



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

MYLLER KAIRO COELHO DE MESQUITA

**REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO:
O LIMITE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO
COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA DE POSTES ENTRE
AS EMPRESAS DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÃO**

Brasília
2013

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO:
O LIMITE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO
COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA DE POSTES ENTRE
AS EMPRESAS DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÃO**

Autor: Myller Kairo Coelho de Mesquita

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Brasília, 27 de novembro de 2013.

FOLHA DE APROVAÇÃO

MYLLER KAIRO COELHO DE MESQUITA

Regulação setorial e antitruste no direito brasileiro: o limite do direito da concorrência no compartilhamento de infraestrutura de postes entre as empresas de energia elétrica e de telecomunicação

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em: 27 de novembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Orientador – Presidente)

Me. Adriano Drummond Cançado Trindade
(Membro)

Me. Francisco Schertel Ferreira Mendes
(Membro)

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(Suplente)

Agradecimentos

À minha família. Pai, Antônio Francisco; mãe, Maria Lúcia; irmãs, Lidiane e Liliane; cunhados, Claytton e Fabiano, muito obrigado pelo amor e carinho e pelo esforço sem medida que empenharam para que eu tivesse a melhor formação possível.

Ao Régis e à Patrícia, pelas lições de vida.

Aos meus professores, por se dedicarem ao ofício de compartilhar o conhecimento.

Aos meus amigos de Faculdade, Bruno, Itanúsia, Jonathas, Larissa e Paula, por tantos momentos em que a alegria e o companheirismo foram marcantes.

Aos meus amigos do GERN/UNB, Cássio, Lívia, João Paulo, Caio e Gabrielle, pelas discussões regulatórias interessantes que compartilharam no grupo de pesquisa.

Aos meus amigos da REDUnB, Leonardo, Gilberto e Paulo Henrique, pelos momentos de aprendizado e de amizade na edição da Revista do Estudantes da Faculdade.

Ao meu orientador, professor Márcio Iorio, ao professor Luiz Gustavo Kaercher, ao professor Adriano Drummond e ao professor Ricardo Brandão, por terem desenvolvido, na Faculdade, um ambiente favorável ao estudo do direito setorial.

Ao professor Francisco Schertel, à Cristiane Landerdahl e ao professor Francisco Todorov por terem me ensinado os fundamentos da análise antitruste com tanta paciência e qualidade.

Resumo

A monografia analisa o limite da competência da autoridade antitruste a respeito da atividade econômica do compartilhamento de infraestrutura de postes entre as empresas de energia elétrica (distribuidoras) e de telecomunicação (TV a cabo), ambas submetidas ao poder normativo de agências reguladoras distintas. De acordo com o estudo, tanto a aplicação da teoria do institucionalismo comparado quanto a lógica da racionalidade econômica como requisito de configuração do ilícito antitruste, diante de uma análise histórico-institucional, são parâmetros prescritivos de limitação da competência concorrencial em relação a condutas de agentes econômicos submetidos à regulação setorial.

Palavras-chaves: compartilhamento, infraestrutura, concorrência, energia elétrica, telecomunicações.

Abstract

The monograph analyzes the competence limit of the antitrust authority concerning the economic activity of power poles infrastructure sharing between energy (electricity distributor) and telecommunication (cable TV) companies, both submitted to normative power of distinct regulatory agencies. According to the study, both the application of compared institutionalism theory and the logic of economic rationality as conformation requirement of antitrust illicit, through an historical-institutional analysis, are prescriptive parameters of limitation of antitrust competence related with the behaviors of economic agents submitted to sectorial regulation.

Keywords: sharing, infrastructure, competition, electric power, telecommunications.

Sumário

1. Introdução	8
2. O compartilhamento de infraestrutura de postes	10
2.1. O fundamento do compartilhamento da infraestrutura de postes	10
2.2. Competência antitruste para análise de monopólio legal	12
2.3. Aplicação da lei antitruste a mercados submetidos à regulação setorial	13
2.4. Análise de caso	17
3. A regulação setorial (ANEEL e ANATEL)	20
3.1. Distribuição de energia elétrica.....	20
3.2. Regulação da TV a cabo	25
3.3. Regulação do compartilhamento de infraestrutura de postes.....	28
4. O institucionalismo comparado	31
4.1. A formulação teórica do institucionalismo, na economia, e a concepção da concorrência como garantia institucional.....	32
4.2. Teoria do institucionalismo comparado	35
5. A análise concorrencial e o seu limite	36
5.1. O institucionalismo comparado como expressão da eficiência da Administração.....	38
5.2. A análise da racionalidade econômica na caracterização da infração contra a Ordem Econômica.....	43
6. Conclusão	46
7. Bibliografia	47
7.1 Normas	50
7.2 Julgados.....	51

1. Introdução

“Como separar, no fluxo contínuo de condutas e estratégias dos agentes capitalistas destinadas a valorizar os respectivos capitais, as lícitas das ilícitas, as autorizadas das não autorizadas?” (SCHUARTZ, 2000, pág. 71)

A monografia visa a analisar o limite da competência¹ da autoridade antitruste federal – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – a respeito da atividade econômica do compartilhamento de infraestrutura de postes entre as empresas de energia elétrica (distribuidoras) e de telecomunicação (TV a cabo), ambas submetidas ao poder normativo de duas agências reguladoras, respectivamente: Agência Nacional da Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL).

O tema de análise repercute, em síntese, a tensão que emerge da experiência histórico institucional concernente à delimitação da competência do CADE no âmbito de atividades econômicas reguladas por agências governamentais específicas.

Nesse sentido, é importante explicitar que o estudo visa à identificação dos parâmetros prescritivos que se adequam ao contexto histórico institucional de competência regulatória e que informam os limites da competência do CADE em demandas que versem sobre o compartilhamento de infraestrutura de postes.

No que concerne aos elementos de análise empírica, a pesquisa, ao enfrentar a pergunta proposta, tratará: (i) das normas estruturantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 8884/1994 e 12.529/2011); (ii) da Lei Geral de Telecomunicação (Lei 9472/1997); (iii) das normas secundárias produzidas pela ANEEL e ANATEL (Resoluções Conjuntas nº 1/1999 e 2/2001 ANATEL/ANEEL/ANP, Resolução ANEEL nº 581/2002); (iv) do Processo Administrativo do CADE nº 08012.002716/2001-1; (v) da Proposta de Resolução Conjunta apresentada no voto do Conselheiro da ANATEL João Batista de Rezende nº 94/2013- JR/PR, de 29/07/2013.

Ademais, o estudo apresentará a teoria do institucionalismo comparado, que visa a delimitar os agentes institucionais mais habilitados para lidarem com a resolução de um problema que, em tese, pode afetar mais de uma seara de competência.

Essa teoria será tomada como referencial teórico para a compatibilização de uma suposta dupla incidência de competência regulatória e antitruste em casos de

¹ Neste estudo, adotaremos o termo “competência” para indicar a atribuição administrativa decorrente de lei.

compartilhamento de postes, quando o tema controvertido cingir-se à disputa comercial sobre o preço cobrado pelo aluguel do poste.

No que concerne à estrutura do trabalho, releva expor que, inicialmente, será analisada a problemática do compartilhamento de postes e, em seguida, será exposta a teoria do institucionalismo comparado, bem como a das garantias institucionais.

Após isso, serão analisadas as práticas institucionais das agências ANEEL, ANATEL e do Órgão de Defesa da Concorrência (CADE) atinentes ao objeto de pesquisa.

Por fim, serão apresentados parâmetros prescritivos de análise da competência antitruste sobre o compartilhamento de postes, depreendidos do histórico normativo dos agentes institucionais envolvidos, a saber: (i) a existência de entidades regulatórias competentes para arbitrar os conflitos negociais decorrentes da fixação do preço do compartilhamento; (ii) a racionalidade econômica como elemento de configuração da infração antitruste.

Nesse sentido, vale esclarecer que a hipótese de pesquisa parte do seguinte entendimento: cabe às agências ANATEL e ANEEL regularem o compartilhamento de postes de modo a promover um ambiente comercial competitivo e eficiente.

Entretanto, caso, no âmbito desse compartilhamento, seja constatada uma infração à concorrência, não resta dúvida de que está assegurada a competência do CADE, ressalvando-se apenas a necessidade de interpretar a Lei de Defesa da Concorrência de modo a ser fiel ao paradigma a que se submetem os fundamentos justificadores da autoridade antitruste.

Isto é, deve-se perquirir a existência de uma racionalidade econômica na conduta anticoncorrencial de modo a privilegiar os interesses da empresa infratora ou do grupo econômico a que pertença, em detrimento dos concorrentes.

Com efeito, trata-se de questão complexa, ou seja, é expletivo ressaltar que uma solução unívoca para o caso é impossível, uma vez que a delimitação do caminho (método) a ser percorrido, a fim de que os distintos interesses legítimos se componham, exige uma visão que extrapola uma concepção linear do tema.

2. O compartilhamento de infraestrutura de postes

Este capítulo visa a discorrer a respeito da importância da promoção do compartilhamento de infraestrutura pelo ordenamento jurídico, bem como analisar (i) a competência antitruste para análise de um monopólio legal e (ii) a aplicação da lei antitruste a mercados submetidos à regulação setorial.

Em seguida, será apresentado o caso do Processo Administrativo (PA) do CADE nº 08012.002716/2001-11², cujos elementos fáticos casuísticos serão abstraídos para que seja possível, indutivamente, apreender um padrão geral de análise da relação entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro.

2.1. O fundamento do compartilhamento da infraestrutura de postes

O fundamento do compartilhamento do poste entre as empresas de energia e de TV a cabo decorre (i) da necessidade de um suporte físico para a transmissão de dados da TV a cabo, sendo o poste (via aérea) em comparação com a via subterrânea o mais viável financeiramente, e (ii) dos elevados custos financeiros, ambientais e jurídicos da replicação de uma estrutura de postes.

É importante esclarecer que, embora se utilize a expressão corrente “compartilhamento de poste”, deve-se ter em mente que o objeto do compartilhamento é o ponto de fixação do cabo no poste, pois em cada poste mais de um ponto de fixação pode ter lugar.

Ademais, é relevante observar que, conforme ensina Alexandre Nester, na obra *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estrutura e redes)*:

“O compartilhamento de infra-estruturas e redes (e mesmo de outros bens) pode caracterizar, em determinadas circunstâncias, condição indispensável para a abertura de setores da economia para um regime de concorrência regulada. O direito de acesso à infraestrutura já estabelecida, em condições isonômicas e não discriminatórias, mediante o pagamento de uma contraprestação adequada e justa, constitui verdadeiro princípio geral do Direito Antitruste.” (NESTER, 2006, p. 300)

² O caso, já analisado pela Superintendência-Geral do CADE, ainda será julgado pelo Tribunal do CADE.

Portanto, tendo em vista essa situação peculiar, o legislador pátrio previu expressamente o direito ao compartilhamento, nos termos do art. 73 da Lei 9.472/1997, *verbis*:

“Art. 73. As **prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo** terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados **por prestadora de serviços** de telecomunicações ou de outros serviços **de interesse público**, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.” (g.n) (BRASIL, 1997)

A importância do compartilhamento de infraestrutura torna-se premente quando a concorrência³ em um determinado setor da economia torna-se dependente de uma infraestrutura que consiste em um monopólio natural⁴, tal como é recorrente nas infraestruturas de redes, a exemplo da que é constituída pelos postes de energia elétrica.

A racionalidade econômica e jurídica do compartilhamento da infraestrutura de monopólio natural geralmente encontra respaldo na doutrina das *essential facilities*.

Segundo Alexandre Wagner Nester, a *essential facility doctrine* é:

“o instituto jurídico segundo o qual se assegura a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o exercício do direito de acesso às infra-estruturas e redes já estabelecidas (assim como determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica, cuja duplicação é inviável, e que se encontram na posse de outros agentes (normalmente em regime de monopólio natural), seus potenciais concorrentes. A esse direito de acesso corresponde uma obrigação específica do detentor de infra-estrutura de ceder o acesso ao terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas de concorrência preconizados pelo Estado.” (NESTER, 2006, p. 226)⁵

³ O acesso à infraestrutura essencial torna-se relevante do ponto de vista concorrencial quando tende a afetar negativamente a concorrência, o que não equivale a dizer, afetar um agente econômico individual. Nesse sentido, é importante observar que “Um competidor individual pode sofrer uma severa desvantagem, resultante de uma recusa [de acesso à infraestrutura] sem que exista um efeito significativo na competição – dano ao competidor não é necessariamente o mesmo que dano à competição. Os Tribunais, comumente, definem uma facilidade essencial como aquela onde o dano à competição deve ser ‘severo’ como consequência da ‘impossibilidade prática’ da duplicação da facilidade recusada.” No original: “*An individual competitor could suffer a severe handicap as a result of the denial without there being a significant effect on competition – harm to a competitor is not necessarily the same as harm to a competition. Courts have generally defined an essential facility as one where the harm to competition must be ‘severe’ as a consequence of the ‘impracticability’ of duplicating the denied facility.*” (TYE, 1987, p. 348)

⁴ De acordo com Vitor Rhein Schirato, monopólios naturais são “infraestruturas cuja duplicação pode não ser viável, seja por razões de caráter econômico, seja por razões de caráter técnico (nas quais inserimos as razões ambientais, urbanísticas e relacionadas ao uso de bens públicos, como exporemos). Ou seja, nos casos em que a exploração de uma determinada atividade demandar um monopólio natural, haverá, com relação à propriedade e à operação de tal monopólio, uma exclusividade necessária do agente econômico.” (SCHIRATO, 2012, p. 203)

⁵ Há quatro elementos de base da teoria da facilidade essencial, quais sejam: (i) controle da estrutura essencial pelo monopolista; (2) uma incapacidade prática ou razoável do competidor para duplicar a estrutura essencial;

É importante ressaltar que a caracterização do poste como uma facilidade essencial deve ser precedida de uma análise de caso concreto, pois uma definição abstrata vai de encontro ao próprio fundamento teórico da teoria que sustenta a mitigação de interesses privados a bem da concorrência.

2.2. Competência antitruste para análise de monopólio legal

Os postes sobre que incide a controvérsia sobre o compartilhamento são detidos por distribuidoras de energia elétrica, regidas entre outras leis pela de nº 10.848/2004.

Elas são monopolistas em sua área de prestação de serviço em razão de delegação administrativa submetida à ordem legal.

Portanto, trata-se de um monopólio legal e, por isso, vale destacar que o CADE possui competência para analisar e punir infrações cometidas por empresas cujo monopólio de mercado decorra de lei, consoante art. 31 da Lei 12.529/2011, que reproduziu a redação do art. 15 da Lei 8.884/94, *verbis*:

“Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.” (Brasil, 2011)

Com efeito, o CADE, no julgamento do PA nº 5300-000359/99, de Relatoria do i. Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, em que se controvertia a recusa de contratar o sinal de acesso à transmissão da TV Globo, afirmou-se que:

“A partir do momento em que um empresa entra a fazer parte de um mercado e, principalmente, desde que passa a fornecer neste mercado um serviço público por concessão governamental e desde que ali assume posição dominante, sujeita-se a um contexto normativo constitucional e legal que supera as vinculações que atingem outras empresas. Se outras empresas, principalmente as que não detêm posição dominante, não podem dividir mercado, não podem limitar ou impedir o acesso de outras empresas, não podem criar dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de

(3) a negativa de uso da facilidade a um competidor; (4) a viabilidade de prover a facilidade. (GRIEVE, et al., 1996, p. 1004) No original: “*The four elements of liability under the essential facility doctrine are (1) control of the essential facility by the monopolist; (2) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility.*”

empresas concorrentes e não podem discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços, com muito maior razão estão sujeitas a tais restrições de ordem constitucional e legal as empresas de que detêm posição dominante em consequência de uma concessão administrativa.” (CADE, 2001, p. 851)

Portanto, firma-se o entendimento de que o tão só fato de um agente econômico ser monopolista em decorrência da lei não é elemento hábil para afastar a competência da autoridade antitruste para punir infrações contra a Ordem Econômica.

2.3. Aplicação da lei antitruste a mercados submetidos à regulação setorial

No que concerne à aplicação da lei antitruste a mercados submetidos à regulação setorial, tal como a expedida pela ANEEL ou pela ANATEL, o CADE vem entendendo que as duas esferas de intervenção do Estado na Ordem Econômica⁶ são complementares.

A respeito dessa complementariedade, o CADE possui importante precedente em que aplicou a lei de defesa da concorrência no mercado de armazenagem portuária.

⁶ A respeito da posição do autor sobre a temática da intervenção do Estado, na Ordem Econômica, recomenda-se a leitura do artigo *A reserva estatal de atividade econômica e a propriedade do petróleo e do gás natural*. Vejamos. “A intervenção do Estado na Ordem Econômica, na Constituição de 1988, é disciplinada pelo art. 173 da Carta. De acordo com esse preceito constitucional, ou o Estado atua em situação de igualdade com os entes privados nos casos em que há interesse público (imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo), ou a sua atuação, nos casos ressalvados na própria Constituição, será regida pelo regime jurídico do serviço público (art. 175) ou pela forma estabelecida na Carta. É possível, a partir dessa análise preliminar, distinguir duas situações jurídicas importantes para os fins deste estudo. (i) A primeira ocorre quando o próprio Estado, ainda que por meio de empresa estatal, exerce exclusivamente a atividade reservada, assim caracterizada como um monopólio real, pois não há possibilidade de concorrência com entidades privadas. (ii) A segunda, por sua vez, ocorre quando o Estado [segundo a Constituição] permite a delegação da atividade, a exemplo do que dispõe o §1º do art. 177, situação na qual é permitida a realização de contratos com o setor privado. Neste caso, há um monopólio virtual da atividade, pois é permitida a participação de um agente distinto do Estado ou da empresa estatal na execução da atividade reservada. Essa perspectiva teórica privilegia a dicotomia entre atividades reservadas e não reservadas em detrimento da tradicional oposição doutrinária entre serviço público e monopólio, que, em essência, relaciona-se a uma visão dogmática sobre o conflito entre o capital e o trabalho.” (MESQUITA, 2013, p. 59). Ademais, releva notar que “(...) qualquer que venha a ser a natureza da atividade econômica desenvolvida, o Estado não se omitirá do dever de atuar como ‘agente normativo e regulador’ da atividade econômica (art. 174, *caput*), de modo a direcionar a atuação dos agentes econômicos a fins socialmente desejáveis.” (CARVALHO, 2007, p. 85) Adota-se, neste estudo o conceito de regulação estatal da economia proposto por Alexandre Santos de Aragão que a entende “como o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o compartimento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição orientando-os em direções socialmente desejáveis.” (ARAGÃO, 2001, p. 47) Por fim, é importante observar que as agências reguladoras surgiram da constatação de que “a tomada de decisão regulatória tornou-se a instituição política de escolha para lidar com os contínuos problemas econômicos e sociais. A tomada de decisão administrativa foi largamente percebida como mais apropriada aos contínuos problemas de complexidade do que estatutos legislativos ou decisões judiciais.” No original: “(...) regulatory decision-making became the political institution of choice to deal with ongoing economic and social problems. Administrative decision-making was broadly perceived as more appropriate to ongoing problems of complexity than either legislative statutes or judicial rulings.” (HORWITZ, 1989, p. 82)

Trata-se do PA nº 08012.007443/99-17, cuja relatoria ficou sob a responsabilidade do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Segundo o i. Relator:

“A existência de regulação no setor portuário não impede a aplicação da Lei 8.884/94. Ao contrário, o modelo de regulação proposto prevê expressamente a concorrência entre os atores envolvidos, qual só pode ser preservada com a observância da Lei de Defesa da Concorrência. (...) Nesse sentido manifestou-se a douta Procuradoria do CADE: ‘Não se pode aceitar o argumento de que a atividade está sujeita a regulação, e, portanto, fora do alcance da lei antitruste. Mesmo em mercados regulados, os agentes econômicos, como maximizadores de lucro, tendem a adotar condutas anticompetitivas. Estas, por sua vez, causam falhas no mercado e podem eliminar a concorrência, tornando necessária a intervenção estatal para corrigir as falhas, protegendo os interesses públicos envolvidos.’” (CADE, 2005, p. 3877-3878)

Apesar da posição pacífica do CADE⁷ a respeito da incidência do direito antitruste ao mercado submetido à regulação por agência específica, é curial refletir, à luz da doutrina, sobre a forma de interação⁸ entre ambos os sistemas jurídicos⁹, no âmbito do Estado Regulador¹⁰.

Inicialmente, cabe observar que:

⁷ Nesse sentido, releva destacar o conflito positivo de competências entre o Banco Central e o CADE a respeito da análise de operações que envolvem a transferência de controle acionário entre instituições financeiras. Para um estudo mais aprofundado do tema ver *Defesa da concorrência no sistema financeiro internacional: do conflito de atribuições entre o Banco Central e o CADE* (NEVES, 2003, p. 218-322).

⁸ De acordo com Calixto Salomão, existe apenas um caso de imunidade constitucional à aplicação dos princípios concorrenciais. Segundo o autor, “Trata-se da hipótese de planejamento econômico impositivo, prevista no art. 174 da CF. Esse dispositivo, como já discutido, é incompatível com o conceito de regulação, por uma razão muito simples: o planejamento ordena meios e fins da atividade econômica. O regime de planejamento exige a intervenção direta do Estado, definindo as metas para o setor público. Caso essas metas sejam específicas a ponto de lidar com as variáveis concorrenciais, então, o comportamento do setor público é imune ao direito concorrencial.” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 173)

⁹ Cabe ressaltar que: “Competências sobrepostas, se não forem bem delimitadas, com a previsão do papel ocupado por cada ente no sistema, podem, por um lado, acarretar em aumento de custos, gerando ineficiência econômica, e, por outro, imprevisibilidade dos procedimentos, normas e decisões impostas aos seus destinatários, contribuindo para uma situação de insegurança jurídica.” (KERSTEN, 2010, p. 339)

¹⁰ Entende-se que o Estado Regulador consiste em uma evolução do Estado de Bem-Estar Social. Nesse sentido é importante observar que “Mais abrangentemente, a proposta regulatória não visa apenas respaldar o funcionamento espontâneo dos mercados, mas corrigir disfunções (‘falhas de mercado’), que as concepções liberais não lograram identificar. Tem-se em vista a eficiência ‘alocativa’ ou ‘produtiva’. Nas situações de monopólio, o regulador procura reproduzir as forças do mercado, controlando preços e estabelecendo padrões de qualidade; em outros casos, intenta-se resguardar os interesses do consumidor por meio do estímulo à livre concorrência. A doutrina identificou uma vertente social da regulação. Sem dissociá-la de objetivos econômicos, privilegia um conceito de ‘eficiência distributiva’ relacionado a finalidades socioeconômicas: redistribuição de renda, redução de desigualdades regionais, aumento do bem-estar da sociedade – visão que se ajusta ao ideário do Estado Social.” (CARVALHO, 2007, p. 150)

“A introdução de elementos concorrenciais em setores antes reservados ao monopólio estatal e a instituição de agências reguladoras para ordenar esses setores, a partir de meados da década de 90¹¹, paralelamente ao fortalecimento e consolidação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, trouxe à tona questões referentes à divisão de competências e à articulação entre essas autoridades. As agências reguladoras possuem a competência de implementação e proteção da concorrência nos setores por elas regulados. No entanto, essa competência não afasta a possibilidade e os órgãos de defesa da concorrência também exercerem as atividades de investigação, repressão e prevenção de atos lesivos à concorrência em tais setores. Assim, considerando que a defesa da concorrência nos mercados regulados caracteriza-se como escopo tanto dos reguladores setoriais quanto das autoridades antitruste, impõe-se saber como se repartem as competências entre eles e como garantir sua articulação.” (LEBBOS, 2010, p. 217-218).

No que concerne aos possíveis modelos institucionais de divisão de competências entre agências reguladoras e autoridade antitruste, a doutrina aponta quatro configurações com base na distinção entre regulação técnica¹², econômica¹³ e de concorrência¹⁴, a saber:

- a) *regulação técnica, regulação econômica e defesa da concorrência a cargo da autoridade setorial.* Nesse modelo, os reguladores setoriais realizam as três atribuições, não havendo espaço para a atuação das autoridades de defesa da concorrência nos setores regulados. Verifica-se, pois, **ênfase sobre os aspectos regulatórios setoriais;**
- b) *regulação técnica e regulação econômica a cargo da autoridade setorial e defesa da concorrência a cargo da autoridade antitruste.* Consiste no

¹¹ Cabe esclarecer que a reforma regulatória nacional de 1990, prevendo “um programa de privatizações de empresas estatais prestadoras de serviço público em larga escala como forma de equacionar a crescente deterioração das finanças públicas, transferiu à iniciativa privada, dentre outras coisas, o encargo de realizar investimentos em infraestrutura. Por meio do instituto jurídico da concessão, as empresas privadas passaram a prestar serviços públicos cujas tarifas servem como remuneração do capital investido.” (COUTINHO, 2002, p. 70)

¹² “A regulação técnica compreende a compatibilização dos equipamentos e sistemas técnicos com objetivos de respeito à vida privada, garantia da segurança e de proteção do meio ambiente. Consiste em atribuição bastante diversa daquelas de implementação e promoção da concorrência e demanda conhecimentos técnicos específicos de cada setor, razão pela qual dificilmente será adequadamente assumida pelas autoridades antitruste.” (LEBBOS, 2010, p. 221)

¹³ “A regulação econômica refere-se basicamente às medidas de estabelecimento de preços, tarifas e quantidades a serem observadas no fornecimento de bens ou serviços regulados, de práticas normais de comércio e proteção do consumidor (como publicidade e horários de atendimento) e de definição de acesso não discriminatório a redes básicas. **A adequada atribuição dessas competências ao regulador setorial ou aos órgãos antitruste não se afigura tão evidente quanto no caso da regulação técnica. Em especial em relação à disciplina do acesso às redes de infraestrutura, não é possível definir, de antemão, qual a autoridade mais indicada para exercer esse tipo de regulação.** Possivelmente será necessária uma atuação complementar ou haverá sobreposição de competências entre as duas autoridades.” (LEBBOS, 2010, p. 222) (grifo nosso)

¹⁴ “A regulação da concorrência diz respeito ao combate de condutas anticoncorrenciais e controle de estruturas. Ela pode ser dividida em dois tipos: (i) medidas destinadas a promover a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado, incluindo a avaliação periódica do grau de dominação dos mercados e (ii) medidas preventivas (controle das concentrações) e reativas a restrições à concorrências (colusões ou abuso de posição dominante). (LEBBOS, 2010, p. 222)

modelo de **competências complementares**. As atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Assim como o modelo (a), este privilegia a autoridade setorial;

c) *regulação técnica a cargo da autoridade setorial e regulação econômica e defesa da concorrência a cargo da autoridade setorial e da autoridade antitruste*. Trata-se do modelo de **competências concorrentes**. Tanto as autoridades setoriais quanto as autoridades de defesa de concorrência possuem competência para estabelecer normas de regulação econômica, bem como aplicar o Direito Antitruste;

d) *regulação técnica a cargo da autoridade setorial e regulação econômica e defesa da concorrência a cargo da autoridade antitruste*. Nesse modelo restringe-se a atividade dos reguladores setoriais ao mínimo possível. **Privilegia-se a atuação dos órgãos de defesa da concorrência.**” (LEBBOS, 2010, p. 223-224) (grifo nosso)¹⁵

Nesse ponto, convém observar que, de acordo com o art. 3º, IX, da Lei 9.427/1995, compete à ANEEL “*zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica.*” (BRASIL, 1997).

Por sua vez, a Lei Geral de Telecomunicação, no art. 7º, estabelece que “*as normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.*”

Soma-se a isso o que é disposto no art. 31 da Lei 12.529/2011, que trata da já referida competência do CADE para analisar e punir infrações cometidas por empresas cujo monopólio de mercado decorra de lei.

Muito embora seja importante reconhecer que inexistente modelo de divisão institucional de competência apto (idealmente) a corresponder à complexidade e à dinamicidade dos setores da economia, é legítima a expectativa de que seja garantido o mínimo de segurança jurídica aos agentes de mercado submetidos ao poder de regulação estatal.

Este estudo visa, com efeito, a identificar os elementos que podem favorecer a percepção do limite do direito da concorrência no compartilhamento da infraestrutura de

¹⁵ Este trabalho assume o pressuposto de que existe segmentação de competências especializadas em diferentes instituições de governo, sob o viés da realidade brasileira. Entretanto, de um ponto de vista experimental, é possível levantar a dúvida sobre a subsistência de potenciais conflitos institucionais decorrentes de competências compartilhadas, caso houvesse apenas uma autoridade com função ambivalente: regulatória (técnica e econômica) e concorrencial.

postes entre as empresas de energia elétrica e de telecomunicação¹⁶ a partir da análise de um caso concreto.

2.4. Análise de caso

Em 04/07/2001, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) instaurou o Processo Administrativo nº 08012.002716/2001-11 para investigar a ocorrência de infração contra a Ordem Econômica no compartilhamento de infraestrutura de postes da empresa Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. (Eletropaulo), tendo em vista a representação formulada pela empresa de TV a cabo Walberg Comunicações Ltda.

De acordo com a empresa de telecomunicação, a Eletropaulo deveria ser punida por ter praticado as condutas previstas no art. 20, incs. I, II, IV c/c/ art. 21, incs. IV, V, XII da antiga lei 8.884/94¹⁷, uma vez que a distribuidora de energia elétrica teria:

- (i) negado o compartilhamento de infraestrutura essencial de postes de energia elétrica necessária para a implementação de serviço de TV a cabo;
- (ii) discriminado os concorrentes e os preços de aluguel de postes de forma abusiva;
- (iii) limitado e impedido o acesso de novas empresas de TV a cabo ao mercado, de modo a privilegiar empresa de telecomunicação

¹⁶ No direito norte americano a relação entre poder regulamentar e o direito antitruste é informada por duas teorias. Na *State Action Doctrine*, diante do choque entre a regulamentação antitruste federal e a regulamentação estadual, são analisados critérios para se definir se “a regulamentação estadual conferia ou não imunidade à aplicação do direito antitruste” (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 239): (i) a regulamentação estadual visa substituir a competição pela regulamentação e (ii) a existência de supervisão ativa estadual sobre o cumprimento da regulação. Na *Pervasive Power Doctrine*, são identificadas duas possibilidades de a competência das agências governamentais federais excluir a aplicação do direito antitruste, a saber: (i) caso o poder da agência seja extenso o suficiente, visando substituir o sistema concorrencial; (ii) caso a agência tenha poder profundo, ou seja, já faça parte de sua competência aplicar a lei antitruste. (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 238-241)

¹⁷ A Lei 8.884/94, revogada pela Lei 12.529/2011, previa: “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...); IV - exercer de forma abusiva posição dominante. Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (...)” (BRASIL, 1994)

supostamente submetida ao poder de controle do grupo econômico a que pertencia a Eletropaulo.

Inicialmente, é importante observar que a Eletropaulo detinha poder de mercado¹⁸ no mercado relevante¹⁹ de compartilhamento de infraestrutura de postes no Estado de São Paulo, à época dos fatos investigados.

Portanto, sendo possível o abuso de poder de mercado, conforme alegação da empresa de TV a cabo, ou seja, sendo constatados os indícios mínimos de configuração da infração à concorrência, a investigação pela autoridade antitruste foi deflagrada.

Apesar de este trabalho se dedicar ao estudo de um caso específico, é importante esclarecer que a controvérsia esposada nos autos do processo administrativo de referência desta monografia (PA nº 08012.002716/2001-11) reflete um padrão de mercado da maioria das distribuidoras de energia do país²⁰.

De acordo com dados colhidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em abril de 2006, é flagrante a distorção nos preços cobrados pelas distribuidoras de energia, caracterizando indícios fortes de discriminação.

O resultado do estudo da agência foi sintetizado na tabela abaixo reproduzida, seguida de um gráfico ilustrativo.

¹⁸ De acordo com o Guia de análise para análise econômica de atos de concentração horizontal, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001: “O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.” (SEAE/SDE, 2001, p. 4)

¹⁹ De acordo com análise empreendida pela Superintendência-Geral do CADE: “56. Quanto à definição de mercado relevante do ponto de vista do produto, trata-se do compartilhamento de pontos de fixação dos postes de energia elétrica (“postes de energia elétrica”), que constituem um rede aérea de suporte da estrutura física de cabos utilizada pela Representante na prestação de serviço de TV a cabo. (...) 58. Quanto à definição do mercado relevante do ponto de vista geográfico observa-se que, do lado da oferta, a Eletropaulo detém o monopólio da infraestrutura de postes de energia em sua área de concessão, que compreende um total de 24, municípios paulistas. 59. Deve ser ponderado, entretanto, que do ponto de vista da demanda da infraestrutura, a Representante detém o direito de explorar, mediante um concessão, a área de prestação correspondente aos perímetros de apenas cinco municípios paulistas: Cotia, Embu, Itapeverica da Serra, Taboão da Serra e Ribeirão Pires. 60. Considerando (i) a manifestação do DPDE, de fls. 309/310 e (ii) a análise de mercado acima exposta, conclui-se que o mercado relevante em questão compreende o compartilhamento de infraestrutura de pontos de fixação de postes de energia elétrica nos municípios paulistas de Cotia, Embu, Itapeverica da Serra, Taboão da Serra e Ribeirão Pires.” (CADE, 2013, p. 2090)

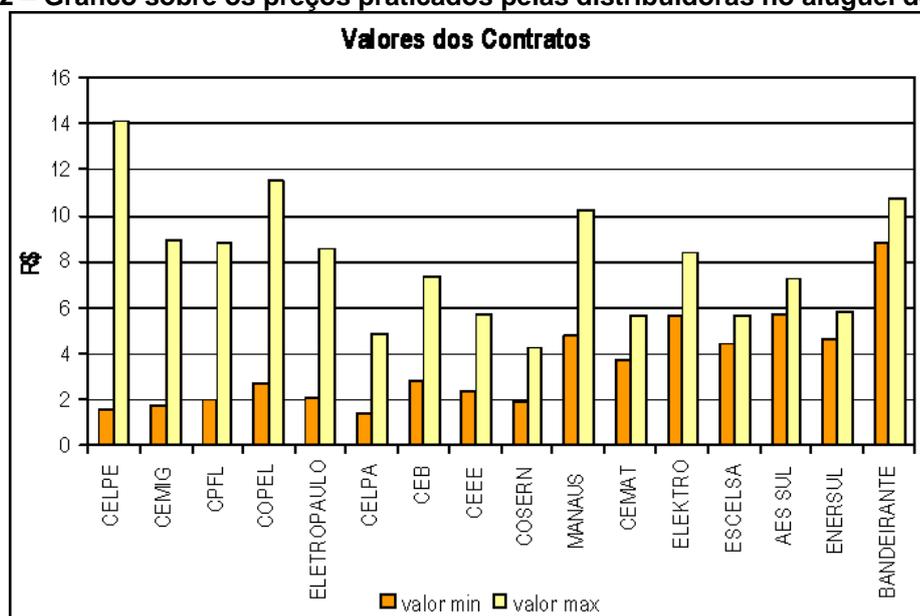
²⁰ Nesse sentido, ver o estudo de Melissa Franchini Cavalcante Bandos sobre a *Análise dos conflitos das negociações e dos contratos gerados pelo compartilhamento de infra-estrutura entre empresas reguladas pelas agências ANEEL, ANATEL e ANP*. (BANDOS, 2008)

Figura 1 – Preços praticados pelas distribuidoras no aluguel de postes

	n° de contratos	valor min	valor max	Diferença
CELPE	5	1,56	14,07	800,08%
CEMIG	15	1,75	8,95	411,45%
CPFL	21	1,97	8,83	349,22%
COPEL	21	2,71	11,52	325,46%
ELETROPAULO	11	2,10	8,53	305,74%
CELPA	4	1,42	4,91	246,19%
CEB	5	2,77	7,38	166,79%
CEEE	11	2,37	5,76	143,31%
COSERN	5	1,93	4,20	117,72%
MANAUS	2	4,77	10,25	114,76%
CEMAT	7	3,73	5,70	52,88%
ELEKTRO	10	5,69	8,37	47,04%
ESCELSA	6	4,43	5,64	27,48%
AES SUL	4	5,73	7,30	27,43%
ENERSUL	3	4,62	5,83	26,30%
BANDEIRANTE	6	8,82	10,69	21,26%

Fonte 1 - (ANEEL, 2006, p. 3)

Figura 2 – Gráfico sobre os preços praticados pelas distribuidoras no aluguel de postes



Fonte 2 - (ANEEL, 2006, p. 3)

Por fim, após essa análise inicial sobre o compartilhamento de postes e a sua importância, segue o estudo da regulação setorial pertinente.

3. A regulação setorial (ANEEL e ANATEL)

Este capítulo visa a apresentar a regulação setorial do setor de energia elétrica e de telecomunicação associada à problemática do caso do compartilhamento de postes.

Inicialmente, serão apresentados os agentes econômicos envolvidos na controvérsia do compartilhamento em estudo (distribuidor de energia elétrica e empresa de TV a cabo) tendo em vista a respectiva situação jurídica setorial.

Em seguida, serão abordadas as normas que regem o compartilhamento, a saber: (i) a Lei Geral de Telecomunicação (Lei nº 9.472/1997) e (ii) as normas secundárias produzidas pela ANEEL e ANATEL (Resoluções Conjuntas nº 1/1999 e nº 2/2001 ANATEL/ANEEL/ANP, Resolução ANEEL nº 581/2002).

3.1. Distribuição de energia elétrica

O setor elétrico é composto por diversos agentes econômicos (gerador, transmissor, distribuidor, comercializador e consumidor)²¹ que se submetem a regras setoriais próprias.

Inicialmente, é importante esclarecer que a energia é um bem de mercado com características peculiares, quais sejam: (i) não estocabilidade, (ii) a homogeneidade e (iii) a não dirigibilidade.

Nesse sentido, Felipe de Oliveira Kersten, ensina que:

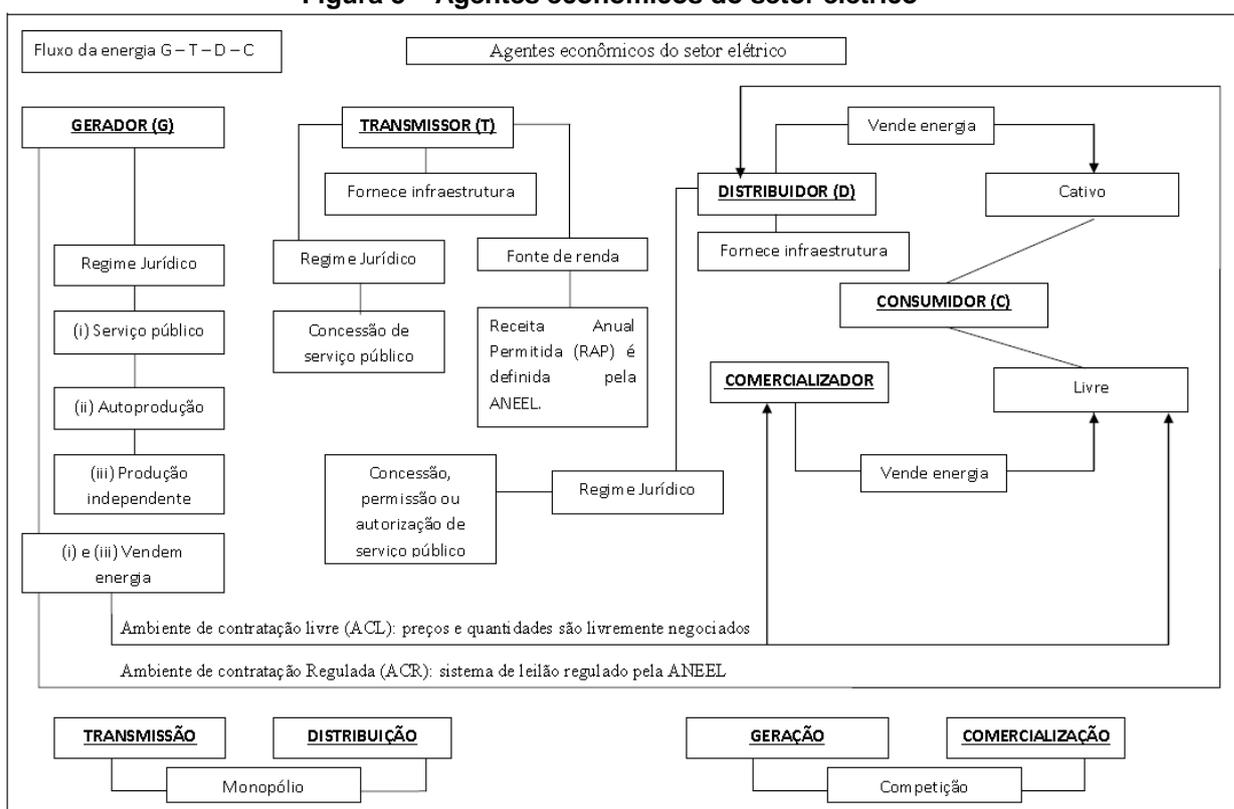
“Energia elétrica é um bem não estocável, pois depois de produzido, não pode ser armazenado nas quantidades necessárias de modo econômico: a oferta e a demanda devem ocorrer simultaneamente. Também se caracteriza por ser um bem intrinsecamente homogêneo, isto é, por não ser possível distinguir elétrons, não se pode precisar qual a fonte de geração de energia transportada nas redes de transmissão e distribuição. Por fim, é um bem não dirigível, na medida em que o fluxo de energia elétrica pelos condutores segue o caminho da menor resistência, segundo a Lei de Ohms. Assim, não é possível traçar-se um caminho predefinido para a transmissão de energia de um ponto para o outro.” (KERSTEN, 2010, p. 332)²²

²¹ Após a edição das Leis nº 9.074/1995, nº 9.648/2002 e nº 10.848/2004, o Brasil adotou a “desverticalização das atividades de energia elétrica, dividida em quatro segmentos que se subdividem em dois grandes blocos: no primeiro, figuram distribuição e transmissão, caracterizadas como monopólio naturais, fortemente reguladas, exercidas mediante receitas e tarifas definidas pelo poder concedente, assegurado o equilíbrio econômico-financeiro aos concessionários; no segundo, os segmentos de geração e de comercialização, em que podem atuar como prestadores de serviço público regulado, observadas as prescrições desse regime, ou se submeter, em alguns casos, à livre negociação, com regras próprias e liberdade para definir seus preços, atuando por conta e risco.” (KERSTEN, 2010, p. 333)

²² Para um estudo detalhado da relação entre energia, meio ambiente e desenvolvimento, recomenda-se a obra de José Goldemberg e Oswaldo Lucon. (GOLDMBERG, et al., 2011)

A figura 3, abaixo, ilustra a complexidade das relações próprias do setor, sendo possível identificar o papel institucional do distribuidor de energia, cuja responsabilidade abarca não só a venda de energia para os consumidores cativos como também o fornecimento de acesso à sua rede de infraestrutura para que se operacionalizem as transações feitas entre geradores e consumidores livres.

Figura 3 – Agentes econômicos do setor elétrico



Fonte 3 – Elaboração própria a partir de (TOLMASQUIM, 2011, págs.51/70)

No que concerne ao regime jurídico do distribuidor, em regra, trata-se de concessão de serviço público, podendo assumir também as formas de autorização ou permissão de serviço público (art. 2º da Lei 10.848/2004).

Ademais, a distribuidora de energia elétrica, nos termos do art. 73 da Lei nº 9.472/1997, consiste em prestadora de serviço de interesse público, pois, conforme se demonstrou acima, cuida de serviço público.

Isso quer dizer que é dever da distribuidora de energia elétrica compartilhar a sua infraestrutura “de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.”

Do ponto de vista econômico, releva citar a condição de monopólio natural dos distribuidores, uma vez que a promoção da competição pela redução da barreira de entrada²³, ao invés de reduzir o custo marginal²⁴ e, por conseguinte, o preço do produto, como seria de se esperar; reduz drasticamente a eficiência, tornando o negócio inviável.²⁵

Pelas especificidades do negócio, a redução do custo marginal na distribuição “tende a zero”, à medida que, proporcionalmente, é amortizado o custo “afundado” (custo irrecuperável ou *sunk cost*)²⁶ de construção da rede de distribuição e os consumidores a ela conectados aumentam.

Ao largo dos negócios próprios da atividade de distribuição, o art. 11 da Lei nº 8.987/1995 prevê o exercício de atividade econômica acessória como fonte alternativa de renda, *verbis*:

“Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a

²³ “Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Os seguintes fatores constituem importantes barreiras à entrada: (a) custos irrecuperáveis; (b) barreiras legais ou regulatórias; (c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; (d) economias de escala e/ou de escopo; (e) o grau de integração da cadeia produtiva; (f) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (g) a ameaça de reação dos competidores instalados.” (SEAE/SDE, 2001, p. 14)

²⁴ O custo marginal pode ser definido como o “valor incorrido pela firma para a produção de uma unidade a mais de um determinado produto.” (MEYER, 2012, p. 19)

²⁵ Nesse sentido, cabe notar que “O fornecimento de energia elétrica constitui, em grande parte, um setor de infraestrutura caracterizado como monopólio natural. Dado os elevados custos iniciais e afundados atrelados à transmissão e à distribuição, tem-se que um único agente econômico atuando nesses segmentos mostra-se mais eficiente do que dois ou mais, cada um tendo que construir, operar e manter a sua própria rede. Esclarece-nos a economia que, em mercados caracterizados como monopólio natural, a duplicação da infraestrutura que seria, em princípio, necessária à introdução da competição, mostra-se ineficiente. (...) os setores de infraestrutura geralmente caracterizam-se como infraestrutura de rede, que são aquelas nas quais o ingresso de novos consumidores mostra-se importante para agregar valor ao serviço prestado ao todo. Quanto mais agentes econômicos utilizam a mesma estrada, a mesma ferrovia, a mesma rede de saneamento ou de energia elétrica, mais útil é a rede e mais barato o serviço tende a se tornar, pois os custos fixos da construção e da manutenção da infraestrutura podem ser diluídos entre mais pessoas.” (SAMPAIO, 2012, p. 234-235)

²⁶ “Custos irrecuperáveis (*sunk costs*) são custos que não podem ser recuperados quando a empresa decide sair do mercado. A extensão dos *sunk-costs* depende principalmente: do grau de especificidade do uso do capital; da existência de mercados para máquinas e equipamentos usados; da existência de mercado para o aluguel de bens de capital; de volume de investimentos necessários para garantir a distribuição do produto (gastos com promoção, publicidade e formação da rede de distribuidores).” (SEAE/SDE, 2001, p. 14)

aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.” (BRASIL, 1995)²⁷

Nesse sentido, é importante observar como são classificadas as receitas das distribuidoras de energia elétrica. Vejamos.

“7. As **receitas inerentes ao serviço de distribuição de energia elétrica** são adicionais ao fornecimento de energia, mas ainda fazem parte da essência da concessão de distribuição de energia elétrica, para as quais as despesas incorridas em sua prestação já estão contempladas na receita do serviço regulado. Encontram-se nessa categoria as receitas obtidas com encargos de conexão e serviços cobráveis; e ainda as receitas auferidas a título de ultrapassagem de demanda e excedente de reativos, cuja arrecadação tem o fulcro de incentivar o uso otimizado da rede e o consumo eficiente da energia, sem que haja a efetiva contraprestação de serviço pela concessionária.

8. As **receitas de outras atividades empresariais** são todas e quaisquer atividades desenvolvidas pela própria concessionária e que não estão diretamente relacionadas à atividade fim da concessão. Subdividem-se em 2 subgrupos:

a) **Atividades complementares**: são aquelas cujas despesas não são claramente identificadas e já estão cobertas pela receita advinda da atividade regulada. Enquadram-se nesse subgrupo os contratos de compartilhamento de infraestrutura e sistemas de comunicação (PLC).

b) **Atividades atípicas**: são aquelas às quais se impõem critérios de administração e gestão que permitam total distinção de contabilização dos custos e resultados. Destacam-se nessa categoria receitas advindas da prestação de serviços a terceiros (operação e manutenção, consultoria, comunicação e engenharia) e cobrança pela arrecadação de convênios nas faturas de energia.” (ANEEL, 2013, p. 2)

A atividade de compartilhamento de poste de energia elétrica se insere, justamente, nessa classificação de fonte alternativa da renda para a distribuidora de energia elétrica.

Entretanto, por ser uma atividade complementar que se beneficia da posse de bens públicos (postes), cuja amortização de custo se dá pela cobrança da tarifa de energia elétrica, grande parte da receita auferida pela empresa de distribuição é revertida para a redução da própria tarifa de energia.

²⁷ Nesse sentido, é importante fazer referência (i) ao art. 4º, §5º, da Lei nº 9.074/1995, segundo o qual “As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades: V - estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão.” (BRASIL, 1995); e (ii) ao art. 102, §13, da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010, que diz o seguinte: “A distribuidora pode executar serviços vinculados à prestação do serviço público ou à utilização da energia elétrica, desde que previstos em regulamentação específica da ANEEL, observadas as restrições constantes do contrato de concessão ou permissão, e que o consumidor, por sua livre escolha, opte por contratar a distribuidora para sua realização.” (ANEEL, 2010)

Isso ocorre em prestígio da modicidade tarifária, um dos pilares do ambiente de contratação regulada.

Abaixo, apresenta-se uma tabela-síntese elaborada pela ANEEL que informa o percentual de receita revertida para a modicidade tarifária em relação (i) às atividades inerentes ao serviço de distribuição, (ii) às atividades complementares e (iii) às atividades atípicas.

Figura 4 – Tabela-síntese percentual de receita revertida para a modicidade tarifária

Natureza	Classificação	Descrição	Despesa regulatória	Lucro	% da Receita Revertida
Receitas inerentes ao serviço de distribuição (Cláusula 7ª dos Contratos de Concessão)		Serviços Cobráveis	--	100%	100%
		Encargos de Conexão	--	100%	100%
Atividades complementares (Cláusula 1ª)	Captura a despesa e 50% do lucro	Compartilhamento de infraestrutura	80%	20%	90%
		Sistemas de comunicação (PLC)	20%	80%	60%
Atividades atípicas (Cláusula 1ª)	Captura 50% do lucro	Serviços de consultoria	40%	60%	30%
		Serviços de O&M	80%	20%	10%
		Serviços de comunicação	20%	80%	40%
		Serviços de engenharia	80%	20%	10%
		Convênios	20%	80%	40%

Fonte 4 - (ANEEL, 2013, p. 3)

É relevante destacar que, de acordo com o último ciclo (terceiro) de revisão tarifária das empresas distribuidoras de energia elétrica, a ANEEL determinou que 90% da renda auferida com o compartilhamento fossem revertidas para a modicidade tarifária (ANEEL, 2011, p. 23)²⁸.

²⁸ A metodologia de cálculo dessa receita é criticada pela indústria de distribuição de energia elétrica. Segundo Marvin Menezes, “[é] coeso reconhecer a atividade de compartilhamento sem confundi-la com o serviço público de distribuição de energia elétrica, objetivo principal da concessão. No entanto, é conveniente esclarecer que a metodologia que tem sido proposta pela ANEEL ao longo dos últimos ciclos de revisão tarifária das distribuidoras determina a reversão de 90% da receita auferida com o compartilhamento da infraestrutura para a modicidade tarifária, ou seja, para reduzir a tarifa de energia elétrica em benefício dos usuários por entender que os custos desta atividade já estão cobertos pela tarifa, restando apenas 10% para a distribuidora, o que sequer é suficiente para cobrir os custos despendidos nessa atividade.” (MENEZES, 2012, p. 682) Relatando uma manifestação da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee), Marvin Menezes elenca

3.2. Regulação da TV a cabo

O serviço de TV a cabo (TVC)²⁹ é uma espécie do gênero TV por assinatura, que compreende também as modalidades de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite (DTH), de distribuição de sinais multiponto multicanal (MMDS), de televisão por assinatura (TVA)³⁰.

A TV a cabo, dentre as tecnologias de TV por assinatura, é a única de depende de uma rede de suporte físico para a transferência de informação³¹.

A classificação da empresa de TV a cabo como prestadora de serviço de interesse coletivo, conforme dispõe o art. 73 da Lei 9472/1997, é matéria que necessita uma análise mais apurada.

A TV a cabo, além de ser regida por lei própria, a Lei nº 8.977/1995 e, no que se refere à nomenclatura, aos objetivos e às definições, pela Lei 12.485/2011, congrega duas características que soam contraditórias com a disciplina posterior da Lei 9.472/1997, pois consiste em serviço, cujo regime de prestação é privado, embora outorgado por concessão até o advento da Lei 12.485/2011, o que indica um viés de interesse público.

A fim de que essa controvérsia seja sanada, seguem abaixo duas figuras elaboradas para que sejam esclarecidos não só o conceito do serviço de telecomunicação, mas também a

alguns custos associados ao compartilhamento, tais como: “(i) custos de fiscalização para garantir o uso adequado das redes de distribuição de energia elétrica; (ii) custos de inspeção e averiguação da instalação dos materiais e equipamentos dos locatários dentro dos padrões de segurança e qualidade estabelecidos pela distribuidora; e (iii) eventuais custos advocatícios em função das não conformidades identificadas nas atividades mencionadas.” (MENEZES, 2012, p. 688)

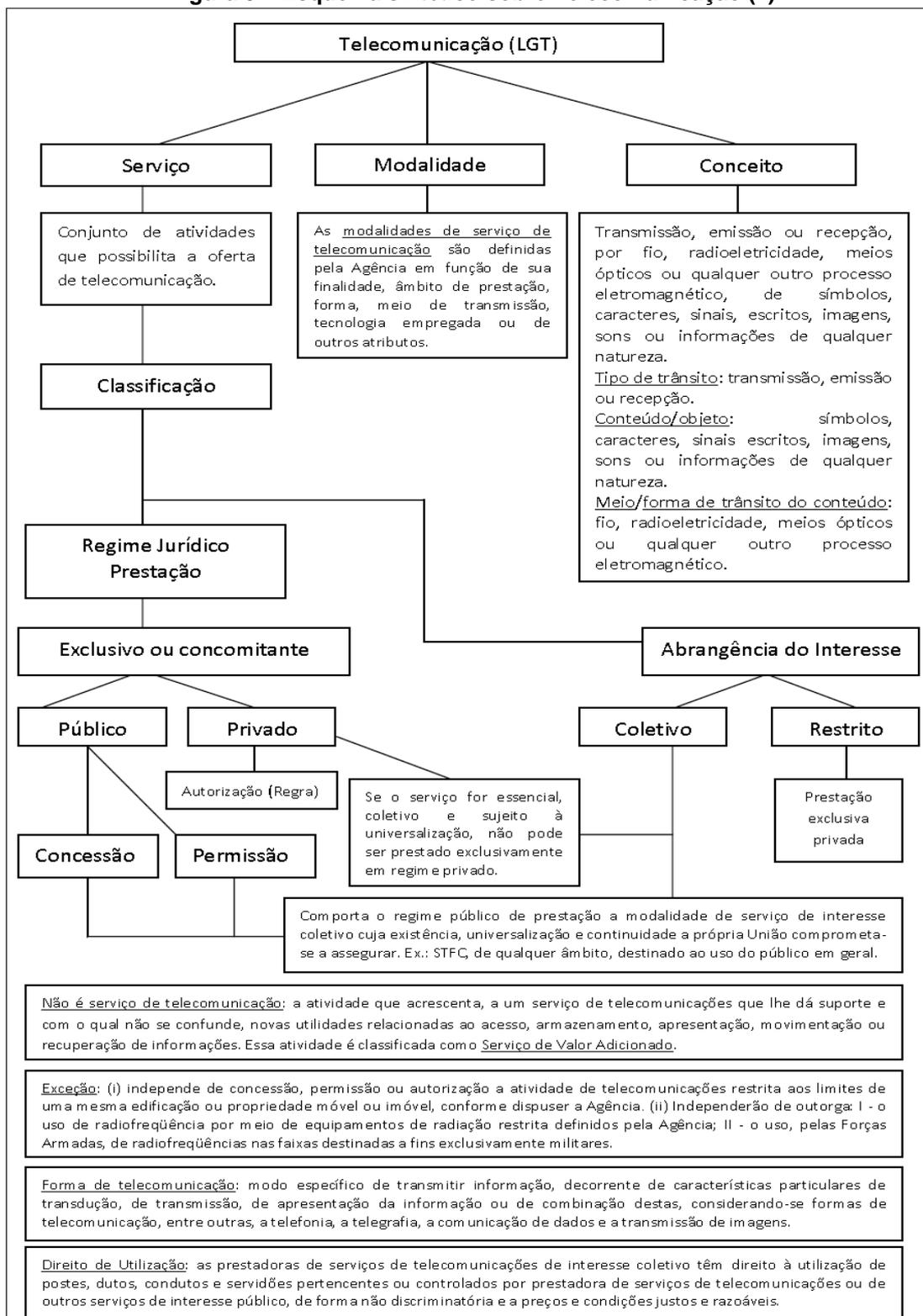
²⁹ De acordo com a conceituação técnico-jurídica de J. C. Mariense Escobar, “O serviço de TV a cabo, previsto, originalmente, na Lei nº 8.988/95, é o regulamentado pelo Decreto nº 2.206, de 14.04.97. Trata-se do serviço de telecomunicação, não aberto à correspondência pública, que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos. Segundo o art. 2º do Decreto nº 2.206/97, referidos sinais compreendem programas de vídeo e/ou áudio similares aos oferecidos por emissoras de radiodifusão, bem como de conteúdo especializado, e que atendem a interesses específicos. Incluem-se neste serviço a interação necessária à escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço, tais como aquisição de programas pagos individualmente, tanto em horário previamente programado pela operadora como em horário escolhido pelo assinante. (...) O serviço de TV a Cabo, diz a regulamentação, é destinado a promover a cultura universal e nacional, a diversidade política e o desenvolvimento social e econômico do País.” (ESCOBAR, 1999, p. 175)

³⁰ Após a edição da Lei 12.485/2011, essas distintas figuras de TV por assinaturas, classificadas pela tecnologia que empregam, serão gradualmente substituídas pela nomenclatura regulatória de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

³¹ “Nesse sistema, que é o mais utilizado no Brasil, o sinal eletromagnético é enviado até aos assinantes através de uma rede que combina cabos coaxiais (cabos condutores blindados para conduzir sinais de forma isolada do ambiente) e cabos de fibra ótica. Os custos de investimento na construção da rede variam conforme a instalação seja aérea ou subterrânea e podem limitar a implantação dessa tecnologia a áreas de alta densidade demográfica. O serviço de TV a Cabo cobre principalmente as áreas urbanas e permite a transmissão de programação com conteúdo local. Nessa tecnologia, (...) o sinal da programadora segue por satélite até a operadora, e codificado, é enviado através de cabo para os assinantes.” (PRADO, et al., 2008, p. 275)

sua classificação, conforme a Lei Geral de Telecomunicação e o Regulamento dos serviços de telecomunicações, aprovado pela ANATEL, por meio da Resolução nº 73/1998.

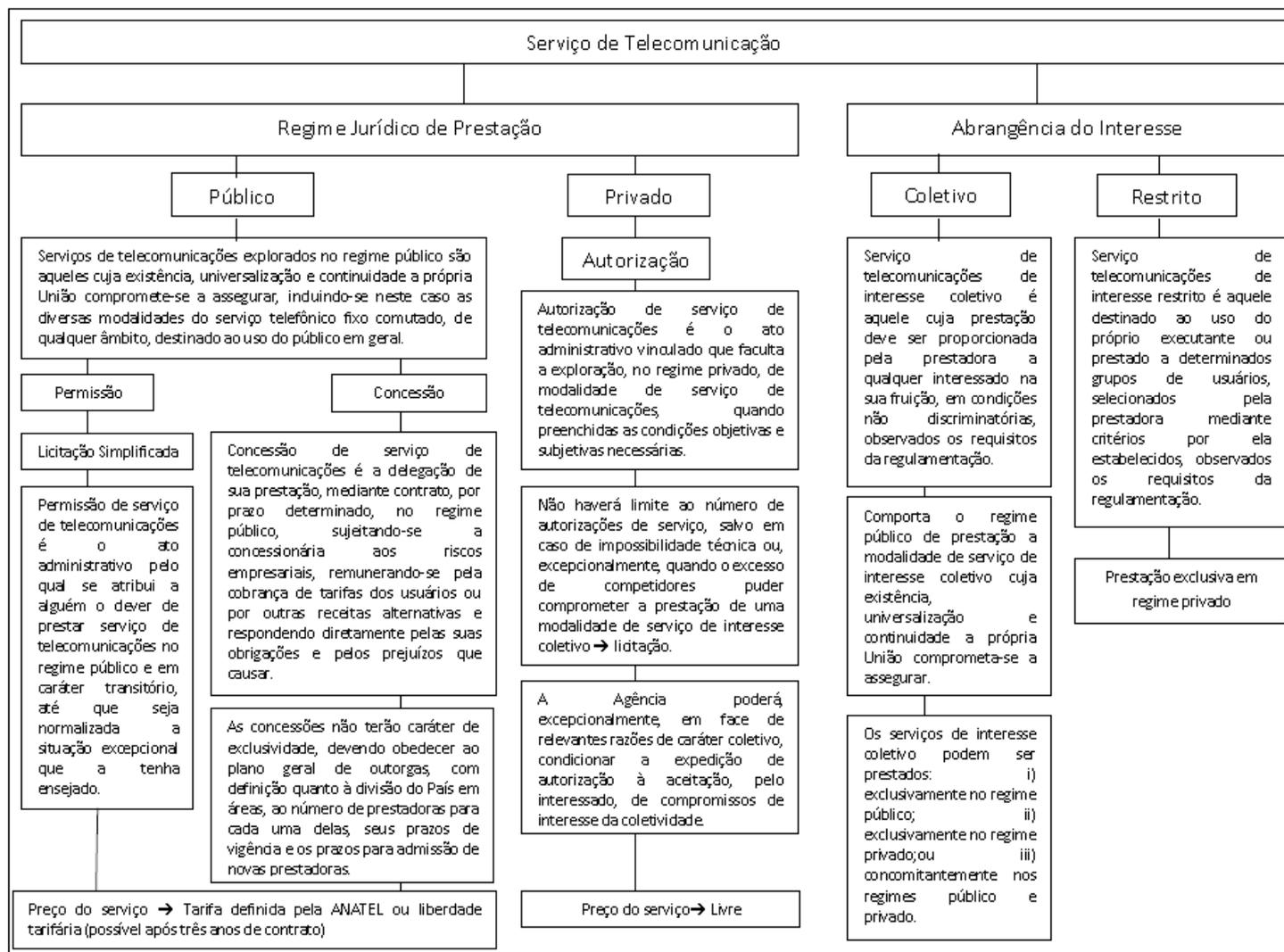
Figura 5 – Esquema sintético sobre Telecomunicação (1)



***A disciplina da permissão na LGT foi suspensa por decisão cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668.**

Fonte 5 – Elaboração própria a partir de (BRASIL, 1997) e (ANATEL, 1998)

Figura 6 – Esquema sintético sobre Telecomunicação (2)



*A disciplina da permissão na LGT foi suspensa por decisão cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668.

Fonte 6 – Elaboração própria a partir de (BRASIL, 1997) e (ANATEL, 1998)

É importante observar que o art. 73 da Lei 9.472/1997 utiliza apenas o critério de classificação³² “abrangência do interesse” para garantir o direito ao compartilhamento, sendo silente quanto ao regime jurídico aplicável à espécie.

Tendo em vista essa lacuna na lei quanto ao amparo da empresa de TV a cabo, tem vez a colmatação por via lógica, conforme propõe o professor Carlos Ari Sundfeld, *verbis*:

³² Para um estudo mais detalhado sobre a classificação dos serviços de telecomunicação, são recomendadas as obras *Direito das Telecomunicações* (Histórico normativo e conceitos fundamentais) de Marcio Iorio Aranha (ARANHA, 2013) e *Direito das telecomunicações* de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas (MASCARENHAS, 2008) e o artigo de Gabriel Boavista Laender (LAENDER, 2005), cujo título é *o regime jurídico das redes de telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil*.

“Em termos de pura lógica, parece inevitável estender às prestadoras de TV a Cabo o direito de que se trata, e isso por várias razões, entre as quais: a) porque claramente se trata de um serviço prestado ao público em geral, não se restringindo seu interesse a um grupo fechado; b) porque sua outorga se faz por ‘concessão’ (Lei n.º 8.987/95, art. 5º, I), que é considerado instrumento ligado a serviços de grande relevância social; c) e o fato de essas empresas já utilizarem a infra-estrutura de empresas de eletricidade, em virtude de contratos celebrados, o que concorre para uma interpretação que preserve sua situação, até para permitir sua compatibilização com a de outros prestadores de serviços de telecomunicações, a serem admitidos.” (SUNDFELD, 2006, p.5)

Portanto, firma-se o entendimento de que as empresas de TV a cabo têm o direito ao compartilhamento de postes.

3.3. Regulação do compartilhamento de infraestrutura de postes

A regulamentação setorial do compartilhamento previsto no art. 73 da Lei nº 9.472/1997 foi disciplinada pelas Resoluções Conjuntas ANEEL/ANATEL/ANP nº 1/1999 e nº 2/2001. De forma complementar, a ANEEL editou a Resolução nº 581/2002, que disciplina especificidades técnicas relacionadas ao compartilhamento.

Quanto aos dispositivos normativos dessas resoluções, dois deles, em especial, são relevantes para o estudo do caso em referência (PA 08012.002716/2001-11).

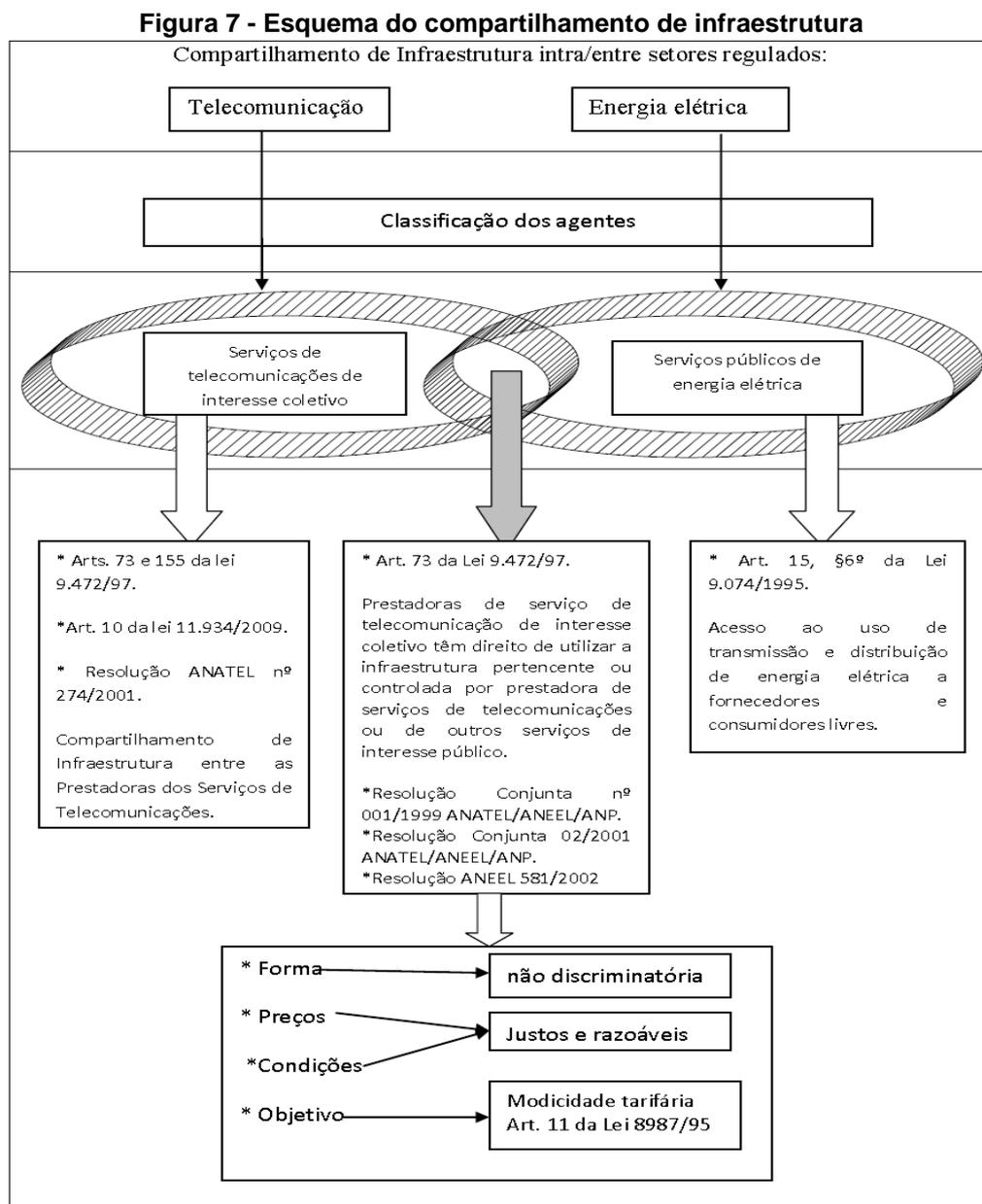
O primeiro deles, o art. 20, IV c/c art. 21 da Resolução Conjunta nº 1, trata da livre negociação do preço do aluguel, desde que respeitados os princípios da isonomia e da livre competição, *verbis*:

“Art. 20 O contrato de compartilhamento de infra-estrutura deverá dispor, essencialmente, sobre o seguinte: IV - preços a serem cobrados e demais condições comerciais; Art. 21 Os preços a serem cobrados e demais condições comerciais, de que trata o inciso IV do artigo 20, podem ser negociados livremente pelos agentes, observados os princípios da isonomia e da livre competição. Parágrafo único. Os preços pactuados devem assegurar a remuneração do custo alocado à infraestrutura compartilhada e demais custos percebidos pelo Detentor, além de compatíveis com as obrigações previstas no contrato de compartilhamento.” (ANEEL, 1999)

O segundo, por sua vez, previsto na Resolução Conjunta nº 2, prevê a composição administrativa regulatória de conflitos relacionados com o compartilhamento de infraestrutura. Trata-se do art. 3º do anexo da Resolução, *verbis*:

“Art. 3º Quaisquer conflitos surgidos entre agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo e agentes exploradores de serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, em matéria de aplicação e interpretação do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, quando das negociações e da execução de contratos, poderão ser submetidos à apreciação das Agências.” (ANEEL, 2001)

Segue, abaixo, um esquema sintético do compartilhamento de infraestrutura nos setores de telecomunicação e de energia elétrica a fim de que se facilite a compreensão sobre a especificidade do objeto de estudo deste trabalho que se situa na fronteira de relação entre esses dois setores.



Fonte 7 – Elaboração própria a partir da análise das normas citadas no esquema.

Desse modo, resta patente a interação de distintos regimes jurídicos, sendo possível vislumbrar o ensejo de conflitos de competência entre órgãos de governo diante de conflitos entre os agentes setoriais.

Por fim, deve-se ter em mente o paradoxo regulatório da regulação do compartilhamento pelas agências setoriais:

“(…) a atividade de compartilhamento de infraestrutura de postes, do ponto de vista da empresa concessionária de energia, representa o exercício de uma atividade econômica em regime de livre iniciativa, ainda que sujeita à regulação setorial, por um prestador de serviço público de energia elétrica. 122. De outro lado, do ponto de vista do cliente da infraestrutura, há prestadores de serviço de telecomunicação que são regulados por regras setoriais próprias e distintas daquelas a que se subordinam os prestadores de energia elétrica. 123. Ademais, não existe – de forma a complementar esse quadro de interesses contrapostos, no qual figura um monopolista da oferta – uma orientação de metodologia de cálculo, de transparência e de controle de preço do compartilhamento determinado pelas diferentes agências regulatórias que têm competência normativa para disciplinar a questão.” (CADE, 2013, p. 2100)

Ademais, a essa situação complexa soma-se a incidência da análise do CADE. Nesse sentido, observa-se que:

“São manifestos os problemas decorrentes da incerteza quanto à delimitação de competências ou da sobreposição dessas. (...) Há riscos de inconsistência na aplicação das regras de concorrência quando são aplicadas por autoridades diferentes, bem como incompatibilidade de objetivos, pois as autoridades reguladoras podem estar demasiadamente direcionadas para regular e não para maximizar a concorrência. Ademais, a autoridade antitruste pode ter dificuldades para decidir questões mais complexas do ponto de vista técnico devido à falta de informação e competências especializadas (por exemplo, identificar o que são condições razoáveis em preço e qualidade para o acesso às redes). Podem ainda surgir questões atinentes, por exemplo, à possibilidade de os órgãos antitruste desconsiderarem eventual regulação setorial anticoncorrencial ou de intervirem de maneira a contrariar os objetivos da regulação setorial. (LEBBOS, 2010, p. 227)”

A fim de lidar com essa situação limite, a seguir, serão demonstrados os benefícios da teoria institucional no âmbito dos conflitos de competência entre a autoridade antitruste e as agências reguladoras.³³

³³ Cabe refletir também a respeito da existência de um paradoxo “na regulação conjunta ANEEL e ANATEL sobre a infraestrutura de postes de energia elétrica, já que: “(i) Se o preço do compartilhamento for abaixo do incorrido, haverá transferência de renda da cedente para a concessionária da infraestrutura, implicando que a empresa de telecomunicações será preterida face à distribuidora de energia. (ii) Se o preço cobrado pelo aluguel do poste for muito elevado, os usuários dos serviços de telecomunicações subsidiarão a redução da tarifa dos

4. O institucionalismo comparado

Este capítulo visa (i) a discorrer a respeito da formulação teórica do institucionalismo e da concepção da concorrência como garantia institucional, bem como (ii) a apresentar a teoria do institucionalismo comparado.

Para tanto serão utilizados como referência, respectivamente, (i) o artigo do professor Hebert Hovenkamp intitulado *Coase, Institutionalism, and the Origins of Law and Economics* (HOVENKAMP, 2011) e a construção teórica de Calixto Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 458-459), e (ii) o artigo científico *A eficácia jurídica da norma de preço abusivo* (RAGAZZO, 2012, p. 203).

Inicialmente, cabe desfazer uma possível confusão terminológica advinda da polissemia do termo “institucionalismo” (ou “neo-institucionalismo”) e da sua utilização em conjunto com o termo “garantias institucionais.”

A palavra “institucionalismo” e a correlata “neo-institucionalismo” serão utilizadas sob o viés das ciências econômicas.

A pertinência desse viés econômico com o tema decorre da análise dos custos incorridos pelo mercado atribuídos à existência de instituições (públicas e privadas), tal como as agências reguladoras, a autoridade antitruste, as concessionárias de serviço público e as prestadoras privadas de serviço submetidas à regulação estatal.

Com efeito, o conflito de competências entre diferentes autoridades de governo submete os agentes de mercado a custos sob o viés econômico, seja quanto à previsibilidade das consequências da adoção de determinada conduta, seja quanto ao ônus de ser processado perante diferentes órgãos julgadores.

A constatação fática desses custos endereça ao Estado a necessidade de uma resposta, em especial, no que se refere à efetividade da concorrência.

Diante disso, a teoria das “garantias institucionais”, termo advindo da área jurídica, será exposta a fim de se possa vislumbrar o fundamento da competência da autoridade antitruste e, por conseguinte, o limite que informa, delimita, ou ainda, singulariza essa competência.

Após a explanação dessas duas visões, uma de observação fática de agentes de mercado sob o viés econômico; e outra de pressuposto jurídico de competência da autoridade

consumidores de energia, uma vez que a renda auferida nessa atividade acessória ao objeto da concessão da empresa de energia será revertida em favor da modicidade tarifária.” (CADE, 2013, p. 2100)

antitruste, será apresentada a teoria do institucionalismo comparado, que, por sua vez, tende a projetar os problemas decorrentes da interação de instituições em conflito sob um viés jurídico de divisão de competência.

4.1. A formulação teórica do institucionalismo, na economia³⁴, e a concepção da concorrência como garantia institucional

O institucionalismo econômico é uma formulação teórica que se seguiu à teoria neoclássica da economia e foi profundamente influenciado pela contribuição da teoria dos custos de transação, cujo autor de referência é Ronald Coase, também reconhecido por criar a disciplina “*Law and Economics*.”

Em síntese, custos de transação indicam os custos relacionados à interação entre os agentes econômicos, estando ou não intermediados por instituições públicas ou privadas.

Ainda que a noção seja simples, a adoção dessa teoria rompeu com os paradigmas atrelados aos modelos clássicos de concorrência perfeita em que se supõe a inexistência de custos de transação.

O institucionalismo, recebendo influências de várias teorias, entre as quais, a comportamental, levou os economistas a formularem suas próprias teorias com referências de biologia e até mesmo de jurisprudência, afastando-se de abstrações mecânicas, típicas da economia neoclássica. (HOVENKAMP, 2011, p. 521)

Nesse movimento, o discurso econômico passou a utilizar conceitos antes estranhos ao seu campo de estudo para expressar como os agentes interagem no mercado.

O novo institucionalismo, por sua vez, fortemente influenciado pela teoria dos custos de transação, voltou o foco para os mecanismos de fricção entre os agentes sociais na tomada de decisão relacionada à economia, mas não restrita a negócios.

De acordo com Oliver E. Williamson, teórico de referência da Nova Economia Institucional, instituições são “os conjuntos de regras que definem como as decisões são tomadas dentro de qualquer organização. Essas regras podem ser tanto formais quanto

³⁴ O termo “institucionalismo” é demasiadamente difundido, podendo ser associado a sua perspectiva cultural, sociológica, histórica ou econômica como explicam Peter A. Hall e Rosemary C. R. Taylor em *As Três Versões do Neo-Institucionalismo*. (Hall, et al., 2003)

informais; elas podem ter força de lei ou simplesmente de costume, de hábito ou de reconhecimento mútuo” (HOVENKAMP, 2011, p. 540)³⁵.

Dessa digressão sobre o institucionalismo econômico, é relevante fixar a ideia de que há custos envolvidos nas interações entre os agentes da economia, que, por sua vez, estão envoltos por instituições (*rectius*: regras de organização).

De outro lado, do pensamento alemão, é importante resgatar a teoria das garantias institucionais³⁶.

Nesse sentido, convém observar que:

“as figuras das garantias institucionais [garantias constitucionais de instituições de direito público] e das de instituto [garantias constitucionais de institutos de direito privado] têm sido estudadas para explicar a existência de determinados conjuntos de normas constitucionais relativas a instituições essenciais para a proteção de direitos fundamentais, de origem anterior à Constituição ou instituídas por força da mesma. Entende-se tradicionalmente que as garantias institucionais têm por efeito impedir o legislador ordinário e também, mais recentemente, todos os órgãos estaduais de destruir, desfigurar ou descaracterizar a essência das referidas instituições” (MARTINS, 2007, p. 13). Ademais, “as garantias institucionais oferecem a proteção tão-só a complexos jurídicos ordinários (sejam eles públicos ou privados), para os quais a Constituição remete. (...) Desde Schmitt, que esta doutrina sublinha que as garantias institucionais devem corresponder não a todas as decisões organizatórias mas apenas a decisões estruturantes do legislador constituinte ou, na linguagem mais actual, a valores constitutivos do Estado e do ordenamento jurídico.” (MARTINS, 2007, p. 195-196)

No que concerne à formulação do direito concorrencial como garantial institucional, cabe fazer referência ao pensamento de Calixto Salomão Filho.

“O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas de forma mais justa e equilibrada. A garantia de efetiva concorrência (e não de mercado) é,

³⁵ No original, “ ‘Institutions’ are the sets of rules that define how decisions are made within any organization. These rules can be both formal and informal; they can have force of or simply of custom, habit, or mutual recognition.” (HOVENKAMP, 2011, p. 540) Organizações, por sua vez, são “corpos associativos de pessoas que têm um conjunto de regras gerenciais que controlam suas decisões.” No original: “(...) ‘organizations’ are associational bodies of people that have a set of management rules that control their decisions.” (HOVENKAMP, 2011, p. 540)

³⁶Para uma visão mais aprofundada do tema, ver a obra *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais* de Marcio Iorio Aranha. (ARANHA, 2000)

portanto, o valor central do direito concorrencial. Na sua aplicação, deve o Estado agir com energia, garantindo a existência da concorrência. (...) Só um sistema econômico baseado na concorrência é sensível à variação nos gostos do consumidor e pode transformar-se em função dessas mudanças. Só a concorrência é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado. Conseqüentemente, a concorrência – e não o mercado – é valor a ser protegido pelo direito concorrencial. (...) Visto dessa forma – como garantidor da concorrência, e não do mercado –, o Direito reassume aquele papel redistributivo ou garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas, que sempre lhe incumbiu.” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 49-51)³⁷

Ademais, ainda segundo Calixto Salomão:

“A obrigatoriedade de aplicação institucional do direito concorrencial e da regulação é, portanto, premente. Isso não implica, no entanto, a exclusão total dos objetivos de política econômica do sistema antitruste e da regulação. Eles estão presentes desde que compatibilizáveis com a garantia institucional de equilíbrio entre os agentes econômicos no mercado.” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 166)

Por fim, diante de exposto, podemos observar se de um lado (i) a concorrência é considerada uma garantia institucional, de outro, (ii) nem sempre é certo o limite da competência da autoridade de governo responsável por zelar por essa garantia quando se tratar de casos nos quais incidam também regras setoriais.

Com efeito, existe uma consequência direta a ser depreendida dessa incerteza, decorrente das regras de organização social (*rectius*: instituições, na visão neoinstitucionalista).

Trata-se da elevação dos custos de transação, que, ao revés, devem ser minimizados a fim de que a promoção da concorrência por meio da autoridade antitruste não (i) afete outras garantias, a exemplo da segurança jurídica e da eficiência da Administração, ou ainda, (ii) onere desnecessariamente os agentes de mercado, uma vez que os riscos dos negócios são precificados.

³⁷ Em outra oportunidade Calixto Salomão afirma que: “As regras institucionais e procedimentais contêm, em si, valores democraticamente esclarecidos e debatidos. Por outro lado, não predefinem a solução mais conveniente. Ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e garantia ao cidadão, permitem o experimentalismo social e institucional. O Direito assim concebido leva à – não decorre da – solução mais justa. É um sistema a um só tempo mais seguro – pois tem instituições mais seguras – e mais flexível, já que permite seu próprio aperfeiçoamento. É exatamente isso que procura fazer a teoria jurídica concorrencial. Garantindo a instituição (concorrência) e seu efetivo desenrolar através de regras comportamentais, pretende assegurar que os agentes econômicos coordenem suas relações da forma mais justa. O equilíbrio das relações econômicas, ponto de partida inicial para qualquer interação econômica, é fundamental.” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 158-159)

Nesse sentido, convém observar que a garantia de que a liberdade do particular somente será limitada por lei (art. 5º, II, da Constituição Federal) depende, entre outros fatores, de que: (i) a lei oriente condutas que respeitem o fundamento de sua edição e (ii) a autoridade competente para punir aquele que infringir a lei esclareça os parâmetros prescritivos da conduta lícita.

4.2. Teoria do institucionalismo comparado

A teoria do institucionalismo comparado, de acordo com a formulação apresentada por Carlos Ragazzo (RAGAZZO, 2012, p. 205), consiste na aferição das distintas capacidades de resolução de problemas comuns entre instituições supostamente competentes para a resolução de uma mesma situação fático-jurídica. Segundo o autor:

“(…) a doutrina do institucionalismo comparado simplesmente identifica qual órgão é o mais apropriado para adotar determinada decisão (quando o caso trata de pretensa acusação de preços abusivos, ressalto), o que implica um raciocínio de separação de Poderes mais sofisticado, pois mesmo entre órgãos do Executivo pode haver habilidades ou perfonances diferenciadas para cada tipo de função que é atribuída por lei. A lógica do institucionalismo comparado também se aplicaria à sugestão de competência do CADE para punir sociedades que descumprem regras de regulação de preços (como price caps e taxa de retorno, entre outras). Para verificar eventual descumprimento regulatório, certamente as agências que desenharam as regras tarifárias possuem vantagem institucional para puni-las. Devo, no entanto, fazer uma ressalva. É claro que haverá situações em que descumprimentos regulatórios também poderão representar infrações à ordem econômica. (...) Trata-se de dois tipos de violação distintos e que possuem traços comuns, mas que não se equiparam, em função de duas razões: (i) nem sempre o objetivo regulatório encontra paralelo no objetivo de preservação e/ou fomento da concorrência, mas pode haver espaço ou circunstância em que vários objetivos possam coexistir; e (ii) os requisitos para configuração de um ilícito regulatório e de um ilícito antitruste podem não ser os mesmos.” (RAGAZZO, 2012, p. 205)

Essa formulação teórica será tomada como referencial teórico para a compatibilização de uma suposta dupla incidência de competência regulatória e antitruste em casos de compartilhamento de postes, quando o tema controvertido cingir-se à disputa comercial sobre o preço cobrado pelo aluguel do poste.

5. A análise concorrencial e o seu limite

O presente capítulo, a partir das considerações a respeito do caso dos postes (PA 08012.002716/2001-11), visa a identificar os limites da análise concorrencial sobre atividades reguladas, observando (i) que o institucionalismo comparado pode ser interpretado como expressão da eficiência da Administração e (ii) que existe uma posição institucional do CADE a respeito da legitimidade de a racionalidade econômica mitigar a abstração da lei da concorrência.

Inicialmente, parte-se de uma formulação teórica de uma situação limite elaborada a partir do PA nº 08012.002716/2001-11 e das informações coletadas pela ANEEL em relação a diversas distribuidoras (ANEEL, 2006, p. 3). Assim, tem-se que:

Se de um lado, apesar da constatação da existência de uma desorganização da metodologia de cálculo do preço cobrado pelo compartilhamento de infraestrutura de postes, prejudicando assim a concorrência entre as empresas de TV a cabo (tanto em relação ao acesso ao insumo da estrutura quanto em relação ao custo final do produto), a fixação de um preço pelo CADE aniquilaria a concorrência e iria de encontro à regulação setorial, que prevê a livre negociação.

De outro, a condenação da empresa de energia elétrica por prejudicar a concorrência, embora em tese fosse possível, tendo em vista o potencial efeito negativo da discriminação não justificada entre os consumidores dos postes, poderia gerar o efeito da cobrança de um preço padrão ou ainda de gerar instabilidade a respeito do que seria o preço concorrencialmente aceitável.

Soma-se a isso a existência de agentes reguladores competentes para dirimir eventuais conflitos sobre o compartilhamento, bem como fixar regras que os evitem.

Trata-se, portanto, de um caso limite que permite indagações sobre os fundamentos do próprio direito antitruste e de sua relação com as demais autoridades reguladoras do governo.

No caso específico do PA dos postes, ao fim da instrução processual, a configuração das condutas de (i) recusa de compartilhar infraestrutura essencial; (ii) discriminar preços e concorrentes e (iii) impor barreiras de acesso ao mercado em detrimento da concorrência foi afastada pelo parecer da Superintendência-Geral do CADE (Nota Técnica nº 268/2013) tendo em vista que:

“(…) da instrução realizada e dos argumentos de defesa, é possível concluir que: (i) não há racionalidade econômica nas condutas supostamente praticadas pela Representada, tendente a lesar a concorrência ou a beneficiar a própria representada; (ii) não houve favorecimento de empresa de telecomunicação do grupo econômico a que pertence a Representada; (iii) não houve recusa de acesso à infraestrutura de postes; (iv) há entidades regulatórias competentes para arbitrar conflitos negociais sobre o preço do compartilhamento.” (CADE, 2013, p. 2101)

No que se refere à imputação de abuso de preço pela empresa de energia em detrimento da empresa de telecomunicação, a Superintendência opinou no sentido de que:

“116. Quanto à análise de configuração de abuso de preço, tendo em vista a singularidade dos contratos firmados pela Representada, observa-se que a controvérsia nesse ponto, em muito, aproxima-se de uma lide privada, concernente a meros ajustes comerciais. 117. Diante disso, não cabe a este Conselho substituir os agentes de mercado a fim de arbitrar o preço do compartilhamento que melhor atenda as partes negociantes, muito menos quando se trata de mercado regulado por Agência específica.” (CADE, 2013, p. 2098)

Nesse recorte da decisão, podemos observar que foram determinantes para a conclusão adotada tanto a (i) **existência de entidades regulatórias competentes** para arbitrar os conflitos negociais decorrentes da fixação do preço do compartilhamento quanto a ausência de (ii) **racionalidade econômica** para configurar a infração antitruste.

Portanto, os itens (i) e (ii) apresentam-se como limitações, na visão da Superintendência-Geral do CADE, para a incidência da norma antitruste, ainda que, na acepção mais rigorosa das leis 8.884/94 e 12.529/11, para configurar a infração da Ordem Econômica, bastasse a prática de ato que possa produzir efeitos legalmente previstos, ainda que não sejam alcançados.

Esses parâmetros visam a contribuir para a resposta (sempre em construção) da pergunta inerente à prática do julgador de infrações antitruste e dos agentes do mercado destinatários das regras concorrenciais: *“Como separar, no fluxo contínuo de condutas e estratégias dos agentes capitalistas destinadas a valorizar os respectivos capitais, as lícitas das ilícitas, as autorizadas das não autorizadas?”* (SCHUARTZ, 2000, p. 71)

Segue, agora, a análise detalhada de cada um desses dois parâmetros indetificados.

5.1. O institucionalismo comparado como expressão da eficiência³⁸ da Administração

Randal C. Picker, professor de Direito da Universidade de Chicago, identificou os cinco³⁹ elementos de um programa desenhado por Hovenkamp, na obra *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, para aumentar o nível de cautela dos tomadores de decisão antitruste. Entre os cinco pontos elencados, um especial, chama a atenção pela pertinência ao objeto de estudo deste trabalho.

Trata-se da noção de que a justificativa da intervenção antitruste pode depender do remédio adotado para coibir a alegada violação de regras concorrenciais.

Esse princípio se adequa, especialmente, a casos em que não há elementos claros de que exista uma infração contra a concorrência.

É que, se de um lado, é compreensível – mas não legalmente justificável – a imposição de uma sanção de não repetição por uma conduta socialmente repreensível identificada apenas por precários indícios de violação da concorrência; de outro, carece de fundamento lógico a imposição de sanção mais drástica no caso aventado, pois não há conclusão definida sobre a extensão dos efeitos potencialmente prejudiciais da prática, bem como de sua própria existência.

Diante desses elementos, observa-se que, independentemente da sanção a ser aplicada pela autoridade antitruste, ao se deparar com uma situação de fato ela deve, primeiramente, identificar se há elementos suficientes hábeis para configurar a infração à concorrência.

³⁸ De acordo com Hely Lopes Meirelles, o princípio da eficiência “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.” (MEIRELLES, 2010, p. 98). Tércio Sampaio Ferraz Junior, por sua vez, afirma que: “a eficiência é pressuposto tanto de atos vinculados quanto de atos discricionários, estando o agente da regulação obrigado a afinar suas decisões com os objetivos políticos setoriais prescritos em lei (legalidade em sentido de legitimação)”. (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 222). Inocêncio Mártires Coelho explica que o princípio da eficiência, introduzido no texto da Constituição de 1988 pela Emenda n.º 19/98, “consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus cargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas múltiplas necessidades; numa palavra, que pratiquem a ‘boa administração’, de que falam os publicistas italianos.” (MENDES, et al., 2010, p. 969)

³⁹ Os cinco elementos identificados pelo professor são: “1. *Not every anticompetitive practice can be condemned*; 2. *Intent evidence should be used sparingly*; 3. *Whether intervention is justified may depend on the remedy*; 4. *An antitrust rule that cannot be administered effectively is worse than no rule at all*; and 5. *Administrative and compliance costs count*.” (PICKER, 2006, p. 185) Em tradução livre, temos: “1. Nem toda prática anticompetitiva pode ser condenada. 2. A evidência da intenção deve ser usada com limitação. 3. Se a intervenção é justificada pode depender do remédio. 4. Uma regra antitruste que não pode ser administrada de forma eficaz é pior do que a ausência total da regra; e 5. Custos administrativos e de *compliance* custam.”

Em seguida, a própria aplicação da sanção (ou remédio nas palavras de Hovenkamp) deve ser mensurada e analisada a fim de que se observe a extensão das consequências de sua aplicação⁴⁰.

Com efeito, releva firmar posição no sentido de que a legalidade, reconhecida condição de ação do administrador no ato de julgar, não se encerra apenas e tão somente na lei, em sua acepção literal.

É cediço que as leis, temporalmente identificáveis, em seu conjunto sistemático e lógico, decorrem da experiência histórica da sociedade.

Elas informam aos indivíduos, previamente, que há correspondência entre certas condutas e determinadas medidas do Estado seja para promovê-las ou para coibi-las.

Ademais, as leis são aplicadas por operadores do direito insertos em instituições.

Essas instituições, por sua vez, interferem na sociedade por meio da análise de casos, em que se aplicam as regras, formando-se, assim, um compêndio de decisões que refletem a interpretação sobre as leis.

Desse modo, às leis se somam as interpretações já assumidas pelos intérpretes autorizados pelo Estado, no âmbito das instituições, formando um conjunto mais denso de pressupostos a serem levados em consideração na análise de casos futuros.

Não bastasse isso, no nosso ordenamento jurídico, é próprio da interpretação das leis a sua conformação com a Constituição, assumida como Lei Maior, sobre cujos dispositivos encontra-se o anteparo (paradigma) que deve preceder a análise de quaisquer outros dispositivos normativos.

⁴⁰ A necessidade da prudência na aplicação da lei antitruste foi abordada de maneira didática pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, em seu voto no PA 08012.006439/2009-65, em que a Companhia de Bebidas das Américas foi acusada de cometer infração à Ordem Econômica por se recusar a compartilhar a garrafa do “litirão” com os concorrentes. Segundo o Relator, “90. A base da livre concorrência ampara-se na premissa e no desejo de que cada agente privado atuante em um mercado concorrencial busque ser melhor que o outro, buscando ganhar mercado por meio de menores preços, melhores produtos, maior variedade, novas opções e outros fatores, no final em benefício dos consumidores. 91. Qualquer intervenção que, equivocadamente, permita que um rival se aposse, sem esforço próprio do empreendedorismo, das diferenciações, das estratégias comerciais bem sucedidas de seu concorrente ou de suas eficiências, que beneficiem os consumidores por meio de preços mais baixos e maior variedade e qualidade de produtos, gera um incentivo contrário à competição e, portanto contrário a iniciativas que tragam benefícios aos consumidores. 92. É dever do CADE sopesar, no presente caso, os efeitos de uma jurisprudência que, mesmo diante da ausência de efeitos claramente anticompetitivos verificáveis e da presença de uma conduta de negócio racionalmente justificável, obrigasse uma empresa a compartilhar compulsoriamente com seus rivais o produto de seus esforços de diferenciação e de estratégia comercial – tratar-se-ia de uma jurisprudência que praticamente obrigaria essa empresa a, toda vez que lançasse uma nova embalagem, introduzi-la em um sistema de compartilhamento. 93. Os desincentivos à inovação, à diferenciação e a estratégias comerciais agressivas não poderiam ser mais evidentes.” (CADE, 2012, p. 886)

É, portanto, da Lei Maior o fundamento último da legalidade dos atos da administração.

Ao princípio⁴¹ da legalidade outros se somam para formar o complexo principiológico da Constituição.

Nessa senda, é importante refletir que, na análise antitruste, também incidem os princípios da eficiência (art. 37, *caput*) e da garantia da livre iniciativa (art. 170, *caput*).

Ao citar dois princípios que, geralmente, são apresentados como pertencentes a áreas distintas do direito, respectivamente público e privado, explicita-se que a área econômica, sob o viés regulatório, encontra-se justamente nesse limbo.

Enquanto que os agentes do Estado aplicam as leis conforme exigem as normas de direito público, os agentes privados operam no mercado conforme a garantia da livre iniciativa.

É certo que, nem o público pode sufocar o privado, nem o privado suplantar o público. É no limite dessa tensão que incidem as leis que combatem as infrações à Ordem Econômica.

Sob o viés do Estado, é imperiosa a obrigação de se buscar uma composição das competências de suas instituições a fim de que a sobreposição de atribuições legais não seja expletiva e demasiadamente custosa ao particular.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar que a teoria do institucionalismo comparado consiste em formulação prático-teórica do princípio da eficiência da Administração, que ao regular o mercado, seja em estruturas ou condutas, fomenta, em formulação antitética, tanto o sacrifício à livre iniciativa quanto a sua própria proteção contra a dominação abusiva pelos agentes do mercado.

Nesse ponto, identifica-se que os direitos são garantidos aos particulares na medida em que deles se depreende algum sentido de proteção social.

Ao indivíduo, portanto, não é permitido agir de modo alheio, visando à satisfação de fins meramente egoísticos enquanto usufrui das vantagens da vida em sociedade.

Assim, quando for praticada uma conduta repreensível prevista em lei, inegável a aplicação de sanção.

O que se discute neste estudo é que, quando houver conflito sobre a competência para aplicação da sanção, deve-se ter em mente a vantagem comparativa de uma determinada

instituição sobre outra, tendo em vista as consequências das medidas a serem adotadas e do histórico empírico de ação dessas instituições.

Nesse sentido, é importante destacar que a insegurança jurídica atrelada ao citado conflito de competências eleva o custo burocrático de transação. Vejamos, nesse sentido, que:

“A eficiência e capacidade de decisão se relacionam à morosidade dos processos burocráticos, que elevam o grau de insegurança. O custo burocrático de transação pode ser definido como ‘aquele associado à elaboração de acordos e rotinas operacionais interinstitucionais.’ O risco de conflito de competências se configura diante da coincidência ou proximidade de competências entre duas instituições.” (LEBBOS, 2010, p. 224-225)

No caso dos postes (PA 08012.002716/2001-11), a Superintendência do CADE, ressalvada a competência da regulação concorrencial, endereçou à ANEEL e à ANATEL o aprimoramento conjunto da regulação a respeito do compartilhamento dos postes, tendo em vista que estas instituições seriam as adequadas para o exercício da regulação técnica e econômica dos contratos de compartilhamento no que concerne à disputa de fixação de preço.

Em bom tempo, atualmente, as agências, efetivamente, formulam nova proposta de regulamento do compartilhamento.

De acordo com o voto do Conselheiro João Batista de Rezende nº 94/2013- JR/PR, de 29/07/2013, a nova proposta de regulação conjunta apresentada recentemente pelas agências inovou em ir além de uma mera fixação de um preço e previu:

“(…) a manutenção, por parte das distribuidoras de energia elétrica, de cadastro atualizado da ocupação dos postes, inclusive com a capacidade excedente e as condições para o compartilhamento, informações técnicas da infraestrutura, preços e prazo, o qual deverá ser disponibilizado por meio de Oferta Pública em sua página da Internet.” (REZENDE, 2013, p. 10)

De maneira sintética o Conselheiro apresentou, à página 11 do seu voto, uma tabela com o resumo do conjunto de medidas regulamentares propostas, que se reproduz abaixo:

⁴¹ A respeito da teoria dos princípios, recomenda-se a obra *Teoria dos Princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)* de Humberto Ávila. (ÁVILA, 2009)

Figura 8 – Resumo das medidas regulamentares

Medida	Efeito Esperado
Limitação da cobrança a um único ponto de fixação por poste.	I – manter a neutralidade do fluxo de receitas e despesas entre as prestadoras de telecomunicações e as distribuidoras de energia elétrica; II – incentivar as distribuidoras de energia elétrica a disponibilizar mais pontos para compartilhamento, contribuindo para o uso eficiente da infraestrutura.
Cada prestadora ou grupo econômico poderá ocupar apenas um ponto de fixação no poste.	I – promover o uso eficiente da infraestrutura; II – pode aumentar a disponibilidade de pontos para novos entrantes.
Regularização do uso do poste apenas nas situações onde não existir ao menos um ponto de fixação disponível.	Evitar que seja imposto às prestadoras de telecomunicações custos desnecessários em adequações na rede de fios e cabos nos postes onde existir viabilidade de novo entrante.
Cadastro de pontos disponíveis e condições de compartilhamento, sob forma de Oferta Pública no sítio da distribuidora na Internet.	Garantir amplo acesso às informações necessárias para o compartilhamento de postes.
Identificação dos pontos de fixação utilizados pelas prestadoras de telecomunicações.	Proporcionar condições para maior controle de ocupação dos postes e para segurança nas alterações de rede.

Fonte 8 - (Rezende, 2013, p. 11)

De pronto, vê-se que não se trata de regulação que visa substituir a concorrência. Ao contrário, trata-se da construção de um ambiente institucional em que os contratos sejam firmados em atendimento dos pressupostos da livre concorrência.

Ademais, acreditamos que essa proposta será mais eficiente se der condições claras e transparentes de negociação entre os agentes de mercado, uma vez que se as variáveis de mercado forem claras, serão reduzidas as possibilidades de negociações discriminatórias, por exemplo.

A ideia de um preço-teto ou de referência também é interessante, tendo em vista que o detentor da infraestrutura é um monopolista e como tal tende a cobrar o preço de monopólio.

Apesar da resistência das empresas de energia em aceitar um "preço de referência", uma vez que isso representa uma potencial limitação à liberdade de contratação, acreditamos que a condição de bem reversível do poste sob o poder da concessionária de energia permite esse tipo de regulação mais incisiva.

Nesse ponto, aplica-se o mesmo raciocínio da possibilidade de reversão para a modicidade tarifária de parte da renda auferida por entes privados com atividades que extrapolam o objeto-fim da delegação da prestação de serviço público.

No entanto, esse tipo de regulação não incentiva a competição (entre os demandantes da infraestrutura) e a alocação mais eficiente dos recursos (detidos por uma empresa monopolista), principalmente, em razão de proposta do preço de referência refletir apenas a média dos valores já cobrados pelas empresas de energia.

Além disso, esclarece-se que a definição do preço se restringe ao parâmetro a ser adotado pelas agências reguladoras nos conflitos entre os agentes dos mercados de energia e de telecomunicação.

Dando seguimento ao estudo da monografia, até o momento, apreciou-se que a existência de entidades regulatórias competentes deve ser vista à luz do institucionalismo comparado.

Passe-se, agora, à análise da possibilidade de a racionalidade econômica dos agentes ser levada em conta para a configuração da infração diante do quadro normativo aberto depreendido do art. 36 da Lei nº 12.529/11.

É importante observar que esse parâmetro relaciona-se diretamente à percepção de concorrência como garantia institucional, analisada no item 4.1.

5.2. A análise da racionalidade econômica na caracterização da infração contra a Ordem Econômica

De acordo tanto com a Lei nº 8.884/94 quanto com a Lei n.º 12.529/11, cabe ao órgão antitruste analisar se uma conduta, na atividade de compartilhamento de postes, independentemente de culpa, (i) produziu, ainda que potencialmente, efeitos deletérios contra a Ordem Econômica, sem uma justificativa concorrencial lícita ou (ii) a pretexto de exercer uma atividade lícita, a conduta, na verdade, teve como objetivo lesar a Ordem Econômica.

No julgamento do PA nº 08012.001271/2001-44, em que figurava como representada a SKF do Brasil Ltda., o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, em voto-vista, empreendeu esforços a fim de traçar uma linha divisória conceitual entre as categorias de ilícitos concorrenciais. Segundo o i. Conselheiro,

“(…) a lei brasileira não exige, de maneira alguma, standards de prova e ilicitude iguais para todas as condutas anticompetitivas que, em tese, prevê.

Ao contrário, ao fazer desde logo uma distinção entre condutas ilícitas pelo objeto e condutas ilícitas pelos efeitos, a lei impõe ao aplicador, também, desde logo, que faça uma primeira distinção entre dois regimes de persecução distintos. No primeiro, a ilicitude de certas condutas se presumirá por seu próprio conteúdo objetivo, cabendo demonstrar, apenas, que a conduta em questão se insere nessa grande categoria. No segundo, a ilicitude depende de prova dos efeitos, ainda que esses possam ser, como diz a lei, meramente potenciais. Em ambos os casos, dispensa-se, como visto, qualquer prova de elemento volitivo por parte do agente, já que a lei fala em responsabilidade independentemente de culpa.” (VERÍSSIMO, 2013, p. 24)

Ao largo dessa formulação abstrata e genérica da norma antitruste, observa-se que a interpretação da lei pelos operadores autorizados pelo Estado, nas instituições, conforme já foi dito acima, integra a própria lei na sua aplicação aos casos concretos.

No que concerne às condutas de recusa de contratar⁴² e de discriminar⁴³, colhem-se da Jurisprudência do CADE alguns elementos que indicam a existência de excludentes de ilicitude associadas, ora a “razões objetivas”, ora à “racionalidade⁴⁴ econômica.”

⁴² No que se refere à conduta de recusa de contratar, são citados três precedentes importantes. No voto da AP nº 08012.006899/2003-06, o Conselheiro Carlos Ragazzo afirmou que: “De modo sumarizado, uma das formas potencialmente ilícitas da recusa de contratar ocorre quando um agente upstream, detentor de posição dominante, recusa-se a fornecer insumos a um competidor downstream, de tal modo a eliminar a concorrência no mercado à jusante. A essência da norma concorrencial que condena esse ilícito, vale dizer, não é a proteção da firma dependente de insumos por parte de um fornecedor dominante, mas sim a ‘manutenção da concorrência no mercado downstream’. De modo mais objetivo, alguns fatores podem ser mensurados no sentido de se verificar a conduta anticompetitiva. Deve ser levado em consideração: (1) se o fornecedor detém posição dominante no mercado upstream; (2) se não há justificativas objetivas para a recusa por parte do fornecedor; e (3) se a recusa de fornecimento é efetivamente capaz de eliminar ou prejudicar substancialmente a concorrência no mercado downstream.” (CADE, 2009, p. 1336-1337) “Evidentemente, um agente econômico, ainda que detentor de poder de mercado, não pode ser obrigado a contratar com outros agentes em toda e qualquer circunstância. A existência de justificativas objetivas para a negativa pode indicar, na verdade, que aquela recusa tem caráter pró-concorrencial. (...) São comuns outras justificativas possíveis para uma recusa de contratar, a depender do caso, como o fato de o comprador dos insumos downstream não pagar pelos produtos adquiridos, a interrupção justificada da produção, deficiência de capacidade produtiva e outras. Há inúmeros fatores, perfeitamente aceitáveis, que podem justificar a recusa de fornecimento por parte de uma empresa, na medida em que significam a manutenção de seu próprio equilíbrio financeiro, incentivam a continuidade de investimentos, preservam qualidade dos serviços em um dado mercado e que, ao final, garantem um ambiente concorrencial saudável, assim afastando a ilicitude da recusa de contratar.” (CADE, 2009, p. 1341) Ainda nesse sentido, o voto-vista do Conselheiro Roberto Augusto Pfeiffer, no PA 08012.000172/98-42, indica que: “(...) em casos nos quais se negue acesso a um insumo essencial para a sobrevivência de firma relacionada verticalmente, vem a jurisprudência mundial considerando tal conduta anticompetitiva, caso não aceite a racionalidade econômica alegada.” (PFEIFFER, 2002, p. 10)

⁴³ No que se refere à conduta de discriminação de preços e de concorrentes, no julgamento do PA 33/92 (Representante: Senter Indústria e Comércio Ltda. e outras. Representada: Du Pont do Brasil S/A.), o Conselheiro Ruy Santa Cruz, em seu voto, expôs a seguinte fundamentação: “Já a discriminação de condições comerciais entre compradores não pode ser considerada de imediato uma infração da ordem econômica, sendo necessária para esta caracterização que estejam presentes os pressupostos do artigo 20 da lei 8.884. De fato, a diferenciação das condições comerciais entre clientes é resultado da concorrência e não uma forma de burlá-la. Diferenças nos volumes adquiridos dão maior poder de barganha para uns clientes em relação a outros. Diferentes capacidades de pagamento entre clientes dão mais ou menos confiança ao fornecedor na abertura de crédito e estabelecimento das condições de pagamento. Um maior tempo de relacionamento comercial também dá mais confiança ao vendedor. O fornecedor frequentemente estabelece preços distintos entre clientes de setores diferentes para viabilizar suas vendas em segmentos mais competitivos.” (CRUZ, 1998, p. 2) No mesmo sentido,

Observa-se, portanto, que, na história institucional do CADE, o argumento da racionalidade econômica da conduta tendeu a mitigar a abstração generalista inserta na configuração da infração contra a concorrência.

No caso dos postes (PA nº 08012.002716/2001-11), o critério da racionalidade econômica da conduta foi fundamental para a conclusão adotada pela Superintendência ao opinar pelo arquivamento do processo.

Foram levados em consideração, entre outros aspectos, (i) a reversão à modicidade da tarifa de energia elétrica incidente sobre a maior parte da renda auferida com o compartilhamento dos postes; (ii) a constatação de que a Representada não privilegiou empresa do seu grupo econômico em detrimento da concorrência; (iii) o fato de a atividade de compartilhamento ser apenas acessória à atividade fim da Representada, que consiste na distribuição de energia elétrica.

Portanto, também, nesse caso, a racionalidade econômica⁴⁵ constituiu parâmetro da definição do limite da aplicação da lei antitruste ao caso concreto.

a União Europeia tende a limitar a configuração da conduta de discriminação. Vejamos, nesse sentido, trecho do Jornal Oficial nº C 265 de 22/08/1998, que tratou da comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações: “120. Um fornecedor de acesso em posição dominante não pode estabelecer qualquer discriminação entre as partes em diferentes acordos de acesso sempre que esta discriminação restrinja a concorrência. Em especial, qualquer diferenciação baseada na utilização que será feita do acesso e não nas diferenças existentes entre as transacções para o fornecedor desse acesso é susceptível de restringir ou falsear a concorrência, infringindo o disposto no artigo 86º. Esta discriminação pode assumir a forma de imposição de condições distintas, incluindo a imputação de preços diferentes ou a diferenciação dos acordos de acesso, salvo nos casos em que essa discriminação seja objectivamente justificada, por exemplo, com base em considerações de teor financeiro ou técnico ou devido ao facto de os utentes operarem a níveis diferentes. Essa discriminação é susceptível de restringir a concorrência no mercado a jusante em que a empresa que solicita o acesso pretende exercer actividades, na medida em que pode limitar a possibilidade desse operador penetrar no mercado ou de nele expandir as suas actividades. (...) O disposto no artigo 86º não pode ser aplicado para obrigar uma empresa em posição dominante a conceder um tratamento distinto a diferentes categorias de clientes, salvo se tal for o resultado das condições de mercado e dos princípios consignados no artigo 86º. Ao invés, o artigo 86º proíbe as empresas em posição dominante de discriminarem entre transacções semelhantes sempre que essa discriminação tiver repercussões a nível da concorrência” (EUROPEIA, 1998, p. 02-28)

⁴⁴ A respeito da formulação do conceito de racionalidade, Luiz Fernando Schuartz, em artigo sobre *O Direito da Concorrência e seus fundamentos*, entende que: “Indivíduos são racionais quando agem (linguisticamente ou instrumentalmente) de uma forma justificável em face de um conhecimento válido, ou seja, em última instância, de argumentos intersubjetivamente válidos. Racionalidade é a capacidade de dar bons argumentos (isto é, justificativas que possam ‘contar’ ou ser tratadas como bons argumentos no contexto de uma interação específica) no sentido de fundamentar ações (inclusive a de dar bons argumentos), bem como, de agir de acordo com os bons argumentos.” (SCHUARTZ, 2000, p. 82)

⁴⁵ É importante observar que a análise da racionalidade econômica no caso concreto está intimamente atrelada à satisfação dos objetivos visados pela defesa da concorrência. Para um estudo complementar sobre esses objetivos, recomenda-se a leitura do capítulo 4 (Os objetivos das leis antitruste: as políticas econômicas atuadas) do livro *Os fundamentos do antitruste*, da professora Paula Forgioni (FORGIONI, 2012, p. 159-192), e item 3 do capítulo 1 (Interesses tutelados pelo direito concorrencial) do livro *Direito Concorrencial (as condutas)*, do professor Calixto Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 61-104). Ademais, a respeito dos diversos

6. Conclusão

Ao fim da análise sobre o histórico institucional das agências reguladoras ANEEL e ANATEL e da autoridade antitruste (CADE) a respeito do compartilhamento de infraestrutura de postes de energia elétrica (distribuidoras) com as empresas de telecomunicação (TV a cabo), observa-se que é possível depreender um padrão de julgamento de competência concorrencial que tende a limitar o conflito institucional e a insegurança no mercado.

O critério da racionalidade econômica da conduta é apto para afastar a ocorrência de infrações como a discriminação de preço e de concorrentes e a recusa de contratar um bem essencial.

Ademais, limitando-se a controvérsia ao preço comercialmente fixado entre a empresa de energia e a de telecomunicação, em ambiente sujeito à regulação setorial, observa-se que, embora, em tese, seja possível perquirir alguma conduta potencialmente lesiva à concorrência, não cabe a ação antitruste.

Com efeito, no caso do PA dos postes, o CADE, ressalvando a competência da regulação concorrencial, endereçou à ANEEL e à ANATEL o aprimoramento conjunto da regulação a respeito do compartilhamento de infraestrutura, tendo em vista que estas instituições seriam as mais adequadas para o exercício da regulação técnica e econômica dos contratos de compartilhamento no que concerne à disputa de fixação de preço.

Nesse ponto, identificou-se que a autoridade antitruste levou em consideração a inexistência de racionalidade econômica da conduta da empresa investigada no âmbito da subsunção dos fatos analisados à norma antitruste.

Este estudo, embora tenha analisado um caso específico, é apto para informar um padrão prescritivo de atuação da autoridade antitruste em relação a condutas de agentes econômicos submetidos à regulação setorial⁴⁶.

Isso decorre do fato de que tanto a aplicação da teoria do institucionalismo comparado quanto a lógica da racionalidade econômica como requisito de configuração do ilícito antitruste estão intrinsecamente relacionados à percepção da concorrência como uma garantia institucional.

conceitos do termo competição, recomendamos a leitura da palestra proferida pelo professor John Vickers, na Universidade de Oxford, em 1993. (VICKERS, 1994)

⁴⁶ Além das já referenciadas áreas de energia elétrica e de telecomunicações, também há possibilidade de conflito de competência entre agentes reguladores e autoridade antitruste, entre outras, nas seguintes searas: ferrovias, portos, petróleo e gás, mineração e saúde suplementar. Portanto, os parâmetros prescritivos analisados neste estudo são extensíveis a demais demandas de conflitos entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro.

7. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito jurídico de regulação da economia* [Artigo] // Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. - [s.l.] : Malheiros Editores, 2001. - abril-junho : Vol. 122.

ARANHA, Márcio Iorio. *Direito das telecomunicações (Histórico normativo e conceitos fundamentais)* [Livro]. - Scotts Valley, CA : CreateSpace, 2013.

_____. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais* [Livro]. - São Paulo : Atlas, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)* [Livro]. - São Paulo : Malheiros editores, 2009.

BANDOS, Melissa Franchini Cavalcante. *Análise dos conflitos das negociações e dos contratos gerados pelo compartilhamento de infra-estrutura entre empresas reguladas pelas agências ANEEL, ANATEL e ANP* // Tese de Doutorado - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP. - São Paulo : [s.n.], 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-15012009-171653/pt-br.php>. Acesso em: 08/11/2013.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira* [Livro]. - Belo Horizonte : Del Rey Editora, 2007.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação* [Seção do Livro] // in: *Regulação e desenvolvimento*.

SALOMÃO FILHO, Calixto. - São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

ESCOBAR, J. C. Mariense. *O novo direito de telecomunicações* [Livro]. - Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1999.

EUROPEIA, Comunidade. *Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações - Enquadramento, mercados relevantes e princípios*. - 1998. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0822\(01\):PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0822(01):PT:HTML). Acesso em: 08/11/2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência* [Seção do Livro] // in: *O poder normativo das agências reguladoras*. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. - Rio de Janeiro : Forense, 2011.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste* [Livro]. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

GOLDMBERG, José e LUCON, Oswaldo. *Energia, Meio Ambiente e Desenvolvimento* [Livro]. - São Paulo : Editora Universidade de São Paulo, 2011.

GRIEVE, Willie. A. e LEVIN, Standford L. *Common carries, public utilities and competition* [Artigo] // *Industrial and corporate change*. - [s.l.] : Oxford University Press, 1996. - 4. - Vol. 5.

HALL, Peter A. e Taylor Rosemary C. R. *As três versões do neo-institucionalismo* [Artigo] // *Lua Nova*. - 2003. - 58. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf>. Acesso em: 08/11/2013.

HORWITZ, Robert Britt. *The irony of regulatory reform: the deregulation of american telecommunications* [Livro]. - New York : Oxford University Press, 1989.

HOVENKAMP, Herbert. *Coase, Institutionalism, and the Origins of Law and Economics* [Article] // *Indiana Law Journal*. - 2011. - Vol. 86:499. Disponível em: http://ilj.law.indiana.edu/articles/86/86_2_Hovenkamp.pdf. Acesso em: 08/11/2013.

KERSTEN, Felipe de Oliveira. *Regulação pública da economia e defesa da concorrência no setor elétrico: repartição de competências e articulação entre a Agência Nacional de Energia Elétrica e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência* [Seção do Livro] // in: *Direito concorrencial e regulação econômica*. MOREIRA, Egon Bocmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. - Belo Horizonte : Fórum, 2010.

LAENDER, Gabriel Boavista. *O regime jurídico das redes de telecomunicação e os serviços de telecomunicação* [Seção do Livro] // in: *Direito das telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil*. ARANHA, Marcio Iorio. - Brasília : JR Gráfica, 2005.

LEBBOS, Carolina Moura. *Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência* [Seção do Livro] // in: *Direito concorrencial e regulação econômica*. MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, PAulo Todescan Lessa. - Belo Horizonte : Fórum, 2010.

MARTINS, Maria D'Oliveira. *Contribuição para a compreensão da figura das garantias institucionais* [Livro]. - Coimbra : Almedina, 2007.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações* [Livro]. - Belo Horizonte : Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* [Livro]. - São Paulo : Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2010.

MENEZES, Marvin. *Os desafios das empresas distribuidoras de energia elétrica no compartilhamento de infraestrutura* [Seção do Livro] // in: *Temas relevantes do direito da energia elétrica*. ROCHA, Fábio Amorim da. - Rio de Janeiro : Synergia, 2012.

MESQUITA, Myller Kairo Coelho de. *A reserva estatal de atividade econômica e a propriedade do petróleo e do gás natural* [Artigo] // E-legis. - Brasília : [s.n.], 2013. - 11. - Vol. maio/ago. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/14458/reserva_estatal_mesquita.pdf?sequence=1. Acesso em: 08/11/2013.

MEYER, Leandro Garcia. *Relação entre preço e custo marginal na indústria brasileira* // Dissertação de mestrado - Departamento de Economia da Universidade São Paulo. - São Paulo : [s.n.], 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96131/tde-25062012-162714/pt-br.php>. Acesso em: 08/11/2013.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)* [Livro]. - São Paulo : Dialética, 2006.

NEVES, Leonardo de Brito Seixas. *Defesa da concorrência no sistema financeiro internacional: do conflito de atribuições entre o Banco Central e o CADE* [Seção do Livro] // in: *Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência*. FONSECA, Antonio. - Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

PICKER, Randal C. *Review of Hovenkamp, The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* [Artigo] // Competition Policy International. - 2006. - Vol. 2. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/311.pdf>. Acesso em: 08/11/2013.

PRADO, Luiz Carlos Delorme e SANTOS, Marcelo de Oliveira. *Teoria econômica da concorrência e economia da mídia: aplicação ao caso da fusão Sky-DirectTV*. In: *A Revolução do Direito Antitruste no Brasil*. - 2008. - Vol. 2.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A eficácia jurídica da norma de preço abusivo* [Artigo] // Selected Works. - 2012. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1024&context=carlos_ragazzo. Acesso em: 08/11/2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial (as condutas)* [Livro]. - São Paulo : Malheiros, 2003.

_____. *Direito Concorrencial (as estruturas)* [Livro]. - São Paulo : Malheiros editores, 2007b.

_____. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)* [Livro]. - São Paulo : Malheiros Editores, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *A tutela da concorrência no setor de energia elétrica* [Seção do Livro] // *in: Temas relevantes no direito de energia elétrica*. ROCHA, Fábio Amorim. - Rio de Janeiro : Synergia, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos* [Livro]. - Belo Horizonte : Fórum, 2012.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *O Direito da Concorrência e seus fundamentos. Racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8.884/94* [Artigo] // *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. - [s.l.] : Malheiros, 2000. - Vol. 117.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica* [Periódico]. - Salvador : *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, 2006. - Vol. 4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>. Acesso em: 08/11/2013.

TOLMASQUIM, Mauricio T. *Novo modelo do setor elétrico brasileiro* [Livro]. - Rio de Janeiro : Synergia, 2011.

TYE, Willian B. *Competitive acces: a comparative industry approach to the essential facility doctrine* [Artigo] // *Energy Law Journal*. - 1987. - Vol. 8. Disponível em: http://www.felj.org/elj/Energy%20Journals/Vol8_No2_1987_Competitive_AApproach.pdf. Acesso em: 08/11/2013.

VICKERS, John. *Concepts of competition*. - [s.l.] : Clarendon Press. Oxford, 1994.

7.1 Normas

ANATEL. Regulamento dos serviços de telecomunicações // Resolução nº 73/1998. - Brasília, 1998. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/resolucao/1998/regulamento_resolucao73_1998.pdf. Acesso em: 08/11/2013.

ANEEL, ANATEL, ANP. Resolução Conjunta nº 1/1999. - 1999. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/res1999001cj.pdf>. Acesso em: 08/11/2013.

_____ Resolução Conjunta nº 2/2001. – 2001. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2001002cj.pdf>. Acesso em: 08/11/2013.

ANEEL. Nota Técnica 27/2006-SRD-SRE/ANEEL. - 2006. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2007/007/documento/nota_tecnica_n%C2%B0_0027_2006-srd-sre_aneel.pdf. Acesso em: 08/11/2013.

_____ Nota Técnica nº 200/2013-SRE/ANEEL - 2013. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/056/documento/nota_tecnica_atividades_acessorias.pdf. Acesso em: 08/11/2013.

_____ Nota técnica nº 299/2011-SER/ANEEL - 2011. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/nren2011463.pdf>. Acesso em: 08/11/2013.

_____ Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010 - 2010. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>. Acesso em: 08/11/2013.

BRASIL. Lei nº12.529/2011. - 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 08/11/2013.

_____ Lei nº 8.884/1994. - 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em: 08/11/2013.

_____ Lei nº 8.987/1995. - 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 08/11/2013.

_____ Lei nº 9.074/1995. - 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 08/11/2013.

_____ Lei nº 9.472/1997. - 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm. Acesso em: 08/11/2013.

7.2 Julgados

CADE. PA 08012.002716/2001-11 [Processo]. - Brasília : CADE, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?78b84ade27fc11e33ced3b1f31>. Acesso em: 08/11/2013.

_____ PA 08012.006439/2009-65 [Processo]. - Brasília : CADE, 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cec3eca4bc055af40d15ffb54>. Acesso em: 08/11/2013.

_____ PA 08012.006899/2003-06 [Processo]. - Brasília : CADE, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?32f2041412071be93aeb391123>. Acesso em: 08/11/2013.

_____ PA 08012.007443/1999-17 [Processo]. - Brasília : CADE, 2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?af7083959d73879d76a775d56e>. Acesso em: 08/11/2013.

_____ PA nº 5300-000359/99 [Processo]. - Brasília : CADE, 2001. Disponível em: <http://carlosragazzo.com.br/?p=4001>. Acesso em: 08/11/2013.

CRUZ, Ruy Santa. Voto no PA 33/1992 [Processo]. - Brasília : CADE, 1998. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000163281724.pdf. Acesso em: 08/11/2013.

PFEIFFER Roberto. Voto-vista no PA 08012.000172/1998-42 [Processo]. - Brasília : CADE, 2002. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000080121562.pdf. Acesso em: 08/11/2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Voto nos ED's no AC nº 08012.003267/2007-14 [Processo]. - Brasília : CADE, 2008. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000401961814.pdf. Acesso em: 08/11/2013.

REZENDE, João Batista de. Voto do Conselheiro nº 94/2013- JR/PR [Processo]. - Brasília : ANATEL, 2013. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=301494&assuntoPublicacao=Voto%20n%BA%2094/2013%20-%20JR-PR&caminhoRel=&filtro=1&documentoPath=301494.pdf>. Acesso em: 08/11/2013.

SEAE/SDE. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 // Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. - 2001.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Voto-vista no PA 08012.006923/2002-18 [Processo]. - Brasília : CADE, 2013. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725651523.pdf. Acesso em: 08/11/2013.