

XV SEMINÁRIO NACIONAL DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - SENDI 2002

"Contrato de Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia e Telecomunicações"

G. D. B. Vianna - ANEEL

E-mail: guilhermed@aneel.gov.br

Palavras-chave - Compartilhamento de Infra-Estrutura.

Resumo - Competência da ANEEL e ANATEL para definir condições de utilização de infra-estrutura controlada, direta ou indiretamente, pelos agentes que exploram os serviços públicos de energia elétrica e de telecomunicações de interesse coletivo.

Contratos de Compartilhamento de Infra-estrutura.

Pontos controversos em relação à homologação dos contratos de compartilhamento de infra-estrutura pelos Órgãos Reguladores.

I - COMPETÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Com a Constituição atual, promulgada em 5 de outubro de 1988, o Estado Brasileiro dissociou-se da exploração dos serviços e obras para assumir tão somente a fiscalização e regulação dos serviços concedidos. Deixando de ser um agente "interventor" para ser um agente "regulador", da atividade econômica, consoante o "caput" do art. 174, "*verbis*":

Art. 174

"Como **agente normativo e regulador da atividade econômica**, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado". (grifos nossos)

Em face desse posicionamento constitucional e, por força dos incisos XI e XII, alínea "b", do art. 21 e inciso IV, do art. 22 da Constituição Federal, surgem as agências reguladoras, "*verbis*":

Art. 21

"Compete à **União**" (grifos nossos)

Inciso XI

"explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão, ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá **sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador** e outros aspectos institucionais". (grifos nossos)

Inciso XII

"explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão".

Alínea "b"

"**os serviços e instalações de energia elétrica** e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos". (grifos nossos)

Artigo 22

"**Compete privativamente à União** legislar sobre:" (grifos nossos)

Inciso IV

"águas, **energia**, informática, **telecomunicações** e radiodifusão". (grifos nossos)

Destarte, em obediência ao texto constitucional, foi editada a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, assim como a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Na condição de órgãos reguladores, a ANEEL, a ANATEL e outras agências, têm como objetivo precípua organizar a exploração dos serviços inerentes as suas esferas de atuação, exercendo o poder regulador e fiscalizador.

No cumprimento do seu desiderato, os referidos órgãos reguladores devem observar os princípios constitucionais consagrados no artigo 37 da Constituição, como também os princípios gerais da atividade econômica, em especial da liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

O art. 73 da Lei nº 9.472/97 faculta às prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo o

direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controladas por prestadoras de serviços de telecomunicações e de energia elétrica, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, atribuindo a ANEEL, ANATEL e a ANP competência para definir as condições para o compartilhamento de infra-estrutura.

Com o objetivo de atender a determinação contida no aludido art. 73, da Lei nº 9.472/97 foi baixada a Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 001/99, que aprova o regulamento que fixa as diretrizes para o compartilhamento de infra-estrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

II - CONTRATOS DE COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA

Deste modo, contrato de compartilhamento, sob a ótica da Resolução Conjunta nº 001/99, é um instrumento contratual celebrado, somente, entre pessoas jurídicas, de setores diferentes, detentoras de concessão, autorização ou permissão, cuja outorga lhes foi concedida visando à exploração de serviços públicos de energia elétrica, ou de serviços de telecomunicações ou de serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tendo como objeto o compartilhamento de infra-estrutura, excedente, disponibilizada por uma delas à outra, porém mantendo-a sob seu controle e gestão como estipulado em seu contrato de concessão, permissão ou autorização.

A eficácia do ato, por força da Resolução Conjunta nº 001/99, só se concretizará através de ato homologatório realizado pela agência do setor do detentor, com anuência, expressa ou tácita, da agência do setor do solicitante, como previsto no art. 16, do Regulamento Conjunto.

À guisa de esclarecimento, cumpre enfatizar que a obrigatoriedade da homologação dos contratos de compartilhamento decorre da circunstância de que o fornecimento dos serviços prestados na área de eletricidade, telecomunicações e de petróleo e seus derivados, incluindo gás natural, são na sua essência, serviços de interesse público e, portanto, devem ser fornecidos de forma que se obtenha o aproveitamento otimizado dos recursos das respectivas infra-estruturas, em benefício dos consumidores, sem se esquecer, todavia, que as redes que dão o suporte aos serviços referidos devem ter os interesses econômicos condicionados ao dever de cumprimento de sua função social, havendo, desta forma, necessidade de preservar o interesse público na utilização da infra-estrutura comentada.

A resolução Conjunta nº 001/99, encontra firme suporte no art. 73, Parágrafo Único, da Lei nº 9.427/97 e sobretudo no art. 29, inciso I, Lei nº 8.987/95 que atribui ao Poder Concedente a competência para "regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação."

III - PONTOS CONTROVERSOS

A presente análise pretende ater-se tão somente às cláusulas contratuais relacionadas com as partes e suas responsabilidades, preços, multas e demais sanções e prazos contratuais, que causam maiores controvérsias, disciplinadas nos incisos III, IV, X e XII, do art. 20, da Resolução mencionada, que fixa os requisitos essenciais do contrato de compartilhamento. Registre-se, entretanto, que a própria Lei nº 9.472/97, como também a Resolução Conjunta nº 001, pecaram por deixar de fixar parâmetros precisos e exatos para dirimir tais questões.

Primeiramente, cumpre relembrar que o Regulamento denomina de *Agência* "o órgão regulador do setor elétrico, do setor de telecomunicações e do setor de petróleo, respectivamente, Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Agência Nacional do Petróleo (ANP)", como *Agente* "toda pessoa jurídica detentora de concessão, autorização ou permissão para a exploração de serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural", como "*Detentor*" o agente que detém, administra ou controla, direta ou indiretamente, uma infra-estrutura "e como *Solicitante*" o agente interessado no compartilhamento de infra-estrutura disponibilizada por um Detentor." (art. 3º, incisos. III e IV)

A responsabilidade das partes, no tocante aos direitos e deveres assumidos contratualmente deve ser clara e bem definida, já que o contrato faz lei entre as partes, não se opondo desta forma, o Poder Regulador a nenhuma cláusula negociada livremente, não obstante exigir o atendimento aos requisitos constantes do art. 15, da Resolução, que coíbe eventuais comportamentos prejudiciais à ampla, livre e justa competição que, considera condição "*sine qua non*" para a homologação nos termos do art. 16.

Por força do art. 20, as Agências impuseram, restritivamente, regras sobre o que pode e o que não pode ser objeto de negociação no contrato de compartilhamento, demonstrando com isto a preocupação em não deixar que matérias não afetas ao assunto sejam tratadas no mesmo instrumento contratual. Vale dizer, de maneira pragmática, evitou-se que as partes contratantes negociem cláusulas alheias ao assunto contrato de compartilhamento de infra-estrutura e, também, não deixem de incluir outras consideradas essenciais, como a do atendimento a parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente (art. 5º), cuja falta impedirá o ato homologatório.

Apesar disso, a intenção do mencionado art. 20, continuou sendo o de permitir que as partes negociassem livremente os termos do contrato, haja vista que a elas foi concedida o poder de negociarem a forma e modo de

imposição das multas e outras sanções, prazo de vigência contratual, e, o próprio valor do aluguel da infra-estrutura compartilhada, desde que observados os princípios da isonomia e da livre competição.

A Lei nº 9.472, no seu art. 73, determina que os contratos de compartilhamento sejam celebrados “*a preços e condições justos e razoáveis*”. A citada Resolução nº 001/99, por sua vez, deixou de definir o que entende por “*preços e condições justos e razoáveis*”, ao estabelecer no seu art. 21 que os preços poderiam ser “*negociados livremente pelos agentes, observados os princípios da isonomia e da livre competição.*”

Ressalte-se que quanto aos valores locatícios a ANEEL entende que os mesmos devem ser livremente negociados, desde que não fique configurado abuso do poder econômico, enquanto que a ANATEL acompanha na íntegra a regra do art. 4º, da Resolução, que obriga o agente que explora serviços públicos de energia elétrica, de interesse coletivo, a alugar seus serviços de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. Note-se, porém que as Agências não definem o que entendem por preços e condições justos e razoáveis e nem sequer delimitam o que entendem por abuso do poder econômico.

Não se pode esquecer, ainda, que os contratos de compartilhamento visam, além de propiciar receitas ao Detentor (concessionário), favorecer a modicidade das tarifas, devendo tal fonte de receita ser considerada para fins de remuneração do concessionário, conforme determina o art. 11 e seu respectivo parágrafo da Lei nº 8.987/95. Trata-se, pois, de fator que, necessariamente, há de ser levado em conta quando da definição do que seriam preços “*justos e razoáveis*”.

Dentro deste quadrante, em nossa opinião, razoável supor que quanto maior a receita alternativa auferida pelo Detentor, desde que não fique configurado abuso do poder econômico, maior a possibilidade de ser reduzida a tarifa de energia elétrica ou de telecomunicações, conforme o caso, para o usuário final.

Finalmente, cumpre assinalar, ainda, a obrigação contida no art. 20, inciso XI, da Resolução de se fazer constar dos contratos de compartilhamento o foro e o modo para a solução extrajudicial de eventuais divergências contratuais. A toda evidência este dispositivo traz às Agências a condução da resolução administrativa de conflitos decorrentes da aplicação e ou da interpretação do próprio Regulamento Conjunto, de acordo com os critérios fixados na Resolução Conjunta nº 002/2001, de 27 de março de 2001, que aprovou o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.