

ASPECTOS ATUAIS DA INTERCONEXÃO E DO COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA EM FACE DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

CURRENT ISSUES OF INTERCONNECTION AND INFRASTRUCTURE SHARING EXPERTISE IN THE FACE OF THE PUBLIC IN THE TELECOMMUNICATIONS SECTOR

Luciana Laurindo Bergo¹

Resumo: A partir da análise do atual marco regulatório que se delineia para as telecomunicações no Brasil, principalmente com a criação do órgão regulador para o setor, o presente estudo visa analisar, a partir conceitos consolidados do Direito Econômico e do Direito Administrativo, o impacto da evolução tecnológica no setor de telecomunicações. Com o advento da Constituição da República de 1988 e da Lei Geral das Telecomunicações, considerada marco regulatório do setor, verifica-se a diminuição da intervenção direta do Estado na economia, principalmente em razão dos progressos tecnológicos, que impulsionaram a inserção da competição no setor de telecomunicações. A grande conquista tecnológica para o setor foi o mecanismo de interconexão, que somado ao compartilhamento de infraestrutura, propiciaram uma complexa rede regulatória, que precisa ser readequada a essa nova realidade, considerando não só aspectos legais, como também políticos e econômicos.

Palavras-chaves: Compartilhamento de redes. Interconexão. Concorrência. Regulação.

Abstract: From the analysis of the current regulatory framework is outlined for telecommunications in Brazil with the establishment of the regulatory body for the sector, this study aims to examine, from consolidated concepts of Economic Law and Administrative Law, the impact of developments technology in the telecommunications industry. With the advent of the Constitution of 1988 and the Telecommunications Act, considered regulatory framework of the sector, there is a reduction of direct state intervention in the economy, mainly because of technological advances have spurred the inclusion of competition in the sector telecommunications. The great technological achievement for the sector was the mechanism of interconnection, which added to infrastructure sharing, provided a complex regulatory network that needs to be readequada to this new reality, considering not only legal but also political and economic aspects.

Keywords: Network sharing. Interconnection. Competition. Regulation.

Introdução

As relações entre o Estado brasileiro e a economia assumiram uma nova configuração com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, como todas as

¹Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus Franca. Professora de Direito da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal, Estado de São Paulo. E-mail: lubergo@yahoo.com.br.

Cartas Republicanas, o texto constitucional brasileiro, ao mesmo tempo em que assegurou aos agentes econômicos privados o direito a livre iniciativa e garantia da concorrência nos respectivos setores, reservou ao Estado a competência para intervir na economia.

A outorga da exploração de serviços públicos à iniciativa privada, a venda de empresas estatais, a supressão de monopólios e a evolução tecnológica refletiram diretamente na atuação estatal no domínio econômico. O Estado passou a atuar como agente regulador e fiscalizador, o que provocou uma nova interlocução com a sociedade e uma nova visão do conceito de serviço público.

A delegação da prestação de serviço público à iniciativa privada, mediante outorga de concessão, permissão ou autorização, implicou na mudança de postura do Estado, que, através de agências especializadas, passou a fomentar a concorrência entre os agentes privados prestadores de serviço público e tutelar o consumidor, principalmente na efetivação do direito de escolha.

Para incentivar a concorrência, o Poder Público dispõe de mecanismos como a assimetria regulatória, a desverticalização e desconcentração, o incentivo a competição entre setores distintos de serviços públicos, interconexão, compartilhamento de infraestrutura, entre outros.

O presente estudo concentrar-se-á no instrumento da interconexão que somado ao compartilhamento de infraestrutura ainda provoca discussões concernentes ao Direito Administrativo e ao Direito Econômico, sendo necessária, para a solução de possíveis conflitos, decisões conjuntas das duas disciplinas.

Além de aspectos regulatórios, as discussões acerca da interconexão e do compartilhamento de infraestrutura abrangem motivações políticas e econômicas. Para exemplificar tal situação, iremos analisar, brevemente, um julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito dos custos da interconexão e o embate entre empresas detentoras de infraestrutura e as prestadoras de serviço. Também será analisada a situação, recente, envolvendo a INFRAERO e as operadoras de telefonia móvel, no que se refere à implantação de tecnologia 4G (quarta geração) nos aeroportos em virtude dos grandes eventos que acontecerão no Brasil.

Mediante a releitura de conceitos básicos, como a intervenção do Estado na economia, a regulação, os serviços públicos, entre outros e tendo em vista os aspectos atuais da concorrência e da tutela do consumidor, faremos uma análise do instituto da interconexão e

do compartilhamento de infraestrutura, a fim de demonstrar a necessidade da reestruturação do marco regulatório.

1. Intervenção do Estado na Economia

A Constituição da República de 1988 traz em seu texto que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou em caso de relevante interesse coletivo (artigo 173, CF), o que demonstra a opção do legislador pelo modelo capitalista misto. Isto é, não há a exclusão total da participação estatal na economia, mas sim, a diminuição do papel do Estado, intervindo de maneira a produzir “resultados microeconômicos diversos daqueles que adviriam caso intervenção não houvesse” (MOREIRA, 2005, p. 4).

Processos de outorgas da exploração de serviços e utilidades pública à iniciativa privada, venda de empresas estatais, supressão de monopólios ou exclusividade na exploração de atividades econômicas, extinção do regime público de exploração de algumas atividades são processos de redução ou mesmo de erradicação do envolvimento direto do Estado na ordem econômica (MARQUES NETO, 2005, p. 3).

Entende-se por intervenção econômica “toda e qualquer conduta estatal (comissiva ou omissa) que vise alterar o comportamento espontâneo dos agentes privados, seja com fins ao prestígio no mercado concorrencial, seja por fins estranhos ao próprio mercado concorrencial” (MOREIRA, 2005, p. 3).

Essa intervenção do Estado na economia pode ocorrer de duas formas: a) a intervenção *stricto sensu* ou b) da regulação. Embora sejam formas diferentes de atuação do Estado na economia, ambas implicam na inserção de um terceiro estranho (Estado) no mercado.

A intervenção *stricto sensu* ou intervenção em sentido estrito dá-se através de uma atuação direta do Estado no espaço econômico reservado aos agentes privados, ou seja, “através de seu poder econômico, o Estado cria e insere no mercado um novel fato econômico, fazendo com que os agentes vejam-se obrigados [...] a adotar as condutas econômicas, que se não existe a intervenção, jamais seriam implementadas” (MOREIRA, 2005, p. 5).

De outro lado, a intervenção do Estado no domínio econômico pode ocorrer por meio da “positivação jurídica de determinados comportamentos permitidos, proibidos ou ordenados” (MOREIRA, 2005, p. 5). Neste caso, o Estado emana normas que norteiam a conduta dos agentes privados, estabelecendo-lhes limites. Trata-se da regulação econômica.

Como não se poderia deixar de serem, ambas as formas derivam de previsões normativas. A diferença está em que na regulação trata-se de atos gerais e abstratos e decisões concretas que inauguram a ordem jurídica infraconstitucional (leis) ou que dão execução a disposições normativas predefinidas (regulamentos). A configuração dessa espécie de intervenção faz com que os agentes alterem a sua conduta empresarial não devido a uma ação econômica concreta, de molde a ajustar o seu comportamento (pena de experimentarem prejuízos). A conformação da conduta dos agentes tem origem numa previsão normativa expressa (MOREIRA, 2.005, p. 6).

Importante anotar que as duas espécies não são excludentes, pois podem conviver em um mesmo ambiente mercadológico. O presente estudo dedica-se a intervenção estatal na economia através da positivação de normas, isto é, da regulação econômica.

1.1Regulação Econômica

O conceito de regulação econômica, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2.005, p.2) transmuta-se por “força das mudanças nos padrões de relacionamento entre o Estado e a sociedade, pela ampliação dos campos de atuação regulatória estatal e mesmo pela introdução de fortes instrumentos de atuação estatal sobre as relações econômicas”, como a inserção da concorrência e a afirmação do direito do consumidor.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto (2.005, p.2) define regulação estatal como a:

Atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. Neste sentido, entendo que o gênero regulação econômica (regulação estatal contraposta à autorregulação interna ao domínio econômico) compreende vários instrumentos e atividades com lastro no texto constitucional como a de fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas.

Nas últimas décadas, com a alteração do papel do Estado, verifica-se uma considerável redução da intervenção direta estatal no domínio econômico e que, conseqüentemente, foi acompanhada pelo crescimento da regulação estatal, especialmente em setores como saúde suplementar, transportes, telecomunicações, entre outros.

Assim, “a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades e trespasses de sua exploração a particulares (mediante o recurso a parcerias, abertura à competição ou a outorga de concessões e permissões), antes de implicar na retirada da esfera pública desta área de atividade importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública” (MARQUES NETO, 2.011, p. 4).

O novo papel do Estado, enquanto agente regulador implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para a livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro das relações econômicas e sociais (MARQUES NETO, 2011, p. 4).

As causas da mudança da atuação do papel do Estado na economia transcendem o aspecto ideológico. A falta de capacidade de investimentos estatais em tecnologia e a atuação da sociedade assumindo um papel ativo e organizado impulsionaram essa transformação. Nesse contexto, podemos entender a atividade regulatória realizada pelo Estado como uma mediação ativa de interesses: dos atores sociais (consumidores), dos agentes econômicos (questões de compartilhamento de infraestrutura e interconexão) e o próprio interesse estatal.

O fato é que as mudanças na ordem econômica e no modelo de atuação do Estado implicam em significativas mudanças na prestação das atividades titularizadas pelo Estado, conhecidas como serviços públicos.

1.2. Transformações no conceito de serviços públicos

O texto constitucional não traz o conceito de serviço público, “mas elencou, individualmente, aquelas atividades que reputavam ser de interesse coletivo, mas chamou-as para si o seu exercício (direto ou indireto) e o poder de regulamentação” (OLIVEIRA, 1996, p.42).

Com reorganização do papel do Estado, verifica-se uma forte redução na intervenção direta no domínio econômico, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988, que restringe a atuação direta estatal na economia, quando necessária aos imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo (artigo 173, CF), permitindo a atuação de agentes privados na prestação de serviços públicos, mediante concessão, permissão ou autorização.

A prestação de serviço público, que antes era reservada ao Estado, passou a ser outorgada à iniciativa privada mediante outorga de concessão ou permissão, o que corresponde ao processo de retirada do Estado da intervenção direta no domínio econômico.

Ademais, no início da década de noventa, com a abertura dos mercados e com a necessidade de inserção da competição como fundamento da tutela do consumidor pelo Estado, adicionado ao avanço tecnológico, esvaziaram-se os argumentos que sustentavam a necessidade de exploração monopolista dos serviços públicos pelo Estado.

Com o processo de transferência da exploração de serviços públicos para a iniciativa privada, opera-se novamente a separação entre o operador (agora um ente privado não sujeito ao controle estatal) e o regulador (já que a atividade regulatória remanesce em mãos do Estado, que a exerce então na forma indireta). [...] Vem daí a necessidade de forte regulação sobre a atuação do explorador privado em regime público, com vistas à i) assegurar o cumprimento dos pressupostos da outorga; ii) garantir a perenidade e universalidade da prestação; e iii) assegurar a preservação dos bens vinculados à atividade (MARQUES NETO, 2.005, p. 8).

Verifica-se que a delegação de exploração de serviços públicos aos particulares demonstra uma significativa mudança na noção de serviço público, que durante muito tempo correspondeu à ideia de exploração exclusiva pelo Estado². Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello (2.013, p.687), define serviço público³ como:

Toda atividade de oferecimento de utilidades ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por que lhe faça às vezes, sob um regime de direito público [...] instituído a favor dos interesses definidos como públicos pelo sistema normativo.

Cabe destacar que a principal transformação no cenário de prestação do serviço público foi à introdução da competição⁴, isto é, a prestação por mais de uma empresa, com maior liberdade na entrada no mercado⁵. No entanto, falar em concorrência não implica em um ambiente econômico completamente livre de quaisquer restrições estatais. Pelo contrário, a “desregulação e a introdução da concorrência só se viabilizam, paradoxalmente, com o desenvolvimento de uma regulação voltada de modo específico à geração de condições concorrenciais onde elas não se verificam” (FARACO, 2.005, p.2).

Diversos são os mecanismos usados pelos entes reguladores com o escopo de buscar o adequado equilíbrio concorrencial e os valores constitucionais. Esses mecanismos conciliatórios da concorrência, a com vistas ao atendimento às necessidades dos serviços

² Aqui podemos falar em monopólio natural do estado, o que segundo o professor José Carlos de Oliveira (1.996, p.33) corresponde “àqueles serviços caracterizados pelo exercício de atividades que afastam a livre concorrência, compreendendo neste elenco, as atribuições que, pela própria natureza, são privativas ou essenciais ao Estado, ou seja, representam um núcleo do serviço que o poder político reconhece como privativo do Estado e não cogita, nem mesmo insinua possibilidade de atuação privada da gestão”.

³ O conceito de serviço público norteia-se pelos princípios intrínsecos a prestação de serviço pelo Estado: de ampliação e generalização dos que tem acesso ao serviço (universalização); de manutenção da perenidade da oferta do serviço (continuidade); de igualdade no fornecimento do serviço aos usuários (uniformidade); de generalidade da prestação a todos os cidadãos; e de obrigatoriedade (exigibilidade na prestação do serviço).

⁴ “Em nosso Direito Positivo, um dos primeiros dispositivos a consagrar essa visão foi o artigo 16 da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº. 8.987/95), por força do qual a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviolabilidade técnica ou econômica justificada” (ARAGÃO, 2.013, p. 392).

⁵ Foram positivadas em alguns setores, destacadamente no de telecomunicações e de energia, medidas como a maior facilidade para a entrada no mercado; a garantia de acesso à infraestrutura (*essential facilities doctrine*); inexistência ou substancial redução de mercados cativos ou exclusivos, relativa liberdade tarifária; liberdade na criação de novos produtos, liberdade para a realização de investimentos etc (ARAGÃO, 2.013, p. 393).

públicos, são intercomunicáveis entre si. No entanto, o presente estudo analisará apenas dois destes instrumentos de inserção da concorrência no serviço público: o compartilhamento de infraestrutura e a interconexão, especificamente no setor de telecomunicações.

2. Setor de telecomunicações

O setor de telecomunicações foi (e ainda é), um bom exemplo dos efeitos da evolução tecnológica sobre as instituições e concepções políticas, econômicas e jurídicas referentes ao setor.

A edição da Emenda Constitucional nº 8/95⁶, que alterou o artigo 21, XI, da Constituição Federal⁷, promoveu a flexibilização do setor de telecomunicações, eliminando a exclusividade da concessão para a exploração de serviços públicos as empresas sob controle acionário estatal e buscando introduzir o regime de competição na prestação desses serviços, visando, em última análise, ao benefício do usuário e ao aumento da produtividade da economia (ANATEL, 2.013).

Neste contexto de reformulação das telecomunicações foi editada a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº. 9.472/97 que se tornou um novo marco legal para o setor. Esta Lei teve por finalidade de reestruturar o setor de telecomunicações brasileiro, de forma que a exploração dos serviços mudasse da condição de monopólio para um modelo de plena competição, com foco na universalização dos serviços e na tutela do usuário-consumidor⁸.

Inaugura-se, portanto, um novo modelo institucional para o setor de telecomunicações no Brasil, sustentado pela criação do órgão regulador – Anatel⁹ - e no incentivo do aumento da participação do capital privado nacionais e estrangeiros, com a finalidade de estabelecer um ambiente competitivo favorável ao usuário-consumidor.

A passagem da condição de mercado monopolista para o novo cenário pretendido para as telecomunicações brasileiras tinha como pressuposto, para ser viabilizada, a

⁶ Conforme Alexandre dos Santos Aragão (2.003, p. 51): “Muitas mudanças na prestação e regulação dos serviços públicos tiveram que ser propiciadas mediante a promulgação de emendas à Constituição Econômica, que permitiram a delegação à iniciativa privada em casos em que era vedada (distribuição de gás canalizado, energia elétrica, telecomunicações) [...]”.

⁷ O artigo 21, XXI, CF (texto anterior a emenda constitucional nº 8/95) rever reservava à empresa estatal federal (Telebrás) o monopólio da exploração dos serviços de telecomunicações,

⁸ Em suma, a LGT elevou os usuários na posição de destaque e conferiu-lhes ampla proteção do Poder Público e, ao mesmo tempo, regulou o relacionamento entre os prestadores de serviços de telecomunicações para que pudessem atuar em um ambiente competitivo.

⁹ A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – criada pela Lei nº 9.472/97, órgão descentralizado da Administração Pública, dotado de independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira e funcional, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, tem o necessário desprendimento para conduzir a regulação setorial, tem competência implementar a política nacional de telecomunicações, exercer a função de poder concedente, expedir normas, etc.

existência de um órgão regulador, como já determinava o novo texto da Constituição Federal, cujas missões principais consistiam em promover a competição justa, defender os interesses e os direitos dos consumidores dos serviços e estimular o investimento privado (ANATEL, 2.008).

Porém, o processo de liberalização sofrido nas telecomunicações teve os efeitos desejados, principalmente em razão dos avanços tecnológicos aplicados ao setor. Tais avanços implicaram na possibilidade de existir concorrência na rede, ou seja, através de uma mesma rede podem ser prestados diversos serviços como transporte de dados, de voz ou de imagem.

A grande conquista tecnológica do setor foi o mecanismo de interconexão. Somado à figura do compartilhamento, pelo qual se regula juridicamente a utilização de infraestrutura de setores diferentes; estas ferramentas propiciaram aos serviços de telecomunicações uma complexa estrutura regulatória. Esta modernização realizou o que antes era impensável: a coexistência de várias empresas prestando um mesmo serviço, competindo pela conquista do usuário (RACHED, 2.009, p.134).

2.1 Interconexão

O instituto da interconexão está previsto no artigo 146, parágrafo único, da Lei Geral de Telecomunicações. Vejamos.

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes: [...]

Parágrafo único. 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 (grifo nosso).

A indústria de telecomunicações é estruturada em rede. Cada agente econômico que atua neste mercado necessita de uma rede para funcionar, isto é, uma infraestrutura necessária à prestação dos serviços de telecomunicações. Embora seja possível que cada empresa possua sua própria rede, essa hipótese é irracional, tendo em vista o alto custo que incorreriam às empresas prestadoras de serviços para a duplicação de infraestrutura, o que inviabilizaria a universalização dos serviços de telecomunicações.

A interconexão destina-se a fornecer canais que viabilizem a comunicação à distância entre os usuários. Para que os consumidores possam falar entre si, é preciso que tenha sido implementada uma ligação entre todas as redes existentes.

Assim, através da interconexão é possível ampliar-se a utilidade de uma rede e melhor aproveitar as externalidades positivas características do setor. Isso se aplica tanto em relação a redes relativas a serviços com características diversas (é caso da interconexão entre a rede de telefonia fixa e a de telefonia móvel) como àquelas relativas ao mesmo serviço (FARACO, 2.005, p.3).

Neste contexto de organização do setor de telecomunicações em torno da concorrência, seria incoerente pensar que as operadoras concorrentes utilizassem redes próprias que impossibilitasse a comunicação entre os usuários, de forma que estes ficariam limitados a comunicar-se com os usuários da sua própria rede.

A construção de uma rede com cobertura significativa envolve altos investimentos em custos fixos, colocando como uma relevante barreira à entrada e reduzindo a contestabilidade do respectivo mercado. Essa circunstância, não obstante um quadro legal favorável (refletido na inexistência de barreiras legais à entrada e em regras claras quanto a interconexão) poderia alongar excessivamente o momento da entrada de novos concorrentes aptos a gerarem condições concorrenciais no setor e contraporem-se à posição dominante do antigo monopolista.

A principal questão a ser aviltada aqui é a assimetria no tocante à interconexão, caracterizada pela disparidade de vantagens que essa representa para cada uma das partes envolvidas. Os antigos monopolistas (incumbentes) tendem a opor-se às pretensões da interconexão, na medida em que já realizaram vultosos investimentos em infraestrutura. De outro lado, os usuários de uma nova operadora (entrante) ficam “ilhados dentro de sua própria rede até que sua operadora tenha conseguido interconectar com as demais redes já existentes” (TELECO, 2.013).

Importante ressaltar que o incentivo a competição não se confunde com a mera entrada no mercado de telecomunicações de novos ofertantes, mas envolve o desenvolvimento de aspectos estruturais (estímulo à busca de inovações nas redes) capazes de viabilizar a dinâmica concorrencial.

Juridicamente, para a efetivação da interconexão com cada rede são necessários acordos comerciais, técnicos e operacionais entre as partes. Esses acordos são formalizados através de um contrato firmado entre a solicitante e a detentora de infraestrutura, sendo obrigatória para os serviços de telecomunicações de interesse coletivo¹⁰ (artigo 145 c/c 146, LGT).

O fato de haver uma obrigação legal de contratar, assim como todo um conjunto de normas disciplinando-a, não implica em descaracterizar a existência de um contrato privado entre as partes. [...] Remanesce uma margem de exercício de autonomia privada no estabelecimento das condições em que se verificará a interconexão (FARACO, 2.005, p.20).

A regra estabelece que as condições do contrato sejam estabelecidas pelas partes, ou seja, de livre negociação. Porém, na hipótese das partes não entrarem em um acordo, cabe a ANATEL arbitrar as condições para a interconexão (artigo 153, parágrafo 2º, LGT).

¹⁰ Os serviços de interesse coletivo são aqueles cuja “prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação” (artigo 17 da Resolução nº 73/98 – Regulamento Geral dos Serviços de Telecomunicações).

A interconexão não envolve o pagamento apenas pelo uso da infraestrutura (da rede), mas abrange também os custos relativos a implementação da interconexão e a manutenção da rede. As taxas referentes a interconexão, desde que não discriminatórias ou nocivas ao ambiente de liberdade concorrencial instaurado entre as concessionárias de telefonia, podem variar de acordo com as características da rede envolvida.

As taxas cobradas podem ser: a) taxa de interconexão e chamadas de móvel para fixo (TU-RL), tarifa cobrada pelas concessionárias de telefonia fixa para a utilização de sua rede local para a originação ou terminação por outras empresas; e b) taxa de interconexão em chamadas de fixo para móvel (VU-M), que é devida pelas empresas de serviços de telecomunicações quando se conectam as redes prestadoras móveis.

Os custos de interconexão representam uma parcela significativa no custo total da prestação do serviço, da ordem de 30% a 40% do custo total. Por isso, apesar da regulamentação existente ter procurado estabelecer regras para reduzir os conflitos durante o processo de negociação dos contratos de interconexão, este assunto continua sendo o de maior divergência entre as operadoras (TELECO, 2.013).

Em contramão da tendência mundial, as tarifas cobradas no Brasil a título de interconexão estão entre as mais caras do mundo, o que afeta diretamente o consumidor, haja vista que o custo de interconexão é repassado para a composição do valor final que deve ser paga pelo usuário do sistema de telefonia.

Essa discussão a respeito dos custos da interconexão alcançou, recentemente, os Tribunais, que, mesmo timidamente, vêm decidindo no sentido de que a liberdade de iniciativa das incumbentes (detentoras de infraestrutura) é relativa, uma vez que os custos da interconexão são submetidos à regulação pela Anatel.

A não interferência do Poder Público, através da Anatel, implicaria no aumento das tarifas repassadas ao consumidor, que assumiriam os gastos pela duplicidade de infraestrutura necessária para a prestação do serviço. Nesse sentido, é cristalina a necessidade da regulação dos custos da interconexão pela Anatel, no sentido de incentivar a competição e beneficiar o consumidor.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA. CONEXÃO ENTRE RECURSOS ESPECIAIS ADVINDOS DA MESMA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DA 1ª INSTÂNCIA. REDES DE INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). AMBIENTE DE RELATIVA LIBERDADE DE INICIATIVA EMBORA SUBMETIDO À REGULAÇÃO DA ANATEL. DIMINUIÇÃO DOS PREÇOS DESTAS TARIFAS GERAM BENEFÍCIOS AOS CONSUMIDORES À COMPETIÇÃO NO MERCADO RELEVANTE. FALTA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OBSCURIDADE

NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PROCESSO DE ARBITRAGEM EM TRÂMITE NA ANATEL. DECISÃO QUE SECONSUBSTANCIA ATO ADMINISTRATIVO PASSÍVEL DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO NO QUE TANGE AOS ASPECTOS DE LEGALIDADE, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS INCIDÊNCIA DA TEORIA DA ASSERÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Trata-se de recurso especial interposto pela TIM CELULAR S/A e outro contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, ao confirmar liminar deferida na primeira instância, entendeu-se pela fixação de um Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes, neste caso com a intervenção da ANATEL por meio do processo de arbitragem nº 53500.028193/2005 em trâmite naquela autarquia, em razão da implementação de um sistema de interconexão fundado exclusivamente na cobertura de custos, que não possibilita excesso de vantagens econômicas para as operadoras que permitem o uso de suas redes por terceiros. [...] 4. Embora seja possível que cada *player* possua sua própria rede, por questões de racionalidade econômica e de políticas públicas de universalização do mercado de telecomunicações, para que os usuários das redes possam falar entre si é preciso que tenha sido implementada a interconexão entre todas as redes existentes. Assim, para o usuário de uma rede da operadora "A" poder falar com o usuário de outra rede, por exemplo, a rede da operadora "B", é necessário que estas duas redes estejam interconectadas. Sem esta interconexão, os usuários de uma rede ficam limitados a se comunicar tão somente com os outros consumidores da sua própria rede. 5. Por ser um ativo comercial e representar a utilização da infraestrutura alheia, no Brasil, é possível a cobrança pelo uso destas redes por parte da terceira concessionária. 6. As taxas de interconexão, desde que não discriminatórias ou nocivas ao ambiente de liberdade de iniciativa concorrencial instaurado entre as concessionárias de telefonia, podem variar de acordo com as características da rede envolvida. [...] A presente demanda diz respeito, tão somente, ao VU-M. 7. Por integrarem as estruturas de custos das empresas atuantes no mercado de telecomunicações, é racional admitir, por hipótese, que estes valores influam ainda que de forma indireta - nos preços praticados por estas empresas junto aos usuários. Além disso, quanto maior a possibilidade de interconexão, melhor será a qualidade dos serviços prestados, bem como o acesso de maior parte da população aos serviços de telecomunicações. [...] 11. Nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, a atuação da ANATEL é de extrema relevância para o bom desenvolvimento deste setor econômico, sendo o órgão de regulação setorial dotado de competência legal expressa para tanto. Essa competência é privativa, mas não exclusiva, razão pela qual seus regulamentos não são imunes à eventual análise por este Poder Judiciário, conforme se verá adiante. Neste sentido, colaciona-se o precedente do Supremo Tribunal Federal, em liminar, exarado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF. **12. Não obstante, é bom que se deixe claro: a análise aqui empreendida, em nenhuma hipótese, quer afastar a regulação que vem sendo promovida pela ANATEL no mercado de interconexão entre telefonia móvel e fixa. Muito pelo contrário, reconhece-se que esta regulação não engloba somente os valores cobrados, que estão submetidos à relativa liberdade de iniciativa, mas também aspectos técnicos podem melhorar a qualidade do serviço oferecido ao consumidor pelas concessionárias de telefonia móvel.** 13. O fato de haver discussão quanto ao preço cobrado não afasta a incidência da regulação da ANATEL, reiterando-se que os valores cobrados pelas empresas podem ser discutidos no Poder Judiciário justamente porque, no que tange às tarifas de interconexão VU-M, por expressa determinação contida na Lei Geral de Telecomunicações, às concessionárias de telefonia foi conferida a liberdade para fixar estes valores desde que não estejam em desacordo, com isso, os interesses difusos e coletivos envolvidos dos consumidores, bem como dos concorrentes consistentes, neste ponto, na manutenção de uma ordem econômica saudável à clausula geral da liberdade de iniciativa concorrencial. 16. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar formulada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF, se expressou no sentido que a

competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. Esse entendimento também doutrinariamente aceito. 17. No caso em concreto, embora a Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97 - tenha atribuído à ANATEL a competência para *compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações* (art. 19, XVII), em nenhum momento há vedação para que eventuais interessados ingressem no Poder Judiciário visando à discussão de eventual lesão ou a ameaça de lesão a direito tutelado por Lei. [...] 24. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido (STJ, Resp nº. 1.334.843 – DF (2012/0149364-6. Min. Relator Mauro Campbell Marques)

A decisão acima deixa claro que o preço de acesso precisa ser, de certa forma, regulado pela Anatel, ou até mesmo pelo Poder Judiciário, a fim de viabilizar a concorrência e criar condições razoáveis de acesso pelo consumidor dos serviços de telecomunicações.

2.2 Compartilhamento de infraestrutura

O compartilhamento de infraestrutura é um mecanismo de inserção da concorrência no regime jurídico de serviços públicos que busca o adequado equilíbrio entre os valores constitucionais. Este instrumento que transita em questões tanto do Direito Administrativo como do Direito Econômico cumpre sua função de coesão social ao propiciar a integração da maioria da população pela organização em rede de vínculos jurídicos contínuos entre os que prestam e os que recebem os serviços.

Para propiciar esse ambiente social interligado, foram construídas vultosas infraestruturas (redes de cabos de serviços de telecomunicações e de energia elétrica, dutos de água e de gás entre outros) através das quais são prestados os serviços públicos (ARAGÃO, 2013, p. 422).

Os serviços públicos em si não se confundem com as infraestruturas das quais são veiculados. A decisão política de inserir a competição no maior número de atividades possível e a natureza de monopólio natural da maioria das infraestruturas fez com que a concorrência fosse potencializada geralmente apenas na prestação dos serviços, sendo sua aplicação na gestão de infraestrutura mais modesta (ARAGÃO, 2013, p. 422).

Importante destacar que, na maioria dos casos, as infraestruturas de redes são monopólios naturais. Logo, considerando aspectos econômicos, sociais e ambientais, é insustentável a duplicação de infraestrutura, sendo assim, imprescindível a facilitação de acesso aos novos entrantes prestadores de serviço, favorecendo o consumidor¹¹.

¹¹¹¹ Neste caso, a gestão da infraestrutura fundida com a da prestação de serviços poderia ocasionar a prática de subsídios cruzados, com a “atividade monopolizada financiando parte dos custos da atividade sujeita à

A utilização do compartilhamento de infraestrutura como alavanca para a competição só foi possível no momento atual, quando boa parte das infraestruturas básicas do país já se encontra construídas o que permite a separação entre a gestão das redes e a prestação dos serviços. Além da evolução tecnológica que possibilitou o acesso a muitas redes, que até há pouco tempo eram por razões tecnológicas de restrito acesso.

Se a restrição ou mesmo a ausência de concorrência na gestão das infraestruturas é compreensível em razão do alto custo na sua gestão, aperfeiçoamento e ampliação, assim como a impossibilidade ou irracionalidade técnica, urbanística e econômica da sua duplicação, a mesma *ratio* não se aplica à prestação dos serviços públicos, salvo, naturalmente, naqueles sujeitos a obrigação de universalidade, em que a necessidade de prestações deficitárias pode justificar restrições à concorrência para que o serviço seja como um todo economicamente viabilizado (ARAGÃO, 2013, p. 423).

Desta forma, os gestores de redes de infraestrutura (incumbentes) tem a obrigação de compartilhá-las com aos prestadores de serviços (entrantes), ainda mais também quando lhes tiver sido outorgada a prestação de serviços. “A qualidade de essencial, atribuída à instalação diz que seu uso compartilhado possibilita terceiro competir com o titular da instalação e assim preservar a livre concorrência ou promovê-la no mercado em causa” (DUTRA, 2003, p.184).

Sem a obrigação do titular da gestão da rede permitir o acesso a terceiros prestadores de serviços, restaria totalmente frustrada a tentativa de se implantar a concorrência nestas atividades potencialmente competitivas do setor: “teríamos varias empresas aptas a prestar os serviços, mas faticamente impossibilitadas por não terem acesso às infraestruturas que constituem pressuposto essencial para veiculação do serviço” (ARAGÃO, 2013, p. 424).

A essencialidade do bem é o fundamento da restrição do livre uso da propriedade. Em razão do princípio constitucional da função social da propriedade, o legislador justifica a intervenção e estabelece limites de atuação do proprietário e possibilita a utilização por terceiros. Aqui estamos diante de um caso em que a intervenção do Estado é pressuposto para a criação de ambiente competitivo, confirmando-se a relação dialética existente entre o direito e a economia.

A obrigação de compartilhamento das redes de serviços públicos provocou uma forte regulação legislativa e infralegislativa disciplinando a extensão e os condicionamentos do correspondente direito essa, predominantemente do Direito Administrativo, mas derivada da Teoria das Instalações Essenciais do Direito Econômico [...] (ARAGÃO, 2013, p. 425).

concorrência com outros operadores, que estariam em condição de grande desvantagem por não possuírem a infraestrutura necessária à sua atividade” (ARAGÃO, 2005, p.27).

2.2.1 Teoria das Instalações Essenciais

A teoria das instalações essenciais é uma construção da doutrina norte-americana. Conhecida como *Essential Facilities Doctrine* foi aplicada pela primeira vez no caso do *Terminal Railroad*, em 1.962 pela Suprema Corte Norte-Americana. Mas o julgamento que consolidou as bases da doutrina foi o *MCI Communications Corp* contra *AT&T*, realizada pelo Sétimo Circuito da Justiça nos EUA, “em que teve que dar acesso a sua rede de telefonia fixa (*the facility*), da qual tinha monopólio, para aquela prestar os seus serviços de telefonia interurbana em concorrência com a própria *AT & T*, que também prestava” (ARAGÃO, 2013, p. 428).

No julgado citado acima, foram fixados os requisitos para a aplicação da Teoria das Instalações Essenciais e estes são observados pelos países em que há possibilidade de compartilhamento obrigatório de infraestrutura (*facilities*).

São quatro os requisitos para a aplicação da Teoria das Instalações Essenciais:

1. Controle da instalação essencial: aplica-se esta teoria quando é constatada a negativa de acesso à infraestrutura com caráter anticoncorrencial.

Normalmente a aplicação da Teoria das Instalações Essenciais se dá em relação a uma empresa que domina uma instalação no mercado a montante (*upstream*), mas que também participa direta ou indiretamente do mercado justante (*downstream*), no qual a referida instalação é condição *sine qua non* para atuação (ARAGÃO, 2013, p. 429).

Por exemplo, é essencial o compartilhamento de infraestrutura pelas operadoras de serviços telefônicos, uma vez que o usuário, ao utilizar o serviço de telefonia, pretende comunicar-se com os demais usuários. Para a competição do setor de telefonia é necessário que todas as operadoras tenham acesso à infraestrutura (rede única), a fim de não aumentar o custo ao consumidor e que este possa ter acesso aos outros usuários.

2. Essencialidade da instalação: esse requisito indica a impossibilidade jurídica, econômica e fática do concorrente implantar sua própria instalação, sem aumentar expressivamente os custos.

A impossibilidade de duplicação da instalação deve ser apurada concretamente. Para tanto, a empresa que deseja compartilhar a infraestrutura deve demonstrar que esta é essencial, ou seja, que a duplicidade de infraestrutura ocasionaria aumento excessivo de custos, danos ambientais e aumento do valor dos serviços ao consumidor.

3. Restrição da concorrência: a Teoria das Instalações Essencial baseia-se na promoção a concorrência. O ideal expansionista da Teoria implica na imposição da

obrigação de acesso às empresas que sejam concorrentes do titular da instalação ou mesmo que não seja concorrente (exemplo: empresa de telefonia que precisa ter acesso à instalação essencial de rede de energia).

4. Viabilidade de acesso: “a instalação essencial deve ser tecnicamente acessível ao concorrente” (ARAGÃO, 2013, p. 431) e não pode acarretar um ônus excessivo ao proprietário da rede, uma vez que não tem caráter sancionatório e sim de incentivar a competição.

Neste requisito é necessário verificar os casos em que o acesso à instalação essencial pode dar-se através de um número ilimitado de concorrentes ou restrito a um pequeno grupo (restrição física ou de outra natureza). Aqui há uma questão de cunho regulatório, em que o órgão regulador deve analisar os contratos já firmados e os critérios equânimes de utilização das redes.

Aqui deve atentar-se novamente para a questão do incentivo à concorrência. Nesse diapasão, a forma e o local da conexão devem ser determinados de maneira equânime de maneira que não favoreça apenas um grupo restrito de competidores.

5. Preço razoável: o preço de acesso à infraestrutura não pode ser tão alto que restrinja a competição e nem tão baixo que não remunere satisfatoriamente o titular, desincentivando investimento nas instalações.

Dessa maneira requer uma remuneração que recompense a incumbente pelos investimentos financeiros e humanos realizados, assim como a recompense pelos inconvenientes operacionais de ter que dividir a sua rede com outra empresa até mesmo para, como já alertado, não desincentivar os investimentos na rede, preocupação recorrente na Teoria das Instalações Essenciais (ARAGÃO, 2013, p. 433).

A União Europeia recepcionou a doutrina da instalação essencial ao decidir o caso *B&I Line plc v. Sealink*. Esta empresa operava barcaças para o transporte de automóveis, entre o País de Gales e a Irlanda e era proprietária do porto onde as barcaças ancoravam. A *B&I* prestava o mesmo serviço e utilizava o mesmo porto, que devido as suas características não permitiam que as barcaças das duas empresas descarregassem simultaneamente, obrigando-as a um rodízio predeterminado. A empresa *Sealink* alterou seus horários unilateralmente, em prejuízo de sua competidora. A Comissão entendeu que a conduta da empresa *Sealink*, embora fosse favorável aos consumidores, foi abusiva, uma vez que se favorecia de seu poder de monopólio sobre a instalação essencial.

O mercado brasileiro apresenta aspectos peculiares que o diferenciam dos EUA e da União Europeia. Por isso, a Teoria das Instalações Essenciais, ao ser aplicada no cenário brasileira, precisa ser adaptada a uma realidade específica.

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 propriamente ditos têm uma natureza no mínimo híbrida: são reversíveis, não podem ser alienados (artigo 101 da Lei Geral de Telecomunicações), são impenhoráveis e imprescritíveis, os delegatários apenas exercem a sua gestão para os fins públicos previstos no marco regulatório (ARAGÃO, 2013, p. 437).

Na atual fase da ação regulatória no Brasil, além da obrigação de compartilhamento Inter setorial¹², temos consolidada a disciplina intrassetorial de acesso às redes de telecomunicações¹³, energia¹⁴ e às instalações rodoviárias e portuárias.

Outra peculiaridade do Brasil é que a aplicação da Teoria das Instalações Essenciais defronta-se com a prestação de serviços públicos sob regime jurídico diferentes. Há entre as empresas forte assimetria regulatória, oriunda de uma diversa intensidade na satisfação das necessidades de universalização e continuidade dos serviços públicos. Aqui se insere a polêmica: há possibilidade de a empresa incumbente suspender o compartilhamento da sua infraestrutura no caso do entrante descumprir suas obrigações?

Segundo Carlos Ari Sundfeld (2.001), “uma vez que ajustadas as condições financeiras, evidentemente cabe ao prestador do serviço de telecomunicações cumprir a obrigação assumida, pagando o preço”. O inadimplemento da obrigação permite a empresa detentora de poste de energia elétrica tome as devidas providências para a extinção da relação, desonerando-se a obrigação de suportar a permanência na rede dessas prestadoras.

Neste caso, é cristalina a necessidade de atuação da agência reguladora, que deve ser acionada pela empresa incumbente antes de qualquer medida mais drástica, para manter a adequada prestação de serviços, sendo admitida a suspensão do compartilhamento apenas se for inevitável.

Não se pode olvidar que as empresas incumbentes, ou seja, as proprietárias dos bens (infraestrutura) a serem acessados pelas empresas entrantes devem cumprir o disposto no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal que diz: “a propriedade atenderá sua função social”. Essa é uma questão sensível e atual ao campo do Direito Administrativo, pois o compartilhamento tem natureza de contrato privado, porém há limitação administrativa na liberdade de contratar do incumbente e do entrante.

¹² Artigo 73, LGT. “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”.

¹³ Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº. 9.472/97, artigos 152/154 e Resolução da Anatel nº 410/2.005.

¹⁴ Lei nº 9.074/95, artigo 15; Lei nº 9.427/96, artigo 3º; Lei nº 9.648/98, artigo 9º; Decreto nº 2.655/98, artigo 7º.

Embora haja liberdade das partes (incumbente e entrante) para contratar, inclusive para estabelecer o preço a ser pago para o acesso (artigo 21, Resolução Conjunta ANATEL, ANEEL E ANP nº 01/99¹⁵), caso as partes não cheguem a um acordo, o Poder Público imporá a uma relação contratual com base na lei (contratos coativos¹⁶). É necessária, portanto, uma intervenção regulamentar ativa, que garanta iguais condições de uso da rede.

Conforme o entendimento de Calixto Salomão Filho (2.008, p.77), “o fenômeno do compartilhamento se faz sentir através de um amplo dirigismo contratual¹⁷”, que se revela tanto na obrigação contratual como no conteúdo da contratação. A estrutura regulatória deve garantir, portanto, a proteção institucional para o acesso ao mercado, sempre considerando todas as variáveis que possam causar um descompasso concorrencial.

A solução para os problemas regulatórios no Brasil não são meramente normativos, é necessário alcançar uma experiência regulatória que proporcione a se a segurança jurídica dos agentes regulados e incentive, assim, a competição.

2.2.2 Aspectos atuais do compartilhamento de rede no setor de telefonia

O compartilhamento de redes está previsto nos artigos 154 e 155, da Lei Geral de Telecomunicações. Vejamos:

Artigo 154. As redes de telecomunicações poderão ser secundariamente, utilizadas como suporte para o serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito.

Artigo 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.

O compartilhamento do uso da rede não se apresenta como direito irrestrito assegurado a terceiros. Seu exercício deve possibilitar e promover a concorrência entre as empresas atuantes no setor. E não poderia ser diferente porque a prestação do serviço de

¹⁵ Artigo 21, Resolução Conjunta ANATEL, ANEEL E ANP nº 01/99. “Os preços a serem cobrados e demais condições comerciais [...] podem ser negociados livremente pelos agentes, observados os princípios da livre iniciativa e da livre competição”.

¹⁶ Contratos coativos constitui um negócio jurídico que se realiza sem o pressuposto do livre consentimento das partes.

¹⁷ Dirigismo contratual, em sentido amplo, significa qualquer forma de imposição de obrigatoriedade de cláusulas contratuais. [...] Em sentido mais estrito, distingue-se dois tipos de ordem pública contratual: a ordem pública de proteção e a ordem pública de direção. Esta é formada pelos objetivos necessários da ordem econômica, o que permite não apenas a predeterminação do conteúdo dos contratos, como também a imposição da contratação. Já aquela se destina a impor cláusulas contratuais que projetam grupos socialmente desfavorecidos nas negociações contratuais, baseando-se nas normas do Código de Defesa do Consumidor (SALOMÃO FILHO, 2.008, p.77/78).

telecomunicações inscreve-se no regime jurídico, de extração constitucional, de defesa da livre concorrência¹⁸.

Os mecanismos da interconexão e do compartilhamento de redes, instrumentos da promoção da concorrência, nunca foram demasiadamente utilizados como nos dias atuais. Os grandes eventos que serão sediados pelo Brasil, como Copa do Mundo e Olimpíadas, obrigarão o Brasil a se adequar para a realização dos mesmos.

Além de estádios de futebol e da estrutura para os jogos olímpicos, estão sendo reestruturados setores como aeroportos, rodovias, hotéis. No entanto, apesar da importância da construção de toda a infraestrutura para acolher esses eventos, há um setor que merece destaque: o setor das telecomunicações.

Para que os jogos da Copa do Mundo e das Olimpíadas sejam transmitidos para o mundo, há a necessidade de implantação da tecnologia 4G nos estádios, nos aeroportos e nas cidades que serão sedes dos mesmos.

No entanto, está ocorrendo uma disputa entre operadoras de telefonia celular e INFRAERO, no caso da instalação de infraestrutura para implantação da tecnologia 4G (quarta geração) nos aeroportos.

Para colocarem a estrutura de tecnologia 4G nos aeroportos, as operadoras pretendem unificar suas infraestruturas e, por isso, não querem mais pagar o aluguel como se fossem franquias de restaurantes.

Ocorre que pelos contratos atuais a INFRAERO cobra por equipamento instalado em cada aeroporto¹⁹. Conforme o Jornal Folha de São Paulo, “no final do ano passado, as operadoras de telefonia se reuniram com o diretor da INFRAERO e pediram para adequar os contratos ao novo modelo a fim de reproduzir as obras que foram feitas nos estádios de futebol”, isto é, nas arenas foi construída uma rede única de fibras óptica (infraestrutura) que se conecta as antenas. Essa infraestrutura será compartilhada pelas operadoras e os sinais dos aparelhos serão captados, independente da empresa.

Esses sinais trafegarão por um só duto de fibras ópticas até chegar a uma central, onde um sistema informatizado direcionará o sinal de cada operadora até a antena mais próxima ao estádio dessa mesma operadora.

¹⁸ Artigo 170, da Constituição Federal. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – Livre concorrência”.

¹⁹ Por ano, as operadoras pagam cerca de 30 milhões com alugueres de espaços para a instalação de antenas e centrais de conexão.

As operadoras pretendem implantar esse projeto nos aeroportos para evitar que cada empresa tenha sua própria rede e pague aluguel à INFRAERO. Segundo as operadoras haverá uma economia de custo, pois não há necessidade de investimento das operadoras em infraestrutura, que favoreceria o consumidor.

No entanto, em contramão ao que tutela a Constituição e o que ocorre no cenário mundial, a INFRAERO alega que não pode rever os contratos, de modo que continuará cobrando os alugueres das operadoras de telefonia, o que é extremamente prejudicial à livre concorrência e ao consumidor.

Considerações Finais

O papel do Estado, enquanto agente regulador e fiscalizador implicaram na redução de seu perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Essa reestruturação da intervenção estatal na economia ocorreu não apenas por questões ideológicas, mas também em razão de outros fatores como: baixa capacidade estatal na economia, a maior participação da sociedade nos assuntos econômicos, especialmente na efetivação do direito do consumidor; além da evolução tecnológica que provocou, principalmente, a inserção da concorrência nos serviços públicos.

A intervenção estatal na economia, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil pode ocorrer de duas formas: i) através da intervenção direta na economia; ou, b) por meio da regulação (positivação de normas). Embora sejam formas diferentes de atuação do Estado na economia, ambas implicam na inserção de um terceiro estranho (Estado) no mercado.

No Brasil, a partir do momento em que houve a delegação da prestação dos serviços públicos à iniciativa privada, mediante concessão e permissão, consolidou-se a retirada da intervenção direta do Estado na economia, sendo-lhe resguardada somente em casos de segurança nacional e interesse público. Neste contexto, a atuação regulatória estatal aumentou, principalmente para incentivar a livre concorrência e promover a tutela do consumidor.

A interconexão e o compartilhamento de infraestrutura são mecanismos de inserção da concorrência nos serviços públicos. A interconexão permite a comunicação entre os usuários de diferentes operadoras de serviços de telefonia, uma vez que as operadoras estão interligadas através de uma mesma rede. Já o compartilhamento de infraestrutura permite aos

prestadores de serviços públicos (entrantes) utilizar da infraestrutura já instalada, possibilitando a terceiro de competir com o titular da instalação (incumbente) e com os demais prestadores de serviços.

Sem a obrigação da interconexão e do compartilhamento de infraestrutura, a tentativa de implantação da concorrência em determinados setores da economia seria frustrada, pois teríamos diversas empresas aptas a prestar os serviços, no entanto, impossibilitadas por não terem acesso à infraestrutura ou incapacidade de investimento na mesma (ARAGÃO, 2013, p. 424).

Ocorre que a realidade mercadológica brasileira possui aspectos peculiares, o que impulsionou a aprovação pelas agências reguladoras de inúmeros regulamentos que disciplinam o instituto da interconexão e do compartilhamento de infraestrutura.

Verificou-se que, além das questões legais e regulamentares, aspectos políticos, econômicos e jurídicos devem ser considerados a fim de consolidar a inserção da concorrência no setor de telefonia móvel.

Os aspectos mercadológicos brasileiros mostram que a os valores cobrados pelos serviços de telefonia no Brasil estão entre os mais caros do mundo. Uma situação recorrente é o repasse do custo da interconexão ao consumidor, o que prejudica a manutenção de uma ordem econômica saudável pautada na livre concorrência. Nesta situação específica, a questão extrapolou o âmbito administrativo da ANATEL e chegou ao Poder Judiciário.

Outra questão bastante atual é o caso envolvendo a INFRAERO e as operadoras de telefonia celular. Estas, obrigadas pelo Poder Público a implantar a tecnologia 4G (quarta geração) nos aeroportos, estão dispostas a compartilhar a infraestrutura, de forma a diminuir os custos e aumentar a concorrência, o que seria favorável ao consumidor. De outro lado, a INFRAERO entende que, embora seja utilizada a mesma infraestrutura, continuará cobrando alugueres de cada operadora, lembrando que a INFRAERO cobra aluguel por equipamento instalado no espaço do aeroporto.

Embora, a utilização de mecanismos como a interconexão e o compartilhamento de infraestrutura estimule a competição, a evolução tecnológica impõe novos desafios à Anatel. Portanto, há a necessidade de um maior diálogo entre as esferas políticas, econômicas e jurídicas com a finalidade de consolidar a concorrência e garantir preços razoáveis ao consumidor.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, A. dos S. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2.013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1.988). 48 ed. São Paulo: Saraiva, 2.013.

BRASIL. Constituição (1.988). Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1.995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm. Acesso em: 14.jan.2.014.

BRASIL. Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1.997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1.997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm. Acesso em: 14.jan.2.014.

DUTRA, P. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: renovar, 2.003.

FARACO, A. D. Disciplina Jurídica da Concorrência e o Acesso às Redes de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2.005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 nov 2.013.

MELLO, Celso A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2.013

MARQUES NETO, F. de A. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2.011.

MOREIRA, E. B. *Dirieto Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica*. Salvador, Bahia, Brasil: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, 2.005

OLIVEIRA, J. C. *Concessões e Permissões de Serviços Públicos*. 1 ed. Bauru, SP: Edipro, 1.996.

RACHED, D. H. Desregulação e Telecomunicações. In: DI PIETRO, M. S. (Org.) *Direito Regulatório: temas polêmicos*. 2 ed. Ver. e. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2.009, p.123-141.

SALOMÃO FILHO, C. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, C. A. Estudo jurídico sobre o preço do compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, nº 7, out. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 23.jan.2014.

TELECO. Disponível em: <http://www.teleco.com.br>> Acesso em: 13.jan.2.014;

WIZIACK, J. Copa põe operadoras contra INFRAERO; *Folha de São Paulo*, 09. Fev. 2.014, Caderno Mercado, p. B5.