



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Contratos de Compartilhamento de Infraestrutura

Raquel da Silva Nery Alves

Rio de Janeiro  
2013

RAQUEL DA SILVA NERY ALVES

**Contratos de Compartilhamento de Infraestrutura**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

## CONTRATOS DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA

Raquel da Silva Nery Alves

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada da ELETROBRAS - FURNAS. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Petrópolis. Cursando LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas.

**Resumo:** As Agências Reguladoras possuem competência para expedir normas regulamentares aplicáveis às sociedades prestadoras de serviços públicos. Neste contexto, visando a melhor efetividade e aproveitamento da infraestrutura das Delegatárias de Serviços Públicos nasceu à necessidade de se expedir regras aplicáveis aos Contratos de Compartilhamento, sendo um marco fundamental a edição da Resolução Conjunta n. 001/99 da ANATEL, ANEEL e ANP. A essência desse trabalho é discutir os aspectos normativos que envolvem os referidos contratos, bem como a responsabilidade civil nos casos de danos decorrentes do compartilhamento de infraestrutura.

**Palavras-chave:** Compartilhamento. Infraestrutura. Agências Reguladoras.

**Sumário:** Introdução. 1. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2. Aspectos Jurídicos envolvendo o Compartilhamento de Infraestrutura: A Resolução Conjunta n. 001/99 da ANATEL, ANEEL e ANP. 3. A Responsabilidade Civil decorrente do Compartilhamento de Infraestrutura. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O compartilhamento dos ativos vinculados à prestação de serviços públicos possui suma importância, pois, através desse mecanismo, as empresas conseguem utilizar a infraestrutura umas das outras, o que evita investimentos desnecessários, reduz problemas ambientais e possibilita a troca de experiências técnicas.

No entanto, para viabilizar o referido compartilhamento, é necessário que haja a assinatura de um instrumento contratual que discipline as condições em que o mesmo será

efetuado, submetendo-o as exigências das Agências Reguladoras constantes em Resoluções e nos Contratos de Concessão.

Importante destacar que existe o compartilhamento intrasetor que é aquele regulado por uma única Agência Reguladora, pois as partes do contrato prestam o mesmo tipo de serviço público e o compartilhamento intersetor que é aquele regulado por mais de uma Agência Reguladora, pois os agentes envolvidos prestam serviços públicos de natureza distinta.

A Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP n. 001/99 regulamenta o compartilhamento intersetor envolvendo agentes prestadores de serviços de energia elétrica, de telecomunicações e de petróleo, mas ressalva que o compartilhamento entre Agentes do mesmo Setor deve ser objeto de regulamentação específica da respectiva agência reguladora.

A ANATEL, por exemplo, já editou a disciplina do compartilhamento entre agentes prestadores de serviços de telecomunicações através da Resolução n. 274/01 e a ANP pela Resolução n. 42/12, disciplinou o compartilhamento de infraestruturas do setor de petróleo, gás natural e biocombustível. No entanto, a ANEEL, ainda, não elaborou a regulamentação específica para o seu setor de abrangência, devendo neste caso ser utilizada, analogicamente, a Resolução Conjunta n. 001/99.

Ditas resoluções estabelecem que os contratos devem ser firmados de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, sendo certo que parte ou até mesmo a totalidade da receita obtida pelo agente detentor da infraestrutura será revertida para modicidade tarifária em consonância com a Resolução Normativa da ANEEL n. 386/2009.

Na disciplina das relações contratuais deve ser delimitada a responsabilidade civil dos agentes por eventuais danos que ocorram em virtude do compartilhamento, estabelecendo se eventual indenização englobará somente os danos emergentes ou, também, os lucros cessantes. Sendo a praxe, se estabelecer somente os danos efetivos.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, qualitativa, parcialmente exploratória.

Com o desenvolvimento desta pesquisa espera-se auxiliar o trabalho dos advogados que atuam em Empresas Prestadoras de Serviços Públicos e que encontram dificuldade para solucionar as questões cotidianas que envolvem o compartilhamento de infraestrutura, diante de praticamente inexistir obras jurídicas tratando sobre o tema .

## **1 – O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

As Agências Reguladoras nasceram num contexto em que se buscava substituir o Estado clientelista e decorrem do regime de desestatização que vem sendo implantado na Administração Pública.

Com a transferência da execução de serviços públicos para o setor privado fez-se necessária a criação de mecanismos para que o Estado controlasse esse novo sistema. Nesse cenário surgiram as agências reguladoras com a atribuição precípua de exercer uma regulação eficaz, o controle e a fiscalização das delegatárias de serviços públicos e de atividades econômicas.

A Constituição só faz referência expressa as Agências Reguladoras do Setor de Telecomunicações (art. 21, XI) e do Petróleo (art. 177, § 2º, III), e por essa razão houve discussão no passado, atualmente, já superada sobre a legitimidade da criação de outras agências e da possibilidade dessas deterem poder normativo.

A legitimação da criação de outras agências pode se extrair do art. 174 da CF que prevê a regulação como instrumento de intervenção do Estado na economia e do art. 49, V da CF que prevê a competência exclusiva do Congresso para sustar os atos do Poder Executivo que extrapolem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Observe-se que o constituinte usou a expressão “Poder Executivo” englobando todos os órgãos e entes da Administração Pública, na qual se incluem as Agências Reguladoras que são autarquias de regime especial.

Integram a administração pública indireta e se constituem como pessoas jurídicas de direito público interno, nos termos do Código Civil, dispendo de autonomia, característica ínsita às autarquias.

Marcos Juruena<sup>1</sup> entende que todas as agências reguladoras possuem poder regulamentar, sendo que, no caso das que não possuem previsão constitucional expressa, haveria discricionariedade para sua criação, diferentemente da ANATEL e da ANP que possuem existência obrigatória. Assim, cabe ao legislador, por provocação do Poder Executivo, identificar as falhas do mercado que justifiquem a sua instituição em cada segmento do mercado.

O Poder Regulamentar das Agências, normalmente, se consubstancia por meio de Resoluções e possui respaldo na lei instituidora da Agência que prevê o poder-dever de editar normas gerais sobre determinado setor do mercado.

Diversas autarquias regulam os serviços públicos concedidos e demais atividades desempenhadas no território brasileiro, nos termos da Constituição Federal.

A Lei n. 9.427/96 criou nossa primeira Agência Reguladora, qual seja a Agência Nacional de Energia Elétrica, com o objetivo de regular o setor elétrico do país e fiscalizar a atuação das concessionárias fornecedoras de eletricidade.

A próxima agência reguladora criada foi a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por meio da edição da Lei n. 9.472/97, com o fim de normatizar e fiscalizar os

---

<sup>1</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Extensão do poder normativo das agências reguladoras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 95-107.

serviços de telecomunicação no Brasil, possuindo competência regulamentar privativa nos termos do art. 19, III, X, XII e XIV.

Destaca-se também a Agência Nacional do Petróleo – ANP, instituída pela Lei n. 9.478/97. A criação desta autarquia se deveu a política nacional de ruptura do monopólio de extração do petróleo, até então concentrado nas mãos da PETROBRAS.

A abertura do mercado de petróleo no território brasileiro exigia a fiscalização estatal sobre as atividades desenvolvidas pelas sociedades exploradoras, daí a criação da autarquia, cuja criação já era determinada pela Constituição Federal, como expõe Marcos Juruena<sup>2</sup>.

Nesse passo, o Legislativo aprovou diversas outras leis instituindo autarquias nos diversos segmentos do mercado e da administração pública, igualmente lhes concedendo o poder regulatório, a exemplo da ANS, ANVISA, ANTT, ANAC, ANCINE, ANA dentre outras.

Parece necessário compreender a atividade regulatória desempenhada pelas agências, traçando a distinção entre o poder legiferante e o poder regulamentar. Isto porque, é da essência destas autarquias, a regulação de seus respectivos setores, por meio de regulamentos editados à luz das especificidades de cada atividade.

Note-se que o poder legiferante refere-se especificamente às normas advindas do Poder Legislativo, em observância ao processo previsto no art. 59 da Constituição Federal. Por outro lado, o poder regulamentar compreende o espectro de atos administrativos editados pelas agências reguladoras com o fito de normatizar os respectivos segmentos pelos quais detém a competência fiscalizatória.

Percebe-se, por esta razão, que as normas editadas pelo Poder Legislativo compreendem fonte primária do Direito, enquanto que os regulamentos expedidos pelas autarquias regulatórias se definem como fontes secundárias, ante a sua própria hierarquia.

---

<sup>2</sup> Ibidem, p. 95-107.

Igual relevo merece a análise da natureza da delegação conferida às agências reguladoras. Com efeito, grande discussão existente na doutrina refere-se à extensão do poder regulamentar das agências reguladoras e, em que nível, poderia o legislador permitir que uma autarquia editasse normas sem a observância do processo legislativo previsto na Constituição.

Apesar do dissenso doutrinário, não nos parece que a margem conferida às agências reguladoras colide com os princípios e regras previstas na Constituição. Note-se que o objetivo da regulação desempenhada pelas autarquias em comento é o de transferir questões de ordem técnica, as quais não poderiam ser objeto do processo legislativo ordinário, dada a ausência de capacidade técnica do legislador, por conta da alta especificidade dos temas envolvidos.

Por essa razão é que a própria legislação delega às autarquias a possibilidade de normatização de determinadas matérias sem nunca, é claro, se perder dos parâmetros previstos na legislação de origem<sup>3</sup>.

Constata-se, por todos os fundamentos já expostos, que as agências reguladoras desempenham função de natureza regulamentar, por meio de atos administrativos editados com o objetivo de disciplinar as atividades de seus respectivos setores, como bem expõe José dos Santos Carvalho Filho<sup>4</sup>.

Feita esta primeira constatação, somos obrigados a seguir adiante e concluirmos que a margem regulamentar conferida às agências regulatórias não constitui qualquer violação às normas legais e constitucionais e, por conseguinte, ao princípio da separação de funções.

---

<sup>3</sup> Sob a ótica de Luiz Roberto Barroso, a delegação com limitação a parâmetros previamente definidos é plenamente admissível, tal como ocorre no Direito Comparado por meio da “*delegation with standards*”. (BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173).

<sup>4</sup> “A disciplina normativa, de caráter basicamente técnico, conferida a tais entidades, não indica qualquer vestígio de usurpação do poder legiferante, uma vez que, mesmo editando normas gerais, as agências atuam no exercício da função administrativa.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências reguladoras e poder normativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59-69).



Em remota hipótese em que a agência reguladora possa usurpar os limites de seu poder regulamentar, editando atos normativos que extrapolem a margem normativa concedida pela legislação ordinária, não há qualquer dúvida de que tais atos serão alvo de controle judicial.

A princípio esse controle judicial seria exercido através do controle de legalidade, uma vez que as resoluções das Agências Reguladoras possuem fundamento de validade emanado das leis.

No entanto, é preciso se reconhecer que, muitas vezes, a regulamentação apesar de compatível com a lei não encontra nesta o parâmetro suficiente para o controle de validade. Neste caso, mostra-se possível o controle de constitucionalidade dos atos regulamentares, na linha de pensamento do douto Procurador do Estado Fábio Barbalho<sup>5</sup>.

Em razão de todo o exposto, percebe-se que as resoluções expedidas pelas agências reguladoras para disciplinar os contratos de compartilhamento de infraestrutura por serem dotadas de peculiaridades técnicas foram legitimamente atribuídas à elas, como passaremos a analisar ao longo do presente estudo.

## **2 – COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA**

O Compartilhamento de Infraestrutura visa ao uso de uma infraestrutura afetada à prestação de serviço público por mais de uma concessionária, permissionária ou autorizatória

---

<sup>5</sup> “Diante da constatação desse espaço normativo entre a lei e o regulamento – colmatado por um conteúdo regulamentar que, sem embargo de compatível com a lei, nela previamente não estava -, é inarredável a conclusão de que, em tal situação, a lei não oferta parâmetro material suficiente para o controle de validade material da norma regulamentar ou congênere. Forçoso aplicar a Constituição, mesmo porque, para além de quaisquer argumentos teóricos, há as necessidades práticas do sistema: não fosse se reconhecer e proceder diretamente ao controle de validade do regulamento firmado na relação Constituição-regulamento, não haveria diploma normativo para servir de parâmetro de controle desse espaço normativo ocorrente entre a lei e o regulamento.” (LEITE, Fábio Barbalho. *O Controle Jurisdicional de Atos Regulamentares das Agências Reguladoras diante do Princípio da Moralidade Administrativa*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 315-357).

e possui o seu procedimento regulado por meio de Resoluções das Agências Reguladoras. O compartilhamento pode ser intrasetor ou intersetor, conforme será explicitado a seguir.

## 2.1 – DO COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA INTRASETOR

O compartilhamento intrasetor é aquele em que tanto o detentor da infraestrutura quanto o interessado na sua utilização estão submetidos a fiscalização da mesma Agência Reguladora, ou seja, ambas as partes pertencem ao mesmo setor de prestação de serviço.

A Agência Nacional de Energia Elétrica, ainda, não editou a regulamentação específica para o compartilhamento de infraestrutura entre concessionários de serviço público de energia elétrica. Nesta esteira, para se viabilizar tal tipo de compartilhamento utiliza-se a autorização prevista no contrato de concessão das partes e analogicamente os dispositivos do Regulamento Conjunto, no que couber, até que seja expedida a norma específica para o compartilhamento dentro do setor de energia elétrica.

Já a ANATEL possui um regulamento específico para disciplinar o compartilhamento dentro do setor de telecomunicações que é o Anexo à Resolução n. 274, de 05 de setembro de 2001, que estabelece o direito da prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo de compartilhar a infraestrutura utilizada ou controlada por outra prestadora de serviços de telecomunicações.

O compartilhamento deverá ser realizado de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, devendo as prestadoras de serviços empreender esforços para evitar a duplicidade de infraestrutura, buscando a racionalização no uso das instalações<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Tal comando já estava previsto no art. 74 da Lei n. 9472/97 que assim dispõe: “Art. 74. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do concessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no *caput*.”

A ANP, por sua vez, editou a Resolução ANP n. 42, de 10.12.2012, para fixar as diretrizes e regras para o compartilhamento de infraestrutura entre o setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis.

Desta forma, observa-se que cada Agência reguladora deverá regulamentar o compartilhamento de infraestrutura do seu setor de atuação e caso não haja regulamentação específica poderá ser utilizada a disciplina estabelecida nos contratos firmados entre o Poder Concedente e o Prestador de Serviço Público.

## 2.2 – DO COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA INTERSETOR E O REGULAMENTO CONJUNTO N. 001 DA ANEEL, ANATEL E ANP

O Compartilhamento Intersector é aquele no qual o agente detentor da infraestrutura é de setor diverso do agente solicitante e será regulado, portanto, por mais de uma Agência Reguladora.

O Regulamento Conjunto n. 001 da ANEEL, ANATEL e ANP trata do compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo estabelecendo as diretrizes e condições essenciais para a celebração do contrato. Dada a importância e inovação trazida pela referida Resolução seus principais aspectos serão abordados a seguir.

### **2.2.1 – Início do Procedimento para o Compartilhamento entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo**

Existem duas formas possíveis de se dar início ao processo de compartilhamento, quais sejam, por iniciativa do detentor da infraestrutura ou por pedido do interessado.

Quando o agente detentor quiser disponibilizar parte de sua capacidade excedente de infraestrutura deverá dar publicidade de tal fato, em no mínimo, dois jornais de circulação nacional e um jornal de circulação local, durante três dias, estabelecendo as respectivas condições de compartilhamento.

O detentor deverá disponibilizar aos possíveis solicitantes os documentos que descrevam as condições de compartilhamento, as informações técnicas da infraestrutura a ser compartilhada, os preços e os prazos.

A Resolução Conjunta não disciplina a forma de solucionar a hipótese em que haja mais de um interessado na infraestrutura do detentor e na qual este não possua capacidade excedente para atender a todos.

Nesse caso, a infraestrutura deverá ser disponibilizada ao agente que oferecer as melhores condições de compartilhamento, ou seja, poderá o detentor escolher a situação que lhe seja mais vantajosa do ponto de vista econômico e comercial.

Outra forma de se iniciar o processo de compartilhamento é através da solicitação formal do agente interessado, por escrito, contendo as informações técnicas necessárias para a análise da viabilidade do compartilhamento pelo detentor.

Se o detentor verificar que é possível realizar o compartilhamento, sem violar cláusulas e condições emanadas do Poder Concedente e sem que haja riscos de ordem técnica, tais como, limitação na capacidade, segurança, estabilidade e confiabilidade, também, deverá dar publicidade da infraestrutura a ser disponibilizada e das condições de compartilhamento.

Mesmo quando a iniciativa provenha do solicitante, será imprescindível a publicidade, em no mínimo, dois jornais de circulação nacional e um jornal de circulação local da infraestrutura a ser disponibilizada e das condições de compartilhamento, em observância aos princípios da isonomia e da transparência.

O detentor da infraestrutura terá o prazo de até noventa dias a contar da solicitação para responder, por escrito, se será possível ou não o compartilhamento e não o sendo, deverá explicitar as razões do não atendimento. Se for viável o compartilhamento, deverá ser firmado um contrato entre as partes em até sessenta dias após o recebimento da resposta pelo solicitante.

Se houver necessidade da realização de estudos técnicos especiais para avaliar a viabilidade de atendimento das condições de compartilhamento requeridas pelo solicitante, poderá o detentor, mediante prévio acordo, cobrar os custos a eles associados, com preços justos e razoáveis, caso o contrato de compartilhamento não venha a ser formalizado. Caso contrário, tais custos estarão embutidos no contrato.<sup>7</sup>

### **2.2.2 - Da eficácia do Contrato de Compartilhamento**

O detentor e o solicitante da infraestrutura deverão informar as suas respectivas Agências Reguladoras acerca da formalização da solicitação de compartilhamento em até 30 dias. O Regulamento Conjunto não estabelece o termo *a quo* para a contagem do referido prazo, parecendo ser razoável que para aquele o termo inicial seja o recebimento do pedido, enquanto para este seja a expedição da solicitação.

O contrato de compartilhamento de infraestrutura deverá ser protocolizado na Agência reguladora do Setor de atuação do detentor e esta o remeterá, em até dez dias, para a Agência Reguladora do setor do solicitante, para que esta proceda a sua apreciação e o devolva em até trinta dias, apresentando o resultado de sua análise.

---

<sup>7</sup> O § 2º do art. 11 do Regulamento Conjunto estabelece que: “Caso o Detentor tenha a necessidade de realizar estudos técnicos especiais para avaliar a viabilidade de atendimento às condições de compartilhamento requeridas pelo Solicitante, este poderá, mediante prévio acordo, cobrar os custos a eles associados, que deverão ser justos e razoáveis, desde que o contrato de compartilhamento não venha a ser formalizado.” Pela leitura detida do referido dispositivo observa-se uma impropriedade no texto, pois parece que quem teria o direito de cobrar os custos dos estudos técnicos especiais seria o solicitante, o que não faz o menor sentido, uma vez que é detentor que depende recursos para a realização dos referidos estudos.

Caso decorra o referido prazo sem a manifestação expressa da Agência do solicitante haverá uma presunção absoluta de que houve a sua concordância tácita com os termos do contrato.

Após a concordância expressa ou implícita daquela Agência, será a vez da Agência Reguladora do detentor da infraestrutura decidir se homologa ou não o contrato e terá, igualmente, o prazo de trinta dias para tanto, pois se permanecer inerte o contrato será tido como homologado.

Todavia, se o contrato for considerado prejudicial à ampla, livre e justa competição poderá a Agência Reguladora do detentor infraestrutura rejeitar a sua homologação.

A Resolução Conjunta no seu art. 15 estabelece algumas hipóteses que acarretam a referida violação, são elas, a prática de subsídios para a redução artificial dos preços, o uso de informações obtidas de concorrentes a fim de obter vantagens na competição, a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem, a exigência de condições abusivas, obstrução ou retardamento intencional das negociações, coação visando a celebração do contrato, estabelecimento de condições que impliquem utilização ineficiente da infraestrutura e subordinação do compartilhamento à aquisição de um bem ou a utilização de um serviço.

Portanto, estão os contratos de compartilhamento de infraestrutura sujeitos tanto ao controle da Agência Reguladora do solicitante da infraestrutura quanto ao da Agência Reguladora do detentor. Sendo condição indispensável para a sua eficácia a homologação desta última de maneira expressa ou tácita.

### **2.2.3 – Da interrupção do prazo para a homologação do contrato**

Caso as Agências Reguladoras solicitem informações adicionais para a análise dos contratos de compartilhamento, o prazo para a homologação ficará suspenso até que elas sejam fornecidas satisfatoriamente.

Não basta que o agente delegatário de serviço público apresente somente parte das informações solicitadas ou responda a somente alguns quesitos indagados pela Agência, pois se as informações forem prestadas de maneira insuficiente o curso do prazo continuará interrompido.

O prazo da homologação, também, permanecerá interrompido no caso das Agências solicitarem alterações no contrato. Neste caso, o detentor e o solicitante terão até trinta dias para efetuar-las e encaminhar a versão nova para análise e homologação.

Supridas as informações adicionais o prazo de trinta dias de que dispõe a Agência para homologar o contrato será renovado.

#### **2.2.4 – Requisitos do Contrato de Compartilhamento de Infraestrutura**

O contrato de compartilhamento de infraestrutura possui algumas cláusulas essenciais estipuladas no art. 20 do Regulamento Conjunto<sup>8</sup>. Não há previsão de sanção expressa na referida norma como consequência da omissão de algum desses dispositivos

---

<sup>8</sup> “Art. 20 O contrato de compartilhamento de infra-estrutura deverá dispor, essencialmente, sobre o seguinte:

I - objeto;

II - modo e forma de compartilhamento da infra-estrutura;

III - direitos, garantias e obrigações das partes;

IV - preços a serem cobrados e demais condições comerciais;

V - formas de acertos de contas entre as partes;

VI - condições de compartilhamento da infra-estrutura;

VII - condições técnicas relativas à implementação, segurança dos serviços e das instalações e qualidade;

VIII – cláusula específica que garanta o cumprimento do disposto no art. 5º deste Regulamento;

IX – proibição de sublocação da infra-estrutura ou de sua utilização para fins não previstos no contrato sem a prévia anuência do Detentor;

X - multas e demais sanções;

XI - foro e modo para solução extrajudicial das divergências contratuais;

XII – prazos de implantação e de vigência; e

XIII - condições de extinção.”

obrigatórios. Todavia, poderá a Agência Reguladora exigir alterações no contrato que a supram como condição para a homologação do contrato.

No que diz respeito à obrigatoriedade de cláusula prevendo a solução extrajudicial de solução de conflitos existe divergência de posicionamento entre a ANEEL e a ANATEL. Enquanto esta entende que é indispensável a existência da referida cláusula e solicita a adequação do contrato no caso de sua ausência, aquela entende ser dispensável, podendo ser estipulado apenas o foro para a resolução judicial do litígio ou dispositivo contratual prevendo a arbitragem (Lei n. 9.307/96).<sup>9</sup>

Os preços poderão ser livremente negociados pelas partes e devem assegurar a remuneração do custo alocado à infraestrutura compartilhada, com os demais custos do Detentor, devendo o valor ser compatível com as obrigações previstas no contrato. No entanto, o art. 4º da Resolução Conjunta limita a autonomia da vontade ao estabelecer que os preços devem ser justos e razoáveis.

Preços justos e razoáveis são conceitos jurídicos indeterminados, havendo divergência sobre o seu conceito e sobre qual seria o limite da autonomia que as partes possuem para a fixação do valor do compartilhamento. Por essa razão, o preço cobrado é um dos maiores fatores de divergências entre as partes, não sendo raros os casos em que o solicitante aciona o detentor pleiteando a sua redução<sup>10</sup>.

Em decisão do TJRS os julgadores estabeleceram como parâmetros para a fixação do preço a utilização do custo incorrido e do custo evitado, aquele representando o valor mínimo que pode ser cobrado e este o valor máximo<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> BANDOS, Melissa Franchini Cavalcanti. *Análise dos Conflitos, das Negociações e dos Contratos gerados pelo Compartilhamento de infra-estrutura (sic) entre empresas reguladas pelas Agências ANEEL, ANATEL e ANP*. 2008. 179. f. Tese (Doutorado em Administração). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 109/110.

<sup>10</sup> Cite-se como exemplos de demandas que tem por objeto a revisão dos valores de compartilhamento de infraestrutura: Processo n. 224514-5 da 7ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Prestes Mattar, julg. em 30.04.2003 e Processo n. 0072330-84-2003.8.26.0100, Rel. Palma Bisson da 36ª Câmara Cível do TJSP, julg. Em 28.02.2013.

<sup>11</sup> “[...] Possível, ainda, utilizar o custo incorrido (custo despendido com a rede de postes existente) e o custo evitado (custo de construção de rede aérea própria, por exemplo) como balizadores para determinação do preço



Já Sandro Marcelo Kozikoski entende que o preço do compartilhamento deve ser razoável e proporcional, devendo garantir apenas a cobertura de custos de manutenção, sob o argumento de que o compartilhamento objetiva garantir a universalização do serviço e a racionalização do preço mediante o barateamento de custos.

Defende, ainda, este autor que a cobrança de preço excessivo pode ser entendida como uma infração à ordem econômica, ensejando a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência<sup>12</sup>.

Na visão de Carlos Ari Sunfeld a noção de preço justo e razoável está atrelada à análise das condições de mercado. Para ele tal aferição pode ser realizada através da “(...) análise de mercados competitivos comparáveis, sendo a experiência internacional um possível parâmetro neste aspecto; ou a partir de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes<sup>13</sup>”.

Portanto, melhor seria se as Agências Reguladoras tivessem definido detalhadamente os critérios e a metodologia para se obter o patamar mínimo e o máximo dos valores que podem ser cobrados pelo compartilhamento de infraestrutura.

### **2.2.5 – Da arbitragem Setorial**

No caso do solicitante não concordar com as razões da negativa do compartilhamento, poderá requerer a arbitragem das Agências ou buscar a via jurisdicional, não estando os concessionários, permissionários ou autorizatários de serviços públicos

---

compartilhado, o primeiro representando o valor mínimo, enquanto o outro, o valor máximo”. (Apelação Cível n. nº70032359739 da Vigésima Primeira Câmara Cível do TJRS, 16.12.2009).

<sup>12</sup> KOZIKOSZI, Sandro Marcelo. *O Compartilhamento de Infra-Estrutura Relacionado à Prestação do Serviço de Telefonia e a Questão da Remuneração pelo Uso dos Bens Compartilhados*. Disponível em: <http://www.clevedadvogados.com.br/arquivos/artigo-compartilhamento-infra-estrutura.doc>. Acesso em: 01 mai. 2013, p. 09-10).

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 9.

obrigados a esgotar o procedimento de arbitragem das Agências Reguladoras para se valer da via jurisdicional.

Vale registrar que a arbitragem das agências, também, é aplicável no caso de surgirem conflitos em matéria de interpretação e aplicação do Regulamento Conjunto durante o desenvolvimento das negociações e durante a execução do contrato de compartilhamento.

No entanto, há entendimento no sentido de que caso já tenha sido firmado o contrato e nele haja cláusula elegendo o compromisso arbitral, o procedimento aplicável será o da Lei n. 9.307/96 (arbitragem comum) e não a arbitragem setorial das Agências Reguladoras<sup>14</sup>.

Quando há convenção de arbitragem comum prevista na Lei 9.307/96 ficarão as partes vinculadas a adotá-lo no caso de surgirem controvérsias, não havendo violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois foram elas próprias que renunciaram a um direito disponível e optaram pelo meio alternativo. No entanto, o mesmo raciocínio não se aplica para a arbitragem setorial, pois não estão as partes vinculadas a ele, podendo ingressar diretamente no Poder Judiciário se surgir um litígio<sup>15</sup>.

O procedimento da arbitragem setorial é regulado pelo Anexo da Resolução Conjunta n. 002 da ANEEL, ANATEL e ANP que objetiva resolver administrativamente os conflitos oriundos do compartilhamento de infraestrutura. Para tanto as referidas Agências criaram uma Comissão de Resolução de Conflitos de caráter permanente.

---

<sup>14</sup> Neste sentido, foi o Acórdão proferido no Processo n. 2008.001489-0 do TJSC, de relatoria do Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 05.08.2008: “(...) O Juízo Arbitral Setorial foi colocado à disposição das Agências Reguladoras para solucionarem divergências no tocante à aplicação e interpretação do "Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo", durante as negociações dos contratos de compartilhamento. Correta a nomeação de árbitro pelo juiz sentenciante, atendendo ao disposto no art. 7º, § 3º, da Lei n. 9.307/96, se a empresa concessionária de serviço de energia elétrica não aceita submeter-se ao juízo arbitral comum, conforme previsto em cláusula do Contrato de Uso da Rede de Distribuição, assinado com empresa de TV a Cabo.”

<sup>15</sup> Neste sentido, vale destacar trecho da decisão proferida nos Autos do Processo n. 200001488834 pelo Juiz Jair Xavier Ferro da 10ª Vara Cível de Goiânia, em 29.09.2011: “(...) Cumpre ressaltar, contudo, não se tratar de arbitragem convencional, na forma estabelecida pela Lei nº 9.307/96, pela qual as partes aderem especificamente ao instituto da arbitragem, estabelecendo cláusula compromissória, e, posteriormente, o próprio compromisso arbitral. Assim, não se pode admitir a existência de prévio consentimento, a vincular as partes e alguma espécie de arbitragem, podendo as mesmas optarem, em virtude da norma constitucional garantidora, por acionarem o Poder Judiciário, exercendo o seu direito de ação, com vista a obter prestação jurisdicional capaz de dirimir a lide posta ao deslinde.”

A referida comissão é composta por dois representantes de cada Agência, mas uma vez instaurado um conflito concreto perante ela, a comissão julgadora ficará restrita a dois representantes da Agência Reguladora do setor de atuação do Requerente, dois representantes do setor de atuação do Requerido e um representante da Agência Reguladora do setor não envolvido no conflito.

A decisão da Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras possui efeito vinculante entre as partes e é irrecorrível na esfera administrativa, sendo admissível tão somente um pedido de reconsideração no prazo de até cinco dias.

Vale registrar que a coisa julgada administrativa não vincula o Poder Judiciário. A decisão administrativa é passível de modificação pela via jurisdicional, não sendo imutável, motivo pelo qual não há verdadeiramente coisa julgada.

#### **2.2.6. – Da obrigatoriedade de compartilhamento**

A obrigatoriedade do compartilhamento de bens necessários à prestação de serviços públicos tem fundamento no princípio constitucional da livre concorrência, pois não seria viável que cada empresa possuísse a sua infraestrutura própria.

O art. 73 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97) já conferia um direito subjetivo às prestadoras de serviços de telecomunicações de se utilizarem de infraestrutura controlada por outras empresas deste mesmo setor ou por prestadoras de outros serviços.

Posteriormente, a Resolução Conjunta n. 001/99 reforçou esse direito no seu artigo 4º, bem como conferiu o direito dos agentes dos setores de energia elétrica e petróleo de se utilizarem da infraestrutura de quaisquer desses setores.

Neste contexto, há doutrinadores que defendem que a compulsoriedade do compartilhamento de infraestrutura vem ao encontro dos princípios da função social da

propriedade e da livre concorrência. Neste sentido, se posiciona Danielle Hanna Rached<sup>16</sup> balizada, também, pela posição de Calixto Salomão Filho, conforme se transcreve a seguir:

A doutrina, até o momento incipiente no assunto, tenta montar, a partir do texto constitucional, a noção de função social do empreendimento econômico, especificamente o relacionado à prestação de serviços públicos. Por ser a propriedade das redes um elemento de dominação de mercados, não se pode permitir que esteja sob a livre fruição, uso e disposição do proprietário, sob pena da violação do valor constitucional (e institucional, segundo este autor) da livre concorrência.

Desta forma, constata-se que a orientação consagrada na legislação e acompanhada pela doutrina é no sentido de que há a obrigatoriedade do compartilhamento de infraestrutura necessária para a prestação de serviços públicos.

### **3 – RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA**

As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos são equiparadas ao Poder Público para fins de responsabilidade civil por força do art. 37, § 6º da CF. Portanto, respondem objetivamente pelos danos que causarem aos usuários ou a terceiros, independente da existência de culpa. Esta responsabilidade é extracontratual, pois decorre da lei e não de um contrato.

Todavia, para que haja o dever de indenizar será necessário que estejam presentes os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, quais sejam, conduta comissiva ou omissiva do agente, nexo de causalidade e dano.

Nesta esteira, cabe indagar se haveria responsabilidade civil para o detentor da infraestrutura, no caso do solicitante causar danos para terceiros em virtude da má utilização da infraestrutura objeto do contrato de compartilhamento.

---

<sup>16</sup> RACHED, Danielle Hanna. *Desregulação e Telecomunicações*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 138.

Uma primeira situação a ser cogitada seria o caso de serem utilizados para se viabilizar o compartilhamento equipamentos com especificações técnicas diferentes das que foram exigidas pelo detentor da infraestrutura.

Neste caso, percebe-se claramente que houve uma conduta omissiva do detentor em não fiscalizar o material para verificar se o mesmo era adequado ou não, o que ensejaria a responsabilidade objetiva solidária do detentor e do solicitante em face de terceiros usuários ou não.

Outra hipótese seria aquela em que um funcionário da solicitante, ao operar uma infraestrutura compartilhada por um erro operacional, por exemplo, causasse danos nas instalações da detentora, a terceiros ou mesmo repercutisse na qualidade do serviço, vindo a causar danos aos usuários desta.

Neste caso, observa-se que há três planos de responsabilização, quais sejam, a responsabilidade do solicitante frente ao detentor, a responsabilidade do solicitante em relação aos usuários dos seus serviços ou qualquer outra vítima e a responsabilidade do detentor em relação aos seus usuários ou qualquer outra vítima.

No que diz respeito à responsabilidade civil pelos danos causados pelos empregados da solicitante à detentora das instalações, entende-se que esta será objetiva na forma do art. 932, III combinado com o art. 933, ambos do CC<sup>17</sup>.

Vale destacar que é comum nos contratos de compartilhamento de infraestrutura a inserção de cláusula prevendo a responsabilidade civil das partes em caso de ocorrência de danos. Deste modo, serão aplicáveis as regras previstas contratualmente, que farão lei entre as

---

<sup>17</sup> “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;[...]

“Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

partes. Neste caso, teremos uma responsabilidade contratual e não aquiliana, pois as disposições contratuais se sobrepõem as legais na relação entre o solicitante e o detentor.

No que diz respeito aos danos que o solicitante venha eventualmente causar aos usuários dos seus próprios serviços ou a qualquer outra vítima a responsabilização será objetiva em virtude da teoria do risco administrativo consagrada no art. 37, §6º da CF que se estende para as empresas delegatárias de serviços públicos e por força do art. 25 da Lei 8987/95.

Finalmente cabe indagar se haverá a responsabilidade civil do detentor da infraestrutura pelos danos causados aos seus usuários ou a qualquer outra vítima por ato exclusivo da solicitante da infraestrutura. Nesta hipótese não se pode esquecer que o compartilhamento não é uma faculdade das detentoras de infraestrutura, mas sim uma obrigatoriedade imposta pelo sistema, uma vez preenchidos os requisitos necessários pela solicitante.

Nesta esteira, se a conduta ensejadora do dano foi exclusivamente causada pela empresa solicitante, não deve ser responsabilizada a detentora que é obrigada a tolerar o compartilhamento em virtude de uma imposição regulatória.

Assim, o dano causado pelo solicitante da infraestrutura deve ser considerado um fato de terceiro<sup>18</sup> que exclui a responsabilidade civil do detentor. Vale registrar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem como causas excludentes do nexo causal: o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiros.

Ainda que seja aplicado o Código de Defesa do Consumidor, ainda assim, não restará caracterizada a responsabilidade do detentor da infraestrutura, pois há previsão expressa no

---

<sup>18</sup> Vale citar as lições de Patricia Ribeiro Serra Vieira sobre o fato de terceiro: “Quando um terceiro, diverso da relação de causalidade estabelecida entre o autor material do fato e a vítima (qualquer outra pessoa estranha ao binômio pessoa do agente e vítima que influi diretamente na responsabilidade pelo dano), for o verdadeiro provocador do dano, cabe ao réu a convocação desse terceiro.” (VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. A responsabilidade civil objetiva no direito de danos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46).

diploma consumerista de que o fato de terceiro exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços (art. 14, §3º da Lei n. 8.078/90)<sup>19</sup>.

Também não há que se invocar a teoria do risco do empreendimento, pois o compartilhamento não deve ser visto como forma de obtenção de lucro pelas detentoras da infraestrutura, tanto que os preços devem ser fixados nos contratos em valores razoáveis e as receitas serão capturadas pelas Agências Reguladoras.

Portanto, se a detentora é obrigada a aceitar que outra empresa prestadora de serviço público se utilize de sua infraestrutura, justamente, para que não haja investimentos desnecessários que irão impactar no valor das tarifas a serem pagas pelos consumidores, não se mostra possível que aquela seja responsabilizada por um fato de terceiro (solicitante).

Vale ressaltar que a vítima do dano não ficará indene, pois poderá ingressar em juízo em face do legítimo causador do dano.

## CONCLUSÃO

As Agências Reguladoras através do seu poder normativo consubstanciado pela expedição de Resoluções Normativas é de grande relevância para a regulação dos serviços públicos, especialmente, no tocante à disciplina do compartilhamento de infraestrutura.

O compartilhamento evita investimentos desnecessários, impede a duplicação de infraestrutura, contribui para a modicidade tarifária, reduz problemas ambientais, dentre outras vantagens.

---

<sup>19</sup> “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

[...]

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

No entanto, muitas questões, ainda, precisam ser mais bem detalhadas pelas Agências Reguladoras, pois não há uma metodologia definida para a fixação dos preços, com a definição de patamares máximos que possam ser cobrados a fim de que não haja violação a livre concorrência.

Além disso, as Agências Reguladoras deveriam reduzir os percentuais de captura para a modicidade tarifária, pois a empresa detentora da infraestrutura terá muitos ônus decorrentes do mesmo e, além disso, poderá, eventualmente, ser responsabilizada civilmente por um dano que não tenha sido por ela causado.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BANDOS, Melissa Franchini Cavalcanti. *Análise dos Conflitos, das Negociações e dos Contratos gerados pelo Compartilhamento de infra-estrutura (sic) entre empresas reguladas pelas Agências ANEEL, ANATEL e ANP*. 2008. 179. f. Tese (Doutorado em Administração). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Decreto n. 7.175, de 12 mai. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7175.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7175.htm)>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm)>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP n. 001, de 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres1999001cj.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Resolução da ANATEL n. 274, de 05 set. 2001. Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/hotsites/coletanea\\_normas/TextoIntegral/ANE/res/anatel\\_20010905\\_274\\_regulamento.pdf](http://www.anatel.gov.br/hotsites/coletanea_normas/TextoIntegral/ANE/res/anatel_20010905_274_regulamento.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2012.



BRASIL. Resolução da ANP n. 42, de 10 dez. 2012. Disponível em: <[http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/resolucoes\\_anp/2012/dezembro/ranp%2042%20-%202012.xml?f n=document-frameset.htm\\$f=templates\\$3.0](http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/resolucoes_anp/2012/dezembro/ranp%2042%20-%202012.xml?f n=document-frameset.htm$f=templates$3.0)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BRASIL. Resolução Normativa da ANEEL n. 386, de 15 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2009386.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Resolução Normativa da ANEEL n. 581, de 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2002581.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2012.

CAMPOS, Clever Mazzoni. *Curso Básico de Direito de Energia Elétrica*, Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRITÉRIOS Básicos para Cessão ou Compartilhamento de Instalações e Infraestrutura de Telecomunicações. Disponível em: <[http://www.aptel.com.br/include/download.asp?arquivo=FT-GTT-201102\\_APROVADO.pdf&LAYOUT=1&SISTEMA=4&OPT=837](http://www.aptel.com.br/include/download.asp?arquivo=FT-GTT-201102_APROVADO.pdf&LAYOUT=1&SISTEMA=4&OPT=837)>. Acesso em: 07. out. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KOZIKOSZI, Sandro Marcelo. *O Compartilhamento de Infra-Estrutura Relacionado à Prestação do Serviço de Telefonia e a Questão da Remuneração pelo Uso dos Bens Compartilhados*. Disponível em: <http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/artigo-compartilhamento-infra-estrutura.doc>. Acesso em: 01 mai. 2013.

LANDAU, Elena. *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.  
NASCIMENTO, Marina Geórgia de Oliveira e. O compartilhamento da infraestrutura na: Prestação dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-compartilhamento-deinfraestruturanaprestacao-dos-servicos-detelecomunicacoes,41799.html>>. Acesso em 15 jan. 2013.

VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*, 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2008.