de forma indireta, a atividade de transporte de gás natural, pela celebração de um contrato de compartilhamento de

infraestrutura. De forma indireta, já que o objeto a ser contratado seria a servidão administrativa, com a possibilidade - como defende-se no presente estudo, e atendidos os requisitos normativos e contratuais, sobretudo, a capacidade disponível – da ANP conceder autorização para a instalação de gasoduto de transporte.

Dito isto, acrescente-se que, dentre as condições e requisitos para o compartilhamento, deve-se observar: (i) os parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente estabelecidos pelos órgãos competentes; (ii) os deveres associados às concessões ou autorizações outorgadas ou expedidas pelo Poder Concedente; (iii) as boas práticas internacionais para prestação dos respectivos serviços; (iv) o disposto na Portaria ANP nº 125, de 05 de agosto de 2002, ou norma superveniente, que dispõe sobre os procedimentos de natureza preventiva a serem adotados no acompanhamento de obras com interferência em faixa de domínio de dutos de petróleo, seus derivados ou gás natural; (v) o disposto na Resolução ANP nº 6, de 3 de fevereiro de 2011, ou norma superveniente, a qual aprovou o Regulamento Técnico nº 02/2011, Regulamento Técnico para Dutos Terrestres (RTDT); (vi) o estímulo à concorrência, à otimização de recursos e à redução de custos operacionais; (vii) que não poderão ser discriminatórias; e (viii) que o compartilhamento só poderá ser negado por razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições emanadas pela ANP ou por outros órgãos, no âmbito de suas competências.

A formalização do compartilhamento é feita através de contrato, negociado pelas partes. Caso não haja acordo, conforme prevê o artigo 14, § 2º, da Resolução ANP nº 42/2012, qualquer das partes poderá solicitar a atuação da ANP, para a solução do conflito, conforme o disposto nos artigos 22 à 42, da mencionada Resolução.

Desta forma, pode-se afirmar que: (i) em relação às partes envolvidas (quem compartilha), entende-se envolver os agentes das indústrias do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis; (ii) em relação à infraestrutura compartilhada (o que é compartilhado), entende-se ser a servidão administrativa intrasetorial; e (iii) em relação à como se exterioriza o compartilhamento (como se compartilha), entende-se que o compartilhamento se materializa pela celebração do contrato de compartilhamento intrasetorial de infraestrutura.

5 Conclusão

O presente estudo teve por objetivo examinar o compartilhamento de infraestrutura para o transporte dutoviário de gás natural, no Brasil, no sentido de identificar se tal

instrumento pode ser utilizado para o fomento da atividade de transporte dutoviário de gás natural, sem que iniba os investimentos em infraestrutura de transporte.

O problema da pesquisa se ateve, sobretudo, à discussão em torno do direito de acesso dos agentes econômicos à infraestrutura detida pelo titular como forma de estimular a concorrência.

Conforme visto ao longo do estudo, em que pese a relevância do compartilhamento para o estabelecimento e o fortalecimento do regime de concorrência, sua aplicação deve ser feita de forma casuística, a fim de evitar abusos, seja por parte do agente econômico titular da infraestrutura, seja por parte do agente econômico entrante no mercado.

O que se defende aqui é que a regra, em termos de intervenção do Estado na economia, é a não intervenção, já que a ordem econômica é regida pela liberdade de iniciativa e de concorrência, e não pela imposição, sendo tal ideal mais condizente com o atual regime democrático. Apenas, de forma subsidiária, o Estado deve agir.

Assim, e aplicando esta ideia ao presente estudo, o compartilhamento de infraestrutura - tal como aqui defendido, como mais amplo do que a *essential facilities doctrine* - deve, em um primeiro momento, ter por base a liberdade negocial das partes. Caso não haja acordo entre as partes, em um segundo momento, desde que preenchidos os requisitos da *essential facilites doctrine*, bem como desde que preenchidos demais requisitos previstos nos atos normativos específicos (tais como, respeito ao meio-ambiente, à capacidade disponível, à segurança operacional, às boas práticas da indústria e à recuperação dos investimentos), de forma subsidiária, portanto, pode-se falar em contrato coativo.

6 Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BUCHEB, José Alberto. **Direito do Petróleo**: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHACUR, Demetrius Ferreira. Compartilhamento de infraestrutura para o transporte dutoviário de gás natural no Brasil. Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento da Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2013.

DUTRA, Pedro. Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações. In: **Livre concorrência e regulação de mercados**: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 167-219.

KUBRUSLY, Claudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do direito antitruste. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67349>. Acesso em: 15 fev. 2013.

MARTINS, Daniela Couto. **A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência**: compartilhamento de infraestruturas e redes. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Teoria das Essential Facilities e Propriedade Intelectual. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 109-128.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. Concessão de infraestrutura ferroviária: comentários ao Dec. 8.129/2013. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 1, vol. 3, nov./dez. 2013. p. 73-87.

PINTO JÚNIOR, Hélder Queiroz. ... [et al.]. Economia da Indústria do Gás Natural. In: **Economia da Energia**: fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. PINTO JÚNIOR, Hélder Queiroz. (Org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 231-289.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia** - RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>. Acesso em: 11 ago. 2017.