

## A INTERCONEXÃO DE REDES E INFRA-ESTRUTURAS DE SERVIÇOS E MONOPÓLIOS PÚBLICOS

1. Compartilhamento de Infra-Estruturas ( Essential Facilities Doctrine);
2. Aspectos Gerais;
3. A aplicação da Teoria das Instalações Essenciais aos Serviços Públicos no Direito Positivo Brasileiro;
4. Natureza Jurídica do Acesso;
5. Conclusão



**Alexandre Santos de Aragão**

*Professor de Pós-Graduação em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ;  
Professor de Pós-Graduação em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF;  
Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes;  
Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.  
e-mail: alexaragao@zipmail.com.br*

“Envisager un marché sans État n’est guère plus réaliste que prôner un État sans marché. Mais entre les deux extrêmes, la marge est d’importance”.

*Frank Moderne (1)*

**Nota:**

(1) MODERNE, Frank. Les Transcriptions Doctrinales de l’ Idée de Service Public, in L’ Idée de Service Public dans le Droit des États de l’ Union Européenne. Paris: Ed. L’ Harmattan, 2001. p. 78.

### 1. COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURAS

O mecanismo de inserção da concorrência nos serviços públicos é, na matéria, o que tem mais suscitado discussões teóricas e empíricas, implicando o deslinde de sérias questões concernentes comumente ao Direito Administrativo e ao Direito Econômico, inclusive de alguns aspectos privatísticos deste, revelando a indispensável aplicação conjunta das duas disciplinas; em segundo lugar.

A concorrência nos serviços públicos faz com que as diversas atividades concernentes a um setor sejam divididas de acordo com a potencialidade de competição, com um regime jurídico diferenciado para cada grupo delas (assimetria regulatória). As mais sujeitas à concorrência ficam sujeitas a um regime mais aberto (relativa liberdade de entrada e de fixação de tarifas, ausência de obrigações de universalidade etc.). As demais, ao revés, permanecem em um regime jurídico tendencialmente monopolista e, por isso (já que o mercado não é suficiente), sob forte regulação estatal.

Os serviços públicos, dada a sua essencial função de instrumento da coesão social, na grande maioria dos casos devem ser organizados em rede(2), já que só fazem sentido se propiciarem a integração da maioria da população. Para isto foram (e são) construídas vultosas infra-estruturas através das quais são prestados (as redes de fios dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, dutos de água e gás, o conjunto dos aeroportos e das rodoviárias, as linhas férreas, o sistema de portos e armazéns portuários, etc. )(3).

**Nota:**

(2) “Há na sociedade d’hoje, como disse um escritor, uma generalizada ‘indigência social’, que é independente da fortuna pessoal. Todos precisam dos serviços de assistência vital e em conseqüência forma-se, nos ambientes urbanos, uma rede de vínculos jurídicos contínuos ou intermitentes entre os que prestam e quantos os recebem ” (GOMES, Orlando. *A Função do Contrato*. In *Novos Temas de Direito Civil* . Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 107. (grifamos)

(3) Jean-Michel Glachant, não sem algum exagero, dá tamanha importância às redes de infra-estrutura que define o serviço público como uma das possíveis formas de sua gestão (GLACHANT, Jean-Michel. *Repères pour l’Analyse Économique du Service Public Européen*. In *Europe, Concurrence et Service Public* . Paris: Ed. Masson/Armand Colin, 1995. p. 79).

Os serviços públicos em si não se confundem nem devem ser confundidos, como visto, com as infra-estruturas através das quais são veiculados. Esta diferenciação, somada à decisão política de inserir a competição no maior número de atividades possível e à natureza de monopólio natural da maioria das infra-estruturas, fez com que a concorrência fosse potencializada geralmente apenas na prestação dos serviços, sendo a sua aplicação na gestão das infra-estruturas bem mais modesta (4).

**Nota:**

(4)“Na maioria dos casos as infra-estruturas de redes são monopólios naturais, já que ‘não é concebível em termos racionais nem econômicos a sua duplicação ou multiplicação’, sendo imprescindível, para abrir o mercado aos novos operadores, facilitar seu acesso às redes já estabelecidas”. (GÓMEZ, Ramón Terol. *El Control Público de las telecomunicaciones: autoridades reguladoras*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000. p. 129).

Percebeu-se, então, que a natureza reticular dos serviços públicos não impedia que viessem a ser prestados, pelo menos parcialmente, em regime de concorrência. Muito pelo contrário, estas novas infra-estruturas, já amortizadas e tecnologicamente mais avançadas, demonstravam inexistir razões para que as restrições à concorrência na sua gestão fossem estendidas à prestação dos serviços prestados através delas.

Se a restrição ou mesmo a ausência de concorrência na gestão das infra-estruturas é compreensível em razão do alto custo da sua gestão, aperfeiçoamento e ampliação, assim como da impossibilidade ou irracionalidade técnica, urbanística e econômica da sua duplicação(5), a mesma *ratio* não se aplica à prestação dos serviços públicos, salvo, naturalmente, naqueles sujeitos a obrigações de universalidade, em que a necessidade de prestações deficitárias pode justificar restrições à concorrência para que o serviço seja como um todo viabilizado.

**Nota:**

(5) IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *Los Mercados de Interés General; Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes*. Granada: Ed. Comares, 2001. p. 180-181.

Sem a obrigação do titular da gestão da rede permitir o acesso dos terceiros prestadores de serviços ( Third Party Access )(6), restaria totalmente frustrada a tentativa de implantar a concorrência nestas atividades potencialmente competitivas do setor: teríamos diversas empresas juridicamente aptas a prestar o serviço, mas faticamente impossibilitadas por não terem acesso às infra-estruturas, que constituem pressuposto essencial para a prestação do serviço(7) —“ **o acesso à rede é o acesso ao mercado** ”(8) A situação seria ainda mais grave quando a gestora da rede permitisse o acesso apenas para a prestação dos seus próprios serviços ou de empresas integrantes do mesmo grupo econômico e a vedasse ou dificultasse aos demais.

**Nota:**

(6) À doutrina jurídica das *essential facilities* corresponde a doutrina econômica do *Third Party Access* (cf. ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*. Granada: Ed. Comares, 2001. p. 22).

(7) Apenas as regras de abertura de mercado, com a derrubada de barreiras jurídicas à entrada, não são suficientes se não for assegurado o acesso à rede (cf. CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*. Paris: Ed. Economica, 2002. p. 553).

(8) ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*. Granada: Ed. Comares, 2001. p. 205. (grifos nossos)

Estamos, de fato, diante de um caso em que a intervenção estatal, longe de coarctar o mercado, é pressuposto da sua criação, ou seja, em que, confirmando a relação dialética existente entre direito e economia, insuscetível de maniqueísmos e generalizações(9), o mercado é possibilitado e mantido pelo Estado. Quem cria o mercado continua sendo, naturalmente, a iniciativa privada, que só pode fazê-lo, contudo, em razão das regras de acesso à rede impostas pelo Estado.

**Nota:**

(9) “A condição pós-moderna rechaça com toda energia os ‘grandes relatos’, ou seja, neste contexto as explicações globais dos fenômenos que unilateralmente, e de uma vez para sempre, querem aclarar todas as situações. Globalidade e unilateralidade que excluem explicações distintas” (NIETO, Alejandro. Prefácio à obra de Concepción Martínez Carrasco Pignatelli, *Postmodernidad y Derecho Público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 22).

Como expõe RAMÓN TEROL GÓMEZ, se a conexão não fosse exigível “se cairia na insustentável situação em que os usuários dos distintos operadores não poderiam comunicar-se entre si — escolhendo sem pestanejar os serviços do antigo monopolista —, ou os novos operadores se veriam obrigados a ter as suas próprias redes, o que envolveria gastos e investimentos iniciais totalmente impossíveis de serem assumidos”(10)

**Nota:**

(10) GÓMEZ, Ramón Terol. *El Control Público de las Telecomunicaciones: autoridades reguladoras*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 128-129. O autor explica que, em sentido tecnicamente preciso, o “acesso” é o gênero e a “interconexão” espécie. Aquele abrangeria também o direito dos consumidores individuais acederem à rede, para se comunicarem entre si ou obter os serviços dos outros operadores, ao passo que esta diria respeito apenas ao direito dos operadores, por sua vez titulares de outras redes, ainda que acessórias, mais novas e menores, se interconectarem. A interconexão em sentido estrito leva, portanto, a cresceríamos, à formação de uma rede de redes, dotada de interconectividade e interoperabilidade. Alguns autores descem a sutílizes técnicas para distinguir o compartilhamento de infra-estruturas da interconexão de redes, o que, para os fins deste estudo, não chega a ser relevante. Esta é definida pelo Parágrafo único da LGT da seguinte forma: “*Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis*”. Neste sentido, comentando o dispositivo legal, Gabriel Boavista Laender, afirma que “dessa definição avulta, desde o princípio, uma característica fundamental: a interconexão visa interligar duas ou mais redes. A interconexão se caracteriza, portanto, por um propósito, não pelos meios utilizados para alcançá-lo. É nesse ponto que se diferencia a interconexão do compartilhamento de meios. Este é meio para aquela, porém não a caracteriza. De fato, para que haja interconexão é necessário que em algum ponto uma rede conecte-se fisicamente a outra, porém, conforme dito anteriormente, sobre uma mesma infra-estrutura pode se estabelecer uma pluralidade de redes sem haja entre elas qualquer forma de interligação funcional, isto é, sem que uma troque informação com a outra. Neste caso,

caracteriza-se o compartilhamento de meios, porém não a interconexão". (LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, *Unbundling* e Compartilhamento de Meios de Redes de Telecomunicação. In: *Revista de Informação Legislativa – RIL*, v. 154, p. 45).

Esta obrigação de compartilhamento das infra-estruturas de serviços públicos provocou uma forte regulação legislativa e infralegislativa da extensão e dos condicionamentos do correspondente direito, regulação esta, predominantemente de Direito Administrativo, derivada da Teoria das Instalações Essenciais ( *Essential Facilities Doctrine* ) concebida pelo Direito Econômico norte-americano.

## 2. A TEORIA DAS INSTALAÇÕES ESSENCIAIS ( *ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE* )(11)

### Nota:

(11)A tradução que efetuamos é a que é mais encontrada nas línguas neolatinas, e, por irrenunciável deferência ao vernáculo, a utilizaremos, sem, no entanto, desconhecer que, apesar de as *facilities* em sua origem e ainda hoje majoritariamente dizerem respeito a instalações, podem também abranger bens incorpóreos, como a propriedade intelectual, o que será analisado mais detidamente a seguir. Alguns também traduzem as *essential facilities* por “insumos essenciais”.

Devemos observar preliminarmente que os serviços públicos (originariamente, nos EUA, nas *public utilities* ) são o campo privilegiado de aplicação da Teoria das Instalações Essenciais, que, contudo, a eles não se limita, abrangendo todas atividades em que uma empresa possui um bem sem o qual a competição de terceiros é inviável (ex.: direitos autorais, redes de caixas eletrônicas, estádios(12) etc.)(13).

### Nota:

(12)Apesar deste caso poder parecer um pouco esdrúxulo aos olhos brasileiros, a Teoria já foi bastante aplicada nos EUA em relação a estádios de futebol. Basta lembrarmos que as equipes desportivas nos EUA têm natureza empresarial e que existem poucos estádios públicos. Imaginemos, então a situação em que a única equipe que possuísse estádio em determinada localidade estivesse se recusando a permitir que os demais times da cidade nele jogassem as suas partidas.

(13)Com efeito, como observa CALIXTO SALOMÃO FILHO, “a origem da *essential facility* poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infra-estruturas bastante específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou o mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência referida acima. Sob esta perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma *essential facility* . Imagine-se, por exemplo, matéria-prima cujas únicas fontes estejam todas controladas por um único agente. (...) A própria impossibilidade de duplicação do bem pode não decorrer de circunstâncias econômicas, mas jurídicas (como a proteção conferida a um bem imaterial pela legislação de propriedade intelectual)” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. p. 40-41). Tratando da “tendência expansiva” da Teoria das Instalações Essenciais. ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*. Granada: Ed. Comares, 2001. p. 22.

Por outro lado, sendo a Teoria das Instalações Essenciais uma construção doutrinária e jurisprudencial(14), tem a sua aplicação aos serviços públicos modulada pela regulamentação a eles inerente, não se aplicando a eles de forma absoluta.

**Nota:**

(14)TELESE, Giuseppe. *La Liberalizzazione dei Servizi Pubblici a Rete in Ambito Comunitario e la Disciplina del Diritto di Accesso alle Infrastrutture: Aspetti Generali, in Servizi Pubblici, Concorrenza e Diritti* (org., Laura Ammannati, Maria Agostina Cabiddu e Paolo De Carli). Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 184.

Apesar de os preceitos da Teoria das Instalações Essenciais deverem sempre ser considerados como fontes interpretativas importantes, não podem, obviamente, prevalecer em detrimento de normas reguladoras expressas que, eventualmente, conformem em determinado setor a Teoria de maneira diversa da sua feição original não positivada. Nestes casos, observa SABINO CASSESE, “o legislador prevê uma intervenção regulatória que disciplina *ex ante* as modalidades técnicas e as condições econômicas e contratuais ou impõe a publicização preventiva destas condições, arbitra a negociação entre as partes e dirime as suas controvérsias (15).

**Nota:**

(15)CASSESE, Sabino. *La Nuova Costituzione Economica*. 2. ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2000. p. 91.

Se no direito antitruste em geral não há normas que especifiquem o modo da Teoria das Instalações Essenciais ser aplicada, nas atividades reguladas é comum que isto ocorra, o que, felizmente, não tem sido feito, contudo, de maneira tão antitética como em tese seria possível, até porque, no silêncio da lei setorial, o princípio é o da aplicação das normas gerais de defesa da concorrência ( *arg . ex .* , inclusive, art. 7º da Lei Geral de Telecomunicações – LGT(16)), e, conseqüentemente, dos traços clássicos da Teoria das Instalações Essenciais.

**Nota:**

(16)LGT, Art. 7º *As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.*

Expondo a prevalência da legislação setorial em caso de conflito com a disciplina geral, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. observa, tratando especificamente da disciplina das telecomunicações, que esta “se reporta antes a condições especiais de acesso ao mercado por parte das prestadoras de serviço de telecomunicações, submetidas a processo licitatório e remuneradas por meio de tarifas. Não se reportam, pois, a isenções, mas a aplicações que exigem cuidado mais apropriado às especificidades do mercado” (17).

**Nota:**

(17)FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei Geral de Telecomunicações e a Regulação dos Mercados, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* , v. XI – Direito da Regulação ( coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002. p. 257. Prossegue o autor afirmando que “as limitações impostas pela exigência de licitação, por exemplo, se, de um lado, garantem às prestadoras de serviço, no seu mercado relevante, a competitividade no acesso e no exercício da atividade, acabam, contudo, por conferir-lhes, de outro, privilégios próprios de ostensiva posição dominante no que se refere aos seus mercados adjacentes (seus fornecedores, fornecedores que dependem de insumos por elas detidos). Entende-se, por conseguinte, a pontual preocupação do legislador em caracterizar como infração à ordem econômica a adoção, por parte das prestadoras, de ‘ *práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa* ’ de modo muito específico quando aquelas venham a celebrar ‘ *contratos de fornecimento de bens e serviços* ’ (art. 7º par. 3º da LGT)” (p. 258 – grifos no original).

A importância do estudo da Teoria das Instalações Essenciais para os serviços públicos é, portanto, imensa, e isto por três razões: 1º) Geralmente as normas reguladoras setoriais acompanham as diretrizes básicas da Teoria; 2º) No silêncio da norma regulamentadora do serviço, são os parâmetros da Teoria das Instalações Essenciais que são aplicados; e 3º) Em caso de lacuna, contradição ou nebulosidade da regulamentação, a Teoria das Instalações Essenciais será um importante elemento integrador e interpretativo(18).

**Nota:**

(18)Para uma análise mais específica das origens da Teoria das Instalações Essenciais e dos seus requisitos, pedimos vênia para remeter o leitor ao nosso *Serviços Públicos e Concorrência*, Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 233.

### 3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS INSTALAÇÕES ESSENCIAIS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Vistas as bases da Teoria das Instalações Essenciais, passamos a analisar as suas especificidades nos serviços públicos de acordo com o Direito Positivo Brasileiro.

É justamente no âmbito dos serviços públicos que a Teoria das Instalações Essenciais encontra hoje no Brasil o seu campo de aplicação por excelência. Isto se deve ao fato de que a inserção da concorrência nesta seara se deu, como não poderia deixar de ser, apenas parcialmente. Em regra, as infra-estruturas (instalações essenciais no mercado a montante) permaneceram com apenas um gestor, ao passo que a prestação dos respectivos serviços (mercado a jusante) foi aberta a uma pluralidade de agentes. Sendo assim, os prestadores dos serviços só podem efetivamente atuar nos seus respectivos mercados se tiverem acesso às infra-estruturas.

É com este objetivo que, além da aplicação genérica da Teoria das Instalações Essenciais, as leis setoriais contém uma série de normas que regulam este acesso(19), estabelecendo parâmetros para a fixação do preço do compartilhamento das redes, instituindo mecanismos de composição de conflitos e determinando padrões de qualidade dos serviços e do próprio compartilhamento a ser oferecido aos entrantes(20).

**Nota:**

(19)“A existência deste dever (de compartilhamento) não é uma conclusão decorrente apenas das normas gerais de direito concorrencial. Observa-se mesmo uma crescente positivação de normas setoriais específicas, que procuram disciplinar expressamente o problema trazido pela existência de *essential facility*” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 50).

(20)CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, p. 495.

Na maioria das vezes estes dispositivos são consentâneos com os requisitos da Teoria das Instalações Essenciais acima estudados. Todavia, em alguns aspectos podem com eles conflitar, pelo menos com os seus contornos mais clássicos, o que vem gerando algumas perplexidades na doutrina.

Estas perplexidades, contudo, não se justificam, uma vez que não há qualquer norma superior que imponha ao Legislador ou às entidades reguladoras o atendimento *tout court* da Teoria das Instalações Essenciais tal como elaborada pela jurisprudência norte-americana.

Devemos considerar que nos serviços públicos a atuação estatal vai muito além da simples proteção da concorrência, ainda que esta seja compreendida como concorrência-instrumento. O Estado tem, nestes setores, objetivos de longo prazo de coesão social. E mais, não estamos diante de atividades da livre iniciativa, mas sim de serviços públicos, concebidos pela nossa Constituição como atividades econômicas ( *lato sensu* )da titularidade estatal. Ainda que tenha havido a liberalização de algumas atividades que até há pouco eram consideradas serviços públicos propriamente ditos, esta natureza se manteve em relação à quase totalidade das gestões de redes, exploráveis por particulares apenas mediante concessão ou permissão, não por autorização.

E mais, a Teoria das Instalações Essenciais foi traçada originariamente sob a perspectiva das *public utilities* norte-americanas (atividades privadas de interesse público — atividades econômicas *stricto sensu* ), ou seja, para disciplinar o acesso de competidores ( não-delegatários) a bens privados, o que no Brasil se identificaria apenas com os bens das prestadoras de serviços em regime privado.

A Teoria das Instalações Essenciais não pode ser aplicada sem adaptações a um regime jurídico de Direito

Administrativo, como o brasileiro, em que os bens afetados à prestação de serviços públicos têm uma natureza no mínimo híbrida: são reversíveis, não podem ser alienados ( *ex vi* , por exemplo, art. 101 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT), são impenhoráveis e imprescritíveis, os delegatários apenas exercem a sua gestão para os fins públicos previstos no marco regulatório (21)etc.(22)

**Nota:**

(21)“Quando as empresas sob controle estatal foram privatizadas, os direitos relativos às redes de propriedade dessas empresas foram cedidos aos novos controladores (com efeito, estes não as podem alienar, não tem o domínio pleno sobre os bens dessas empresas, restrição que a Lei impõe; não restrição quanto ao uso, submetido apenas à forma da Lei). Note-se que estamos nos referindo à rede de telefonia fixa, um serviço prestado em nome da União, e como bem observou o Dr. Tito, por essa razão tem a sua prestação sujeita ao cumprimento de obrigações de qualidade e universalização, pois este serviço destina-se a um grande contingente de usuários, inclusive os de menor renda”. (DUTRA, Pedro. Degravação da palestra proferida no Seminário Internacional Regulação e Defesa da Concorrência dias 25 e 26 de outubro de 2001, acessada no *site* do IPEA em 14.04.2003).

(22)Afirmando o “caráter público” das redes de telecomunicação, LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, *Unbundling* e Compartilhamento de Meios de Redes de Telecomunicação. In: *Revista de Informação Legislativa – RIL* , v. 154, p. 43. Já para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Isso significa que os bens que compõem essa infra-estrutura passa a sujeitar-se a regime jurídico especial de Direito Público, à semelhança do que acontece com outros bens, como aqueles que são sujeitos a regras de proteção pelo Código Florestal ou pelas leis que disciplinam o tombamento. Tais bens continuam no domínio privado de seus proprietários. Contudo, cumprem uma função social, na medida em que seu titular sofre restrições de uso e gozo em benefício do interesse público. E essa função social decorre não só da vinculação do bem ao serviço público ou de interesse público a que está afetado, mas também de sua afetação a outro fim público, que é o de servir ao uso compartilhado”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública* , 4. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 372-373, grifos da autora). Há ainda a postura, principalmente entre economistas, de buscar tornar a questão irrelevante. Para Mário Possas, por exemplo, professor Titular do Instituto de Economia da UFRJ, “a forma legal da titularidade do direito aí é relativamente secundária, o importante é ela ter o controle sobre os meios de acesso a essa instalação”. (POSSAS, Mário. Degravação da palestra proferida no Seminário Internacional Regulação e Defesa da Concorrência dias 25 e 26 de outubro de 2001 - Mário Possas, Professor Titular IE/UFRJ [*data: 15.11.2002 15:11*] , acessada no *site* do IPEA em 09.04.2003). Note-se, contudo que a própria “teoria econômica classifica os bens em bens coletivos e bens exclusivos, classificação baseada no critério de utilidade. Especificamente, tais bens distinguem-se conforme o âmbito da necessidade que é satisfeita: assim, distinguem-se os bens conforme sejam aptos a satisfazer, a cada tempo, a necessidade de uma única pessoa, ou a necessidade de uma generalidade de indivíduos, caso este último em que um mesmo bem – bem coletivo, diz-se – pode ser simultaneamente utilizado por várias pessoas”. ( NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas* . Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 390).

A natureza jurídica dos bens afetados a serviços públicos delegados à iniciativa privada é um dos temas do Direito brasileiro que mais está à espera de um autor, que não somos nós, pelo menos no escopo deste estudo. Podemos, no entanto, denotar que, tanto as concepções mais publicistas, que procuram subsumi-los acriticamente à categoria tradicional dos bens públicos, como as mais privatistas, que buscam enquadrá-los no regime da propriedade privada civilista, são insatisfatórias por tentarem simplificar o que é complexo e forçar a manutenção da classificação dominial já consolidada.

Na verdade, estes bens, quer tenham sido aportados pelo Estado quando da delegação, quer tenham sido adquiridos pelo delegatário no curso da concessão (estando, portanto, civilisticamente registrados em seu nome), são bens *sui generis* ( 23). Poder-se-ia dizer que, **durante a concessão, são propriedade privada sujeita a uma série de ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação pré-determinada — note-se: nenhum desses ônus reais são inscritos no Registro Geral de Imóveis – RGI) e à condição resolutiva do fim da delegação. Seriam, talvez, uma nova espécie de nua-propriedade( 24) .**

**Nota:**

(23)Na doutrina estrangeira alguns autores explicam estes casos através da

diferenciação entre propriedade pública – o bem de propriedade do Estado — e dominialidade pública — afetação ao interesse público, independentemente de ser propriedade pública ou privada, “o que acarreta, neste caso, a aplicação de um regime jurídico mais ou menos exorbitante do direito comum”. (CORNU, M. *Vocabulaire Juridique*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires Françaises – Presses Universitaires de France –PUF, 1992. p. 832). Tratando da matéria inteiramente sob este foco, a excelente obra de MOYSAN, Hervé. *Le Droit de Propriété des Personnes Publiques*. Paris: Ed. L.G.D.J, 2001.

(24)A doutrina espanhola especula em sentido semelhante: “A propriedade se afeta ao uso por terceiros que têm direito a dele se valer. De maneira que se separa propriedade e uso, e aparece um novo tipo de propriedade vinculada por seu destino, por seu uso, e não por sua titularidade. É uma espécie de hipoteca tácita legal que em algumas situações chega a implicar na separação entre propriedade e gestão”, tratando-se de um “regime jurídico atípico de uma propriedade aberta ao uso de todos” (ORTIZ, Garpar Ariño e GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*. Granada: Ed. Comares, 2001. p. 29-30). No mesmo sentido, propugnando por uma superação da noção de direito de propriedade como a reunião dos atributos de uso, fruição e disposição, a ser substituída por uma noção de propriedade instrumentalizada por seus fins, ORTIZ, Gaspar Ariño. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 31.

Assim, seria conveniente que a legislação ou os contratos de delegação previssem a inscrição desta circunstância nos registros públicos competentes, evitando que terceiros de boa-fé sejam lesados. Imagine-se, por exemplo, um credor que aceitasse a hipoteca de um imóvel de uma concessionária, que no RGI não estivesse sujeito a qualquer restrição, mas que, segundo a nossa tranqüila jurisprudência, não pudesse ser executado por estar afetado ao serviço público.

O Estado, ao aplicar a Teoria das Instalações Essenciais aos bens afetados a serviços públicos, não está simplesmente determinando o acesso a bens privados, mas sim regulando a gestão de bens (“quase-públicos”)(25) por delegatários privados.

**Nota:**

(25)Pedimos vênia para a utilização, sempre imprópria, do termo “quase”, terminologia, contudo, apropriada para casos extremos, em que a doutrina ainda não consolidou uma nova nomenclatura para fenômenos em relação aos quais a terminologia usual se encontra evidentemente ultrapassada. Por este motivo é que a doutrina historicamente já lançou mão de expressões como “quase-contratos”, “quase-legislativo”, “quase-responsabilidade”, etc.

A Teoria das Instalações Essenciais, oriunda do Direito Econômico, não pode, portanto, ser aplicada aos serviços públicos sem levar em consideração os paradigmas do Direito Administrativo, inclusive do Direito do Domínio Público, e as especificidades fáticas e legislativas de cada um dos seus setores(26).

**Nota:**

(26)Os mesmos desafios foram verificados nos países europeus de regime jurídico administrativo e em processo de desestatização: “o desenvolvimento da doutrina da *essential facility* em âmbito comunitário deve levar em conta que, dada a heterogeneidade dos setores econômicos nos quais se coloca o problema de acesso às redes, é inevitável que na aplicação concreta da doutrina (portanto, do direito de acesso) seja necessário considerar a peculiaridade de cada *public utility* e, sobretudo, o grau de liberalização alcançado naquele determinado mercado e os possíveis desenvolvimentos das tecnologias que permitem a utilização das infra-estruturas”. (TELESE, Giuseppe. *La Liberalizzazione dei Servizi Pubblici a Rete*. in *Ambito Comunitario e la Disciplina del Diritto di Accesso alle Infrastrutture: Aspetti Generali*. In: *Servizi Pubblici, Concorrenza e Diritti* (org., Laura Ammannati, Maria Agostina Cabiddu e Paolo De Carli). Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 188).

Nos parece ser das dificuldades de conciliação destas especificidades com a feição clássica da Teoria das Instalações

Essenciais que advêm algumas controvérsias acerca do compartilhamento recíproco das redes de telecomunicações, energia elétrica e petróleo, nos termos do art. 73 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT(27), das Resoluções Conjuntas ANEEL, ANATEL e ANP nº 01/99 e 02/01, da Resolução ANATEL nº 274/01 e da Resolução ANEEL nº 581/02.

**Nota:**

(27) *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. Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.*

Argumenta-se que tal disciplina foge dos preceitos da Teoria das Instalações Essenciais, que visa a assegurar a concorrência apenas no próprio mercado no qual a instalação essencial está inserida.

Ora, além desta assertiva já não ser mais pacífica sequer na Teoria Geral das Instalações Essenciais(28), pelo menos no seu atual momento expansivo (v. item precedente), estamos tratando de bens reversíveis, de potencial propriedade estatal e atrelados às finalidades públicas de ampliação da concorrência, não apenas nestes três setores (que possuíram tratamento legislativo específico), como em todos os outros titularizados pelo Estado em que ele, através das fontes normativas hierarquicamente adequadas, entender por bem atribuir esta disciplina(29).

**Nota:**

(28) Tratando da questão afirma-se se tratar “de duas vertentes do princípio do obrigatório compartilhamento da infra-estrutura, ou seja, a possibilidade de uso da infra-estrutura dos demais titulares de redes de qualquer espécie para a construção de redes próprias. O primeiro refere-se ao compartilhamento externo (com outros serviços), e o segundo ao compartilhamento interno, como os próprios serviços de telecomunicações”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. p. 66)

(29) “O mesmo conceito (de *essential facilities*) se aplica quando uma empresa de um determinado setor necessita utilizar as instalações de outro. A peculiaridade é que, nesta hipótese, a regulação pode se submeter ao exame de mais de um órgão regulador” (GARCIA, Flávio Amaral. Os Monopólios Naturais e a sua Regulação, in *Direito Empresarial Público* (orgs. Marcos Juruena Villela Souto e Carla C. Marshall). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002. p. 293).

Além desta obrigação intersetorial de compartilhamento de infra-estruturas, temos também uma consolidada disciplina intra-setorial de acesso às redes de telecomunicações(30), de energia(31), e às instalações rodoviárias e portuárias(32).

**Nota:**

(30) LGT – Lei nº 9.472/97: Art. 152. *O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.* Art. 153. *As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação. § 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado. § 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão.* Art. 154. *As redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito.* Art. 155. *Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. Ver também o Regulamento Geral de Interconexão, aprovado pela Resolução ANATEL nº 40/98, e o Regulamento*

de Compartilhamento de Infra-estrutura, aprovado pela Resolução ANATEL nº 274/01.

(31)Lei nº 9.074/95, art. 15; Lei nº 9.427/96, art. 3º; Lei nº 9.648/98, art. 9º; e Decreto nº 2.655/98, art. 7º.

(32)Lei nº 10.233/01, arts. 24, IV, e 27, IV, respectivamente.

Estas normas, como sói acontecer no Direito Administrativo Econômico, são bastante abertas, propiciando um grande poder densificador às respectivas autoridades reguladoras. Mesmo assim, por mais que estas editem normas densificadoras da disciplina legislativa, a obrigação de compartilhamento é pouco afeta a definições abstratas apriorísticas, só podendo ser realmente especificada diante de cada caso concreto(33), o que tem gerado alguns conflitos entre os agentes econômicos interessados diante das decisões adotadas pelas entidades reguladoras.

**Nota:**

(33)No caso das telecomunicações, por exemplo, é o art. 155 da LGT que confere à ANATEL o poder de estabelecer os casos e as condições das obrigações de contratar os compartilhamentos. Comentando este dispositivo, Pedro Dutra analisa: “Esta fixação, porém, à vista dos termos gerais da regra legal – e outra não poderia ser a sua forma – e da inerente complexidade da matéria que faz seu objeto, não poderá ser feita pela Agência sem que os critérios que a explicitem tenham sido previamente disciplinados em norma infra-legal, sob a forma de resolução a ser expedida pelo Conselho Diretor da ANATEL submetida, previamente, à consulta pública. Não bastará, ainda, haver a regra infra-legal expedida pela Agência para esse fim: será necessário que o ato administrativo, a determinar o compartilhamento do uso da rede de telecomunicações, referindo o caso e as condições em que ele terá lugar, explicita as razões de fato e de direito a motivá-lo”. (DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 226, p. 162-163). Apenas não concordamos com o autor quanto à imprescindibilidade de prévia norma infra-legal, uma vez que a Teoria das Instalações Essenciais sempre foi aplicada no Direito Antitruste apenas com base nos termos genéricos da lei, mas é lógico que o ato concreto que determinar o compartilhamento pode e deve ser controlado, não apenas face às bases gerais da Teoria, como às peculiaridades fáticas e jurídicas do setor.

A solução para estes problemas regulatórios não é fácil, e certamente não estará no estabelecimento de regras excessivamente densas que vinculem de forma absoluta a autoridade reguladora nos casos concretos, o que logo as tornaria defasadas ou insuficientes diante da complexidade e dinamismo das relações econômicas. A necessária segurança jurídica dos agentes regulados só será mesmo alcançada com a prática e a maior experiência regulatória, no que as jurisprudências administrativa e judicial terão um papel fundamental(34).

**Nota:**

(34)Podemos fundamentar nosso juízo, com alguns temperamentos, em Eros Roberto Grau: “O juiz, intérprete autêntico, não se limita a confrontar o comportamento das partes com o que o *direito posto* pelo Estado prescreve. É ele, o juiz, quem *produz normas* veiculadas ou pelas disposições contratuais ou pelo texto legal. Por mais que isso revolte a doutrina, o fato é que a segurança e a previsibilidade dos contratos passa, necessariamente, pela interpretação que as cortes dão às avenças. Não é a lei, em última instância, que dá segurança e permite o cálculo e a previsibilidade aos agentes econômicos, mas o Poder Judiciário. Os textos [= as leis] nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem. Por isso **apenas uma Jurisprudência firme pode legar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade de que necessitam**”. (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos ?. In: *Crítica Jurídica*, v. 18, versão *on line*, grifamos).

De toda sorte, na aplicação da Teoria das Instalações Essenciais aos serviços públicos, devemos levar em conta que, ao

contrário do que se dá na sua aplicação às atividades econômicas em geral, não há entre as empresas uma igualdade de regimes jurídicos, mas sim uma assimetria regulatória, oriunda da diversa intensidade com que as atividades desempenhadas pelas empresas são destinadas à satisfação das necessidades de universalidade e continuidade dos serviços públicos.

Sob este foco, os serviços prestados em regime público ( p. ex., nas telecomunicações, a telefonia fixa), que possuem obrigações de continuidade e universalidade, e têm as suas tarifas sujeitas a um controle administrativo estrito, devem ser especialmente preservados, tanto nos termos no acesso de outros serviços às suas redes, como no seu acesso às redes alheias.

Não estamos a dizer que estes serviços, por terem uma maior pertinência com os interesses coletivos de coesão social, devem ficar isentos da obrigação de permitir o acesso às suas redes, ou de que têm um direito irrestrito a acessar as redes dos demais. A finalidade pública que portam deve, contudo, ser um elemento privilegiado de ponderação com os demais interesses em jogo<sup>(35)</sup>.

**Nota:**

(35)Expressamente neste sentido, tratando da telefonia fixa comutada, DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 226, p. 144-156.

Polêmica há quanto à possibilidade de a empresa incumbente suspender o compartilhamento da sua infra-estrutura no caso da entrante descumprir as suas obrigações. CARLOS ARI SUNDFELD entende que, “uma vez ajustadas as condições financeiras, evidentemente cabe ao prestador do serviço de telecomunicações cumprir a obrigação assumida, pagando o preço. O inadimplemento dessa obrigação permite que as empresas de energia detentoras do poste dêem por finda e tomem as providências para a extinção da relação, desonerando-se da obrigação de suportar a permanência da rede dessas prestadoras. O fato de se tratar de rede de serviço público não as impedem de assim proceder, sendo impertinente a invocação do genérico ‘princípio da continuidade do serviço público’ para sustentar a impossibilidade de as empresas de energia romperem a relação. É que, especialmente no regime competitivo a que se submetem as telecomunicações, a ‘continuidade do serviço’ não se confunde com a continuidade das operações de um dado prestador”<sup>(36)</sup>

**Nota:**

(36)SUNDFELD, Carlos Ari. Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infra-estrutura de energia elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2003.

Concordamos em termos gerais com o Ilustre Professor da PUC-SP. Entendemos, todavia, que a suspensão do compartilhamento por inadimplemento só pode ser cogitada, em princípio, quanto aos serviços que realmente forem prestados em regime essencialmente competitivo, não aos serviços públicos propriamente ditos — prestados mediante concessão e permissão, em relação aos quais não há como se ilidir a aplicação do Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos.

E mesmo em relação a ambas as espécies de serviços (em regime público e em regime privado), deve ser observado, por analogia, o art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, de maneira que a empresa incumbente deva “considerar o interesse da coletividade” para aferir a legitimidade da eventual suspensão do compartilhamento.

Também não podemos nos olvidar que o art. 31 da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99 veda que as negociações envolvendo o compartilhamento acarretem a “descontinuidade dos serviços prestados”, e que o art. 5º da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 02/01 determina que “a submissão de quaisquer conflitos às Agências não exime os agentes da obrigação de dar integral cumprimento aos contratos vigentes, nem permite a interrupção de serviços vinculados a concessões, permissões e autorizações outorgadas e expedidas pelo Poder Concedente”.

Com efeito, ainda que o compartilhamento seja um negócio entre empresas, é um negócio legislativamente imposto por razões de interesse público, que não deixam de existir em razão do inadimplemento de uma das empresas. Nestas hipóteses será exigida a pronta atuação da autoridade reguladora, de ofício ou por provocação da empresa incumbente, devendo esta, ainda nos casos em que a suspensão seja em tese admissível, assim proceder antes de qualquer medida mais drástica que acarrete prejuízos ao compartilhamento.

#### 4. NATUREZA JURÍDICA DO ACESSO

A definição da natureza dos institutos jurídicos, longe de ter importância apenas teórica, é fundamental para que dele se extraiam os seus efeitos e a disciplina jurídica básica<sup>(37)</sup>. Não desprezamos que muitas vezes o Direito Positivo contraria a natureza jurídica do instituto jurídico, mas, mesmo nestes casos, é a natureza jurídica que inspira a sua interpretação, e as normas que a contrariem podem ser consideradas excepcionais, suscetíveis de uma interpretação mais restrita.

**Nota:**

(37) Não se trata, todavia, naturalmente, de adoção da vetusta e ultrapassada “jurisprudência dos conceitos” do século XIX, que, de certa forma, reduzia a atividade intelectual do jurista à piramidização, sistematização, associação e diferenciação de conceitos jurídicos. Quanto à jurisprudência dos conceitos, ver, sobretudo, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, trad. José Lamego. 3. ed., 1997. p. 21-44.

As exceções legislativas ao que decorreria da natureza do instituto devem ser, contudo, pontuais, já que se atingirem a sua própria essência, o jurista deverá, sabedor do caráter circular da hermenêutica(38), rever a classificação adotada.

**Nota:**

(38) Trata-se, segundo Karl Larenz, de “tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá que lançar mão, como controlo e auxiliares interpretativos, das mencionadas circunstâncias hermeneuticamente relevantes”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 286).

O jurista tende, em um primeiro momento, a se identificar com os esquemas teóricos com os quais está mais habituado, mas deve, diante da incongruência do seu pensamento com a disciplina legislativa, buscar uma outra natureza jurídica para o instituto, que, inclusive, pode não se enquadrar em nenhum dos arquétipos doutrinários consolidados, não estando o Legislador, obviamente, a eles subordinado, salvo quando impostos pela Constituição.

A natureza jurídica do acesso às infra-estruturas de serviços públicos é matéria ainda pouco tratada no Brasil, exigindo, assim, redobrada cautela do intérprete.

Nos Estados Unidos, país que, pela primazia no trato da matéria, poderia nos trazer alguns subsídios, o pragmatismo próprio da *common law* faz com que estes tipos de questão não sejam muito discutidos, havendo uma referência genérica e lacônica apenas a um “*duty to contract*” (“dever de contratar”). Esta definição é, no entanto, importante, porque o direito deste país não equiparou o direito de acesso ao “*right to pass*”, que seria equivalente à nossa servidão administrativa.

O fato é particularmente importante, já que é justamente pela identificação do compartilhamento das redes de serviços públicos com as servidões administrativas que parte da doutrina administrativista brasileira tem propugnado.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, por exemplo, adota esta posição ao afirmar que “todas as características da servidão administrativa estão presentes: trata-se de direito real de gozo, de natureza pública, a ser exercido sobre bem de natureza alheia (empresa prestadora de serviços de telecomunicações ou outros serviços de interesse público), para fins de utilidade pública, instituído, com base em lei, em benefício da entidade que presta serviço de interesse coletivo por delegação do poder público”(39)

**Nota:**

(39) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. p. 374.

A própria autora reconhece, contudo, que a Lei Geral de Telecomunicações – LGT, contrariando os contornos clássicos das servidões administrativas, além de se referir a um “direito à utilização” (art. 73), exclui a aplicação do processo contencioso de instituição de servidões administrativas (Decreto-lei nº 3.365/41) e prevê prazo para o compartilhamento (Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99, art. 20, XII), com o que a autora redargui, respectivamente, com a referência feita pelo art. 100 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT à instituição de servidões, por uma opção de pouca técnica do Legislador e pela impossibilidade de o fim do prazo, ainda que previsto, extinguir o direito de uso incidente sobre a rede enquanto for necessária para a prestação do serviço entrante(40).

**Nota:**

(40) Idem, p. 376-377.

Embora reconhecendo a plausibilidade da tese, não anuímos com a atribuição da natureza jurídica de servidão administrativa aos compartilhamentos das redes, infra-estruturas e acesso às redes de serviços públicos. Na verdade, a inclusão do instituto no rol das servidões administrativas o tornaria uma servidão administrativa tão *sui generis*, que a inclusão não teria a utilidade que a atividade de conceituação empreendida pelo jurista deve ter, de, na medida do possível, fazer corresponder determinada classificação e/ou terminologia a uma idéia homogênea, clara e precisa. Em outras palavras, de nada adianta denominar os compartilhamentos obrigatórios de infra-estruturas como servidões administrativas, se as suas diferenças em relação às comuns destas são tão grandes que tornaria inócua a sua inclusão classificatória assim procedida.

Vejamos as razões que esteiam a nossa posição:

1. Toda a estrutura dada pelas normas legais e regulamentares ao compartilhamento é contratual. O Título III da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99 é denominado justamente “Do Contrato de Compartilhamento”;
2. A servidão administrativa obriga o particular a permitir ( *pati* ) que o Poder Público transite por sua propriedade ou nela instale uma infra-estrutura ( *e.g.* , obrigação de permitir passagem de fios elétricos), o que é totalmente distinto do que se dá com o compartilhamento, em que o entrante não efetua qualquer obra ou instalação de infra-estrutura, mas apenas usa a já construída do particular ( *incumbente*), esta sim geralmente possibilitada pela pretérita instituição de uma servidão administrativa sobre imóveis de terceiros(41).

**Nota:**

(41) Argumento trazido por Patrícia Sampaio em Seminário realizado sobre o tema em 22 de abril de 2003 na Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

3. Note-se, neste sentido, que a própria legislação do compartilhamento alude às servidões administrativas apenas como objeto do acesso, não como o seu veículo. Assim, expressamente, o art. 7º, I, da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99(42).

**Nota:**

(42) Art. 7º. *As infra-estruturas e os correspondentes itens passíveis de compartilhamento ficam divididos em três classes, da seguinte forma: I - Classe 1 – servidões administrativas; II - Classe 2 – dutos, condutos, postes e torres; e III – Classe 3 – cabos metálicos, coaxiais e fibras ópticas não ativados.*

4. Não se trata de um direito real, já que a empresa entrante só terá o direito de acesso enquanto estiver prestando o serviço e/ou enquanto as necessidades da concorrência e os interesses dos consumidores assim recomendarem. Correspectivamente, se a infra-estrutura em questão vier a ser desafetada do serviço público, extinto estará também o compartilhamento. Não há, portanto, de parte a parte, a “seqüela” e a perpetuidade que, ao menos inicialmente caracteriza os direitos reais: no acesso às redes o princípio é, ao revés, o da temporariedade.

Também não possui a característica de exclusividade dos direitos reais, já que o ideal é justamente que o maior número possível de concorrentes se conecte à rede.

Com efeito, “as servidões, como direitos reais que são, se caracterizam, entre outras coisas, por serem oponíveis *erga omnes*, o que não ocorre no caso, pois a conexão de duas redes entre si não exclui a possibilidade de outras a elas também se conectarem. Antes ao contrário, se estimula uma total interconexão de todas as redes existentes para operar um serviço com o maior âmbito de abrangência possível”(43). E mais, JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA entende que “as servidões pressupõem a alteridade, a existência de um prédio dominado e um prédio (ou serviço – *excursus* nosso) dominante. Ocorre, todavia, que esta relação não se dá em matéria de interconexão de redes, pois todas as redes interconectadas aparecem, em função da utilidade geral ou comum perseguida, sobre o mesmo plano”(44)

**Nota:**

(43) LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999. p. 134.

(44) Cf. LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de*

*Redes de Telecomunicação*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999. p. 134. “O operador que deseja conectar-se com uma rede pertencente a um titular distinto não quer adquirir nenhum direito real sobre a dita rede. A única coisa que pretende é que o titular da rede permita que as chamadas realizadas por seus assinantes cheguem aos seus destinatários” ( ob. cit., p. 138).

5. O compartilhamento não tem a natureza conceitualmente estática e perpétua das servidões administrativas; ao contrário, a legislação determina a previsão de um prazo para a sua extinção e admite a constante modificação dos seus termos mediante livre negociação das partes (Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 01/99, arts. 20, XII, e 21, parágrafo único).

6. Como vimos acima (Item 2), o preço a ser pago pelo compartilhamento não corresponde a uma justa indenização, próprias das servidões administrativas, mas sim a uma “justa remuneração” (art. 25, Regulamento de Compartilhamento de Infra-estrutura da ANATEL), o que pressupõem um valor superior aos meros prejuízos havidos. E mais, a indenização pelas servidões administrativas se dá através de um pagamento único, ao passo que o pagamento pelo acesso às redes se dá mediante prestações pecuniárias contínuas.

7. As servidões administrativas são instituídas mediante a declaração de utilidade pública e o subsequente processo judicial previstos no Decreto-Lei nº 3.365/41, notando-se que, ainda que o particular chegue a um acordo quanto ao valor indenizatório, apenas o processo judicial será evitado, ou seja, a servidão, ainda que instrumentalizada por um contrato, não passa a ter a natureza deste, continuando a ser um ato administrativo ablativo unilateral. Em outras palavras, o acordo com a Administração Pública não retira da gênese da relação o ato coativamente imposto pelo Estado. Tanto é assim, que não perde a sua natureza de aquisição originária de propriedade, não estando, por exemplo sujeita à evicção, ainda que celebrado o acordo(45).

**Nota:**

(45)MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998. p. 509. Igualmente, manifestando posição que é unânime na doutrina, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, observa em relação à desapropriação, mas em lição inteiramente aplicável às servidões administrativas, que “nos parece sumamente impróprio falar em ‘desapropriação amigável’, porque a desapropriação é, sempre, a transferência forçada ou compulsória da propriedade”. (SALLES, José Carlos Moraes. *A Desapropriação à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 192.

8. Alguns autores admitem a instituição de servidões administrativas diretamente pela lei. Mas nem às chamadas servidões legais pode ser equiparado o compartilhamento, já que, naqueles casos, a lei prevê de forma determinada e objetiva, *ipso facto*, as servidões (ex.: as margens dos rios e das rodovias). Ao revés, a obrigação de compartilhamento tem apenas uma previsão legislativa genérica, ficando a sua efetivação a depender de uma série de circunstâncias, notadamente à própria manifestação da vontade das empresas entrantes a obter o acesso (artigos 7º e 19, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP nº 02/01), aos termos acordados ou decididos arbitralmente etc. Seria totalmente contrário à natureza coercitiva das servidões administrativas (principalmente se legais) que a sua instituição ficasse condicionada à vontade do particular entrante.

9. As redes são muito mais do que apenas o seu suporte físico, consistindo, por exemplo, no caso das telecomunicações, no conjunto de dados que podem ser acessados. Não há, assim, nestes casos, uma “passagem” pela infra-estrutura, mas sim a ligação aos seus fluxos virtuais ou imateriais(46).

**Nota:**

(46)“As redes de telecomunicações, contudo, não se confundem com os seus elementos técnicos, tomados de forma isolada. Apenas quando estes elementos se combinam para a transmissão de informações é que resta configurada uma rede. Dessa sorte, distingue-se a rede dos elementos materiais que a compõem, ou seja, da infra-estrutura (postes, fibras óticas, cabos coaxiais, etc.), bem como dos meios imateriais (a chamada inteligência da rede, como os protocolos e programas de computador utilizados no processo de transmissão de informações). A rede é caracterizada, portanto, pelo conjunto determinado por um fluxo de informações sobre meios materiais (infra-estrutura) e meios imateriais (inteligência da rede)”. (LAENDER, Gabriel Boavista. *Interconexão, Unbundling e Compartilhamento de Meios de Redes de Telecomunicação*. In: *Revista de Informação Legislativa – RIL*, v. 154, p. 43-44).

10. Nos casos em que a infra-estrutura for de propriedade do próprio Ente concedente e regulador, continuará, atendidos os requisitos legais e regulamentares, a haver o direito de compartilhamento. Se o acesso fosse propiciado por uma servidão administrativa, teríamos uma esdrúxula instituição de servidão pelo Poder Público sobre bens de sua

própria propriedade, o que não se coadunaria com a exigência de as servidões incidirem sobre bens alheios: *jus in re aliena*( 47).

**Nota:**

(47)SALLES, José Carlos Moraes. *Desapropriação à luz da Doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 647.

O que, de qualquer maneira, é relevante no trato do direito ao compartilhamento é a indiscutível função social dos bens a serem acessados (art. 5º, XXIII, CF )(48). A função social da propriedade pode, todavia, ser instrumentalizada através de diversos mecanismos, sendo a servidão administrativa apenas um deles.

**Nota:**

(48)Não pretendemos aqui entrar na doutrina geral da função social da propriedade, mas para os nossos propósitos específicos, podemos citar SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. p. 60-61, que distingue a função social dos bens de consumo, de produção e de acesso (as infra-estruturas de serviços públicos, que têm a sua função social atendida pela sua eficaz afetação ao serviço e pela disponibilização a terceiros).

Muitas vezes a função social dos bens é concretizada através da restrição à liberdade de contratar (e de não contratar) sobre estes bens. A função social de bens especialmente sensíveis para o interesse público se conecta com a função social dos contratos sobre eles incidentes(49), função social agora expressamente positivada no art. 421 do novo Código Civil(50). A restrição à liberdade contratual pode apenas impor determinadas cláusulas obrigatórias aos contratos, como chegar até mesmo a determinar a própria obrigação de contratar ou de não contratar.

**Nota:**

(49)Assim é que Teresa Negreiros observa que “a caracterização de um bem contratado – como bem essencial útil ou supérfluo – deve, sim, ser considerada um fator determinante da disciplina contratual, influenciando sobre a forma como hão de ser conciliados os novos princípios do contrato, de índole intervencionista, e os princípios clássicos, finalizados à proteção da liberdade contratual”. ( NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 380).

(50)Art. 421. *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. Comentando o dispositivo, a doutrina afirma que “mantém-se válida a lição de que a autonomia privada constitui-se na possibilidade de auto-regulamentação de interesses jurídicos, enquanto espaço livre, destinado aos operadores do Direito. A liberdade jurídica transforma-se em liberdade econômica, alimentando o mercado da livre concorrência. Entende-se, por outro lado, que não pode mais haver tolerância, no sentido de que essa liberdade, atribuída pelo Direito para o autojuízo de interesse privados, se mantenha, como diz Perlingieri, no centro do ordenamento jurídico, sempre em uma perspectiva individualista (dogma da autonomia da vontade). A vontade do sujeito é resguardada pelo ordenamento jurídico, mas em perspectiva coletiva”. (NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2001. p. 171-172). “O fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também o interesse da coletividade. Numa palavra, o contrato passa a ter função social”. (GOMES, Orlando. *A Função do Contrato*. In: *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 109).

O Direito Administrativo não ficou inerte diante da evolução das relações econômicas e contratuais, que fez com que cada vez fosse mais mitigado o Princípio da Relatividade dos contratos, por força do qual a liberdade contratual era justificada porque os contratos só poderiam beneficiar e prejudicar as suas partes(51). Ora, em uma sociedade de consumo de massa e

de interdependência social, o Princípio da Relatividade é, sem querer fazer trocadilhos, bastante relativo(52).

**Nota:**

(51) NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 210-229.

(52)“É absolutamente vão crer, sobretudo em setores regulados, e com especial força naqueles setores em que há uma clara dominação do mercado, que o contrato influencia apenas a relação das partes. Exemplificativamente, um contrato de interconexão firma do entre o detentor de uma rede fixa de telecomunicações e aqueles concorrentes que a ela precisam se interconectar influencia a esfera de milhares de consumidores e outros tantos concorrentes, existentes e potenciais. A regulação deve servir, então, a compatibilizar a negociação privada contratual com seus efeitos públicos”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. p. 69).

Há décadas o Direito Administrativo vem incidindo sobre contratos privados especialmente sensíveis para a coletividade: tabela preços, fixa cláusulas necessárias, veda outras, determina a venda de produtos essenciais, obriga a venda de participações societárias, de marcas, estabelece regulamentos de serviço que se incorporam aos contratos travados entre usuários e concessionárias de serviços públicos, etc.

Ora, todos os fatores da gestão das redes de serviços públicos, atividades essenciais para a coesão social, são importantíssimos para a vida cotidiana dos cidadãos, mas o momento inegavelmente liberalizante em que nos encontramos fez com que a função social destas redes não fosse realizada através da estatização da sua respectiva propriedade ou de alguns dos seus atributos, o que seria implementado mediante, respectivamente, desapropriação ou servidão administrativa. De forma diversa, optou-se legislativamente, principalmente tendo em vista a concorrência que se pretende instaurar nestes setores, por uma intervenção mais branda, que não incide diretamente sobre a propriedade (não se trata de direito real), atingindo, outrossim, a liberdade do proprietário contratar o seu compartilhamento com outros prestadores do serviço, atingindo a propriedade de maneira apenas indireta(53). É por isso que é tecnicamente mais apropriado afirmar que **a obrigatoriedade do compartilhamento decorre da função social do contrato, não (ao menos diretamente) da função social da propriedade.**

**Nota:**

(53)“A existência de bens cuja utilização é condição essencial para prestação de um determinado serviço cria a obrigatoriedade de limitar-se o uso dos referidos bens. Ter acesso necessário a determinados tipos de bens implica limitar o uso do proprietário, que deve compartilhá-lo com os demais (potenciais) concorrentes. Isso significa que o titular da rede deve **obrigatoriamente contratar** com o concorrente. Mais do que isso, esse contrato deve conter cláusulas que permitam o efetivo acesso”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. p. 65, grifamos).

Nossa opinião é, portanto, que o compartilhamento tem **natureza de contrato privado**( 54), mas não, evidentemente, de um contrato privado oitocentista, calcado na liberdade da vontade e no caráter essencialmente privatístico(55). Há uma **limitação administrativa da respectiva liberdade de contratar**: trata-se, se incumbente e entrante chegarem a um acordo, de um **contrato regulamentado** (com cláusulas pré-determinadas coercitivamente) **e autorizado** (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública); tratando-se, caso o contrato seja fixado diretamente pela autoridade reguladora diante do impasse nas negociações das partes, de um **contrato forçado**( 56).

**Nota:**

(54)A Administração Pública controla o seu conteúdo e, na falta de acordo, obriga a sua concretização, mas não é parte, sim uma reguladora, o que pressupõe ser externa à relação contratual propriamente dita (cf., inclusive, LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999. p. 126-127).

(55) “Desde a segunda metade do século passado, o *direito dos contratos* é afetado por imposições da *ordem pública* [ *poder de polícia* ], a defesa dos *bons costumes*, imposições ‘protetivas’ do direito do trabalho, a legislação

antitruste, v.g.]. Essas intervenções prosseguem até a instalação do que se tem referido como a *normatividade do Welfare State*, afetando, marcadamente, a disciplina dos contratos. Os contratos passam a ser apresentados menos como uma livre construção da vontade humana do que como contribuição da atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia definida pelo Estado contemporâneo. A doutrina elabora a noção de *dirigismo contratual*, emerge o instituto dos *contratos coativos*. (...) Penso que as respostas que se possa conferir a essas indagações apontam no sentido de que não há um novo intervencionismo no quadro das atuações estatais sobre os contratos cujo conteúdo é uniformizado por meio de condições gerais. Aqui, mais uma vez, o Estado atua provendo a *circulação mercantil* e a *fluência das relações de intercâmbio*, de modo que dessa atuação não decorre qualquer *mudança qualitativa* a afetar o caráter do intervencionismo. Por isso, podemos dizer que *é necessário modernizar a teoria clássica do contrato – agora no que tange a suas referências aos contratos cujo conteúdo é uniformizado por meio de condições gerais – para que tudo permaneça funcionando regularmente na economia de mercado, a circulação mercantil fluindo regularmente e as relações de intercâmbio sendo praticadas regularmente*. O direito, nisso, continua cumprindo o seu duplo papel: viabilizando [e justificando] as relações que fluem segundo as regras da economia de mercado e instrumentando o exercício, pelo Estado, de políticas públicas voltadas justamente à preservação do mercado. Ao Estado, em sua intervenção nos contratos, permanecem atribuídas as funções de terceiro regulador e de árbitro”. (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos ?. In: *Crítica Jurídica*, v. 18, versão *on line*).

(56) Também neste sentido, além dos atores cujas opiniões serão adiante expostas, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Empresa de Telecomunicações – Passagem da infra-estrutura – Uso do solo urbano. *in Boletim de Direito Administrativo – BDA*, v. 19, p. 109- 125, e HERMES, Georg. Problemi dell’Accesso alla Rete. In: *I Servizi a Rete in Europa – Concorrenza tra gli Operatori e Garanzia dei Cittadini* (org. Erminio Ferrari). Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000. p. 98: “o direito das infra-estruturas lida tipicamente com uma obrigação de concluir um contrato”. TOMÁS VÁSQUEZ LÉPINETTE também caracteriza os contratos de compartilhamento como contratos regulamentados e, em determinadas circunstâncias, como contratos forçados, classificando-o ainda como “contrato bilateral (sem prejuízo de existir uma pluralidade de interconectantes simultâneos ou sucessivos), sinalagmático, porque contém prestações recíprocas, e, finalmente, oneroso”. (LÉPINETTE, Tomás Vásquez. *La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicación*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999. p. 126-130). Posto isto, o autor refuta que estes contratos sejam de criação de um condomínio, de servidão, de sociedade ou de parceria, identificando-os como um contrato (forçado) de fornecimento de capacidade de transmissão (p. 130-142). Ao nosso ver o contrato de interconexão é, por seu peculiar objeto, atípico. Para fundamentar a natureza jurídica do compartilhamento por nós sustentada, também deve ser citado Antônio Chaves, para quem “a situação de monopólio implica um privilégio para a empresa favorecida, ao permitir absorver por inteiro a contratação em um determinado setor industrial (transportes, energia elétrica, determinados fornecimentos, etc.). Este privilégio que limita a liberdade dos particulares é concedido com a dupla compensação em favor dos mesmos: 1. a necessidade de contratar imposta à empresa; 2. Necessidade de submeter a preços e tarifas preestabelecidas. Acrescenta Lehmann que segundo o § 362 do Código Comercial Alemão, o comerciante cuja atividade acarrete o cuidado de negócio de outros, deve responder sem demora as ofertas relativas a esses negócios e que procedam das pessoas com quais se encontre em relação de negócio”. (CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-contratual*. 2. ed. São Paulo: Ed. Lejus, 1997. p. 34-35).

Explicamos mais detidamente. Nossa opinião se fulcra, como não poderia deixar de ser, na disciplina positiva do compartilhamento de infra-estruturas, todo estruturado de maneira contratual – prestações recíprocas interdependentes –, tendo, contudo, muitos dos seus elementos essenciais estabelecidos legislativa e regularmente, sendo inderrogáveis pelo acordo das partes, sendo ainda o contrato sujeito à prévia homologação da autoridade reguladora, o que os caracteriza, neste primeiro momento (em que o acordo das partes ainda não foi descartado) (57), como **contratos regulamentados** (58) e **autorizados** (59).

**Nota:**

(57) Seria também plausível caracterizar o contrato de acesso desde o início como um contrato coativo *tout court*. Entendemos, todavia, que esta não seria a solução tecnicamente mais rigorosa, principalmente considerando as

construções civilistas sobre o instituto, que pressupõem, além da instituição *ex lege* da relação contratual em si, também a pré-determinação de todas as suas cláusulas, o que não ocorrerá se as partes chegarem a um acordo.

(58) “Técnica usual de contenção da liberdade de contratar, consiste na regulamentação do conteúdo do contrato por disposições tão minuciosas que as partes se limitam praticamente a transcrevê-las sob a forma de cláusulas. O contrato é, assim, regulamentado no seu conjunto, tornando-se desnecessárias as negociações preliminares. Quem quer que deseje contratar sabe de antemão que somente poderá fazê-lo nas condições previstas em regulamento a cujas normas também estará adstrita a outra parte. (...) Em certos contratos, não é somente um dos seus elementos característicos que se acha predeterminado, mas todo o seu conteúdo, variando apenas as pessoas que contratam. Forma-se, em conseqüência, uma rede de contratos iguais celebrados por inúmeras pessoas com uma só parte, geralmente quando detém esta o monopólio de virtual ou o privilégio de exploração de certo serviço. Nesses contratos, ocorre dupla adesão, uma vez que as duas partes não têm liberdade de se afastarem do regulamento que condiciona a vontade negociada” (GOMES, Orlando. *Decadência do Voluntarismo Jurídico e Novas Figuras Jurídicas*. In: *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 23-24). Como pode se denotar do texto, a regulamentação do contrato pode ser total ou parcial. No caso dos contratos de compartilhamento de infra-estrutura, em que se procura justamente privilegiar em um primeiro momento a negociação das partes, a regulamentação é, como já mencionado acima, apenas parcial, ou seja, existe uma série de importantes cláusulas (ex.: o próprio preço) – mas não todas – que podem ter o seu conteúdo determinado pelo acordo das partes.

(59) “No contrato autorizado, sua realização fica na dependência da autorização da autoridade administrativa. Em alguns casos aproxima-se essa autorização da homologação porque irrecusável se as partes cumprirem estritamente as exigências legais para a sua realização. No caso afirmativo, torna-se imperiosa a aprovação do contrato que pretendem validar. Não está, portanto, no seu mero arbítrio, concedê-la ou negá-la”. (GOMES, Orlando. *Decadência do Voluntarismo Jurídico e Novas Figuras Jurídicas*. In: *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 22). No caso do compartilhamento de infra-estruturas regido pela Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP n° 01/99, a agência poderá, antes de negar a homologação, determinar alterações dentro de trinta dias na minuta contratual a ela submetida (art. 18).

A disciplina do compartilhamento dá, em observância ao Princípio da Subsidiariedade, primazia à livre negociação das partes (obedecidas, naturalmente, as cláusulas necessárias), inclusive quanto ao preço a ser fixado para o acesso (art. 21, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP n° 01/99). Mas se as partes não chegarem a um acordo, a relação contratual será então, com base na lei, imposta pela Administração Pública, geralmente através da “Comissão de Resolução de Conflitos” da agência reguladora competente ( arts. 10 e 19, Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP n° 02/01), com o que, se chegarmos a este segundo momento, estaremos diante de **contratos coativos** .

Pede-se vênia para citarmos ORLANDO GOMES(60), civilista que, como se sabe, foi com a mesma maestria versado em Direito Econômico, cujas lições são fundamentais para a compreensão da matéria: “O contrato coativo, também denominado contrato ditado, imposto, forçado, constitui negócio jurídico que se realiza sem o pressuposto do livre consentimento das partes. Trata-se, portanto, segundo Hendemann, de uma simples ficção; finge-se que o contrato foi concertado. É como se as partes houvessem dado vida à relação jurídica mediante acordo de vontades espontâneo. Na verdade, porém, são obrigadas a constituí-la, refoge tal figura, por conseguinte, ao conceito de contrato, mas recorre-se a esta ficção porque, à relação imposta as partes, aplicam-se muitas normas do direito das obrigações. Dispensa-se a esta relação jurídica o tratamento dado às relações contratuais, como se proviesse de genuíno contrato. Dentre as regras aplicáveis, indicam-se: *a* – a que consagra o princípio da interdependência das obrigações, facultando a *exceptio non adimpleti contractus* ; *b* – a que fixa o critério a se adotar na ocorrência de risco, *periculum interitus* como no *periculum deteriorationis* ; *c* – a referente à mora e à responsabilidade contratual; *d* – a concernente às conseqüências da resilição. Realizam-se os contratos impostos para que se atinjam objetivos da política econômica do Estado, ou para facilitar a sua ação financeira.

**Nota:**

(60) GOMES, Orlando. *Decadência do Voluntarismo Jurídico e Novas Figuras Jurídicas*. In: *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 17-19. Em outro texto, o insubstituível autor baiano afirma que “a equação entre autonomia privada e a intervenção do Estado, posta principalmente nos países que ainda não organizaram uma sociedade industrial próspera e sólida, revela uma simbiose que leva até ao contrato programado, passando pelo contrato imposto, mas que apenas transfere a

outrem que não as partes o traçado do 'esquema de composição dos interesses fundado no acordo'. Não muda, todavia, a função na perspectiva ideológica, por isso que o esquema é formado pelo Estado com traços tomados do direito privado. (...) Por detrás de uma polêmica verbal antiliberal continuava-se *in concreto* a fazer opções solidárias com as exigências e interesses capitalísticos". (GOMES, Orlando. A Função do Contrato. In: *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 109).

Na categoria não se enquadram, todavia, as relações jurídicas oriundas de ato unilateral do Poder Público. A desapropriação por utilidade pública (e a servidão administrativa, por identidade de razões – *excursus* nosso) não é negócio bilateral, ainda quando o expropriado aceita o valor da indenização que lhe oferece o Estado. Não se lhe aplicam, por conseguinte, nem à requisição, nem à arrematação, as regras do direito contratual. Tais atos jurídicos não são contratos coativos (...)(61).

**Nota:**

(61) "Estranhamente, parte dos nossos juristas reage a essa evolução, mesmo – o que é mais estranho ainda – alguns especialistas do direito público. Recusa a noção de *contrato coativo*, que toma como um *outro instituto*, distinto do instituto do *contrato*. Essa parcela da nossa doutrina assim procede porque (i) continua concebendo a noção de contrato no plano exclusivamente metafísico, abstrato, dissociado da realidade [contrato = *encontro de vontades*], ao mesmo tempo em que (ii) pensa o direito subjetivo como uma faculdade. Estamos não obstante vivendo, na realidade, um momento *qualitativamente* distinto da teoria geral do contrato. Uma das lições maiores no livro de GILMORE encontra-se na citação de CORBIN, para quem os juristas geralmente incidem nos erros de conceber o direito como algo absoluto e eterno, de imaginar que as fórmulas doutrinárias possam ser usadas mecanicamente e de que sejam definições corretas e imutáveis; o professor, o advogado e o juiz, afirma, precisam libertar-se da *ilusão da certeza*. Ou, como disse eu acima, aceitar a superação e o amálgama dos extratos da evolução jurídica". (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos ?. In: *Crítica Jurídica*, v. 18, versão *on line*).

A análise jurídica dessa figura geralmente é prejudicada pelas vacilações reinantes quanto à sua conceituação. Verdaderamente, há contrato coativo quando alguém, contra a vontade, é compelido a participar de relação jurídica normalmente oriunda de um acordo de vontades, e quando se envolve numa relação contratual sem ter emitido declaração de vontade (...). As partes não querem o contrato, insurgem-se contra seu resultado, mas se vêem implicados irresistivelmente numa relação idêntica à que resultaria de contrato que livremente houvessem concluído. (...) No contrato imposto, a pessoa se vê implicada numa relação, mas, em verdade, de tipo autoritário, na qual inexistente a vontade negociada".

CALIXTO SALOMÃO FILHO afirma que a obrigação de compartilhamento é um caso de dirigismo contratual da ordem pública de direção, "formado por aqueles objetivos necessários da ordem concorrencial (exemplo: concorrência, justiça social etc.) que devem encontrar respaldo também nos contratos. Essa forma de intervenção permite, não apenas a predeterminação de certo conteúdo básico do contrato, como também a própria imposição da contratação. É nesse grupo que se incluem as disposições regulatórias"(62)

**Nota:**

(62) SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. p. 67.

É interessante, a respeito dos contratos forçados, trazer os exemplos arrolados por PAULO NALIN, através dos quais podemos constatar que o instituto – simultaneamente de Direito Administrativo e de Direito Civil – é mais comum do que se pode imaginar, deparando-nos no nosso dia-a-dia com inúmeros contratos forçados: "Em se tratando do aspecto positivo do controle da autonomia privada, tem-se a figura dos contratos obrigatórios, existentes por expressa determinação legal (no Brasil, *v.g.*, o seguro obrigatório para automóveis), seja pela condição monopolista ou oligopolista de mercado, de ente público, privado (caso das concessões e/ou permissões e, adendo nosso, da gestão de infra-estruturas de serviços públicos), ou por ser de natureza mista (*v.g.*, portos nacionais). É questão expressa que o concessionário do transporte público não pode se negar a transportar; que o fornecedor de energia não pode se negar a fornecê-la; que o distribuidor de combustível não pode se negar a entregar o produto quando solicitado pelo posto revendedor; que o fornecedor de crédito não pode negar-se a fornecê-lo; que a escola não pode se negar a matricular o candidato. A situação da necessária contratação torna-se mais clara à proporção em que o ente privado ou misto ocupa o espaço reservado, originalmente, só ao Estado (caso típico, observamos, das redes de serviços públicos). No caso dos monopólios ou oligopólios, considera-se evidente a

inexistência de opção de se contratar ou não, sob pena de se ficar sem bens essenciais à vida (inclusive, acresceríamos, aqueles essenciais para a concorrência)” (63)

**Nota:**

(63) NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2001. p. 168, os excursus contidos em parêntese são nossos.

## 5. CONCLUSÃO

Esperamos, com o presente estudo, ter contribuído para a elaboração teórica e prática dos novos lindes dos serviços públicos no Brasil, em que titularidade e regulação estatal, de um lado, e livre iniciativa e concorrência, de outro, devem se somar e se combinar para a realização do objetivo maior de coesão social (art. 3º, CF) e para a contínua e progressiva implementação do valor fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF).