V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

JANAÍNA RIGO SANTIN

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2022 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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Luciani Coimbra de Carvalho; Janaína Rigo Santin – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-501-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I reuniu-se no V Encontro Virtual do CONPEDI, que ocorreu de 14 a 18 de junho de 2022 no formato síncrono, com a temática "Inovação, Direito e Sustentabilidade".

Trata-se de temática extremamente oportuna, em especial quando se está saindo de um período terrível de isolamento social, com todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, onde mais do que nunca se debateu sobre a necessidade de um novo olhar para a sustentabilidade e para os problemas advindos da exploração desenfreada dos recursos naturais no planeta. Para tanto, clama-se aos pensadores do mundo do direito soluções, as quais perpassam necessariamente pela discussão sobre a regulação e limites dos avanços da ciência e das inovações em prol da preservação da vida no planeta.

Dessa forma, o evento proporcionou aos participantes uma perspectiva multidimensional do Direito, capaz de incorporar os aspectos positivos da intensa revolução informacional com os objetivos do desenvolvimento sustentável, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os artigos que compõem os anais do GT Direito Administrativo e Gestão Pública I seguem abaixo:

1. A GESTÃO PÚBLICA COMO GUARDIÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFERENCIAIS DO “INTERESSE PÚBLICO” E DO “BEM COMUM”

2. O INTERESSE PÚBLICO, ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E SUA CONFORMAÇÃO COM DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.296/DF E A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

4. PEC DA REFORMA ADMINISTRATIVA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL

6. A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES DE ACESSO À INFORMAÇÃO DETERMINADAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 928 DE 23 DE MARÇO DE 2020

7. A PERSPECTIVA NEOLIBERAL E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO CONTEXTO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

8. A LEI Nº 12.846/2013 E OS SEUS REFLEXOS NA PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO

9. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846 /2013)

10. DO CRIME DE FRAUDE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

11. CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL COMO ESTRATÉGIA DE FOMENTO ÀS ECONOMIAS LOCAIS E REGIONAIS.

12. DO MERCADO DE PRECATÓRIOS E DA SUA NATUREZA JURÍDICA PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO PELO IMPOSTO DE RENDA

13. EM FRENTE AO ESPELHO: AVALIANDO A PRIMEIRA ANÁLISE DE RESULTADO REGULATÓRIO NA ANP

14. GÊNERO E ESPÉCIE: OS DIFERENTES CONTRATOS DE PARCERIA E AS FORMAS DE CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

15. MODERNIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA ESTADUAL: O FIM DOS CARGOS DE ESCRIVÃO DE POLÍCIA CIVIL E INVESTIGADOR DE POLÍCIA CIVIL

16. O CONTROLE INTERNO DO PODER LEGISLATIVO ATRIBUÍDO AO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO DO PODER EXECUTIVO NOS PEQUENOS MUNICÍPIOS

17. O DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS NO ÂMBITO DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS COMO

CONSEQUÊNCIA DA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

18. BENS REVERSÍVEIS EM CONCESSÕES DE ENERGIA: A SOLUÇÃO ATRAVÉS DA REVISÃO CONTRATUAL

19. O PROBLEMA DA REVERSÃO DOS BENS DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

20. QUÃO RELEVANTE É O PREÇO DE REFERÊNCIA PARA O COMPARTILHAMENTO DE POSTES NO COMBATE NA CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO DO SETOR?

21. O RESIDUAL ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE SENTENÇAS PENAIS ABSOLUTÓRIAS E O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES NO ÂMBITO MILITAR

22. SERVIÇOS PÚBLICOS, DIREITOS DOS USUÁRIOS E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Boa leitura!

Saudações Acadêmicas

Prof. Dra. Janaína Rigo Santin -Universidade de Passo Fundo e Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dra. Luciani Coimbra de Carvalho - Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam - Universidade Federal de Santa Catarina

QUÃO RELEVANTE É O PREÇO DE REFERÊNCIA PARA O COMPARTILHAMENTO DE POSTES NO COMBATE NA CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO DO SETOR?

HOW RELEVANT IS THE REFERENCE PRICE FOR THE SHARING OF POLES IN THE FIGHT AGAINST THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN THE SECTOR?

Guilherme Freire Baptista Aleixo

Resumo

O que se procura avaliar neste presente artigo é se a fixação de um preço de referência seria o mecanismo adequado para conter eventual abuso existente no setor e, caso fosse, quão bem ela conseguiria conter esse abuso das Companhias de Energia Elétrica.

Palavras-chave: Preço de referência, Compartilhamento de postes, Anticoncorrencial, Abuso do poder econômico

Abstract/Resumen/Résumé

What this article seeks to assess is whether the establishment of a reference price would be the appropriate mechanism to contain any abuse existing in the sector and, if so, how well it would be able to contain this abuse by the Electric Power Companies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reference price, Post sharing, Anticompetitive, Abuse of economic power

Levando em consideração a Consulta Pública Anatel nº 30/2013 e na Audiência Pública ANEEL nº 007/2007, ambas realizadas 2013, a Anatel e a ANEEL juntas, por meio da Resolução nº 4 estabeleceram o valor de R$ 3,19 (três reais e dezenove centavos) como preço de referência do Ponto de Fixação para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, a ser utilizado nos processos de resolução de conflitos.

Basicamente, a Resolução conjunta das Agências Setoriais procurou definir especificamente o que a Lei 9472/97 define como sendo um compartilhamento de *forma não discriminatória* e utilizando *preços e condições justos e razoáveis*.

Tratava-se de pleito das empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, notadamente aquelas que se destacam pela prestação de provimento/acesso à internet, tendo em vista que se sentiam pressionadas a aceitar a imposição de preço Companhias de Energias Elétricas e, por isso, a Resolução foi muito comemorada pelo setor privado.

O que se procura avaliar neste presente artigo é se a fixação de um preço de referência seria o mecanismo adequado para conter eventual abuso existente no setor e, caso fosse, quão bem ela conseguiria conter esse abuso das Companhias de Energia Elétrica.

Primeiramente se fará uma breve explanação sobre como as normas anticoncorrenciais e a doutrina especializada definem e balizam as condutas que configuram abuso do poder econômico, posteriormente, será explicado como as Agências chegaram ao preço de referência de R$ 3,19 e, a partir desses dois aspectos, far-se-á uma análise crítica da metodologia utilizada pela Resolução para descobrir se o preço de referência cumpre o seu papel ou não.

A respeito do conceito de abuso de poder econômico, importa esclarecer que tanto o Estado, por meio dos seus agentes econômicos públicos, empresas públicas e as sociedades de economia mista, quanto os agentes privados, no desempenho da

atividade econômica, além de usar, podem abusar de poder econômico, isto é, agir além dos limites propostos constitucionalmente pela política econômica. Seja como for, o exercício do poder econômico impactaria tanto nos interesses individuais quanto nos interesses coletivos.

Diante disso, preocupou-se o texto constitucional em reprovar o abuso de poder econômico tendente à *dominação de mercados*, *eliminação de concorrência* e *aumento arbitrário dos lucros*:

> *Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. $ 4o A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

Para viabilizar a determinação constitucional acima destacada, foram promulgadas leis regulamentando o abuso de poder econômico e a concorrência desleal, merecendo destaque a hoje vigente Lei nº 12.529/11, que *dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*.

A legislação acima mencionada instrumentaliza os pressupostos constitucionais de proteção do mercado, visando a garantir a livre iniciativa e a livre competição pela repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal, objetivando proteger o comércio e corrigir as falhas de mercado existentes.

A Lei nº 12.529/2011, como é de se imaginar, não fixou aprioristicamente em que consiste *"exercer de forma abusiva posição dominante"*, limitando-se a listar no art. 36, § 3º exemplos de práticas que configuram infração à ordem econômica, quando tenham por objeto ou possam produzir os efeitos mencionados nos incisos.

Pode, no entanto, ocorrer a prática de um ato listado no artigo sem que isso signifique infração à ordem econômica[1]:

> *Nota-se que somente configuram infrações contra a ordem econômica as práticas empresariais elencadas no art. 21 da LIOE se caracterizado o exercício do poder econômico através de condutas que visem a limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou aumentar arbitrariamente os lucros. Por exemplo, o tratamento diferenciado de adquirentes, com a fixação de preços ou condições especiais para um ou mais deles, está referido no inc. XII do art. 21 da LIOE. Essa prática discriminatória tanto pode ser absolutamente licita como caracterizar infração contra a ordem econômica. Depende uma ou outra alternativa dos objetos pretendidos, ou obtidos mesmo sen intenção, pela discriminação. Se o agente buscou, através dela, prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante ou aumentar arbitrariamente os preços, ou um desses efeitos se realizou, então sua conduta é infracional. Caso contrário, se os objetivos pretendidos ou os efeitos da prática empresarial não têm relação com exercicio abusivo do poder econômico, não existirá qualquer ilicitude. Em suma, as condutas elencadas no art. 21 da LIOE somente caracterizam infração contra a ordem econômica se presentes os pressupostos do art. 20 da LIOE. Por outro lado, qualquer prática empresarial, ainda que não mencionada pelo legislador no art. 21, configurará infração contra a ordem econômica se os seus objetivos ou efeitos forem os referidos no art. 20. Isso porque, na verdade, a repressão a tais condutas está fundada no texto constitucional, em que se encontra totalmente delineada (CF, art. 173, 54°).*

Considerando que o rol do artigo a respeito das infrações à Ordem Econômica não é taxativo, acabou inicialmente cabendo ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), autarquia federal competente para julgar os ilícitos concorrenciais, a obrigação de delimitar os contornos sobre o tema.

Em interessante estudo sobre a jurisprudência firmada pelo CADE a respeito do Abuso do Poder Econômico, Ciro Martins e Laura dos Santos[2] fornecem importantes conclusões sobre o tema, dentre elas: (i) argumentos de ordem

[1] ZEGER, Arthur. MERCADO E CONCORRÊNCIA: ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONCORRÊNCIA DESLEAL–MARKET AND COMPETITION: ABUSE OF ECONOMIC POWER AND UNFAIR COMPETITION. Revista da SJRJ, v. 17, n. 28, p. 47-68, 2010.

[2] MARTINS, Ciro Silva; DOS SANTOS, Laura Soares Miranda. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020.

econômica majoritariamente ligados à Escola de Chicago contribuem sobremaneira para formação do convencimento do Cade no exame de casos envolvendo o abuso de posição dominante, (ii) rol previsto no § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 é exemplificativo, (iii) a expressão *"independentemente de culpa"*, encontrada no caput do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, indica que a responsabilidade por ilícitos concorrenciais é objetiva, (iv) a instrução nos processos administrativos envolvendo condutas unilaterais é extremamente exigente, o que dificulta a imputação de responsabilidade concorrencial nesses casos; e (v) prevalece a utilização da regra da razão na análise de abuso de posição dominante, de modo que o Cade pondera os efeitos positivos e negativos de cada conduta para chegar a uma análise de mérito.

Tendo em mente que a análise quanto à existência de abuso de poder econômico parte da ponderação dos efeitos positivos e negativos da conduta no caso concreto, cabe indagar se havia um abuso institucionalizado da posição dominante antes da promulgação Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL nº 4 e, se havendo, o preço de referência era instrumento apto a contê-lo ou se, pelo contrário, engessou as negociações entre as partes balizando a conversa sobre premissas econômicas inviáveis.

Voltando a questão de fatos envolvendo o compartilhamento de infraestrutura, importa destacar que, segundo a OCDE, a *Essential Facilities Doctrine*[3] (EFD) afirma que quando da existência de infraestrutura "essencial" ou "gargalo" específica, o detentor/proprietário da instalação é obrigado a fornecer acesso a essa instalação a um preço "razoável".

Calixto Salomão Filho afirma que no âmbito do Direito Concorrencial, a partir das decisões dos casos Hecht vs. Pro-Football[4] (1977) e MCI vs. AT&T[5] (1983), se tem uma conceituação mais precisa da doutrina de essential facilities, sendo apresentadas as condições para aferir a existência de atitudes anticoncorrenciais com relação ao livre acesso a infraestruturas essenciais: (i) ser controlada por um agente

[3] DOHERTY, Barry. Just what are essential facilities?. Common Market Law Review, v. 38, n. 2, 2001.

[4] Hecht v/s Pro-football Inc. Disponível em: <https://www.quimbee.com/cases/hecht-v-pro-football-inc-washingtonredskins />

[5] MCI Telecommunications Corp. v. AT&T CO. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supremecourt/512/218.html>

monopolista; (ii) impossibilidade técnica, prática e/ou econômica de duplicação do referido bem; (iii) a viabilidade de disponibilização do acesso e (iv) negativa de acesso a tal bem.

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

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

.

Quando do lançamento da Consulta Pública 016/2018, o representante da ANEEL enfatizou tal questão, apresentando o percentual de impactos nas tarifas:

> *"a tomada de subsídios também receberá sugestões sobre o preço do compartilhamento dos pontos de fixação dos postes, que é de R$ 3,19...a receita obtida pelas distribuidoras com esse compartilhamento soma R$ 1,2 bilhão, sendo que de R$ 720 milhões (60%) são direcionados à modicidade tarifária, com um alívio médio de cerca de 0,4% nas tarifas de energia. "Nossa expectativa é que, quando tudo estiver regularizado, principalmente nos grandes centros, esse percentual de redução na tarifa alcance 1,2%".*

A respeito do preço a ser praticado pelas Concessionárias vale destacar o posicionamento do professor Carlos Ari Sundfeld[6] que entende, ao contrário da maior parte do setor privado, que a atividade econômica de compartilhamento de

[6] SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo Jurídico sobre o preço de compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, ano, v. 1, 2005.

infraestrutura, por ser secundária, deve estar sujeita à regra da livre negociação, sendo contrário à fixação de preço apriorístico pela Agência Reguladora:

> *Singelamente, pode-se dizer que esse uso secundário da infra-estrutura instaura uma relação jurídica contratual que tem certas semelhanças com a locação de espaço físico. Neste contexto, a exploração comercial, pelas distribuidoras de energia elétrica, dos postes – isto é, sua cessão parcial e onerosa para operadoras de telecomunicações e de TV a Cabo - é uma atividade econômica comum, sujeita à regra da livre negociação e da livre formação de preços. Trata-se de uma atividade própria de um mercado livre, franqueado aos detentores desses meios, sujeita à regra geral da liberdade de ação.*
>
> *Como decorrência dessa regra de liberdade de empreendimento, o art. 73 prevê claramente a necessidade de o beneficiário da infra-estrutura compensar economicamente a empresa cessionária. O modo de estabelecer a compensação econômica foi dado pela lei: é a livre negociação entre os interessados.*
>
> *(...)*
>
> *Percebe-se que o contrato de concessão trata de modo muito distinto a prestação do serviço público de energia e a exploração secundária da infraestrutura. Enquanto a liberdade empresarial do negócio de energia é limitada por uma séria de normas (cláusula 3.°, caput), que tratam inclusive da tarifa, prevê-se que o negócio consistente na exploração de infra-estrutura terá seu preço fixado em instrumentos contratuais firmados entre as partes envolvidas (cláusula 3., terceira subcláusula). Portanto, a concessão reconheceu expressamente a liberdade empresarial quanto à fixação do preço do negócio da infra-estrutura, remetendo-a ao mecanismo clássico: a negociação entre interessados e subsequente contratação.*
>
> *A Lei de Concessões não outorga qualquer competência regulatória ao poder concedente relativamente ao montante das fontes alternativas de receita do concessionário. O que é preciso para viabilizar esta fonte de receita é que o edital da licitação autorize a exploração econômica de bem vinculado à concessão. Eventual cláusula editalícia pode prever a necessidade do concessionário registrar junto ao poder concedente suas atividades Secundárias e o valor arrecadado, com vistas à possível adequação das tarifas cobradas do usuário pelo serviço público prestado. Mas só.*
>
> *Por isso fica descartada qualquer possibilidade de a ANEEL estabelecer condições econômicas pelo uso secundário dos postes com base no art. 11 da Lei de Concessões. E isso por uma razão*

> *óbvia: porque o uso secundário dos bens vinculados à concessão de serviço público pela empresa concessionária não passa de uma atividade empresarial como outra qualquer.*

Como solução para o possível abuso na fixação do preço o autor defende que só deve haver combate, seja pelo CADE, seja pela autoridade administrativa responsável por sanar a disputa quando, nos termos dos incisos I e II da Lei Anticoncorrencial *"I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços"*.

Nesses casos, o preço justo e razoável poderia ser auferido pela análise de mercados competitivos comparáveis, experiência internacional ou a partir de circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes a levarem em conta no caso concreto o impacto das decisões privadas sobre o preço dos postes na ordem econômica.

Nesse sentido, inclusive, seguia a jurisprudência do CADE que determinava que a práticas de "preços excessivos" só seria ilícita quando gerasse distorções na concorrência. Confira-se:

> *"Infração à ordem econômica - cláusula potestativa de reajuste de preços - pretendida ilegitimidade prima facie - rejeição - A estipulação de cláusula contratual de reajuste unilateral de preços, não constitui, por si só, forma de infração à ordem econômica, uma vez que a restrição à liberdade individual não implica, necessariamente, restrição ou falseamento da livre iniciativa ou livre concorrência. Não cabe ao CADE, mas ao Poder Judiciário, decidir sobre a potestividade de cláusula contratual, salvo quando reste comprovado seu uso para produzir efeitos anticoncorrenciais no mercado.*
>
> *(...)*
>
> *É importante frisar que na análise das condutas que ferem o princípio da livre concorrência, necessariamente tem que se tratar de condutas que comprometam o funcionamento regular dos mercados. Com efeito o abuso de poder econômico invocado pela Representante nos autos deve ser investigado se se trata realmente de abuso de liberdade de iniciativa ex vi do § 4o do art.*

> *173 consagrado na Constituição Federal, ou seja, no sentido de infração contra o mercado, é o que deve ser objeto de repressão."*[7]

Como se vê, sempre existiu uma preocupação de não intervir desnecessariamente no mercado fixando parâmetros prévios do que seria uma cláusula potestativa ou, nesse caso, a prática de um preço abusivo, mas ainda sim se entendeu por bem fixar o preço de referência que, apesar de haver discussão nos tribunais acerca da sua compulsoriedade, balizaria as disputas administrativas a esse respeito.

A respeito da discussão acerca da compulsoriedade do preço de referência, faz-se necessário trazer alguns excertos de acórdãos de diferentes tribunais que possuem entendimento distintos a respeito do assunto. Confira-se:

> *"3. Demonstrado que o valor mensal do ponto está sendo cobrado em montante superior ao fixado na Resolução Conjunta, sem haver, neste momento processual, justificativa plausível para tanto, impõe-se a redução do aluguel ao valor estabelecido pelas agências reguladoras, devidamente atualizado."*[8]

> *"Se a requerente não conseguiu provar que o preço que paga é injusto e discriminatório e a requerida não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar que o valor oferecido é adequado e condizente com o serviço prestado, razoável a adoção do valor sugerido na Resolução Conjunta n. 04 de 2014, da ANEEL/ANATEL, para remunerar devidamente a empresa proprietária dos postes, bem como para balizar o montante a ser suportado pela empresa de prestação de serviço de TV a cabo"*[9]

> *"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - COMPARTILHAMENTO DO USO DE INFRAESTRUTURA (POSTES) ENTRE CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA E PRESTADORA DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES - PREÇO POR PONTO DE FIXAÇÃO - PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO PREÇO ESTIPULADO EM CONTRATO - RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 4/2014 DA ANEEL/ANATEL - PREÇO DE REFERÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DE ABUSIVIDADE -*

[7] Ato de Concentração n.° 54/95, de 11 de fevereiro de 1998, Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul - COPESUL, OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A. In DOU de 3 de março de 1998, Seção I, p. 5.

[8] TJ-MG - AI: 10000191528215001 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 13/02/2020, Data de Publicação: 20/02/2020.

[9] TJ-PR - APL: 00020874620198160161 Sengés 0002087-46.2019.8.16.0161 (Acórdão), Relator: Hamilton Rafael Marins Schwartz, Data de Julgamento: 10/08/2021, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/08/2021.

> *PREÇO DE MERCADO - PREVALÊNCIA DA LIVRE NEGOCIAÇÃO ENTRE AS PARTES - RECURSO DESPROVIDO. I - O compartilhamento da infraestrutura necessária ao oferecimento de serviços de telecomunicações deve ser garantido de forma isonômica entre os demais prestadores de serviço, em atenção aos princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica. II - O preço de referência definido na Resolução Conjunta nº 4/2014 é apenas um parâmetro, não se trata de regra vinculativa. III - Nos termos da legislação aplicável à espécie, as partes podem convencionar os preços do compartilhamento de postes, de forma a assegurar a remuneração do custo alocado à infraestrutura compartilhada e demais custos percebidos pela concessionária; IV - Caberia à autora demonstrar que o preço praticado é discriminatório, injusto e desarrazoado, contudo, não se desincumbiu do seu ônus probatório, uma vez que evidente a existência de outros contratos com preços similares ao valor impugnado."*[10]
>
> *"Em suma, referidas normas permitem que as partes interessadas rediscutam valores, mas não determinam a prévia fixação ou qualquer outra forma de "tabelamento" de preços. O valor apontado como referência pela Resolução Conjunta (ou na Consulta Pública) não pode ser entendido como de aplicação obrigatória e automática*
>
> *(...)*
>
> *A hipótese, assim, seria de nova revisão do contrato, atentando-se ao preço referência invocado pelo autor, mas também às condições da região em que se encontra estabelecido, em especial preços praticados com concorrentes, vislumbrando-se a princípio a necessidade de prova pericial."*[11]

Como se vê, alguns tribunais entendiam que o preço de referência deveria ser seguido de forma compulsória, enquanto outros seguiam a linha de que seria necessária a produção de prova pericial para se chegar ao valor *justo e razoável*. Fato é que, seja qual fosse a linha a ser seguida, o consenso em relação ao preço é de que a mera negociação entre as partes tendo de um dos lados muito mais poder econômico poderia implicar em abuso.

[10] TJ-MG - AC: 10000190290155003 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 27/08/2020, Data de Publicação: 30/08/2020.

[11] TJ-SP 10126226620158260100 SP 1012622-66.2015.8.26.0100, Relator: José Augusto Genofre Martins, Data de Julgamento: 20/03/2018, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/03/2018.

Em relação ao preço de referência estipulado pela Resolução Conjunta nº 4, apesar de ocorrer uma convergência em torno do valor de R$ 3,19, os Relatores apresentaram visões distintas sobre sua utilização. Enquanto o representante da ANEEL reforçou a utilização do mesmo para a resolução dos conflitos, reforçando que a livre negociação ainda seria a melhor solução, o representante da Anatel externou a preocupação com eventuais subsídios cruzados do setor de telecomunicações para o de distribuição de energia elétrica, reforçando que tal valor deveria ser orientado a custos.

> "A ANEEL e a ANATEL elaboraram, em 2007, minuta de Resolução Normativa Conjunta com proposta de metodologia para o cálculo do preço de referência a ser empregado como parâmetro para dirimir conflitos entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, no que diz respeito ao compartilhamento de infraestrutura. 5. Em 22 de julho de 2011, a SRD emitiu a Nota Técnica no 35/2011- SRD/ANEEL, na qual apresentou as premissas utilizadas na simplificação do procedimento para cálculo do preço de referência e recomendou a reabertura da Audiência Pública 7/2007 para recebimento de contribuições da sociedade a respeito da nova metodologia, que previa, em síntese, o preço de referência definido como 0,6% do valor de um poste típico, determinado pela ANEEL com base em seu Banco de Preços Referencial. 8. Na 7a Reunião Pública Extraordinária, realizada em 1º de agosto de 2013, a Diretoria da ANEEL reabriu a Audiência Pública 7/2007, por intercâmbio documental, entre 6 de agosto e 29 de setembro de 2013, com sessões presenciais em 4 e 11 de setembro, realizadas respectivamente em São Paulo e Brasília, objetivando discutir a proposta de minuta de Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL, que estabelece o preço de referência para solução de conflitos e as condições de ocupação de pontos de fixação no compartilhamento

de postes entre distribuidoras e empresas de telecomunicações”[12] (ANEEL, 2014b).

> PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CONJUNTA ANATEL E ANEEL. DEFINIÇÃO DE PREÇO DE REFERÊNCIA PARA POSTES. REGRAS PARA USO E OCUPAÇÃO DOS PONTOS DE FIXAÇÃO. RETORNO DE CONSULTA PÚBLICA. APROVAÇÃO MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE RESOLUÇÃO CONJUNTA. a) Concordância da Anatel e ANEEL quanto a adoção da média ponderada (R$3,19) como preço de referência razoável para o Ponto de Fixação; b) Limitação da cobrança de valor correspondente a um Ponto de Fixação por poste de cada prestadora de serviços de telecomunicações, independentemente da quantidade de pontos efetivamente ocupados; c) Adequação para apenas um ponto de fixação somente quando ocorrer solicitação de compartilhamento; d) Atendidos os requisitos legais e regimentais e reconhecida a conveniência e oportunidade da proposta resultante da Consulta Pública nº 30/2014 cabe a sua aprovação mediante a expedição de Resolução Conjunta Anatel e ANEEL.”[13] (ANATEL, 2014)

Isto é, visões totalmente distintas levaram ao mesmo resultado, enquanto para ANEEL a visão seria de buscar um valor que representa a média de uma série de contratos “negociados livremente”, sem arbitrar um valor, a Anatel entendia que seria melhor a definição de um preço que espelhasse somente os custos envolvidos.

Outra questão reforçada nos pareceres foi a diferença de valores pagos em contratos realizados pela mesma distribuidora de energia elétrica, com preços variando na ordem de 12,5 vezes. As empresas maiores e ou prestadoras de serviço público apresentam os valores menores, enquanto os provedores de serviços com um número menor de pontos contratados pagam os valores mais elevados.

[12] Documento pelo qual o relator da proposta de resolução encaminha para decisão da Diretoria Colegiada ANEEL.
[13] Documento pelo qual o relator da proposta de resolução encaminha para decisão do Conselho Diretor da Anatel.

Trata-se, na acepção do conceito, de economia de escala, uma vez que qualquer empresa que detenha maior volume de demanda naturalmente possuirá maior capacidade de negociação, mas, por outro lado, caso se pense na função social da *essential facility* estaria sendo priorizada empresas com maior poder econômico em detrimento de pequenas empresas.

Além disso, a questão do preço se reveste de grande importância, uma vez que valores de compartilhamento mal calibrados podem gerar benefícios cruzados entre os setores, podendo os consumidores de energia elétrica obterem tarifas mais módicas e/ou serem penalizados duplamente, por valores que não suportem os custos advindos do compartilhamento e que não possibilitam reduções nas tarifas de energia elétrica.

Ocorre que o valor de R$ 3,19 foi obtido pela média dos preços até então praticados, que eram formados em ambiente com evidentes falhas de mercado (monopólio natural detentor de essential facility, que possibilita a cobrança de valores elevados de compartilhamento).

De acordo com a Nota Técnica[14] 0185/2013-SRD/SCT/ANEEL, para definição do preço de referência foram analisados[15] 461 contratos de compartilhamento de postes, onde identificou-se que o valor médio ponderado de compartilhamento seria de R$ 2,44 por ponto de fixação.

Na Resolução Conjunta 04/2014, determinou-se o preço de R$ 3,19 por ponto de fixação ao invés de R$ 2,44, indicando que o valor elaborado em 2009, foi atualizado monetariamente para 2014, apesar de não estar explícito o índice e nem os períodos de correção utilizados[16].

---

[14] Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_auth=tRDU97Io&p_p_id=audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_documentoId=11084&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_tipoFaseReuniao=fase&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_javax.portlet.action=downloadAnyFile>. Acesso em 11/04/2018.

[15] Analise feita na Nota Técnica nº 0051/2010-SRD/ANEEL. Fonte: Nota Técnica 0185/2013-SRD/SCT/ANEEL.

[16] Índices de Inflação entre abril de 2009 e dezembro 2014: IPCA – 38,63%; IGP-M – 36,89%; IGP-DI – 37,72%.

Depreende-se da metodologia adotada que o preço de referência de compartilhamento de postes é a mera média ponderada dos valores praticados no mercado, de modo que não garante que os princípios de *"isonomia e razoabilidade"* definidos na Lei Geral de Telecomunicações e que devem guiar o compartilhamento de infraestruturas entre os setores de telecomunicações e energia elétrica estão sendo observados. Quer dizer, se havia abusividade nos preços praticados em 2009, a média ponderada apenas os replicou.

Além disso, importa destacar, no entanto, que quando da edição da norma não foi apresentada uma avaliação custo benefício dos comandos normativos, tendo em vista que à época da homologação da Norma, não existia a obrigação de apresentação desta análise. Outra questão que poderia contribuir para a transparência, seria a apresentação da memória de cálculo do valor de referência, com a apresentação dos dados referentes aos contratos utilizados no cálculo.

A norma também não faz referência a incentivos e ou mecanismos para alcançar os efeitos desejados, e não sinaliza, explicitamente, nenhuma estratégia de implementação. Porém, no documento de abertura da Consulta Pública nº016/2018, tanto a Anatel quanto a ANEEL, reconhecem que os incentivos atualmente não contribuem para a melhoria no compartilhamento de postes.

Basicamente o que se verifica da análise da metodologia da estipulação do preço de referência é que partindo do pressuposto de que *prima facie* haveria abuso de poder econômico a estipulação de um valor de referência pautado unicamente na média dos valores praticados até então simplesmente ignora as peculiaridades de cada região para impor um valor arbitrário sem qualquer estudo.

Voltando às críticas de Carlos Ari Sundfeld, vale também mencionar que a retirada de atribuição do CADE para auferir caso a caso a abusividade do preço praticado gera o efeito inverso pretendido pela legislação anticoncorrencial, qual seja, interferir de forma artificial no mercado, prejudicando a concorrência.

Respondendo às hipóteses feitas inicialmente, tem-se que a metodologia para se alcançar o preço de referência simplesmente replica o que já vinha sendo praticado no mercado e perpetua os abusos até então existentes, de modo que apenas contribui para o abuso do poder econômico das empresas existentes e interfere artificialmente na formação do preço de compartilhamento de infraestrutura.

Tanto a fixação do preço de referência para o compartilhamento de infraestrutura de postes se demonstrou um erro que a nova versão do Regulamento pode extingui-lo novamente. Nesse sentido, sinalizou o superintendente de regulação dos serviços de distribuição da Aneel, Carlos Alberto Mattar, durante conversa com a Anatel e a Abrint sobre o tema: *"A ideia inicial que temos estabelecida com a Anatel é que não será colocado na revisão da resolução conjunta um preço [referência], exatamente para que possamos abarcar as peculiaridades de cada estado, região ou município"*.

O que vem sendo projetado para o futuro, é a fixação de um preço máximo e um mínimo[17]. Trata-se de solução que pode vir a calhar desde que haja um estudo prévio adequado dos custos envolvidos no compartilhamento da infraestrutura e não apenas a média das regiões, uma vez que permite a negociação ao mesmo tempo em que estabelece balizas para a mesma.

No entanto, quando se pensa em efetivamente combater o abuso do poder econômico exercido pelas Companhias de Energia Elétrica, mais do que pensar em estabelecer preços de referências, seja um único padrão ou parâmetros mínimos ou máximos, é de maior relevância observar o quanto o mercado realmente está sendo impactado negativamente pelos preços praticados, privilegiando uma repressão caso a caso, seja pelo CADE ou por órgão interno da Agência competente.

[17] "O preço referência foi um grande erro que automaticamente jogou todo mundo para a briga", afirmou o diretor da entidade, Basílio Perez, lembrando que cerca de 200 casos de resolução de conflitos entre teles e distribuidoras seguem sem conclusão. "Na revisão, o preço não pode ser de referência. Os reguladores vão ter que ser firmes para encontrar solução e valor que evite discussões, botar um valor máximo e dele para baixo, se discute", completou o dirigente.

REFERÊNCIAS

DOHERTY, Barry. Just what are essential facilities?. Common Market Law Review, v. 38, n. 2, 2001.

MARTINS, Ciro Silva; DOS SANTOS, Laura Soares Miranda. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo Jurídico sobre o preço de compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, ano, v. 1, 2005.

ZEGER, Arthur. MERCADO E CONCORRÊNCIA: ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONCORRÊNCIA DESLEAL–MARKET AND COMPETITION: ABUSE OF ECONOMIC POWER AND UNFAIR COMPETITION. Revista da SJRJ, v. 17, n. 28, p. 47-68, 2010.