

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

VERONICA LAGASSI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 - UNIVEM - São Paulo

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 - Goiás

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

Coordenadores: Marcus Firmino Santiago ; Veronica Lagassi – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-243-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ordem social. 3. Regulação. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

O ano de 2020 segue trazendo obstáculos e desafios. Ninguém ficou à margem da pandemia que assola o globo e afeta diretamente os espaços social, político, econômico ou jurídico. Porém, para alguns, as dificuldades têm sido maiores. A pandemia é desigual.

Esta realidade não passou despercebida pelos pesquisadores que se reuniram no Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação, no dia 05 de dezembro, no âmbito do II Encontro Virtual do Conpedi. Cada um em sua casa, todos juntos em um diálogo rico e construtivo, permeado por reflexões extremamente relevantes e que ajudam a compreender o mundo de hoje e pensar o de amanhã.

Como de hábito nos encontros do Conpedi, praticamente todas as Regiões brasileiras se viram representadas, em um amálgama plural e, ao mesmo tempo, uníssono na preocupação em construir um pensamento jurídico socialmente orientado.

Os artigos apresentados podem ser agrupados em dois eixos de discussão que, em conjunto, permitiram um debate abrangente sobre diferentes e relevantes temas relacionados ao Direito e Economia.

Um primeiro teve por foco debates sobre o papel do Estado e análises acerca de suas deficiências enquanto garantidor dos direitos fundamentais e dos interesses coletivos, quadro que se evidencia enfaticamente diante da crise sócio econômica trazida pela pandemia.

Neste conjunto, foram apresentados estudos sobre:

a) A natureza do modelo neoliberal de Estado e a preponderância de um mercado que depende profundamente da ação estatal para garantir suas liberdades e reforçar sua capacidade de dominação sobre os espaços produtivos, em especial as relações de trabalho (Regulação do trabalho, neoliberalismo e pandemia);

b) A força das empresas e a fragilidade dos Estados no contexto da expansão globalizante, com destaque para a busca por vantagens competitivas em detrimento da proteção às pessoas, a limitar a abrangência dos sistemas regulatórios nacionais (Crise do estado-nação: impactos fiscais frente à globalização econômica);

c) O desafio de construir uma ação integrada e cooperativa entre os países para enfrentar a pandemia do Covid-19, o que não ocorreu, mostrando a fragilidade de Estados e organismos internacionais (A demagogia nas questões de enfrentamento do covid-19 em âmbito internacional e o paradoxo da ineficácia de políticas públicas);

d) O papel da OMS como reguladora global de políticas de saúde pública, suas condutas e deficiências, com destaque para a fragilidade dos parâmetros jurídicos adotados pela OMS para coordenar as ações dos países, face à não vinculatividade de suas medidas (A covid-19 no contexto da saúde global: uma análise sobre a efetividade da Organização Mundial da Saúde e de suas normas);

e) A tibieza do sistema protetivo, em especial o marco civil da internet, diante da disseminação das fake news, fenômeno que tem feito com que a primazia tradicionalmente conferida à liberdade de expressão passe a ser sopesada (Bases principiológica e conceitual sobre o fenômeno da desinformação e da “fake news”: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade na sociedade da informação);

f) A natureza jusfundamental da privacidade e os desafios trazidos pela revolução tecnológica, com sua enorme disseminação na circulação de dados pessoais, dados que viram uma espécie de capital para as empresas (A proteção de dados pessoais: função social e atendimento da finalidade da ordem econômica);

g) A digitalização das relações sociais, fenômeno que promove uma aproximação crescente entre pessoas e máquinas, pela via da presença cada vez mais constante da inteligência artificial, e que traz a questão: quais os limites para a possibilidade de apreensão da vontade humana? (Inteligência artificial e repercussão em direitos fundamentais: relações com integração, autonomia e digitalização da sociedade);

h) A ausência de um sistema normativo internacional de controle sobre as práticas das empresas transnacionais e os freios que estão previstos na Constituição brasileira e que funcionam como garantia de respeito à função social que a atividade econômica deve ter (Empresa e sua função social à luz da Constituição Federal);

i) A importância de as decisões jurídicas e econômicas serem embasadas em análises abrangentes, que consigam considerar os vários riscos em jogo e a necessidade de as decisões serem tomadas de forma transparente e isonômica (Coronavírus e premissas das decisões judiciais: risco, provisoriedade e falta de um cenário macro);

j) A busca por equilibrar o direito à educação com a proteção à saúde, de forma adequada às necessidades de estudantes com deficiência, dificuldades que se conectam primordialmente à capacidade de docentes e discentes lidarem com estes alunos, sendo esta a maior barreira à aplicação das normas já existentes voltadas a assegurar a inclusão (A sala de aula invertida e a inclusão das pessoas com deficiência no ensino jurídico em tempos de pandemia);

k) O conceito e as origens do patrimonialismo, tradição arraigada no Estado brasileiro, e sobre as normas jurídicas voltadas a coibi-lo (As raízes do patrimonialismo no Brasil e suas consequências no estado contemporâneo).

O segundo eito temático contemplou estudos mais focados em aspectos regulatórios, mas que nem por isso deixaram de ressaltar a preocupação com as necessidades sociais e os impactos que as decisões estatais produzem sobre a vida das pessoas.

Aqui se encontram artigos que tratam:

a) Das alterações regulatórias trazidas para o sistema financeiro diante das necessidades sociais criadas pela pandemia, como o acesso ao auxílio emergencial, e a expansão da bancarização (A pandemia como fator de incentivo à digitalização do sistema financeiro nacional);

b) Das variáveis em discussão nas PECs que objetivam promover a reforma do sistema tributário e seus potenciais impactos sobre o segmento dos produtores e consumidores de leite (Breves comentários sobre os impactos da reforma tributária no segmento dos lácteos);

c) Da nova regulamentação aplicada aos alimentos de origem animal, com ênfase para as repercussões sobre o setor lácteo, com destaque para a crítica à ausência de debates antecedentes à edição do decreto (Comentários ao Decreto nº 10.478/2020);

d) Da relação entre setor de distribuição de energia elétrica e de comunicações, em uma análise dos marcos regulatórios aplicáveis ao compartilhamento de infraestrutura pelos dois setores (O fenômeno do compartilhamento dos postes à luz de ferramentas da análise econômica do direito);

e) Da contabilidade gerencial como ferramenta necessária a todos os envolvidos com a gestão empresarial, de modo a permitir um melhor planejamento tributário (O princípio da não-cumulatividade como ferramenta do controller);

f) Do sistema nacional de vigilância sanitária, abrangendo as diversas etapas que envolvem o processo de aprovação de novos medicamentos e da sua disponibilização aos consumidores, enfatizando a importância do controle regulatório como proteção ao ser humano (Política regulatória das boas práticas de fabricação como mecanismo de garantia de qualidade e segurança dos medicamentos no Brasil);

g) Da natureza extrafiscal do ICMS e seu uso como instrumento para incentivar ou desestimular o consumo a fim de defender a modulação da sua alíquota como mecanismo de política pública para assegurar melhor acesso a produtos essenciais e combater a desigualdade (Princípio da seletividade no ICMS com aplicação ao gás liquefeito de petróleo: uma análise da importância para a redução das desigualdades sociais).

Em seu conjunto, os artigos que compõem esta coletânea abarcam inúmeras questões essenciais ao estudo do Direito e Economia e permitem aos leitores ter acesso a reflexões densas sobre problemas extremamente atuais e relevantes. Aproveitem a leitura!

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof.^a Dr.^a Verônica Lagassi

Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O FENÔMENO DO COMPARTILHAMENTO DOS POSTES DE À LUZ DE FERRAMENTAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE LAMPOST' SHARING: AN ANALYSIS OF THE PHENOMENON BY CERTAIN INSTRUMENTS FROM THE LAW AND ECONOMICS

Mauricio Soares Urti ¹

Resumo

O artigo se propõe a analisar o fenômeno do compartilhamento de Postes de Luz, pelos atores das telecomunicações, mediante instrumentos fornecidos pela Análise Econômica do Direito. O trabalho aborda a teoria das Essential Facilities e elenca alguns dos esforços do regulador brasileiro no enfrentamento do fenômeno. Discorre sobre a recente proposta de revisão dos marcos regulatórios intersetoriais, no Brasil, e após aprofundamento das propostas apresentadas pelas agências reguladoras dos setores diretamente impactados pelo compartilhamento, filia-se à ideia de que cabe aos próprios atores econômicos encontrarem os pontos de equilíbrio ótimos com vistas à alocação eficiente de custos afetos ao compartilhamento.

Palavras-chave: Compartilhamento de postes de luz, Instrumentos da análise econômica do direito, Doutrina das essential facilities, Poder de barganha dos atores econômicos

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes the phenomenon of the sharing of lampposts by a Law and Economics perspective. Also addressing the Essential Facilities doctrine, the study indicates some of the efforts made by the Brazilian regulatory agencies in order to accommodate the phenomenon. It also mentions the recent efforts from the agencies in reviewing the regulatory framework. The paper recognizes a major claim from incentives by the Brazilian regulation, enforcing the use of sharing alternatives by the relevant players, concluding that the private bodies are the proper stakeholders to find an efficient allocation of costs related to any sharing solutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sharing of lampposts, Perspective from the economic analysis of law, Essential facilities doctrine, Bargaining powers from the players

¹ Mestrando em Direito da Regulação, Pós-Graduado em Direito Empresarial, concentração em Direito Processual Civil, Societário e Mercado de Capitais pela FGV Direito Rio. Graduado em Direito pela UERJ.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a analisar o compartilhamento de redes e de infraestruturas de rede sob uma perspectiva econômica, por meio do uso de alguns instrumentos consagrados pela Análise Econômica do Direito. O ponto de partida do artigo reside nos acordos celebrados por prestadoras de serviços do setor de telecomunicações, englobados, para fins deste trabalho, os Serviços Móvel Pessoal (“SMP”)¹, os Serviços Telefônicos Fixos Comutados (“STFC”)² e os Serviços de Comunicação Multimídia (“SCM”)³, conjuntamente referenciados como as “Telecomunicações”, e por concessionárias de distribuição de energia elétrica (as “Concessionárias”), relativamente ao compartilhamento de infraestruturas⁴ essenciais às redes afetas tanto ao segmento de energia elétrica (os “Postes de Luz”), como também de enorme utilidade para o setor das Telecomunicações, em razão de seus usos para a instalação de pontos com vistas à fixação das redes que atendem a este setor (os “Pontos de Fixação”)⁵.

Feita a análise acerca dos incentivos de que dispõem os atores econômicos dos dois setores acima mencionados para a implementação do compartilhamento dos Postes de Luz, o estudo se debruça em algumas das justificativas plausíveis sob uma perspectiva econômica para que o fenômeno do compartilhamento não tenha alcançado uma eficiência alocativa, especialmente diante de dados coletados pelas agências que regulam as atividades dos atores desses setores, nomeadamente a Agência Nacional de Energia Elétrica (“Aneel”) e a Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”), coletados junto à Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório Aneel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de no. 28/2018 (a “Consulta Pública”).

¹ Resolução nº 477 da Anatel, de 07 de agosto de 2007. “Art. 4º Serviço Móvel Pessoal - SMP é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento”.

² Resolução nº 477 da Anatel, de 07 de agosto de 2007. “Art. 3º. (...) XXVI - Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC: serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia”

³ Resolução nº 614 da Anatel, de 28 de maio de 2013. “Art. 3º. O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.”

⁴ Resolução Conjunta nº 1, de 24 de novembro de 1999 da Aneel, Anatel e ANP. Art. 3º. inciso V.

⁵ Resolução Conjunta nº 4, de 16 de dezembro de 2014 da Aneel e Anatel. Art. 1º., § 1º.

O regulador identificou um problema concernente ao preço de compartilhamento dos Pontos de Fixação dos Postes de Luz, de maneira que provocou discussões, entre os atores regulados dos setores impactados pelo fenômeno, das seguintes alternativas regulatórias: (a) a manutenção da regulamentação vigente; (b) a retirada da regulamentação conjunta da previsão do preço de referência, com o estabelecimento de medida de transparência; (c) a homologação de condições de conhecimento público para contratação, as quais seriam aplicáveis a todos os contratos, com preços definidos pelas Concessionárias; (d) o estabelecimento de preço em Ato da Aneel, o qual refletiria, além dos custos, demais fatores regionais intrínsecos à dinâmica do compartilhamento (saturação, demanda, competição) e que permitiriam a remuneração das atividades de regularização.

O diagnóstico constante da Consulta Pública indica algumas das possíveis razões que influenciaram as tomadas de decisão das Concessionárias e das prestadoras de serviços de Telecomunicações, além da maneira como se desenvolveu o fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz. Tenciona-se a revisão de marcos regulatórios até o momento editados, notadamente a Resolução Conjunta no. 01 de 99⁶, que tencionou a fixação de diretrizes para o compartilhamento de infraestruturas entre os setores de energia elétrica, Telecomunicações e petróleo (“Resolução 01/99”), e a Resolução Conjunta no. 04 de 2014, responsável pela aprovação do preço de referência para o compartilhamento dos Postes de Luz entre as sociedades distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de Telecomunicações (“Resolução 04/2014”)⁷

A hipótese deste trabalho é de que em se tratando do fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz, ao menos sob uma perspectiva econômica, a livre negociação entre as partes, ou seja, as soluções que privilegiam a barganha entre os atores envolvidos e interessados no fenômeno, consistiria no estímulo adequado para que os atores econômicos envolvidos encontrassem soluções nas quais as eficiências alocativas sejam protagonistas, com vistas à maximização de riquezas.

1. O FENÔMENOS DO COMPARTILHAMENTO DOS POSTES DE LUZ SOB UMA PERSPECTIVA ECONÔMICA

⁶ Resolução Conjunta no. 01 de 1999. Art. 1o.

⁷ Resolução Conjunta no. 04 de 2014. Art. 1o.

A abordagem econômica do fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz, infraestruturas de rede típicas do setor de energia elétrica, detidas pelas Concessionárias de distribuição de energia elétrica e igualmente cobiçadas pelas prestadoras dos serviços de Telecomunicações, é central neste estudo.

A forma como se estruturou o setor de energia, estabelecido em modelo de concessões para as atividades de distribuição da energia elétrica⁸, implicou em que as Concessionárias, ao longo do tempo, construíssem um volume considerável de Postes de Luz no intuito de capilarização das suas redes de energia por entre as residências de usuários dos serviços, no Brasil, de modo a torna-los mais universais. A Aneel indica que um percentual superior a 98% (noventa e oito por cento) das residências no Brasil são atendidas pelos serviços de energia elétrica⁹.

Os atores econômicos do setor de energia elétrica, no entanto, não atuam com os mesmos atrativos típicos de sociedades inseridas em contexto de livre mercado. O fato dos Postes de Luz serem classificados como bens públicos e apenas detidos pelas Concessionárias é um dos fatores que ocasionam pouca atratividade a elas de maximizarem receitas advindas de suas utilidades.

Além disso, os custos incorridos pelas Concessionárias na construção e manutenção dessas infraestruturas acabam absorvidos pelas tarifas de energia elétrica praticadas aos usuários. O modelo de monopólio natural¹⁰ deste setor econômico acarreta em que a construção e a arquitetura das redes de energia elétrica se desenvolvam de maneira ordenada, o que é facilitado pela falta de concorrência típica de mercados assim estruturados.

⁸Resolução Normativa Aneel, nº 414, de 9 de setembro de 2010. Art. 2o.

⁹O trecho adiante extraído da Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório Aneel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de no. 28/2018, ilustra os diagnósticos feitos pelo regulador nos moldes indicados neste estudo: “A rede de distribuição de energia elétrica possui grande alcance nacional, considerando a essencialidade do serviço no desenvolvimento da sociedade. Atualmente, mais de 98% dos cidadãos possui energia em suas residências, o que comprova a sua capilaridade. Tal infraestrutura foi desenvolvida pelas distribuidoras, por meio de recursos financeiros advindos, essencialmente, da tarifa paga pelos consumidores de energia.” (ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações; **CONSULTA PÚBLICA PARA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações**; setembro de 2018; Modelo Versão 2.1; **TOMADA DE SUBSÍDIO PARA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações**; pág. 13).

¹⁰Notadamente com relação ao modelo de monopólio natural, Posner assim o contextualiza: “The condition arises when fixed costs are very large in relation to demand. If they can be spread over the entire output of the market, a single firm supplying that output may have a lower average cost of production than two equally efficient firms, each of which would incur the same fixed costs but have to spread them over only one-half the output.” (POSNER, Richard A., **Economic analysis of law**. 8th. ed; New York, N.Y., Aspen, 2011; Aspen casebook series; pág. 317/318.)

A primeira vista, as Concessionárias não são incentivadas a perseguirem a eficiência alocativa gerada pelo compartilhamento dos Postes de Luz, porque não há efetivamente uma maximização de riquezas com a remuneração pelo seus usos. Esta conclusão é corroborada pelo fato de que a modicidade tarifária gera o reflexo de que cerca de 60% (sessenta por cento)¹¹ das receitas decorrentes das remunerações pelo uso dos Postes de Luz são revertidos em prol dos usuários, com descontos nas tarifas de energia praticadas. Portanto, são revertidas apenas aproximadamente 40% (quarenta por cento) dessas receitas a esses atores.

De outro lado, os atores econômicos do setor de Telecomunicações demonstram intenso interesse no aproveitamento dessas infraestruturas com vistas à fixação de suas redes, por meio do uso dos Pontos de Fixação instalados nos Postes de Luz, com o consequente aproveitamento da capilaridade já percebida com relação às redes de energia elétrica.

O setor das Telecomunicações, embora historicamente também fosse estruturado em modelo de serviços públicos em seus primórdios, caracterizado por concessões em âmbito estadual (o “Sistema Telebrás”)¹², diante do advento da Emenda Constitucional de no. 8 de 1995 (a “EC 08/95”)¹³, caracterizou-se pela sua abertura a atores privados, de maneira que esses serviços típicos das Telecomunicações, notadamente o STFC e o SMP, passaram a ser prestados concomitantemente em regimes público e privado.

O ingresso de atores privados no setor das Telecomunicações e a consequente adaptação do cenário para um mercado em livre concorrência, alteraram os comportamentos das prestadoras dos serviços de Telecomunicações. Isto porque esses atores econômicos privados passaram a construir as suas correspondentes redes de forma isoladas e apartadas.

Vale aqui a ressalva de que as redes detidas pelos atores privados, prestadores de serviços de Telecomunicações, apresentam também algumas particularidades. Em se

¹¹Novamente o trecho subsequente, extraído da Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório Aneel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de no. 28/2018, revela os percentuais assinalados neste trabalho: “Avaliando a eficiência alocativa do uso compartilhado de postes, surge também o debate quanto ao compartilhamento de ganhos com a modicidade tarifária, ou seja, a contribuição dessa atividade acessória de compartilhamento de postes com a redução da tarifa de energia elétrica. Nos termos dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET vigentes, 60% da receita bruta de compartilhamento de postes é hoje revertida aos consumidores de energia elétrica na redução de tarifas, ao passo que os demais 40% são efetivamente percebidos pela distribuidora.”

¹²Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972.

¹³Emenda Constitucional no. 8 de 1995. Art. 1º.

tratando de autorizatárias de SMP, STFC, ou SCM, as redes e elementos de rede delas componentes possuem natureza privada. No entanto, no que se refere às concessionárias dos serviços de Telecomunicações, especialmente diante do legado das concessões por elas absorvidos quando das privatizações do setor, não há que se falar em redes e elementos de rede exclusivamente de naturezas privadas, posto que há bens públicos também nelas encerrados, inclusive afetados por todas as particularidades atinentes à reversibilidade diante da terminação de contratos de concessão.

2. AS OCUPAÇÕES DESORDENADAS DOS POSTES DE LUZ

As ocupações desordenadas dos Postes de Luz incentivam as Concessionárias a perseguirem um comportamento mais eficiente por parte de seus usuários, i.e., as prestadoras de serviços de Telecomunicações. Isto porque são frequentemente responsabilizadas por diversos agentes da Administração, especialmente aqueles incumbidos da tutela de direitos difusos, a fiscalizarem e regularizarem as ocupações realizadas nessas infraestruturas. Responsabilizadas pelo advento da ocupação desordenada das infraestruturas, as Concessionárias são impulsionadas à busca de maior eficiência na ocupação.

Muito embora se possa presumir que as tarifas, praticadas pelas Concessionárias de distribuição da energia junto aos seus usuários, encampe determinados custos de manutenção das infraestruturas que lhes são indispensáveis, não é razoável concluir que os custos advindos do fenômeno do compartilhamento foram devidamente dimensionado na origem do estabelecimento das tarifas.

Isto porque a maneira como o compartilhamento dos Postes de Luz se desenvolveu reflete um cenário que dificilmente foi estimado pelas Concessionárias como e tampouco prestadoras de serviços de Telecomunicações.

O regulador, por meio da Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório Aneel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de no. 28/2018 (a “Consulta Pública”), indica a existência de um cenário de crise.

Aponta-se a existência de aproximadamente 46 (quarenta e seis) milhões de Postes de Luz registrados, no Brasil, junto à Base de dados Geográfica da

Distribuição (“BGDG”) da Aneel¹⁴. A Anatel, por sua vez, indica a existência de 4.520 (quatro mil e quinhentas e vinte) prestadoras de serviços de Telecomunicações demandantes de infraestruturas de suporte aos cabos de suas redes, dados esses relativos ao mês de abril de 2018.

O regulador também aponta a existência de localidades em que o adensamento das redes é muito maior do que em outras. Dessa maneira, é igualmente observado que a procura e a disputa por parte de prestadoras de serviços de Telecomunicações por Postes de Luz, com vistas à fixação de suas redes, são muito mais intensas em 20% (vinte por cento) dos municípios brasileiros, os quais concentram 47% (quarenta e sete por cento) dos Postes de Luz.

Esta informação contrasta com a indicação de que há outras localidades em que há adensamento muito menor, e, como consequência, a procura pelos Postes de Luz também é consideravelmente reduzida, conclusão esta extraída da informação de que em 80% (oitenta por cento) dos municípios brasileiros contam com 4 (quatro) ofertantes competitivos de banda larga regularmente informadas à Anatel.

A partir da premissa de que as localidades que convivem com mais de 4 (quatro) prestadoras de serviços de Telecomunicações concorrentes tenderiam a enfrentar dificuldades de esgotamento e sobrecarga da capacidade disponível em Postes de Luz, o regulador assevera que há um total de 9 (nove) milhões de Postes de Luz elegíveis a um esforço de reorganização da ocupação.

As Concessionárias, portanto, veem-se diante de cenário que não necessariamente foi estimado quando da estruturação do setor em que se inserem. São, ainda, instadas a acomodar uma externalidade negativa, consistente na ocupação

¹⁴ A Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório Aneel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de no. 28/2018 revela os seguintes dados que são apresentados neste estudo: “Conforme já mencionado, há na Base de Dados Geográfica da Distribuição (BGDG) da ANEEL o registro de aproximadamente 46 milhões de postes de distribuição de energia elétrica em todo o Brasil. De outra parte, informações da Anatel sustentam que em abril de 2018 havia 4.520 prestadores de banda larga fixa ativos que utilizam meios de acesso confinados e, portanto, demandam infraestrutura de suporte à operação do cabeamento de rede, nas tecnologias xDSL, Cable Modem, FTTH, ETHERNET, ATM, entre outras. Em locais mais adensados, como capitais e regiões metropolitanas, esse número de prestadores é da ordem de dezenas de concorrentes, os quais disputam o espaço de fixação em postes para lançamento de suas redes. (...) Evoluindo a investigação mais granular das realidades locais, apura-se que 80% dos municípios brasileiros contam com no máximo 4 ofertantes competitivos de banda larga devidamente informados à Anatel. Isto é, as condições econômicas de oferta e demanda por serviço nesses mercados não trazem, a priori, uma questão severa de esgotamento da capacidade dos postes em suportar as redes dos prestadores de serviços competitivos. Já para os demais 20% dos municípios brasileiros, onde estão localizados 47% dos postes, essa é uma preocupação forte que merece uma análise mais detida.” (ANEEL; op. Cit.; pág. 16).

desordenada dos Postes de Luz que são por elas detidos, muito provavelmente subdimensionada no momento das fixações das tarifas por elas praticadas.

Dito isso, as responsabilizações das Concessionárias também as levam a comportamentos pouco racionais, ao menos sob uma perspectiva de eficiência alocativa, à medida chegam às vias de cortarem e desmobilizarem os cabos afetos às redes de Telecomunicações dos Postes de Luz por elas detidos, como alternativa à soluções negociadas junto às prestadoras de SMP, STFC e SCM.

O tensionamento evidenciado nas relações existentes entre as Concessionárias e as prestadores de serviços de Telecomunicações é de tal maneira reconhecido pelo regulador que a Aneel editou a Resolução Normativa no. 797, no ano de 2017 (a “Resolução Normativa no. 797/2017”), para tratar da ordenação das ocupações irregulares nos Postes de Luz¹⁵.

Vale destacar que o regulador, por meio da Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, aos 06 de abril de 2018, determinou às principais prestadoras de Telecomunicações que regularizassem as suas redes instaladas em 2.129 (dois mil e cento e vinte e nove) Postes de Luz, no Estado de São Paulo, observado o prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de que fosse facultado à Concessionária que atende aquele Estado a retirada de cabos e equipamentos instalados não adequadamente ao disposto na Resolução Normativa no. 797/2017¹⁶.

Vale dizer que na contramão dos esforços do regulador, com vistas à adequação das ocupações nos Postes de Luz, o Executivo Federal, resolveu dissolver a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, por meio do Decreto no. 9.759, de 11

¹⁵ A Resolução Normativa nº 797, de 12 de dezembro de 2017, da Aneel. Art. 7º.

¹⁶ Vale aqui destacar os conteúdos dos Despachos de nº 778, 779, 780 e 781, todos originados da já extinta Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo e publicados aos 6 de abril de 2018. O texto abaixo transcrito é idêntico nos quatro despachos proferidos e identifica com clareza a maneira como o regulador procurou disciplinar o tema das ocupações irregulares nos Postes de Luz. Despacho no. 778: “A COMISSÃO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DOS SETORES DE ENERGIA ELÉTRICA, TELECOMUNICAÇÕES E PETRÓLEO, no uso de suas atribuições legais, regulamentares e regimentais, examinando os autos do Processo de Resolução Administrativa de Conflito de Compartilhamento de Infraestrutura nº 48500.000067/2017-96, decide: (...) (iv) autorizar a AES Eletropaulo, exaurido o prazo do item anterior, a remover os cabos e equipamentos da prestadora afixados em sua infraestrutura de distribuição de energia elétrica, que estejam em desacordo com a normatização técnica, podendo condicionar sua devolução ao ressarcimento, pela prestadora, dos custos incorridos para a remoção; ...”

de abril de 2019¹⁷ (o “Decreto 9.759/19”). Ao assim proceder, acenou aos atores econômicos encerrados no fenômeno do compartilhamento uma direção oposta a do regulador. Isto porque a edição do Decreto 9.759/19, na prática, esvaziou as decisões tomadas pela Comissão Conjunta, dentre elas às constantes dos Despachos de nº 778, 779, 780 e 781.

3. A DOCTRINA DAS *ESSENTIAL FACILITIES*

A doutrina norte-americana das *Essential Facilities* foi assim originalmente cunhada, em 1977, no caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.*¹⁸. Outros casos norte-americanos também consagraram-na, como em *United States v. American Telephone & Telegraph Co.*¹⁹, além do mais emblemático, em *MCI Communications v. American Telephone & Telegraph Co.*²⁰.

A doutrina das *Essential Facilities* se estruturou a partir da identificação de que o desempenho de certas atividades econômicas pressupõe a existência de

¹⁷ Decreto no. 9.759, de 11 de abril de 2019. Art. 1º.

¹⁸ Werden, ao esmiuçar as decisões que consagraram os casos decididos pelos Tribunais norte-americanos e que são classificados no seu trabalho como *Essential Facility Cases*, destaca o seguinte trecho do julgamento realizado pela Corte Distrital do Distrito de Columbia, Estados Unidos, no caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.*: “Before reaching this conclusion, the court initially noted: ‘The essential facility doctrine, also called the ‘bottleneck principle’ states that ‘where facilities cannot practicably be duplicated by would-be competitors, those in possession of them must allow them to be shared on fair terms. It is illegal restraint of trade to foreclose the scarce facility.’ This principle derives from [*Terminal Railroad*] and was recently reaffirmed in [*Otter Tail*]; the principle has regularly been invoked by the lower courts.” (WERDEN, Gregory J.; **The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine**. Saint Louis University Law Journal; 1987; pp. 433-480; pág. 444.)

¹⁹ O obra de Werden contextualiza a decisão proferida no caso no seguinte trecho: “... the court maintained that ‘[a]ny company which controls an ‘essential facility’ or a ‘strategic bottleneck’ in the market violates the antitrust laws if it fails to make access to that facility available to its competitors on fair and reasonable terms that do not disadvantage them’. Thus, the court denied ST&T motion for summary judgment based on the government’s allegations that AT&T monopolized long distance lines by refusing to offer nondiscriminatory access to the local exchanges.” (WERDEN, Gregory J.; **The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine**. Saint Louis University Law Journal; 1987; pp. 433-480; pág. 445.)

²⁰ Werden assim contextualiza o caso na sua obra: “MCI challenged many of AT&T’s practices, including AT&T’s refusal to grant MCI access to local Bell facilities. The court of appeals sustained a jury finding that AT&T actions violated section 2 of the Sherman Act. The court cited the essential facility doctrine as the basis of its decision and stated: The case law set forth four elements necessary to establish liability under the essential facilities doctrine: (1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility.” (WERDEN, Gregory J.; **The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine**. Saint Louis University Law Journal; 1987; pp. 433-480; pág. 446.)

determinadas infraestruturas que lhes são essenciais²¹. Elas estão presentes nos serviços prestados em rede, dentre eles as Telecomunicações.

Essas infraestruturas, porque indispensáveis ao desempenho de certas atividades nos setores que delas dependem, demandam custos elevados por parte de seus titulares e conduzem a cenários classificados como de monopólios naturais. Isto porque determinadas características podem tornar impossível a duplicação dessas infraestruturas, o que resulta na ausência de cenário competitivo em mercados com estas características.

A solução encontrada, na experiência estrangeira para o enfrentamento dessas dificuldades consiste no compartilhamento compulsório dessas infraestruturas indispensáveis, tidas como o núcleo das *Essential Facilities*. A alternativa constrange os titulares da propriedade, ou de direitos de uso de uma infraestrutura indispensável a determinada atividade econômica, ao compartilhamento da sua utilização com outros competidores, respeitados determinados limites e observadas certas condições.

Neste contexto, o titular de posição dominante em determinado mercado é constrangido a ceder a potenciais competidores vantagens que permitem a instauração de um modelo competitivo. Este conceito de compartilhamento compulsório de infraestruturas indispensáveis é difundido nos Estados Unidos.

A doutrina das *Essential Facilities*, portanto, a partir dos precedentes norteamericano, sustenta-se em quatro elementos substanciais: (i) o controle monopolístico da infraestrutura, ou “*essential facility*”; (ii) a impossibilidade prática da duplicação da infraestrutura; (iii) a negativa de acesso à infraestrutura pelo seu controlador ao competidor; e (iv) a possibilidade de compartilhamento²².

Bem verdade que o fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz envolve atores econômicos de setores que são diferentes, notadamente as prestadoras de serviços de Telecomunicações e as Concessionárias distribuidoras de energia

²¹ O subsequente trecho da obra de Werden é novamente importante para a abordagem realizada neste artigo: “The MCI test for whether a facility is essential is keyed to the competitor’s inability to practically or reasonably duplicate the facility. This test is derived from dictum in *Hecht*: “To be ‘essential’ a facility need not to be indispensable; it is sufficient if the duplication of the facility would be economically infeasible and if denial of its use inflicts a severe handicap on potential market entrants”. (WERDEN, Gregory J.; **The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine**. Saint Louis University Law Journal; 1987; pp. 433-480; pág. 453.)

²² Novamente o trabalho de Weden é esclarecedor em indicar os elementos que estruturam a doutrina das *Essential Facilities*: “The MCI court articulated four elements that comprise a section 2 violation under the essential facility doctrine: (1) a monopoly controller of an essential facility; (2) a facility that cannot be practically duplicated; (3) the controller denies access to a competitor; and (4) it is feasible to share.” (WERDEN, Gregory J.; **The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine**. Saint Louis University Law Journal; 1987; pp. 433-480; pág. 452.)

elétrica. Desta forma, a recusa por parte das detentoras dos Postes de Luz ao uso para a fixação dos cabos de rede essenciais às Telecomunicações não exatamente se enquadra nas hipóteses constantes dos casos norte-americanos consagradores da doutrina das *Essential Facilities*. Isto porque que não se trata de uma oposição de monopolista ao acesso à infraestrutura por concorrente entrante do mesmo setor.

No entanto, um problema que se apresenta em relação ao fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz se remete ao fato de que as faixas ociosas dessas infraestruturas, quais sejam aquelas que não estão afetadas às redes de distribuição de energia das Concessionárias, são escassas. Desta forma, a capacidade de compartilhamento dos Postes de Luz é igualmente limitada, o que significa dizer que as Concessionárias potencialmente podem entrar em acordo com determinadas prestadoras de serviços de Telecomunicações e excluir outras sociedades concorrentes do mesmo setor²³.

Desta forma, porque o fenômeno atinge setores distintos, tal qual sinalizado anteriormente, há um esforço adicional que se apresenta à regulação, qual seja o de se evitar que as Concessionárias, por privilegiarem algum dos atores econômicos das Telecomunicações, crie uma conduta anticompetitiva em setor distinto daquele em que se insere, à medida que, na prática, há uma potencialidade de colaboração em favor de diferencial competitivo de certas prestadoras de serviços de Telecomunicações em detrimento das demais prestadoras.

Disto isso, por mais que o artigo procure privilegiar o poder de barganha entre os atores, conforme se esmiuçará adiante, à regulação caberá a edição dos incentivos adequados para que os atores inseridos nos dois setores afetados pelo fenômeno não perpetrem condutas anticompetitivas tal qual a ora potencialmente assinalada.

4. OS MARCOS REGULATÓRIOS QUE TRATAM DO COMPARTILHAMENTO DE POSTES DE LUZ

O artigo 73 da Lei nº 9.472 de 1997 (a “LGT”) enfrenta o tema do

²³ “Griffith and Berkey Photo are sometimes called leveraging cases because they involve the alleged use of monopoly power to beget monopoly power. As stated in Berkey Photo, the leveraging theory asserts ‘that it is improper, in the absence of a valid business policy, for a firm with monopoly power in one market to gain a competitive advantage in another Market by refusing to sell a rival the monopolized good or services he needs to compete effectively in the second Market.’ (WERDEN, Gregory J.; **The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine**. Saint Louis University Law Journal; 1987; pp. 433-480; págs. 459/460.)

compartilhamento no setor de Telecomunicações ao criar um direito às prestadoras de utilizarem postes, dutos, condutos e servidões pertencentes, ou controladas, por outras prestadoras de serviços, ou de outros serviços de interesse público, de maneira não discriminatória e a preços e condições justas e razoáveis²⁴.

Na sequência, o regulador editou a Resolução Conjunta Aneel, Anatel e ANP no. 01/1999²⁵, por meio da qual estabeleceu a sistematização para a implementação do compartilhamento e consagrou a livre negociação das partes interessadas como a forma para a estabelecimento de preços despendidos em favor dos detentores dos Postes de Luz em razão dos usos de Pontos de Fixação instalados nessas infraestruturas²⁶.

A Aneel, a Anatel e a ANP editaram, ainda, a Resolução no. 02/2001, por meio da qual estabeleceram um regramento conjunto com vistas à resolução de conflitos endereçados às agências reguladoras dos setores de energia elétrica, Telecomunicações e petróleo. Instituiu, também, a Comissão de Resolução de Conflitos para tratamento específico de reclamações relativas aos relacionamentos entre atores econômicos dos setores nela encampados²⁷.

Outro marco regulatório relevante para o fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz consiste na Resolução Conjunta da Aneel e Anatel no. 04/2014²⁸, que ratificou a livre negociação entre as partes para a fixação dos preços pelo uso de Pontos de Fixação naquelas infraestruturas.

A resolução, contudo, estabeleceu um preço de referência para as hipóteses de conflitos sobrevividos da fixação de preços pelo uso dos Postes de Luz, os quais são direcionados à Comissão de Resolução de Conflitos, formada pela Aneel e Anatel²⁹. Prescreveu, ainda, a impossibilidade de prestadoras que possuam relação de controle entre si como controladoras, controladas, ou coligadas, ocuparem mais de 1 (um) Ponto de Fixação num mesmo Poste de Luz³⁰.

O estabelecimento do preço de referência, nos moldes da Resolução Conjunta no. 04/2014, trouxe, no entanto, um efeito perverso de aumento da litigiosidade e de redução das barganhas entre os atores pertencentes aos dois setores. Isto porque os

²⁴ Lei nº 9.472 de 1997, Art. 73.

²⁵ Resolução Conjunta da Aneel, Anatel e ANP, de 24 de novembro de 1999. Art. 1º.

²⁶ Resolução Conjunta no. 01 da Aneel, Anatel e ANP, de 24 de novembro de 1999. Art. 21.

²⁷ Resolução Conjunta da Aneel, Anatel e ANP, no. 02 de 27 de março de 2001. Art. 1º.

²⁸ Resolução Conjunta no. 04 da Aneel e Anatel, de 16 de dezembro de 2014.

²⁹ Resolução Conjunta no. 04 da Aneel e Anatel, de 16 de dezembro de 2014. Art. 1º.

³⁰ Resolução Conjunta no. 04 da Aneel e Anatel, de 16 de dezembro de 2014. Art. 2º.

atores passaram a conviver com a expectativa de direcionamento de disputas à Comissão de Resolução de Conflitos, estruturada pela Aneel e Anatel, lastreados na percepção de que há um valor de referência para a eventualidade de não acordarem a remuneração pelo uso dos Pontos de Fixação naquelas infraestruturas³¹.

O diagnóstico do aumento da tensão e litigiosidade entre os atores regulados, em detrimento de suas livres negociações e barganhas, além do consequente aumento de conflitos endereçados à Comissão de Resolução de Conflitos vinculada ao regulador, foi realizado pela Aneel e Anatel, por força da Consulta Pública Aneel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios de no. 28/2018, pela Anatel, que propôs a revisão dos marcos regulatórios supracitados³².

Diante do diagnóstico constata da Consulta Pública, Aneel e Anatel recentemente propuseram aos atores econômicos e demais interessados no compartilhamento de infraestruturas que apresentassem subsídios para a elaboração de uma Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) com o objetivo de revisão dos marcos regulatórios³³.

O regulador trouxe ao debate dos interessados a confrontação de dois principais problemas diagnosticados, quais sejam (i) o problema da regularização da ocupação dos Postes de Luz; e (ii) o problema do preço pelo compartilhamento dos pontos de fixação nos Postes de Luz sob determinadas perspectivas.

Para efeitos deste estudo, analisar-se-á tão somente o problema do preço pelo compartilhamento dos Pontos de Fixação nos Postes de Luz. Neste sentido, as

³¹ Resolução Conjunta no. 04 da Aneel e Anatel, de 16 de dezembro de 2014. Art. 1o., § 2º.

³² A conclusão adiante, extraída da Consulta Pública Aneel no. 16/2018 e a Tomada de Subsídios de no. 28/2018, é de grande serventia para a caracterização da externalidade negativa advinda do preço de referência, nos moldes propostos na regulação: “Não obstante as Agências não estabelecerem um valor para controle de preços propriamente dito, a Resolução Conjunta 004/2014 trouxe ao setor uma expectativa de aplicação, mediante a existência de um conflito, de um preço de referência. Tal dispositivo aumentou a entropia nos relacionamentos, visto que motivou a atuação de terceiros, como escritórios de advocacia especializados na questão. Além disso, trouxe um fator adicional ao desequilíbrio econômico do compartilhamento, visto que se estabeleceu uma promoção ao litígio entre solicitantes e detentores.” (ANEEL, op. cit.; pág. 40)

³³ Importante destacar que as próprias AIRs possuem limitações, de maneira que não necessariamente serão bastantes para a pretensa intenção do regulador, conforme o caso concreto, de revisão e marcos regulatórios. O artigo de Porto, Garoupa e Guerra enfrenta esses limites, conforme se destaca do trecho adiante: “Este artigo trata das críticas feitas à AIR. Apontamos que ela tem limitações que devem ser reconhecidas por economistas, legisladores e gestores. Em nossa visão, essas questões são fundamentalmente práticas (por exemplo, o modo como determinada AIRs são executadas) e metodológicas (como a crítica de uso de teorias da economia para avaliar a legislação). E tais pontos precisam ser abordados de maneira séria e rigorosa para então ser possível produzir AIRs consistentes e tecnicamente corretas.” (PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno; GUERRA, Sérgio. Análise de Impacto Regulatório: Dimensões Econômicas de sua Aplicação. *Economic Analysis of Law Review*. V.10. no. 2. Mai-Ago. 2019. Universidade Católica de Brasília. Brasília, DF; pág. 188).

propostas de enfrentamento do tema elencadas na Consulta Pública indicam um claro reconhecimento do regulador de que, ao menos até o momento, os marcos regulatórios editados, notadamente a Resolução Conjunta 01/99 e a Resolução Conjunta 04/2014, não foram suficientes à criação de estímulos adequados aos atores econômicos com vistas ao compartilhamento de suas infraestruturas de rede.

5. A AVALIAÇÃO E AS ALTERNATIVAS PROPOSTAS PELA ANEEL E ANATEL EM RELAÇÃO AO PREÇO DE REFERÊNCIA EDITADO PELA RESOLUÇÃO No. 04 DE 2014

A Aneel e Anatel, por meio da Consulta Pública, reconheceram que o preço de referência, editado pela Resolução Conjunta 04/2014, não surtiu os efeitos pretendidos com vistas à busca de incentivos aos comportamentos dos atores regulados no sentido de regularizarem as ocupações dos Postes de Luz.

Em se tratando do disposto na Resolução Conjunta 04/2014, se de um lado ela privilegia a poder de barganha das partes para a fixação de preços em razão da instalação e do uso dos Pontos de Fixação nos Postes de Luz, de outro lado estabeleceu um preço de referência que deverá ser considerado pela Comissão de Resolução de Conflitos para as hipóteses e ela submetidas quando há falta de consenso por parte de interessados no compartilhamento.

O estabelecimento do preço de referência criou um incentivo perverso aos atores econômicos de deixarem de pactuar os preços pelo uso dos Pontos de Fixação nos Postes de Luz, especialmente diante da expectativa de que ao provocarem o regulador este valor será direcionado pelo sobredito valor de referência.

Sob a perspectiva das prestadoras de serviços de Telecomunicações, a falta de consenso nos contratos, relativamente ao preço pelo uso dos Pontos de Fixação nos Postes de Luz, impulsionou comportamentos de tanto continuidade na implementação de novos compartilhamentos de maneira irregular, portanto sem o conhecimento das detentoras das infraestruturas, como a perpetuação de cenários não regularizados. Basicamente, não há incentivo para que esses atores regularizem o cenário de ocupações caóticas já diagnosticado pelo regulador.

Passa-se a análise de cada uma das propostas indicadas pelo regulador com vistas ao amplo debate entre os atores econômicos regulados e demais interessados no fenômeno do compartilhamento, à luz das ferramentas consagradas pela Análise

5.1. A MANUTENÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO VIGENTE

A manutenção das regras vigentes não merece um esforço muito dedicado para a conclusão de que dificilmente os comportamentos dos atores econômicos passariam a ser muito diferentes do diagnóstico feito pela Aneel e Anatel.

A solução pela manutenção dos parâmetros fixados pela regulação vigente, especialmente o estabelecimento de um preço de referência para o advento de casos em que as partes interessadas não convergem na precificação e optam pela submissão da controvérsia ao regulador, traz algumas externalidades negativas.

Portanto, porque não se presume que o comportamento dos atores econômicos envolvidos no fenômeno do compartilhamento irá se alterar sem que haja incentivos apropriados, a manutenção do regramento vigente é a perpetuação do cenário que o próprio regulador diagnosticou como merecedor de reforma.

A regulação vigente, aliada ao histórico de ocupação e contratação de Pontos de Fixação, acarretou um contexto de diversos comportamentos prejudiciais aos setores de energia elétrica e de Telecomunicações. Há pouco incentivo à gestão eficiente dos Postes de Luz, por parte das Concessionárias, que se veem compelidas a cobrar preços únicos em razão do uso dos ativos por elas detidos, independentemente do nível de demanda dos municípios em que atua, além da convivência com a frequente expectativa de conflitos direcionados à Comissão de Resolução de Conflitos. Este foi o diagnóstico feito pelo próprio Regulador na Consulta Pública Aneel no. 16/2018 e a Tomada de Subsídios de no. 28/2018 ³⁴.

5.2. A RETIRADA DA REGULAMENTAÇÃO CONJUNTA DA PREVISÃO DO PREÇO DE REFERÊNCIA, COM O ESTABELECIMENTO DE MEDIDA DE TRANSPARÊNCIA

³⁴Os diagnósticos do regulador, extraídos da Consulta Pública Aneel no. 16/2018 e a Tomada de Subsídios de no. 28/2018, são novamente importantes para o presente estudo: "A manutenção da regulamentação vigente, que adota um modelo de livre negociação do preço por ponto de fixação entre detentoras da infraestrutura e prestadoras de telecomunicações, ao mesmo tempo em que aponta um preço de referência a ser praticado caso deflagrado conflito via acionamento administrativo à Comissão de Resolução de Conflitos, não se mostrou adequado para o tema em pauta." (ANEEL, op. cit.; pág. 45.)

A alternativa de retirada do preço de referência e consequente privilégio da livre negociação das partes interessadas no compartilhamento é a solução defendida neste estudo como a mais adequada para a busca de uma eficiência alocativa, conforme se desenvolverá melhor adiante.

A retirada do preço de referência, tal qual previsto na Resolução Conjunta 04/2014, privilegia o poder de barganha das partes interessadas no compartilhamento das infraestruturas de rede e consagra a livre negociação como a maneira mais adequada à busca por soluções com maior eficiência alocativa. Isto porque as partes interessadas são aquelas que dispõem das informações mais precisas acerca dos seus custos e eficiências. Esses custos de transação serão necessariamente sopesados e internalizados no acordo a que chegarem, inclusive com relação aos preços a serem praticados em decorrência do uso das infraestruturas³⁵. Esta conclusão é ainda mais assertiva ao se ponderar que este não será um jogo único e sim perfazem jogos repetidos entre os atores, à luz da teoria dos jogos³⁶.

Conforme identificado, as prestadoras de serviços de Telecomunicações demandam os Pontos de Fixação em diversos Postes de Luz e há claramente áreas de maior e menor interesses a elas, quais sejam mais próximas, ou distantes, dos perímetros urbanos. A eficiência alocativa, portanto, tenderá a ser alcançada diante da sequência de jogos entre os atores.

Um exemplo de como funciona a barganha entre os atores econômicos envolvidos no fenômeno do compartilhamento consta do diagnóstico realizado pelo

³⁵A teoria da barganha pode ser extraída do subsequente trecho do estudo de COOTER e ULEN: “The parties typically bargain with each other over the price. In the course of negotiating, the parties may assert facts (“The motor is mechanically perfect. . .”), appeal to norms (“\$3700 is an unfair price. . .”), threaten (“I won’t take less than \$3500. . .”), and so forth. These are the tools used in the art of bargaining. The fact that the parties can negotiate is an advantage of bargaining or cooperative games relative to other games (called *noncooperative* games), such as the famous Prisoner’s Dilemma, which we examined in Chapter 2. Even when negotiation is possible, however, there is no guarantee that it will succeed. If the negotiations break down and the parties fail to cooperate, their attempt to shift resources to a more valuable use will fail, and they will not create value. Thus, the obstacle to creating value in a bargaining game is that the parties must agree on how to divide it. Value will be divided between them at a rate determined by the price at which the car is sold. Agreement about the car’s price marks successful negotiations, whereas disagreement marks a failure in the bargaining process.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. “Law and Economics”; Berkley Law Books; 6th. Ed; Berkley Law; pág. 75.)

³⁶O conceito de jogos repetidos consta do estudo de COOTER e ULEN, conforme se pode perceber do seguinte trecho: “We may use the prisoner’s dilemma to discuss another important fundamental concept of game theory—*repeated games*. Suppose that the prisoner’s dilemma were to be played not just once but a number of times by the same players. Would that change our analysis of the game? If the same players play the same game according to the same rules repeatedly, then it is possible that cooperation can arise and that players have an incentive to establish a reputation—in this case, for trustworthiness.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. “Law and Economics”; Berkley Law Books; 6th. Ed. Berkley Law; 7-2016; pág. 36).

regulador no intuito de promover a revisão da regulação vigente. Aneel e Anatel reconhecem a existência de diversos contratos legados, com diferentes Postes de Luz, de modo que Concessionárias adotam critérios de redução do preço por escala de Pontos de Fixação ocupados. O reflexo é o de que as prestadoras de serviços de Telecomunicações tendem a pagar, nos contratos contemporâneos, preços inferiores àqueles despendidos por prestadores de menor porte³⁷.

Ora, ao menos sob a perspectiva econômica, não há nenhum problema em que a eficiência alocativa seja encontrada pelos atores econômicos exatamente nos moldes propostos. Diante da repetição dos jogos, i.e., das contratações dos Pontos de Fixação dos Postes de Luz, essa eficiência alocativa igualmente tende a ser mais acertada.

5.3. A HOMOLOGAÇÃO DE CONDIÇÕES DE CONHECIMENTO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO, COM PREÇOS DEFINIDOS PELAS CONCESSIONÁRIAS

A opção de homologação de condições de conhecimento público para as contratações, aplicáveis a todos os contratos e com preços definidos pelas Concessionárias, enfraquece o poder de barganha das prestadoras de serviços de Telecomunicações nos acordos celebrados com as detentoras dos Postes de Luz e fatalmente também poderia gerar um incentivo perverso de intensificação de comportamentos pouco racionais por parte delas, além do aumento de ocupações irregulares dos Pontos de Fixação.

A alternativa de deixar a cargo das Concessionárias a fixação do preço em decorrência do uso dos Pontos de Fixação nos Postes de Luz por elas detidos implica na evidente redução do poder de barganha das prestadoras dos serviços de Telecomunicações.

Desta feita, se por um lado há que se reconhecer que às Concessionárias foram imputados custos não devidamente sopesados quando do estabelecimento das tarifas por elas praticadas, as quais deveriam absorver as despesas que incorreriam na manutenção das suas redes e infraestruturas de redes, dentre elas os Postes de Luz, é

³⁷Mais uma vez os diagnósticos do regulador, extraídos da Consulta Pública Aneel no. 16/2018 e a Tomada de Subsídios de no. 28/2018, exemplificam as conclusões constantes deste estudo: “Diversas distribuidoras adotam, ainda, um critério de redução do valor por escala de pontos ocupados: o prestador de maior porte tende a pagar, por um contrato contemporâneo, um valor inferior ao valor pago por um prestador de menor porte.” (ANEEL, op. cit.; págs. 39 e 40)

inequívoco que o esvaziamento do poder de barganha das prestadoras de Telecomunicações não se aparenta como a melhor solução para o enfrentamento do fenômeno. Isto porque o reconhecimento do poder de barganha das Concessionárias não deve ser confundido com o enfraquecimento da usuárias dos Postes de Luz.

Na prática, muito embora a proposta trate de condições que seriam de conhecimento público, a solução encerra um evidente fortalecimento da posição das Concessionárias, as quais poderiam estabelecer preços superiores a uma equilíbrio eficiente, em comportamento muito semelhante a de um monopolista³⁸.

Esses valores concernentes aos preços seriam, ainda, homologados pelo regulador, o que acaba por igualmente trazer outras implicações, conforme se verá adiante, em relação à utilização, por indústrias, do poder coercitivo de um determinado agente com vistas ao estabelecimento de preços.

5.4. O ESTABELECIMENTO DE PREÇO PELO REGULADOR

A última alternativa proposta na Consulta Pública prevê o estabelecimento de preços por meio de ato da Aneel, a qual refletiria, além dos custos, fatores regionais intrínsecos à dinâmica do compartilhamento (saturação, demanda, competição) e permitiriam a remuneração das atividades de regularização.

Esta opção, pelo estabelecimento do preço pelo regulador, notadamente a Aneel, implicaria no idêntico esvaziamento das solicitantes da ocupação dos Pontos de Fixação, i.e., as prestadoras de serviços de Telecomunicações, como também do poder de barganha dos detentores dos Postes de Luz, quais sejam as Concessionárias. Portanto, haveria o enfraquecimento da barganha agora em relação à totalidade dos atores econômicos envolvidos no fenômeno do compartilhamento.

O resultado fatalmente seria o agravamento tanto do cenário de litigiosidade entre os agentes, posto que caberia ao regulador a fixação dos preços, como também

³⁸ As conclusões de Posner acerca dos custos sociais atrelados à prática de preços por monopolistas ilustra as preocupações compartilhadas pelo autor neste estudo: “Although the assumption that obtaining monopolies involves constant costs seem plausible as a first approximation – there seem little reason to think that it involves using resources whose long-run supply is inelastic – a more important point is that the assumption may not be a crucial one. Assume that suppliers of inputs into monopolizing do obtain rents. In the long run, the availability of such rents will attract additional resources into the production of these inputs, and these resources will be wasted from a social standpoint...” (POSNER, Richard A.; “The Social Costs of Monopoly and Regulation”; University of Chicago School and National Bureaus of Economic Research; In: *Journal of Political Economy*. 83(4):807-827; The University of Chicago Press, 1975; pág. 811).

de comportamentos irracionais consistente na perpetuação de ocupações irregulares.

Ora, a alternativa se enquadraria no exemplo indicado por Stigler de uma indústria que procura, por meio de ente coercitivo, o estabelecimento de preços em patamares artificialmente fixados em determinado mercado, de modo a fazer com que esses atores alcancem taxas de retorno acima daquelas que seriam praticadas em mercado competitivos³⁹. A ineficiência alocativa aqui também seria evidente à medida que a barganha dos atores interessados no compartilhamento daria lugar ao patamar fixado pelo regulador.

O que ainda traz um contorno mais preocupante para esta solução é o fato de que a fixação do preço se daria por meio de ato de Aneel, agência reguladora de uma dos setores afetados pelo compartilhamento dos Postes de Luz, qual seja o de energia elétrica. Desta forma, ainda se poderia ponderar que a fixação de preços em ato da Aneel deixaria de atender às ponderações típicas das prestadoras de serviços de Telecomunicações, reguladas por outra agência, qual seja a Anatel.

A solução proposta parte da premissa, ainda, de que o regulador disporia de informações bastantes e adequadas para o estabelecimento de preços eficientes à ocupação dos Postes de Luz. É difícil de se pensar que a Administração seja maior conhecedora desses custos do que os próprios atores envolvidas no fenômeno, razão pela qual há uma clara superestimativa de que a alternativa comporia com maior propriedade o fenômeno do que ao se privilegiar a barganha dos atores inseridos nos setores afetados pelo fenômeno.

6. CONCLUSÃO

O artigo se propôs a analisar o fenômeno do compartilhamento no setor das Telecomunicações, com enfoque no uso de Postes de Luz por prestadoras deste setor e sob uma perspectiva econômica, qual seja, mediante o uso de ferramentas

³⁹ “The fourth class of public policies sought by an industry is directed to price-fixing. Even the industry that has achieved entry control will often want price controls administered by a body with coercive powers. If the number of firms in the regulated industry is even moderately large, price discrimination will be difficult to maintain in the absence of public support. The prohibition of interest on demand deposits, which is probably effective in preventing interest payments to most non-business depositors, is a case in point. Where there are no diseconomies of large scale for the individual firm (e.g., a motor trucking firm can add trucks under a given license as common carrier), price control is essential to achieve more than competitive rates of return.” (STIGLER, George J. “The Theory of Economic Regulation”; The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1; Spring, 1971; RAND Corporation; pág. 6)

fornecidas pela Análise Econômica do Direito.

Em se tratando do compartilhamento dos Postes de Luz, o regulador, notadamente a Aneel e a Anatel, reconheceram e diagnosticaram o fato dos marcos regulatórios editados até o momento não se apresentarem como instrumentos suficientes e capazes ao enfrentamento das externalidades negativas advindas do fenômeno.

Neste sentido, há a percepção de que o valor de referência, editado pela Resolução Conjunta 04/2014, a ser considerado pela Comissão de Resolução de Conflitos, quando instada a acomodar as situações de conflito decorrentes do insucesso das partes na fixação de preços pela afetação de Pontos de Fixação nos Postes de Luz, impulsionou a litigiosidade e esvaziou a solução livremente negociada pelos atores econômicos dos dois setores protagonistas no fenômeno.

Muito embora o regulador se posicione de forma tendencialmente favorável à fixação dos preços por meio de ato por ele emanado, o estudo traz críticas de que esta alternativa tanto poderá implicar em que um determinado grupo de empresas seja beneficiado pelo poder coercitivo da Administração, quanto porque simplesmente o regulador não dispõe das informações detidas pelos atores, estes últimos os efetivos conhecedores de seus custos e ganhos em eficiência diante da adoção de soluções compartilhadas.

As soluções residem substancialmente nas alternativas que privilegiem o poder de barganha das partes e a consequente fixação de preços, em razão do compartilhamento, por meio da livre negociação e fixação diretamente por entre os atores econômicos envolvidos no fenômeno. Desta feita, os atores econômicos, cientes de seus custos e ganhos, internalizam de modo mais eficiente os custos de transação. Essas soluções, portanto, tendem a ser as mais eficientes sob a perspectiva de alcance da maximização de riquezas às partes, especialmente porque consistem em negociações que tenderão a se repetir.

O estabelecimento de acordos livremente por entre os atores econômicos, nos quais as obrigações de parte a parte, os efeitos do descumprimento dessas obrigações e, especialmente, os preços praticados serão objeto de livre negociação, logo prestigiados os seus poderes de barganha, representa um avanço em termos de alocação eficiente de custos relativos à construção e manutenção das redes e meios de rede que atendem ao setor das Telecomunicações, os quais tendem a ganhar em escala com o advento da tecnologia 5G.

REFERÊNCIAS

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações; **CONSULTA PÚBLICA PARA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações**. setembro de 2018; Modelo Versão 2.1.

CAVE, M.; PRATT, N. **Taking account of service externalities when spectrum is allocated and assigned**. *Telecommunications Policy*, [s. l.], v. 40, n. 10–11, p. 971–981, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Berkley Law Books; 6th. Ed; Berkley Law; 7-2016.

HERMANN, Donald H. J., **Review of “Economic Analysis of Law,”** By Richard A. Posner, 1974 WASH. U. L. Q. 354 (1974); Washington University Law Quarterly.

GABATHULER, David. **Network sharing in 3rd generation mobile telecommunications systems: minding the coverage gap and complying with EC competition rules**. Competition Policy Newsletter; number 3; Autumn 2003.

MARQUES Neto, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime das utilidades públicas**. 1a. Edição; Belo Horizonte; Fórum; 2009.

MARQUES Neto, Floriano de Azevedo. **Direito das Telecomunicações e ANATEL”; in “Direito Administrativo Econômico**. Carlos Ari Sundfeld (Coordenador); 1a. Edição; 2a. tiragem; São Paulo; Malheiros; 2002.

PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno; GUERRA, Sérgio. **Análise de Impacto Regulatório: Dimensões Econômicas de sua Aplicação**. *Economic Analysis of Law Review*. V.10. no. 2. Mai-Ago. 2019. Universidade Católica de Brasília. Brasília, DF; pág. 173-190

POSNER, Richard A., **Economic Analysis of Law**. 8th. ed; New York, N.Y., Aspen, Aspen casebook series, 2011.

POSNER, Richard A.; **The Social Costs of Monopoly and Regulation**. University of Chicago School and National Bureaus of Economic Research; In: *Journal of Political Economy*; The University of Chicago Press; 1975.

STIGLER, George J. **The Theory of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1; Spring, 1971; pp. 3-21; RAND Corporation.

WERDEN, Gregory J.; **The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine**. Saint Louis University Law Journal; 1987; pp. 433-480.