ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA
COORDENAÇÃO DE ENERGIA
SGAN, QUADRA 603 / MÓDULOS "I" E "J" CEP 70830-110, BRASÍLIA/DF BRASIL - TELEFONE (61) 2192-8614 FAX: (61) 2192-8149 E-MAIL: PROCURADORIAFEDERAL@ANEEL.GOV.BR

PARECER n. 00297/2023/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48500.003090/2018-13
INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
ASSUNTOS: GERAÇÃO

EMENTA: Compartilhamento de infraestrutura. Postes da rede de distribuição de energia elétrica. Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL. Questionamento sobre a imposição, às concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, de dever de cessão de espaço em infraestrutura. Apresentação de quesitos.

1. A Assessoria do Diretor Hélvio Neves Guerra encaminha o Memorando nº 355/2023–ASD/ANEEL [48575.006704/2023-00] para questionar a Procuradoria da ANEEL sobre aspectos relacionados à proposta de Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL, em substituição à Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL nº 4/2014.

I - RELATÓRIO

2. O Regulamento Conjunto ANEEL/ANATEL/ANP n° 001/1999 disciplina o processo de homologação dos contratos de compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

3. A Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL nº 4/2014, por sua vez, regulamentou o preço de referência para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, a ser utilizado nos processos de resolução de conflitos, e estabeleceu regras para uso e ocupação dos pontos de fixação.

4. Em 2018, a ANEEL deu início ao procedimento de revisão da Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL nº 4/2014 com a abertura da Consulta Pública nº 16/2018 com o objetivo de obter subsídios para a Análise de Impacto Regulatório sobre a questão.

5. Por meio da Nota Técnica nº 0041/2020-SRD/SMA/ANEEL foi apresentada a análise das contribuições recebidas na Consulta Pública (CP) nº 16/2018, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) e a minuta de Resolução Conjunta sobre proposta de revisão da referida regulação. O objetivo do opinativo técnico era subsidiar a instauração de nova Consulta Pública (nº 73/2021) para receber contribuições dos agentes interessados e da sociedade sobre a proposta normativa.

6. Seguiu-se, também, e emissão da Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 3/2020 para criar a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

7. Pela Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL [48552.002176/2023-00] foi apresentada a análise das contribuições recebidas no âmbito da CP nº 073/2021.

8. Antes mesmo que fosse expedida o referido documento técnico (de 19 de setembro de 2023), a PF-ANEEL recebeu o Memorando Conjunto nº 3/2023-SCE-STD-SMA-ANEEL para consultar à Procuradoria Federal na ANEEL sobre alguns aspectos constantes da proposta normativa.

9. As Unidades Organizacionais da ANEEL relatam que a Procuradoria havia sido consultada em duas oportunidades. A primeira dizia respeito à possibilidade de homologação tácita dos contratos de compartilhamento de infraestrutura entre concessionárias de distribuição e as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. A Procuradoria respondeu por meio do Parecer nº 00402/2016/PFANEEL/PGF/AGU no sentido de que não era "cabível a figura da homologação tácita dos instrumentos contratuais".

10. Num segundo momento, a PF/ANEEL foi consultada sobre a possibilidade de dispensa da homologação dos contratos de compartilhamento de infraestrutura, especialmente os celebrados entre o setor elétrico e o de telecomunicações, prevista pelo art. 16 do mencionado Regulamento Conjunto aprovado pela RC nº 001/1999, e se isso seria viável por meio de nova Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL. A Procuradoria respondeu afirmativamente, por meio do Parecer nº 00200/2018/PFANEEL/PGF/AGU, mas ressalvou que (i) o novo texto normativo deveria garantir o direito ao compartilhamento da infraestrutura de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis e (ii) qualquer alteração que se faça na norma não afetasse o setor de combustíveis, pois, para tanto, seria necessária a participação da ANP.

11. Nesse contexto, as Unidades Técnicas entendem que a dispensa de homologação dos contratos de compartilhamento de infraestrutura seria a alternativa mais adequada para o tratamento da questão. Esclarecem, todavia, que não teria havido consenso com a ANATEL sobre o tema. Por essas razões, indicam que a norma estabelece um procedimento mais simplificado de homologação. A ideia seria a de que sejam homologadas as Ofertas de Referência de Espaço em Infraestrutura (OREI) bem como um modelo de contrato de compartilhamento a ser utilizado pelos agentes interessados na avença e não cada contrato individualmente.

12. Como se detalhará adiante, inspirada na Lei de Liberdade Econômica, a proposta normativa também prevê a possibilidade de homologação tácita das OREI e das minutas de contrato que servirão de referência para os agentes regulados.

13. Considerando a narrativa apresentada no Memorando Conjunto nº 3/2023-SCE-STD-SMA-ANEEL [48526.010242/2023-00], as Unidades Técnicas que trabalham na referida proposta normativa apresentaram quesitos para a análise da Procuradoria, conforme *in verbis*:

> 16. Portanto, diante do exposto e considerando os termos das referidas Lei Geral de Telecomunicações - LGT, Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) e do mencionado Decreto nº 10.178/2019, solicitamos manifestação dessa PF/ANEEL sobre:

a) a adequação jurídica da proposta de novo regulamento conjunto, em anexo, especialmente da previsão de homologação tácita da Oferta de Referência de Espaço em Infraestrutura (OREI) e, consequentemente, da minuta contratual nela prevista;

b) a possibilidade de, no caso de transmissoras ou de geradoras de energia elétrica, ser aplicada analogamente e no que couber as disposições do novo regulamento conjunto o qual está sendo objeto de tratativas com a ANATEL e que envolve expressamente apenas distribuidoras de energia elétrica; e

c) a possibilidade de aplicação, para o caso dos contratos de compartilhamento de infraestrutura ainda sujeitos à homologação individual (art. 16 do Regulamento aprovado pela RC 001/1999 c/c art. 22 da REN 1.044/2022, ou seja, não sujeitos à nova proposta de regulamento conjunto por meio da qual há a criação do OREI), da homologação tácita prevista pela interpretação conjunta dos citados §§3º, 4º, 5º e 6ºdo art. 16 do RC /001/1999 ou por outro tipo de homologação tácita (por exemplo, prevista pela citada proposta de novo regulamento conjunto e/ou pela referida legislação de liberdade econômica). Caso sim, qual seria o prazo de homologação tácita aplicável à ANEEL e as consequências jurídicas após o seu decurso.

14. Dada a relevância do tema em discussão e a necessidade de deliberação conjunta entre ANATEL e ANEEL acerca da matéria, a assessoria do Diretor Hélvio Neves Guerra contatou a PF-ANEEL em 28/09/2023 e solicitou que fosse dada prioridade à análise do presente pedido de assessoramento jurídico.

15. Os quesitos apresentados no Memorando Conjunto nº 3/2023-SCE-STD-SMA-ANEEL foram analisados por meio do Parecer nº 293/2023.

16. A assessoria do Diretor Hélvio Neves Guerra também encaminhou pedido de assessoramento por meio do Memorando nº 355/2023–ASD/ANEEL. Neste documento, relata que, quando da abertura da CP, havia sido prevista a **possibilidade** de a distribuidora de energia elétrica ceder o direito de exploração comercial de Espaço de Infraestrutura, mas a proposta normativa final colocou essa hipótese como um **dever** para a concessionária de distribuição.

17. A justificativa apresentada foi a de que a imposição de um dever preveniria o risco de comportamento abusivo de algumas distribuidoras, já que são agentes monopolistas na propriedade dos postes. Argumentariam áreas técnicas da ANEEL e da ANATEL que essa medida seria mais "eficaz para a **correta** prestação da atividade de compartilhamento de infraestrutura em uma dada região" (grifou-se).

18. Nesse contexto, a assessoria do Diretor Hélvio Neves Guerra apresentou os seguintes quesitos para análise da Procuradoria Federal na ANEEL:

12. Nesse sentido, e de forma a subsidiar o voto a ser proferido pelo Diretor Relator, , solicitamos a manifestação desta Procuradoria Federal, sobre os pontos que se seguem:

a) no que diz respeito ao art. 3º, podem as Agências Reguladoras, por meio de Regulamentação Conjunta, determinar que as distribuidoras devem ceder o direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura? Tal fato configura ingerência do regulador na política de gestão da distribuidora ou fere preceitos regulatórios consolidados e/ou o contrato de concessão?

b) a inclusão do parágrafo 6º no art. 3º assegura o conceito de que é prerrogativa da distribuidora ceder, a seu critério, o direito de exploração comercial de Espaços de Infraestrutura?

c) o novo texto do caput do art. 3º, o texto dos novos arts. 5º e 32 e os demais dispositivos da minuta de ato normativo deixam claro que as opções de obrigação da cessão do direto de exploração comercial impostas pelas agências às distribuidoras só se aplicam em situações excepcionais?

d) o art. 5º, ao determinar que "A ANEEL e a Anatel poderão determinar de forma conjunta a cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura pelas distribuidoras", bem como o art. 3º, ao estabelecer que "As distribuidoras devem ceder o direito de exploração comercial de Espaços de Infraestrutura", ferem o que estabelece o §1º do art. 25 da Lei 8.989, de 1995, que estabelece que: "Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados", ou ferem outro dispositivo legal?

19. É o relato, no essencial. Passa-se à análise.

II - DA ANÁLISE

II.1. Dados oriundos da instrução processual

20. Passa-se a apontar os principais aspectos que constam da Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL e que se relacionam ao que foi objeto das consultas encaminhadas à Procuradoria.

II.1.1. Da abertura comercial para exploração da atividade de compartilhamento de infraestrutura: proposta de modelo de exploração

21. Segundo informado na Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL, a proposta normativa regula o compartilhamento de infraestrutura de distribuição com empresas do ramo das telecomunicações. Consta da minuta de resolução que o objetivo do regulamento é fixar "diretrizes específicas para o compartilhamento de postes entre os setores de energia elétrica e de telecomunicações, abrangendo aspectos de ocupação, regularização e precificação".

22. Para fazê-lo, apresenta um modelo de exploração de espaço em infraestrutura. A distribuidora poderia realizar diretamente o compartilhamento da infraestrutura, mas também poderia optar por terceirizar esse serviço. Assim, a proposta normativa trazia a previsão da possibilidade de cessão do direito de exploração comercial de espaço em infraestrutura.

23. Quando a própria distribuidora realizar a exploração da atividade, ela será qualificada como uma "Exploradora de Infraestrutura". Todavia, poderia haver a cessão em favor de um terceiro "Posteiro", uma pessoa jurídica que se tornará o "Explorador de Infraestrutura" no lugar da distribuidora e que passaria a realizar uma atividade econômica, firmando os contratos de compartilhamento com as empresas de telecomunicações interessadas.

24. A premissa é a de que a exploração dos postes não seria "o negócio principal das distribuidoras" e a constatação de "dificuldades relacionadas à fiscalização e regularização do compartilhamento de postes". Também foi apontado que existe um grave problema histórico relativo ao desordenamento na ocupação dos postes. Acredita-se, assim, que a cessão de direitos seria um instrumento de fomento à regularização da ocupação.

25. Esclareceu-se, ainda, que a possibilidade de "cessão do direito de exploração comercial do espaço em infraestrutura constitui-se ponto central do novo regulamento", que apresentará balizas para que a distribuidora transfira essa atividade econômica para terceiros: "a exploração comercial do espaço em infraestrutura deve se dar dentro dos contornos definidos pelo Regulamento e outra regulamentação aplicável, inclusive quanto aos preços aplicados"

26. Informam as Unidades Técnicas da ANEEL que "a possibilidade de ceder a exploração comercial de espaços em infraestrutura, passando a um terceiro o papel de cumprir essas disposições, é apenas mais um modelo à disposição das distribuidoras".

27. Todavia, discute-se se a cessão de direitos de exploração comercial dos ativos seria um dever ou uma faculdade das concessionárias de distribuição. Isso porque, se, por um lado, o contrato de concessão de distribuição prevê que as concessionárias/permissionárias terão ampla liberdade na direção de seus negócios, por outro, podem surgir situações a demandar do regulador que exija certas condutas comissivas das concessionárias em prol do atendimento do interesse público (como, por exemplo, garantir o compartilhamento em condições não discriminatórias, a preços justos e razoáveis, incentivar a regularização da ocupação dos postes, etc.).

28. Nesse contexto, **as Unidades Técnicas da ANEEL esclareceram que a regra será a de que caberá a cada distribuidora decidir sobre a cessão do direito de exploração comercial dos postes**. O regulador, por outro lado, poderá atuar se vislumbrar comportamentos oportunistas ou abusivos.

29. Portanto, objetiva-se autorizar a cessão dos direitos de exploração comercial dos ativos de distribuição, desde que haja a observância das condições definidas em regulamento conjunto da ANEEL e ANATEL. Confira-se:

> 62. Nesse sentido, buscando alternativas para o modelo atual, estabeleceu-se a possibilidade de cessão do direito de exploração comercial dos espaços em infraestrutura, modelo que tem como base outras formas de cessão de infraestrutura passiva no mercado de telecomunicações e desverticalização desse mercado, as quais tiveram êxito e diminuíram custos das empresas envolvidas (mercado de torres para a prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP).
>
> 63. A proposta de Regulamento submetida a Consulta Pública, em seu art.3º, estabelece essa possibilidade e entendeu-se pela manutenção de tal possibilidade, acrescida de alguns aperfeiçoamentos para deixar mais claro o modelo proposto, os quais serão tratados na sequência.
>
> 64. Entende-se que a manutenção da prerrogativa da distribuidora se alinha ao objetivo do novo normativo de oferecer instrumentos para que as partes resolvam o histórico e grave problema de desordenamento na ocupação dos postes sem escolher abordagens únicas ou específicas.
>
> (...)
>
> 81. Também não se pode esquecer que desde a elaboração do AIR desse tema, se considerou a cessão da exploração comercial dos espaços em infraestrutura como uma possibilidade. Em nenhum momento se sinalizou para os dois setores e para a sociedade que se buscava uma abordagem de obrigar a adoção desse modelo.
>
> 82. As contribuições ora em análise também não apresentaram evidências de que esse não é o melhor caminho. Com efeito, conforme mencionado nos parágrafos acima, as contribuições direcionadas a esse tópico trataram de reafirmar a necessidade de se manter a possibilidade, retirar por completo esse modelo ou buscar formas de garantir que esse modelo não leve a aumento de custos para o setor de telecomunicações. Ou seja, não foi recebida nenhuma contribuição no sentido de alterar o texto da minuta no sentido de que a cessão da exploração comercial de espaços em infraestrutura deixe de ser uma prerrogativa das distribuidoras.
>
> 83. Por outro lado, não se pode desconsiderar que as distribuidoras são monopolistas na gestão dos postes, que há evidências de comportamento abusivo por parte de algumas dessas empresas na condução da atividade de compartilhamento e que o que se verifica até hoje é um crescimento da ocupação desordenada dos postes, indicando a ineficácia da atuação de algumas dessas empresas. Ou seja, a possibilidade de cessão do direito de exploração comercial não pode ser instituída pelo regulador sem que sejam impostas restrições ou ferramentas de controle.
>
> 84. Esse aspecto é ainda mais relevante ao se considerar que não há restrição para que a exploração comercial de espaços em infraestrutura seja executada por uma empresa do grupo econômico da distribuidora, abrindo espaço para um elevado poder de mercado desses agentes e, assim, adoção de condutas não isonômicas pelas distribuidoras.
>
> 85. De fato, avalia-se que a cessão do direito de exploração comercial do espaço em infraestrutura constitui-se ponto central do novo regulamento, sendo imprescindível deixar claro que o novo modelo permite tal cessão comercial para a exploração por um terceiro do espaço destinado ao compartilhamento de infraestrutura dos postes de energia elétrica. Isso não quer dizer, no entanto, que a exploração se daria sem balizas da regulamentação. Ao contrário, a exploração comercial do espaço em infraestrutura deve se dar dentro dos contornos definidos pelo Regulamento e outra regulamentação aplicável, inclusive quanto aos preços aplicados.
>
> 86. Em outras palavras, entende-se que o modelo deve possibilitar, sempre que houver algum interessado na exploração comercial do espaço em infraestrutura, que a distribuidora possa ceder o direito de exploração, mas impõe-se uma série de condições a serem observadas pelas distribuidoras. Dentre elas merecem destaque os parágrafos do art. 3º do texto submetido à CP nº73/2021:
>
> (...)

30. Entende-se, também, que a ANEEL deve atuar "na forma de **<u>definição de metas e parâmetros mínimos a serem observados pelas distribuidoras</u>**, sem definir caminhos ou abordagens a serem adotadas". Assim, as Unidades Técnicas esclarecem:

> 74. No presente caso, **o novo regulamento inova em responsabilidades, metas e ritos a serem observados pelas distribuidoras**, com o objetivo de resolver o problema de ocupação desordenada dos postes, em linha com o histórico da regulação setorial. Trata-se, portanto, de um novo ambiente regulatório, sobre o qual ainda não se tem evidências que justifiquem a necessidade de uma abordagem mais impositiva por parte do regulador.

31. Nesse contexto, as Unidades Técnicas ressaltam que

- (i) "o poste é ativo vinculado à prestação do serviço de distribuição, ativo que consta nos contratos de concessão/permissão das distribuidoras";
- (ii) "**<u>a responsabilidade pela gestão desse ativo é da distribuidora</u>** , cabendo a ela decidir qual o melhor modelo e quais riscos devem ser assumidos nessa gestão" (grifou-se);
- (iii) o compartilhamento de infraestrutura tem ocorrido de forma desordenada em algumas áreas de concessão;
- (iv) a avaliação individual de cada contrato de compartilhamento não necessariamente impediu que o

compartilhamento de postes ocorresse de forma desordenada;

- (v) há necessidade de sanar o problema da ocupação desordenada de postes;
- (vi) a cessão da exploração comercial dos espaços em infraestrutura é instrumento que pode contribuir para sanar o problema;
- (vii) como a gestão do ativo compete à distribuidora, a decisão sobre ceder ou não o espaço para exploração comercial deve ser da própria distribuidora, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifica comportamento abusivo, contra os quais o regulador poderá impor restrições e utilizar ferramentas de controle.

II.1.2. Das condições de exploração do espaço em infraestrutura

32. Uma vez definida a possibilidade da cessão de direitos de exploração do espaço em infraestrutura da distribuidora, a proposta normativa impõe que a cessionária deve elaborar Oferta de Referência para Espaço em Infraestrutura (OREI), estabelecendo condições técnicas e comerciais a serem observadas por qualquer interessado em utilizar esses espaços.

33. De acordo com a proposta de ato normativo, a OREI consistiria na "oferta disponível ao público em geral que estabelece as condições técnicas, inclusive o Plano de Ocupação de Infraestrutura, e as condições comerciais para a contratação isonômica e não discriminatória de Espaços em Infraestrutura para suporte à prestação de serviços de telecomunicações".

34. Segundo as Unidades Técnicas da ANEEL, "o texto normativo também impõe que essa oferta seja homologada pela Comissão de Resolução Conflitos, **garantindo uma avaliação prévia das agências reguladoras quanto às condições impostas** ".

35. A norma define requisitos mínimos que a OREI deve conter; "impõe informações mínimas a serem inseridas na oferta de referência e impõe que o próprio contrato para ocupação dos espaços em infraestrutura conste nessa oferta". Os *standards* estão contidos no art. 11, *verbis*:

> Art. 11 A Oferta de Referência de Espaço em Infraestrutura deve conter, no mínimo, as seguintes informações:
>
> I - Sobre a Exploradora de Infraestrutura:
>
> a) razão social;
>
> b) CNPJ; e,
>
> c) endereço da sede.
>
> II - Abrangência geográfica da Oferta de Referência de Espaço em Infraestrutura;
>
> III - Direitos, garantias e obrigações das partes;
>
> IV - Condições de compartilhamento;
>
> V - Mecanismos de comunicação entre as partes, dando preferência aos que utilizam meios eletrônicos;
>
> VI - Mecanismos de escalonamento visando à solução de controvérsias;
>
> VII - Normas de compartilhamento e Plano de Ocupação de Infraestrutura da Exploradora de Infraestrutura;
>
> VIII - Informações comerciais:
>
> a) os preços a serem praticados pela ocupação do Ponto de Fixação;
>
> b) vigência do contrato;
>
> c) condições para rescisão, renovação e alteração do contrato;
>
> d) multas e demais sanções; e,
>
> e) minuta de contrato para ocupação de Espaço em Infraestrutura.
>
> IX - Condições para o uso compartilhado do mesmo Ponto de Fixação por mais de uma ocupante;
>
> X - Condições para adaptação dos contratos anteriormente firmados aos termos da nova Oferta de Referência de Espaço em Infraestrutura.

36. Alguns critérios são objetivos; outros admitem algum juízo discricionário das Agências. Assim, as Unidades Técnicas esclarecem que existe uma pretensão administrativa de poder avaliar a oferta de referência quanto às "as condições contratuais que serão pactuadas com as empresas de telecomunicações".

37. Outrossim, as OREIs devem conter as informações para ocupação dos Espaços em Infraestrutura, nos termos do art. 10:

> Art. 10º As informações para ocupação dos Espaços em Infraestrutura devem estar disponíveis na forma de Oferta de Referência de Espaço em Infraestrutura.
>
> § 1º Ficam dispensadas das obrigações previstas neste artigoas Exploradoras de Infraestrutura em áreas de concessão ou permissão comaté 30 (trinta) mil unidades consumidoras de energia elétrica.
>
> § 2º A Oferta de Referência de Espaço em Infraestrutura deverá ser apresentada na Anatel para homologação da Comissão de Resolução de Conflitos em até 90 (noventa) dias contados da publicação deste Regulamento.
>
> (...)

38. Para viabilizar a possibilidade de cessão dos diretos de exploração dos espaços em infraestrutura, a proposta traz previsão de que haverá chamamento público a ser realizado pela ANEEL e pela ANATEL. A disciplina da questão está no art. 32:

> Art. 32 A Anatel e a ANEEL realizarão chamamento público para identificar e selecionar interessados na cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura.
>
> §1º O procedimento previsto no caput definirá os requisitos para habilitação dos interessados, condições técnicas, jurídicas e econômicas de participação bem como as áreas de exploração, ouvida a distribuidora.
>
> §2º Somente poderão participar do procedimento de que trata o caput agentes que não pertençam a grupos detentores de outorga de serviços de telecomunicações ou de distribuição de energia elétrica.

II.1.3. Da contradição entre as motivações contidas na Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL e a redação final da proposta normativa

39. Conforme esclarecido na consulta, a proposta normativa inicial era a de que fosse estabelecida **a possibilidade** de que a distribuidora cedesse o direito à exploração do espaço em infraestrutura e não uma obrigatoriedade.

40. A redação final do ato normativo, no entanto, indica um **dever** e não uma mera possibilidade.

41. Parece-me, no entanto, que o opinativo técnico emitido pelas Unidades Organizacionais da ANEEL, não apresenta justificativa para impor uma obrigação de fazer para as distribuidoras. Ao contrário, a leitura atenta da manifestação técnica indica que a motivação apresentada refere-se à possibilidade e não à obrigação de fazer. Peço vênia para reproduzir, mais uma vez, pequeno trecho da Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL apenas para ilustrar a questão:

> 63. A proposta de Regulamento submetida a Consulta Pública, em seu art.3º, estabelece essa possibilidade e **entendeu-se pela manutenção de tal possibilidade**, acrescida de alguns aperfeiçoamentos para deixar mais claro o modelo proposto, os quais serão tratados na sequência.
>
> 64. Entende-se que **a manutenção da prerrogativa da distribuidora se alinha ao objetivo do novo normativo de oferecer instrumentos para que as partes resolvam o histórico e grave problema de desordenamento na ocupação dos postes sem escolher abordagens únicas ou específicas**.
>
> (...)
>
> 81. Também não se pode esquecer que desde a elaboração do AIR desse tema, se considerou a cessão da exploração comercial dos espaços em infraestrutura como uma possibilidade. Em nenhum momento se sinalizou para os dois setores e para a sociedade que se buscava uma abordagem de obrigar a adoção desse modelo.

42. As Unidades Técnicas da ANEEL também destacaram que o Conselheiro da ANATEL, responsável pela análise desta demanda, informou, em sua manifestação, que a questão dizia respeito à trazer a **possibilidade de cessão** como forma de gerar eficiência na regularização dos espaços compartilhados. Vejamos:

> 59. Em relação a essas sugestões, inicialmente destaca-se um trecho da Análise nº96/2021/MM (SEI nº 7192850) do Conselheiro Moisés Moreira acerca do tema, quando da submissão da proposta de Regulamento a Consulta Pública, conforme abaixo:
>
> Análise nº 96/2021/MM
>
> "4.201. Para o presente subtema, foram avaliadas alternativas para o modelo de exploração dos postes das distribuidoras de energia elétrica, diversas do modelo tradicional no qual as detentoras dos postes cedem os espaços nos equipamentos para as prestadoras de telecomunicações, mediante contrapartida pecuniária.
>
> 4.202. Conforme apontado no AIR, o modelo vigente possui deficiências que levaram à atual situação com ocupações irregulares e saturação da ocupação dos postes. Além da exploração dos postes não ser o negócio principal das distribuidoras e das dificuldades relacionadas à fiscalização e regularização do compartilhamento dos postes, as deficiências guardam estreita relação com o fato de a receita percebida por elas ser inferior à devida, dado o uso irregular.
>
> 4.203. Neste sentido, com base no ocorrido na desverticalização do mercado de torres, no qual surgiram as empresas chamadas de "torreiras" e que resultou em um ganho de eficiência na gestão dos recursos, foi proposto na AIR um modelo alternativo de gestão de infraestruturas compartilháveis para tornar a utilização desse recurso mais eficiente e alinhada com o interesse público. Tal modelo consubstancia-se na permissão de exploração de tais infraestruturas por ente terceiro que será responsável por atender à regulamentação setorial, além de observar as condições contratuais estabelecidas com a distribuidora.
>
> 4.204. A proposta de operacionalização da alternativa sugerida foi incluir expressamente na minuta da Resolução Conjunta a possibilidade de cessão do direito de exploração comercial das infraestruturas compartilháveis, com alguns condicionamentos para que a cessão ocorra. Conforme relatado no Informe nº14/2020/PRRE/SPR (SEI nº 5244795) tal previsão foi incluída no art. 3º da minuta de Resolução Conjunta.4.205. Estou de pleno acordo com a área técnica neste ponto. Acredito que a cessão da infraestrutura para interessados tem potencial de resolver muitas das questões relacionadas ao compartilhamento, tendo em vista a maior eficiência que poderá ser conferida ao uso dos equipamentos."

43. Em relação às manifestações da ANATEL, previamente informadas, a ANEEL, também observou o seguinte:

> 60. A manifestação do Conselheiro Moisés Moreira se alinha ao posicionamento do relator da matéria na ANEEL, o então Diretor Efrain Pereira da Cruz, que consignou em seu voto que "*...sugere-se que possam ser estabelecidas condições específicas para o "posteiro", mas se compartilhamento, inclusive o preço do ponto de fixação." e que "...se propõe estabelecer uma faculdade às distribuidoras e que cabe a essas empresas avaliarem o melhor modelo de exploração da infraestrutura compartilhável, atuação direta ou por meio de um terceiro. De toda forma, caso opte pela atuação do "posteiro", a distribuidora não deixará de ser a responsável pela gestão dos ativos de distribuição e pelo cumprimento das obrigações do contrato de concessão ou permissão*." (itálico no original)

44. Ademais, o opinativo técnico da ANEEL conduz ao entendimento de que tal possibilidade de ceder o espaços relaciona-se mais à instrumentalização de meios para permitir a regularização desses espaços do que propriamente à prevenção do abuso de poder de mercado ou outras condutas anticompetitivas que poderiam ser praticadas pela distribuidora. A cessão seria apenas um meio excepcional de lidar com o abuso de poder de mercado.

45. Outrossim, a Nota Técnica não apresenta evidências de que a cessão efetivamente funcionaria como um mecanismos de prevenção de exercício de poder de mercado, pois ela ocorreria para um único agente, que simplesmente assumiria o lugar da distribuidora para fins de exploração do espaço em infraestrutura.

46. Segundo constou da Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL, em qualquer caso, isto é, seja o espaço em infraestrutura explorado diretamente pela Distribuidora, seja por meio de cessão, haverá, ainda, certo grau de aprendizado, uma vez que a ocupação irregular desses postes é um problema histórico. Não há demonstração de que a atuação do terceiro será realmente diferenciada em relação ao gestão desses espaços pela própria distribuidora. Note o que se deixou consignado no referido opinativo técnico:

> 67. Outro elemento importante que sustenta a importância de se manter prerrogativa da distribuidora, na forma de uma possibilidade, é que o processo de regularização da situação atual vai evoluir de forma paulatina, à taxa de 2 a 3% dos postes da distribuidora ao ano. Nesse contexto, haverá uma curva de aprendizado por parte dos agentes e, ao mesmo tempo, envolvimento de novos agentes ao longo do processo.

47. Outro aspecto da proposta final de redação que pode gerar questionamento diz respeito ao fato de que, pelo art. 2º, III, a exploradora de infraestrutura seria aquele que detém o direito de explorar o espaço em infraestrutura, podendo ser tanto a distribuidora de energia elétrica ou um terceiro, "pessoa jurídica que explora o Espaço em Infraestrutura da distribuidora de energia elétrica por meio da cessão do direito de exploração comercial". Todavia, contraditoriamente, o *caput* do art. 3º determina que, sempre que houver interessados, a distribuidora de energia elétrica deverá ceder o direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura para algum dos terceiros interessados.

48. Então, parece que a proposta normativa não deixa margem para decisão da distribuidora. Ela somente atuará como exploradora do seu próprio ativo se não houver interessados para fazê-lo em seu lugar.

49. Nesse sentido, embora a intenção informada na Nota Técnica tenha sido diferente, salvo melhor juízo, a proposta normativa segue regendo, primordialmente, a hipótese de cessão do Espaços em Infraestrutura. **É preciso, assim, deixar claro que a própria distribuidora poderá explorar o referido espaço**, indicando as condições em que isso poderá ocorrer a fim de prevenir

o exercício do poder de mercado e assegurar a manutenção da prestação adequada do próprio serviço de distribuição, razão primeira de existir o ativo disponível para a exploração comercial.

50. Não se deve olvidar, também, que os postes, conquanto eventualmente necessários à prestação de serviços de telecomunicações, são um **ativo da concessão de distribuição**. É um ativo servível à concessão e a possibilidade (ou mesmo a necessidade) de seu compartilhamento não desnatura essa qualidade.

51. As Unidades Técnicas da ANEEL afirmam que a exploração dos postes não seria "o negócio principal das distribuidoras". Não é o negócio principal, mas caracteriza uma atividade inerente ao serviço de distribuição. Porém, ainda que se pudesse reconhecer que a atividade de exploração dos espaços em infraestrutura não seria uma atividade própria do negócio de distribuição, o ativo não deixaria de ser um ativo da concessão de distribuição que, inclusive, está inserido na Base de Remuneração Regulatória (BRR) da concessão.

52. Na verdade, parece-me que as atividade reguladas pelo ato normativo conjunto - a exploração do espaço em infraestrutura e o compartilhamento de infraestrutura - inserem-se no conceito de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido assim disposto no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/1996, *verbis*:

> Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.
>
> § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

53. Nessa linha, são atividades próprias da concessão de distribuição ainda que não sejam a sua principal atividade. O conceito de atividade inerente é distinto do conceito de atividade fim, ou seja, cuida-se de uma atividade inerente à atividade-fim, conquanto não seja aquela atividade, ela mesma, o fim do negócio. É inerente porque vem junto com a coisa; nasce com ela. Traz consigo também a ideia de atividade acessória.

54. Em todo caso, por força do disposto no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/1996 é perfeitamente possível que as concessionárias de distribuição terceirizem certas atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. Nesse sentido, cite-se o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

> CPFL. EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. LEI 8.987/1995 1. Nos termos do art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, a execução das atividades inerentes ao objeto da concessão podem ser atribuídas a empresas especializadas, mediante contrato de prestação de serviços, sob a responsabilidade da concessionária (tomadora dos serviços). 2. Quis o legislador, no caso, ampliar o leque das terceirizações, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípuo, objeto da concessão. Nesse diapasão, é o art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, que, ao estipular a responsabilidade da empresa concessionária pela prestação dos serviços públicos (art. 175 da Constituição da República), permite a terceirização em atividade inerente à atividade-fim, na medida em que a expressão inerente, constante da lei, segundo Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico) "exprime o qualificativo o que vem unido ou o que está ligado à coisa. É pertinente, é próprio, é inato". "O inerente vem junto com a coisa, nasce com a coisa. Não é mero atributo dela: é elemento congênito, que com ela surgiu, para mostrar sua qualidade, seu caráter ou seu estado. É o que é originário". 3. Não pode o intérprete distanciar-se da vontade do legislador, expressa no sentido de permitir as terceirizações de "atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados" (art. 25 da Lei 8.987/1995). A expressa disposição de lei impede, no caso, o reconhecimento de fraude na terceirização. 4. Há que se considerar, por conseguinte, que o desprezo à norma de regência, no caso o art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, seja por não lhe dar validade no alcance pretendido pelo legislador, seja por entendê-lo inaplicável à seara trabalhista, importaria em reconhecer implicitamente a inconstitucionalidade do dispositivo sem a necessária remessa da matéria ao plenário, em total descompasso com a Súmula Vinculante 10 do STF, segundo a qual "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". Recursos de Revista de que se conhece e a que se nega provimento. (RR-85900-67.2006.5.15.0043, 5ª Turma TST)

55. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a possibilidade de terceirização dessas atividades ao reconhecer a constitucionalidade do art. 94, inciso II da Lei nº 9.472/1997, cuja redação é idêntica à redação do § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/1996, ao julgar o ARE 791932 [Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, DJe 06-03-2019]. Posteriormente, analisou de forma específica o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 e admitiu, mais uma vez, a possibilidade de terceirização dessas atividades no julgamento da ADC 57:

> Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. CNI. LEGITIMIDADE DA AUTORA. ART. 25, § 1º, DA LEI 8.987/1995. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA 331 DO TST. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA NO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DO RE 958.252 – TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Ação declaratória de constitucionalidade conhecida. Legitimidade da Confederação Nacional da Indústria, ainda que a norma questionada seja mais abrangente do que seu objeto social. 2 . **Declaração de constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 quanto à terceirização de atividades por empresas concessionárias de serviço público**. 3. Jurisprudência do STF consolidada, durante os julgamentos da ADPF 324, Rel. Ministro Roberto Barroso e, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 958.252, Rel. Ministro Luiz Fux, no sentido de reconhecer a constitucionalidade do instituto da terceirização em qualquer área da atividade econômica, afastando a incidência do enunciado sumular trabalhista. 4. Controvérsia acerca da aplicação da Súmula 331 do TST frente ao princípio da legalidade, visto que aquela retira eficácia do dispositivo questionado ao proibir a terceirização por parte de empresas privadas e da Administração Pública Direta e Indireta, incluídas aí as concessionárias de serviços públicos. 5. Pedido julgado integralmente procedente para declarar a constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995. [ADC 57, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 04-12-2019 PUBLIC 05-12-2019]

56. Observa-se que, no julgamento da ADPF 324 referendado no precedente supracitado, destacou-se que a possibilidade de terceirização das atividades funda-se nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, *verbis*:

> 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios

> constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

57. Em outras palavras, deve-se privilegiar a liberdade do detentor da atividade quanto à decisão sobre terceirizar ou não essas atividades. Essa racionalidade também está em linha com o contrato de concessão de distribuição, como veremos adiante, e com a norma contida no § 2º do art. 25 da Lei nº 8.987/1996, *verbis*:

> § 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

58. De acordo com as Unidades Técnicas da ANEEL, a cessão do espaço em infraestrutura estaria inserida num contexto diferente da terceirização das atividades relacionadas ao ativo de distribuição, a exemplo da manutenção dos postes.

> 115. Ou seja, o novo regulamento imporá obrigações às distribuidoras que sequer existiam antes, o que indica que a cessão de exploração comercial dos espaços em infraestrutura se insere em um contexto diferente da simples terceirização de atividades pelas distribuidoras.
>
> 116. Mais ainda, o próprio art.3º apresenta condições específicas a serem atendidas pela distribuidora na cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura, inaugurando requisitos que antes não precisavam necessariamente serem observados.

59. É possível que, em termos técnicos, essa atividade de gestão dos espaços dos ativos - para fins de possibilitar o compartilhamento dos pontos de fixação nos postes - envolva maior grau de complexidade ou tenha determinadas peculiaridades que a diferem das demais atividades que a distribuidora poderia terceirizar nos termos do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995.

60. Todavia, não me parece que, em termos jurídicos, o instituto tenha uma natureza distinta da terceirização prevista na Lei Geral de Concessões. Ela se operaria mediante o instituto da cessão de direitos, mas não deixa de ser uma terceirização de atividades inerentes à concessão, nos termos do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995.

61. No caso dos serviços regulados, todavia, permite-se que essas atividades sejam minimamente reguladas por contrato ou pela Agência Reguladora. É o que dispõe o § 3º do art. 25 da Lei nº 8.987/1996, *verbis*::

> § 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

62. Outrossim, pela proposta normativa, ainda que haja a cessão do direito de exploração do espaço, a cessão não alteraria "as obrigações da distribuidora de energia elétrica estabelecidas no contrato de concessão ou permissão celebrados com o Poder Concedente" e as condições técnicas e comerciais a serem observadas serão definidas em OREI.

63. Há uma contradição em termos, pois a cessão, que não deve alterar as obrigações da distribuidora de energia elétrica estabelecidas no contrato de concessão ou permissão celebrados com o Poder Concedente, se imposta como um dever genérico para toda e qualquer situação, altera, ainda que parcialmente, as condições originais do contrato.

64. Há, sim, uma possibilidade de que a ANEEL interfira na gestão dos postes pelas distribuidora, mas, apenas, excepcionalmente, para assegurar a regularidade (manutenção e adequação do serviço de distribuição) e a prevenção de abuso de direito, abuso de poder, e abuso de poder de mercado, que seriam condutas ilícitas e, portanto, passíveis de serem reguladas e prevenidas. Nesse sentido, deve o Poder Concedente ou a ANEEL atuar no exercício do seu poder regulatório e de polícia. Porém, não sendo este o caso, a regra é a de que a gestão dos ativos da concessão seja integralmente realizada pela distribuidora.

65. Também deve-se ter em mente que, pelo art. 11 da Lei nº 8.987/1996, as receitas oriundas de atividades acessórias devem contribuir para a modicidade tarifária do serviço público de distribuição de energia.

66. No caso do exercício do poder regulatório das Agências, evidentemente que os contratos de concessão estabelecem balizas para que sejam impostos deveres inerentes à garantia da adequabilidade da prestação do serviço concedido (art. 6º, Lei nº 8.987/1996). Outrossim, a criação desses deveres deve ter relação direta com as atribuições legais deferidas às Agências e às suas funções típicas.

67. Todavia, no caso em análise, noto que a proposta de redação final do ato normativo, *permissa vênia*, apresenta algumas incoerências a esse respeito. Vejamos:

- (i) **a imposição do dever em questão deveria ter relação direta com a exploração de um ativo da concessão de distribuição e, notadamente, com a prestação adequada do serviço de distribuição. A regulação dessa concessão não é de competência da ANATEL, mas apenas da ANEEL**

68. Primeiramente, observo que é preciso distinguir a cessão de uso do poste (o compartilhamento de infraestrutura em si mesmo) com a cessão de direito de exploração comercial do espaço em infraestrutura. São coisas diferentes.

69. Conforme indicou a Procuradoria da ANATEL no Parecer nº 377/2023, o compartilhamento de infraestrutura é um direito subjetivo das prestadoras de serviços de telecomunicações:

> 18. Segundo o Informe nº 68/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10578320), o art. 73 da Lei nº 9.472, de 1997 (Lei Geral das Telecomunicações - LGT), estabeleceu um direito subjetivo das prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo ao uso compartilhado da infraestrutura, o que, a contrario sensu, significa a criação de uma obrigação de cessão para os detentores de tais infraestruturas.
>
> 19. Ademais, tanto o serviço de distribuição de energia elétrica quanto os serviços de telecomunicações configuram serviços públicos, de relevância social, devendo ser prestados de forma adequada, com atendimento às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas, nos termos do art. 6º da Lei 8.987, de 1995, contando, para tanto, com arranjo regulatório, que estabelece direitos e obrigações a agentes desses diferentes setores.

70. A cessão de direito de exploração comercial do espaço em infraestrutura pode servir para facilitar o compartilhamento da infraestrutura com agentes que prestam serviços de telecomunicação, mas não se confunde com o compartilhamento da infraestrutura em si mesmo.

71. A proposta de ato normativo está a tratar de dois negócios jurídicos distintos: a cessão do direito de exploração do espaço da infraestrutura de distribuição e o compartilhamento da infraestrutura de distribuição com agentes do setor de telecomunicações.

72. E, em qualquer caso, estamos falando do compartilhamento de uma infraestrutura, que, embora útil para os serviços de telecomunicações, não é uma infraestrutura de telecomunicação, mas uma infraestrutura que configura um ativo do serviço público de distribuição de energia.

73. A edição do ato normativo, sob a perspectiva dos serviços de telecomunicações, encontra respaldo nos arts. 2º, 3º, 19 e art. 73 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações - LGT), no art. 6º da Lei nº 13.116/2015, e no Decreto nº 2.338/1997.

74. A Lei nº 13.116/2015, que estabeleceu normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações, em seu art. 14, trouxe previsão sobre a obrigação de compartilhamento da capacidade excedente da infraestrutura de suporte, definindo-o como "cessão, a título oneroso, de capacidade excedente da infraestrutura de suporte, para a prestação de serviços de telecomunicações por prestadoras de outros grupos econômicos" (art. 3º, inciso II).

75. Observa-se que a Lei nº 13.116/2015 volta-se precipuamente para o compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações. Ou seja, cuida daqueles casos em que um agente do setor de telecomunicações compartilha sua infraestrutura de suporte com outros agentes de telecomunicações. Vejamos:

> Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais aplicáveis ao processo de licenciamento, instalação e **compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações**, com o propósito de torná-lo compatível com o desenvolvimento socioeconômico do País.
>
> § 1º A gestão da infraestrutura de que trata o caput será realizada de forma a atender às metas sociais, econômicas e tecnológicas estabelecidas pelo poder público. (grifou-se)

76. Alguns conceitos informados nessa lei podem ser aproveitados, por analogia, em caso de omissão do regramento específico voltado para as concessões relativas aos serviços de energia elétrica. Não se pode olvidar, todavia, que é uma lei que resguarda o compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações e não se volta para a infraestrutura de distribuição de energia.

77. Então, por exemplo, o art. 3º da Lei nº 13.116/2015 informa que "capacidade excedente" seria a " infraestrutura de suporte instalada e não utilizada, total ou parcialmente, disponível para compartilhamento" e que o "compartilhamento de infraestrutura" consistiria na "cessão, a título oneroso, de capacidade excedente da infraestrutura de suporte, para a prestação de serviços de telecomunicações por prestadoras de outros grupos econômicos". Outrossim, indica que a " detentora" da infraestrutura a ser compartilhada é a "pessoa física ou jurídica que detém, administra ou controla, direta ou indiretamente, uma infraestrutura de suporte".

78. No caso dos autos, repise-se, a detentora da infraestrutura é a concessionária de distribuição e não um autorizado a prestar serviços de telecomunicações.

79. Esse fato é relevante para a separação das competências legais entre cada Agência Reguladora. Importante observar, nesse quesito, que a competência legal é irrenunciável (art.11[1] da Lei nº 9.784/1999) e, como regra, admite delegação quando existe algum grau de relação de hierarquia entre o órgão delegante e o receptor da delegação, ressalvada a existência de disposição legal expressa a respeito da possibilidade de delegação quando, entre os órgãos públicos, o vínculo que se forma é de mera coordenação (art. 12[2], Lei nº 9.784/1999). Todavia, não pode ser delegada a competência a edição de atos de caráter normativo e a decisão sobre matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

80. Quer dizer: nem ANEEL, nem ANATEL podem transferir, entre si, competências normativas relativas às matérias que dizem respeito a sua própria área de atuação. A primeira regula os serviços e atividades relacionadas à energia elétrica e a segunda, ao setor de telecomunicações.

81. Por outro lado, o regulamento conjunto não pode se prestar a transferir competências de uma a outra Agência. Embora a matéria seja disciplinada em conjunto, cada qual deve atuar conforme as atribuições legais que lhes foram conferidas individualmente.

82. De fato, pela Lei nº 13.848/2019, as Agências Reguladoras devem se articular, podendo editar atos normativos conjuntos:

> Art. 29. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.
>
> § 1º Os atos normativos conjuntos deverão ser aprovados pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada de cada agência reguladora envolvida, por procedimento idêntico ao de aprovação de ato normativo isolado, observando-se em cada agência as normas aplicáveis ao exercício da competência normativa previstas no respectivo regimento interno.
>
> (...)

83. Todavia, não pode haver renúncia de competências legais ou transferência de atribuições entre uma e outra Agência.

84. Portanto, eventuais deveres impostos às concessionárias de distribuição, ainda que se refiram à regulação do uso de ativos necessários à prestação de serviços de telecomunicações, está exclusivamente no âmbito da competência da ANEEL. É o compartilhamento do excedente de capacidade de eventual infraestrutura de telecomunicação que estaria no âmbito da competência da ANATEL, podendo também definir condições de compartilhamento de infraestrutura de outros setores, mas limitando-se a isso.

85. O parágrafo único do art. 73 estabelece que a ANATEL poderá definir as condições técnicas adequadas em que ocorrerá o compartilhamento da infraestrutura:

> Art. 73. (...)
>
> Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no *caput*.

86. Observa-se nitidamente que a razão de ser do dispositivo legal consiste em assegurar que não haja prejuízos aos serviços prestados pelo cessionário, mas, por outro lado, o cessionário não pode exercer esse direito de forma abusiva, porque esse fato configuraria um ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil:

> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

87. O opinativo técnico da ANEEL não indicou que o compartilhamento de infraestrutura somente se viabilizaria se houver a imposição para a distribuidora do dever de cessão do espaço em infraestrutura. Essa imposição, por conveniência técnica exclusiva dos serviços de telecomunicações, poderia, ao fundo e ao cabo, configurar o abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil.

88. Nesse sentido, é salutar que ANEEL e ANATEL interajam para que, no compartilhamento de infraestrutura relativa aos serviços de distribuição, não haja prejuízos para qualquer dos serviços regulados de interesse público, mas cada Agência deve, individualmente, disciplinar as atividades no seu âmbito de atuação.

89. Por essas razões, chamo a atenção, em caráter ilustrativo, para a proposta de redação do *caput* do art. 5º do regulamento conjunto.

> Art. 5º A ANEEL e a Anatel poderão determinar de forma conjunta a cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura pelas distribuidoras

90. Penso que a redação do *caput* do art. 5º da proposta normativa padece de vício de legalidade. Ainda que fosse possível impor o dever de cessão à distribuidora, essa imposição deveria derivar de uma decisão da ANEEL, instituição legalmente

competente para regulação do serviço público de distribuição. A ANATEL não teria, a meu ver, competência legal para realizar qualquer ingerência nos ativos de distribuição, mas apenas para regular condições técnicas e alguns aspectos econômicos para que possam ser compartilhados com agentes de telecomunicações.

91. Sugiro, nesse ponto, que haja uma reavaliação da proposta normativa no sentido de averiguar quais aspectos estariam inseridos no âmbito da competência da ANEEL e quais elementos estariam sob o crivo da regulação da ANATEL, procedendo-se às devidas adequações.

92. Assim, neste ponto, há problemas legais relacionados a competência de cada Agência. É grave admitir que a ANATEL poderia impor um dever ou uma obrigação para uma dada concessionária de distribuição que firmou um contrato diretamente com a União (Poder Concedente) ou por intermédio da ANEEL.

- (ii) **é o próprio contrato de concessão de distribuição que faculta às distribuidoras a livre gestão do seu negócio** (inclusive, dos seus ativos, desde que não haja comprometimento da prestação do serviço público).

93. A livre gestão do negócio de distribuição, o que inclui as atividades mencionadas no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/1996, cuja terceirização funda-se na liberdade econômica do detentor da infraestrutura, é uma potestade, uma faculdade ou uma prerrogativa assegurada à concessionária de distribuição por força dos contratos. Esse fato jurídico é expressamente reconhecido pelas Unidades Técnicas da ANEEL:

> 70. A esses elementos se soma o próprio contrato de concessão/permissão das distribuidoras, que prevê que as concessionárias/permissionárias terão ampla liberdade na direção de seus negócios. Para exemplificar esse ponto, apresenta-se abaixo o caput da cláusula segundado contrato de concessão da Neoenergia Distribuição Brasília, contrato nº 66/99 – ANEEL:
>
> "Na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, referido neste Contrato, a CONCESSIONÁRIA terá **ampla liberdade na direção de seus negócios, investimentos, pessoal, material e tecnologia**, observadas as prescrições deste Contrato, da legislação específica, das normas regulamentares e das instruções e determinações do PODER CONCEDENTE e da ANEEL." (Grifo Nosso)
>
> (...)
>
> 80. Outro ponto relevante é que o poste é ativo vinculado à prestação do serviço de distribuição, ativo que consta nos contratos de concessão/permissão das distribuidoras. Assim sendo, em última instância, a responsabilidade pela gestão desse ativo é da distribuidora, cabendo a ela decidir qual o melhor modelo e quais riscos devem ser assumidos nessa gestão.

94. Portanto, a regulação das concessões de distribuição, também disciplinadas por contrato, impedem que se imponha um dever de ceder os espaços em infraestrutura por motivo de conveniência técnica relacionada à prestação de serviços de telecomunicações. O que poderia eventualmente justificar uma imposição nesse sentido seria a necessidade de manter a adequação da prestação dos serviços de distribuição.

95. É verdade que o art. 73 da LGT assegura, aos prestadores de serviços de telecomunicações o acesso à infraestrutura eventualmente disponível na prestação de outros serviços de interesse público, o que inclui os serviços de distribuição. Vejamos:

> 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. (Vide Lei nº 11.934, de 2009)

96. O que está assegurado, no entanto, é o compartilhamento da infraestrutura e não propriamente a cessão dos espaços em infraestrutura para exploração de terceiros.

97. Não tenho dúvidas de que, havendo a capacidade excedente no ativo, o compartilhamento da infraestrutura deve ser permitido, nos termos do art. 73 da LGT. Porém, não há uma norma legal que imponha a cessão do espaço em infraestrutura.

- (iii) **a imposição de um dever de cessão dos espaços em infraestrutura para exploração de terceiros pode ensejar insegurança, incentivar conflitos entre o explorador terceirizado e a própria distribuidora, e estimular o exercício de poder de mercado pelo terceirizado**

98. Por outro lado, a possibilidade de elaboração de OREI pela cessionária, da forma como prevista, parece ensejar algum nível de insegurança técnica, já que a norma prevê que a proposta poderia ser tacitamente homologada no âmbito das Agências.

99. Assim, mesmo que a cessionária esteja sujeita a determinadas condições técnicas (§1º do art. 3º) e a distribuidora defina critérios técnicos a serem observados no instrumento contratual que permite a cessão, nos termos do inciso VII do § 4º do art. 3º, ao menos em tese, a cessionária teria espaço para discordância, na medida em que a regra do *caput* do art. 3º está obrigando a distribuidora a ceder o espaço.

100. O dever de cessão, dessa forma, pode inverter os efeitos do poder monopolista da distribuidora para transferi-lo para a cessionária, com o agravante de que o poste é um bem servível para a concessão de distribuição.

101. Não há esclarecimentos sobre o que poderia ser feito para que, no ínterim entre a homologação e eventual avaliação da proposta pelas Agências, não haja algum nível de comprometimento para a operação e manutenção dos ativos de distribuição.

102. Infere-se que essa seria uma obrigação da distribuidora ao firmar o ato de cessão: colocar travas de natureza técnica nos instrumentos negociais para impedir que haja prejuízo à prestação do serviço de distribuição, mas, com a imposição de um dever, a proposta normativa pode ensejar uma espécie de *hold up* em detrimento da concessionária de distribuição.

103. Ademais, se as travas não forem suficientes e a distribuidora entender que as condições estabelecidas na OREI elaborada pela cessionária (do espaço) estejam inadequadas, só lhe restará provocar e aguardar a resolução do problema pela Comissão de Resolução de Conflitos (art. 2º[3], Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001 - Aneel, Anatel e ANP).

104. Em outras palavras, se a distribuidora tem um dever, seu poder de barganha tende a ficar consideravelmente reduzido em face do explorador terceirizado do espaço em infraestrutura.

105. Parece-me que, neste ponto, há também uma contradição, já que se, por um lado, a distribuidora terá liberdade para definir as condições ou elementos necessários à cessão, ela fica obrigada a ceder. Indaga-se: como deverá ser dado tratamento à questão se o cessionário não concordar com as condições impostas pela distribuidora? Ou, ainda, se o cessionário firma o termo de cessão com a distribuidora mas simplesmente ignora seus deveres contratualmente assumidos?

106. Observa-se, ainda, que o terceirizado que ficaria responsável pela exploração do espaço em infraestrutura não deve ser um agente de telecomunicações ou um concessionário de distribuição, conforme esclarecido na Nota Técnica nº 88/2023-

STD/SMA/ANEEL:

> 107. Outro aspecto importante desse procedimento de chamamento público é que deve ficar expresso no texto normativo de que só podem ser habilitados interessados que não façam parte de grupos econômicos de distribuidoras ou de empresas de telecomunicações que prestam serviços a consumidores finais. Essa condição se alinha às contribuições de distribuidoras e de prestadoras de serviços de telecomunicações de pequeno porte quanto à importância da neutralidade do gestor do poste.

107. De fato, esse agente, que apenas disponibiliza um insumo para que ocorra a telecomunicação, não se caracterizaria, em princípio, como um agente que necessitaria de outorga para prestação desse serviço. A LGT define o que configuraria o serviço de telecomunicações, *verbis*:

> Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.
>
> § 1° Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

108. Ao que tudo indica, o explorador do espaço poderia oferecer, além do ponto de fixação, o insumo para prestação do serviço de telecomunicações, mas não seria, ele mesmo, um prestador do serviço de telecomunicações.

109. Do mesmo modo, não seria um concessionário de distribuição. Com efeito, a terceirização é possível, uma vez que admitida em lei, mas, se percebe que a imposição do dever de ceder o espaço a esse sujeito transferiria a gestão dos ativos da distribuidora, agente regulado, a um agente não regulado, seja pela ANEEL, seja pela ANATEL.

110. Essa determinação sujeitaria a distribuidora ao poder de barganha desse agente não regulado, ao tempo em que a manteria responsável por eventual má gestão desses ativos, inerentes à prestação do serviço, que viesse a comprometer o próprio serviço de distribuição ou, até mesmo, o compartilhamento do ativo. Ela tem tais obrigações, a de prestar o serviço adequado e a de compartilhar a infraestrutura, por força do contrato. Nesse sentido, é uma premissa que ofenderia o principio geral de boa-fé.

111. A lógica seria diferente, no entanto, se a opção pela terceirização competisse à própria concessionária de distribuição. Essa é a racionalidade do contrato de concessão desse serviço.

- (iv) **a questão da eficiência**

112. Pelo que consta da NUP 53500.014686/2018-89, uma das preocupações da ANATEL para a proposta de cessão do espaço em infraestrutura era assegurar eficiência na gestão dos pontos de fixação nos postes. Vejamos:

> PARECER n. 00266/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU
>
> 36. Quanto a esse aspecto, a área técnica, na AIR, assim se manifestou:
>
> **AIR**
>
> (...)
>
> Atualmente, a distribuidora de energia elétrica dispõe de espaços limitados nos postes destinados à ocupação pelas redes aéreas de telecomunicações, os quais são cedidos às prestadoras de serviços de telecomunicações mediante contrapartida pecuniária.
>
> No entanto, conforme exposto em outras seções deste documento, o atual modelo de exploração vem apresentando algumas deficiências, como ocupações irregulares dos pontos de fixação e saturação da ocupação dos postes. Note-se que o negócio principal da detentora dos postes é a distribuição de energia elétrica, não possuindo o corpo de funcionários mais adequadamente preparado para a manutenção de redes de telecomunicações assim como também possui dificuldades em coordenar os agentes responsáveis pelas redes de telecomunicações para fins de manutenção e/ou regularização.
>
> Neste cenário, verifica-se que as distribuidoras têm obtido uma receita inferior àquela formalmente devida, demonstrando que a gestão destes ativos não tem ocorrido da forma mais adequada. Cumpre, portanto, refletir acerca da necessidade de mudança no modelo de exploração das faixas de ocupação de forma a permitir uma utilização mais eficiente destes recursos. Isto se torna ainda mais importante em um momento que a política pública tem priorizado a massificação do acesso à banda larga fixa e também em período que antecede a implantação da telefonia móvel de quinta geração (5G), onde será necessária a instalação de uma alta densidade de estações rádio base, tendo em vista as características desta nova tecnologia.
>
> Diante desta possibilidade, tem-se como exemplo o ocorrido no setor de telecomunicações, em que se observou uma desverticalização no mercado de torres, com o aparecimento das empresas chamadas de "torreiras". De forma análoga às infraestruturas tratadas nessa AIR, as torres são consideradas infraestruturas de suporte às redes de telecomunicações. São estruturas utilizadas para instalação de antenas emissoras de radiofrequência na altura necessária. Trata-se de uma infraestrutura comumente compartilhada entre duas ou mais prestadoras, visto que o compartilhamento reduz o custo de utilização por prestadora, promovendo a utilização mais eficiente dos espaços disponíveis em uma só infraestrutura.
>
> Sabe-se ainda que a instalação e manutenção destas infraestruturas não é tarefa trivial considerando que a competência para regulamentar as condições de instalação deste ativo é municipal, acarretando uma regulamentação esparsa e distinta ao longo de todo o território brasileiro. Portanto, neste movimento de mercado, objetivou-se um ganho de eficiência na gestão destes recursos uma vez que a prestadora pôde obter vantagens por concentrar esforços em seu negócio principal (prover serviços de telecomunicações) enquanto o ente responsável pela administração das torres, por se especializar neste mercado, possui mais facilidade de gerir o ativo e coordenar sua utilização por vários interessados. Neste contexto, vislumbra-se a análise de modelo alternativo de gestão de infraestruturas compartilháveis para tornar a utilização deste recurso mais eficiente e alinhada com o interesse público.
>
> 37. Vislumbrou-se, assim, que o problema a ser solucionado consistiria justamente na observação de deficiências e ineficiências na gestão de tais ativos. De se notar, ainda, que a gestão adequada e eficiente de tais recursos (pontos de fixação nos postes e energia elétrica) não é interesse apenas da distribuidora de energia elétrica, mas, igualmente, das prestadoras de serviços de telecomunicações, uma vez que pode gerar ganho de eficiência que será refletido em ambos os setores.

38. Assim, propõe-se que a exploração desses ativos seja possibilitadas a entes terceiros. Tal opção encontra-se refletida no art. 3º da minuta de Resolução, in verbis:

Minuta de Resolução

Art. 3º A distribuidora de energia elétrica pode ceder o direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura.

§ 1º Na cessão que trata o caput, a cessionária estará sujeita às regulamentações setoriais e às condições técnicas aplicáveis, inclusive aquelas estabelecidas pela distribuidora de energia elétrica cedente.

§ 2º A cessão de que trata o caput não isenta ou diminui as obrigações da distribuidora de energia elétrica estabelecidas no contrato de concessão ou permissão celebrados com o Poder Concedente.

39. Na AIR, o corpo especializado assim justificou a opção escolhida:

AIR

A presente alternativa propõe a possibilidade de que entes terceiros sejam responsáveis pela administração das infraestruturas a serem utilizadas pelas empresas de telecomunicações. Neste novo cenário, há potenciais ganhos tanto para a distribuidora de energia elétrica, que poderá concentrar seus esforços de gestão em seu negócio principal, quanto para a entidade terceira que passaria a administrar as infraestruturas, que, com os ganhos de especialização neste mercado, poderia tornar a gestão dos recursos mais eficiente, tornando este modelo de negócios atrativo.

É importante ressaltar que neste cenário o ente terceiro, além de zelar pelo cumprimento das condições e obrigações contratuais, estaria sujeito à regulamentação setorial aplicável, na qual se inclui, entre outros, a regularização da infraestrutura, ocupação adequada e regulação de preço, aspecto este tratado em outra seção desta AIR.

40. Nesse cenário, esta Procuradoria constata que a AIR encontra-se devidamente motivada; no entanto, cabe alertar que tal proposta parece mais afeita ao espectro de atribuições da ANEEL. (Grifou-se)

113. Nessa linha, ao que tudo indica, a análise de ganhos de eficiência promovida no AIR da ANATEL envolvia a **possibilidade** de cessão do espaço e não o dever de cessão.

114. Posteriormente, a Procuradoria da ANATEL anotou a alteração da proposta normativa para impor uma obrigação à distribuidora. Vejamos:

PARECER n. 00377/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU

12. Quanto às alterações meritórias, depreende-se das justificativas apresentadas pelo Informe nº 68/2023/PRRE/SPR (SEInº 10578320) se referirem, em suma, a ajustes no modelo de exploração de espaços em infraestrutura.

13. Para melhor compreensão, serão transcritos os trechos correspondentes da "Minuta de Resolução com marcas derevisão" (SEI nº 10582894), seguidos de sua análise, iniciando-se com a nova redação do caput do art. 3º:

CAPÍTULO III
DA OCUPAÇÃO
SEÇÃO I
CONDIÇÕES GERAIS DE OCUPAÇÃO

Art. 3º A distribuidora de energia elétrica ~~poderá~~deverá ceder o direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura, sempre que houver interessados, nos termos do art. 31.

14. Quando da análise da proposta pelo PARECER n. 00266/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 5468380), prévia à consulta pública, apresentou-se a justificativa constante da Análise de Impacto Regulatório (AIR) para o **modelo proposto de gestão adequada e eficiente dos pontos de fixação nos postes através da viabilização de sua exploração por terceiros**, entendendo-se a AIR devidamente motivada, embora fosse questão mais afeita ao espectro de atribuições da ANEEL:

(...)

15. A alteração realizada na presente oportunidade guarda correspondência com essa motivação da AIR.

16. No entanto, a previsão de cessão da exploração dos Espaços de Infraestrutura a terceiros passou de uma faculdade a uma obrigação, sempre que houver interessados aptos ao seu exercício, selecionados mediante chamamento público conjunto entre as Agências, que definirão as condições técnicas, jurídicas e econômicas de participação, bem como as áreas de exploração, exclusivo para agentes que não pertençam a grupos detentores de outorga de serviços de telecomunicações ou de distribuição de energia elétrica.

17. Ressalva-se, no entanto, que a Exploradora de Infraestrutura deverá repassar a parcela dos valores recebidos pela exploração comercial que cabe à distribuidora de energia elétrica, segundo preço definido pela ANEEL, com base na metodologia estabelecida em conjunto com a Anatel (§ 3º do art. 3º).

(...)

20. No mesmo sentido, o citado Informe esclarece ser o poste um ativo com características de bem público, cujo uso compartilhado revela-se como medida de racionalidade e eficiência, beneficiando, em última análise, a coletividade. E, por outro lado, restrições injustificadas de acesso a esse ativo podem gerar barreiras à entrada no mercado de telecomunicações e produzir danos concorrenciais.

21. É nesse contexto, acompanhado de um quadro de constatação de deficiência do atual modelo para se alcançar os citados objetivos normativos, que o Informe reforça os mecanismos agora propostos, que visam a estabelecer a cessão do direito de exploração comercial dos Espaços em Infraestrutura, sempre que houver interessados aptos à sua adequada gestão:

3.32. Conforme apontado no Relatório de Análise de Impacto Regulatório, **foram identificadas diversas**

> **deficiências no atual modelo de exploração como ocupações irregulares e a saturação da ocupação dos postes, destacando-se que o negócio principal da detentora dos postes é a distribuição de energia elétrica, não possuindo a expertise nem o corpo técnico para realizar a manutenção das redes de telecomunicações instaladas. Outra fragilidade identificada é a incapacidade de a distribuidora coordenar com os diversos agentes prestadores de serviços de telecomunicações**.
>
> 3.33. Desta forma, **identifica-se o presente momento de revisão regulamentar como estratégico no estabelecimento dos incentivos e na reorganização dos arranjos entre os agentes na complexa dinâmica de compartilhamento desta infraestrutura**. Assim como o efeito de desverticalização observado no mercado de torres, no setor de telecomunicações, o qual é considerado exitoso, a presente proposta almeja promover movimento similar no mercado de postes, guardadas as especificidades, visando à gestão otimizada deste ativo. Portanto, julga-se oportuno ajustar a proposta para reforçar a efetividade do novo regramento, tendo em vista as evidências levantadas pelo diagnóstico elaborado à guisa de análise de impacto regulatório. Assim, modificou-se o art. 3º de forma a estabelecer a obrigatoriedade da cessão na existência de interessados.
>
> 3.34. Desse modo, de acordo com a proposta consensada entre as Agências, o direito de exploração objeto da cessão alcança somente o espaço destinado nos postes das distribuidoras para ocupação pelas redes de telecomunicações, devendo, a Anatel e a ANEEL, garantirem a adequada qualificação do agente elegível para tal exploração comercial de infraestrutura tão essencial. Da mesma forma, as Agências devem zelar pela adequada e regular atuação das cessionárias do espaço compartilhável, de modo que, a qualquer momento, caso não sejam atendidos os termos do instrumento de cessão do direito de exploração do espaço em infraestrutura, a distribuidora poderá rescindir o relacionamento com a atual exploradora, retomando o direito de exploração, até que novo Chamamento Público seja realizado para seleção de outro agente. (Grifou-se)
>
> 22. Verificam-se, portanto, que as razões técnicas para o ajuste se baseiam em valores e finalidades que fundamentam a proposta, conforme constantes do AIR.
>
> 23. Acerca dos fundamentos jurídicos da previsão, o Informe nº 68/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10578320) trouxe tópico específico, que se entende pertinente transcrever, diante de seus termos esclarecedores:
>
> (...)

115. Conforme esclarecido no Parecer n.º 377/2023 da PF-ANATEL, o poste seria "um ativo com características de bem público", mas, é bom ressalvar, um ativo que integra a concessão de distribuição de energia elétrica, sendo regido por esse contrato. Não se nega, outrossim, que "o uso compartilhado revela-se como medida de racionalidade e eficiência, beneficiando, em última análise, a coletividade"; também é verdade que "restrições injustificadas de acesso a esse ativo podem gerar barreiras à entrada no mercado de telecomunicações e produzir danos concorrenciais".

116. Todavia, o que não está evidenciado na instrução do processo no âmbito da ANEEL é que a gestão do espaço desses ativos diretamente pela distribuidora esteja necessariamente impedindo o compartilhamento da infraestrutura ou criando restrições injustificadas de acesso. Ao contrário, o que se nota é a ocupação irregular pelas prestadoras de serviços de telecomunicações e não propriamente uma restrição de acesso.

117. As Unidades Técnicas destacaram que apenas algumas, das mais de cem distribuidoras, adotam postura abusivas na condução da atividade de compartilhamento, mas, por outro lado, tem crescido a ocupação desordenada dos postes. Esse crescimento estaria a demonstrar que a atuação preventiva das distribuidoras não tem sido eficaz:

> 83. Por outro lado, não se pode desconsiderar que as distribuidoras são monopolistas na gestão dos postes, que há evidências de comportamento abusivo por parte de algumas dessas empresas na condução da atividade de compartilhamento e que o que se verifica até hoje é um crescimento da ocupação desordenada dos postes, **indicando a ineficácia da atuação de algumas dessas empresas**. Ou seja, a possibilidade de cessão do direito de exploração comercial não pode ser instituída pelo regulador sem que sejam impostas restrições ou ferramentas de controle.
>
> 84. Esse aspecto é ainda mais relevante ao se considerar que não há restrição para que a exploração comercial de espaços em infraestrutura seja executada por uma empresa do grupo econômico da distribuidora, abrindo espaço para um elevado poder de mercado desses agentes e, assim, adoção de condutas não isonômicas pelas distribuidoras. (grifou-se)

118. Não se nega que há espaço para abuso de poder de mercado, mas, também, não se reconhece que a imposição da cessão seja a medida adequada e mais eficiente para toda e qualquer área de concessão. Ao que tudo indica, acredita-se que seja eficaz em algumas concessões, mas, para tantas outras, não seria possível fazer a mesma afirmação com veemência.

119. Por outro lado, as Unidades Técnicas da ANEEL observaram que tem havido "experiências exitosas de atuação das distribuidoras na atividade de compartilhamento de infraestrutura, com relacionamento harmonioso com o setor de telecomunicações". Confira-se:

> 78. A rigor, não se pode desconsiderar que já existem experiências exitosas de atuação das distribuidoras na atividade de compartilhamento de infraestrutura, com relacionamento harmonioso com o setor de telecomunicações, uso de novas tecnologias, isonomia nos preços cobrados, atuação regular em fiscalização, dentre outros aspectos. Nesses casos, o problema de ocupação desordenada de postes é menos grave do que o verificado em áreas de concessão/permissão em que a distribuidora adota uma postura diferente.

120. E também foram assertivas ao afirmar que a cessão da exploração comercial de espaços em infraestrutura não é medida imprescindível à regularização da ocupação dos pontos de fixação:

> 77. Portanto, é errada a visão de que a regularização dos postes só será alcançada se houver a cessão da exploração comercial de espaços em infraestrutura. Também não se pode assumir já no início do processo que as distribuidoras que optarem por atuar diretamente na atividade de compartilhamento não cumprirão com suas obrigações.
>
> (...)
>
> 79. Para essas distribuidoras que alcançaram experiências exitosas, o diagnóstico atual é de atuação mais conforme, atestando a capacidade de responder às novas obrigações, metas e ritos. Para esses casos, qual o benefício de se retirar da distribuidora a possibilidade de escolher o melhor modelo para sua área de atuação?

121. Outro problema suscitado pela ANATEL diz respeito ao fato de a distribuidora não possuir a *expertise* nem o corpo técnico para realizar a manutenção das redes de telecomunicações instaladas.

122. Na verdade, não consigo compreender em que medida essa *expertise* deveria ser uma obrigação da distribuidora para fins de impedir que a própria distribuidora compartilhasse espaços inseridos no ativo que utiliza para a prestação do serviço público de distribuição de energia. Ora, ao compartilhar a sua infraestrutura, não me parece que seja uma obrigação da distribuidora operar e manter as redes de telecomunicações.

123. Salvo melhor juízo, a manutenção de redes de telecomunicações não está no elenco de atividades acessórias de obrigação da distribuidora. Se não há um dever, não pode haver uma consequência jurídica que equivaleria a um ônus para a distribuidora. Algo assim não teria, em princípio, uma racionalidade jurídica.

124. Não temos conhecimento técnico de engenharia, notadamente de engenharia de redes, mas convém levantar alguns questionamentos a esse respeito, uma vez que não localizei nos autos uma explicação racional para essas dúvidas.

125. Observa-se que, quanto aos serviços de telecomunicações, ainda que usufruam do compartilhamento da infraestrutura de distribuição, é das próprias operadoras de telecomunicações a responsabilidade precípua pela manutenção da sua infraestrutura de redes.

126. Se o objetivo da ANATEL, ao levantar essa questão, seria o de que, na perspectiva das prestadoras de serviço de telecomunicações, repassar isso ao "gestor" do poste (pretensamente a pessoa jurídica que deveria gerir o espaço cedido), poderia ser uma vantagem em termos de ganho de escala, essa justificativa, por si só, não autoriza a imposição, para a concessionária de distribuição, de deveres (como o de cessão do espaço) não disciplinados no seu contrato.

127. Ainda que haja uma pretensa justificativa técnica, no âmbito do setor de telecomunicações, para a cessão do espaço em infraestrutura de transporte de energia, não há autorização legal para essa imposição de forma indiscriminada.

128. Ademais, pela Lei nº 13.116/2015 (art. 14), as próprias operadoras de telecomunicações teriam a obrigação de compartilhar entre elas a sua infraestrutura de suporte. Assim, se for tecnicamente possível compartilhar a fibra da rede que se beneficia do ponto de fixação do poste da distribuidora, essa terceirização - para fins de ganho de escala - poderia, em princípio, ser realizada no âmbito do próprio setor de telecomunicações. Não há, nos autos, um indicativo de que esse ganho de escala somente seria possível com a imposição, para a distribuidora, da cessão do espaço da sua infraestrutura.

129. Diante desse quadro, ficam as questões: por que não ceder a fibra que ocupa o ponto de fixação já compartilhado pela distribuidora com as operadoras de telecomunicações, resolvendo-se o incentivo à eficiência com ganho de escala no âmbito do próprio setor de telecomunicações? Se o problema de escala poderia ser resolvido entre os próprios agentes do setor de telecomunicações, haveria necessidade de envolver um agente externo (a distribuidora) ainda que sob risco de criar externalidades negativas para os consumidores de energia?

130. Também, em contraposição ao que foi trazido pela ANATEL, as Unidades Técnicas da ANEEL informaram que "em algumas regiões a distribuidora é o único agente especializado na gestão de postes".

131. Outrossim, incentivar um rearranjo na exploração do espaço em infraestrutura é algo bem distinto de impor esse rearranjo ou de impor como ele deve ocorrer. A possibilidade incentiva, conforme justificativa apresentada no AIR, mas o dever, impõe (se é imposto, não precisa ser incentivado regulatoriamente, mas fiscalizado e punido o seu eventual descumprimento).

132. Ademais, em contraposição ao entendimento da ANATEL, as Unidades Técnicas da ANEEL expuseram que o problema da ocupação irregular dos postes é complexo e que a imposição de um dever de cessão (ou mesmo a mera possibilidade) não seria realmente uma “bala de prata” para a solução desse problema:

> 65. Com efeito, dada a diversidade das áreas de atuação das distribuidoras e a complexidade do problema a ser enfrentado, entende-se que não existe “bala de prata” a ser utilizada. Importa registrar que existem mais de 100 distribuidoras atuando no país, algumas atendendo milhões de unidades consumidoras, outras atendendo poucos milhares. Ainda, existem áreas de atuação de distribuidoras caracterizadas por regiões predominantemente rurais e existem distribuidoras que atuam em áreas quase totalmente urbanas.

133. Ora, se, muitas vezes, nem as próprias distribuidoras conseguem lidar com as complexidades inerentes a sua área de concessão, não há evidências, ao menos nestes autos, de que o "posteiro" faria um trabalho melhor.

134. Outrossim, a Unidade Técnica da ANEEL esclarece que tanto o "posteiro" quanto à concessionária de distribuição, ao buscarem a regularização dos espaços, passariam por um processo de aprendizado paulatino.

> 67. Outro elemento importante que sustenta a importância de se manter prerrogativa da distribuidora, na forma de uma possibilidade, é que o processo de regularização da situação atual vai evoluir de forma paulatina, à taxa de 2 a 3% dos postes da distribuidora ao ano. Nesse contexto, haverá uma curva de aprendizado por parte dos agentes e, ao mesmo tempo, envolvimento de novos agentes ao longo do processo.

135. Ora, se há discordância técnica nesse ponto entre ANEEL e ANATEL, não me parece que esteja evidente ou seja de clareza solar que a terceirização será efetivamente o remédio mais eficiente para tratamento da questão da regularização dos espaços.

136. O fato de a desverticalização ter sido proveitosa no setor de telecomunicações não necessariamente comprova que o mesmo ocorrerá no âmbito das concessões de distribuição. Pode ser um indício, mas não uma inferência certa. Permissa vênia, a justificativa indicada apresenta uma correlação e não necessariamente uma relação de causa e efeito se consideramos as complexidades inerentes a cada área de concessão de distribuição.

137. De novo, por se tratar da gestão de aspectos relativos ao negócio da distribuidora, pode-se ainda argumentar que a concessionária tende a ter mais condições de avaliar quando, em termos de eficiência, a terceirização seria mais benéfica ou não.

138. Depois daqueles argumentos apresentados pela ANATEL, a Agência segue ponderando sobre a aplicação do princípio da eficiência e sua incidência sobre as concessões de distribuição quanto à atividade de compartilhamento de infraestrutura. Vejamos a citação que foi referenciada no Parecer n.º 377/2023 da PF-ANATEL:

> **Da cessão do direito de exploração dos espaços em infraestrutura**
>
> 3.36. Inicialmente, temos que o texto constitucional é claro quando dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes deve observância ao princípio da eficiência (art. 37, caput). Por eficiência tem-se que a atividade administrativa deve ser desenvolvida “do modo mais congruente, mais oportuno, mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis com os mais idôneos para tanto” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, São Paulo, 26 ed. 2009, p. 122).
>
> 3.37. Nesse mesmo sentido, **a Constituição prevê que incumbe ao Poder Público, diretamente ou mediante concessão, prestar serviço público, na forma da lei, que reiterará a obrigatoriedade de que os serviços públicos sejam mantidos de forma adequada (art. 175)**. O art. 6º, § 1º da lei 8.987/95, por sua vez, explicita o que se entende por serviço público adequado.
>
> 3.38. **Assim, seja por determinação implícita na Constituição Federal ou pelo definido no artigo 6º, § 1º da lei 8.987/95, se o compartilhamento de infraestrutura tiver como consequência ganhos operacionais, os agentes, incluindo do setor elétrico, têm a obrigatoriedade de celebrar instrumentos de permitam maior eficiência no compartilhamento de infraestrutura**.
>
> 3.39. Não obstante, faz-se necessário trazermos à discussão o princípio constitucional da legalidade dos atos da Administração Pública (art. 37) e a garantia fundamental da liberdade (art. 5º, II): aos particulares somente é

> defeso fazer o previsto em lei, sendo que, em sentido oposto, à Administração Pública é proibida a prática de qualquer ato sem lastro legislativo constitucionalmente válido. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros, São Paulo, 26 ed. 2006) que:
>
> "A idéia de liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima. (2006, p. 237)"
>
> 3.40. Assim, muito embora esteja-se atento ao poder que dispõe a Administração Pública para alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares (MELLO, p. 724), tal prerrogativa deve ser entendida à luz dos próprios limites impostos à Administração Pública: "a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja" (MELLO, p. 102)
>
> 3.41. No entanto, **o acesso à infraestrutura, em especial aos postes de energia elétrica, bem essencial e escasso, é um direito das prestadoras de serviços de telecomunicações, não podendo as distribuidoras de energia elétrica se negar a fazê-lo. Em termos específicos, o comando do art. 73 da LGT impõe o compartilhamento da infraestrutura de postes de energia elétrica devido ao direito que as prestadoras tem de sua utilização, nos termos de todo o exposto anteriormente, devendo as Agências regulamentar a forma como se dará esse compartilhamento. Note-se que a presente proposta assim o faz na medida em que estabelece os condicionamentos para o que compartilhamento ocorra, sendo a exploradora cessionária um agente intermediário destinado a promover eficiência na dinâmica do compartilhamento. Destaca-se novamente que, na hipótese de cessão do direito de uso, a distribuidora continua sendo a proprietária do ativo, devendo auferir as devidas receitas provenientes da cessionária**.
>
> 3.42. Adicionalmente, temos que a atuação da Administração Pública deve ser guiada pelo interesse público, o qual pode ser definido, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, como a "dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade" (2009, p. 60).
>
> 3.43. Isto posto, **tem-se claro que o interesse público é a prestação do serviço de maneira eficiente e a preços razoáveis, o que se espera que seja adimplido com a cessão do direito de exploração comercial dos espaços em infraestrutura, permitindo que o compartilhamento dessa infraestrutura seja, de fato, feito em termos mais eficientes, ao contrário do status quo, pois promoverá uma harmonização operacional e a regularização do passivo de ocupação dos postes, resultando assim em maior qualidade e segurança tanto dos serviços de telecomunicações quanto dos serviços de distribuição de energia elétrica, já que haveria maior estímulo para que os postes de energia elétrica sejam ocupados de forma ordenada e racional, e a infraestrutura de telecomunicações utilizada de modo mais eficiente**.
>
> 3.44. Ante o exposto, **tem-se que o compartilhamento de infraestrutura, por meio da cessão do direito de exploração dos espaços em infraestrutura, não encontra óbices legais e, à luz do preceito constitucional da eficiência, é obrigatório se feito em conjunto a um controle que garanta a individualidade das concessões e a adequada prestação dos serviços públicos, ou seja, que a cessão do direito de exploração dos espaços em infraestrutura seja feito por distribuidora de energia elétrica, e os controles dessa cessão sejam desenhados pelo poder público, no caso em tela, no Regulamento em discussão**. (Grifou-se)

139. À toda evidência, o princípio da eficiência administrativa é um dos postulados que deve ser observados no âmbito da regulação de infraestrutura, mas ele não se presta para justificar, genericamente, alterações impositivas nos contratos de concessão de distribuição. Por sua vez, não pode ser aplicado isoladamente, considerando apenas o disposto no art. 73 da LGT sem uma avaliação mais detida do que dispõe os contratos, cujas regras também encontram proteção em outros postulados constitucionais, como o do ato jurídico perfeito e o da irretroatividade das normas.

140. Nesse sentido, deveras entendo que a avaliação consequêncialista da proposta normativa é necessária. Aliás, essa tem sido uma exigência que decorre das transformações ocorridas no direito administrativo e de que são exemplos as alterações produzidas na LINDB.

141. Todavia, é preciso reconhecer que a racionalidade da regulação das concessões de distribuição também segue a lógica de incentivos com fins de obtenção de resultados eficientes. E, dentro dessa racionalidade de incentivos à eficiência, o contrato de concessão estabeleceu que a gestão do serviço e dos ativos a ele relacionados ficaria a cargo da distribuidora. Trata-se de uma obrigação imposta à concessionária, mas, também, de uma prerrogativa de realizar suas próprias escolhas gerenciais.

142. Portanto, a produção de ato normativo que preze pela eficiência é um dever da Administração. Todavia, há relevantes controvérsias entre os opinativos técnicos produzidos pela ANEEL e aqueles elaborados pela ANATEL quanto a este quesito, o que não permite afirmar que esse postulado será, de fato, atingido com a imposição do dever de cessão do espaço em infraestrutura.

143. Observa-se que está evidente a divergência de entendimento entre as Agências Reguladoras, pois enquanto a ANATEL propõe uma redação que estabelece o dever de cessão do espaço em infraestrutura, a ANEEL defende seu caráter facultativo. Vejamos o posicionamento da ANEEL:

> 124. Voltando-se à análise das contribuições quanto aos modelos de exploração, com base no que foi acima exposto, não se acatou a sugestão de excluir a possibilidade de cessão da exploração comercial, enfatizando-se que tal faculdade seria da distribuidora de energia elétrica, de forma a incentivar a busca de novos modelos que permitam mitigar as dificuldades identificadas na Análise de Impacto Regulatório e instrução da Consulta Pública. Assim, acatou-se a sugestão das distribuidoras de energia elétrica no sentido de **manter o caráter facultativo** da cessão do direito de exploração comercial dos espaços em infraestrutura.

144. Essa divergência também foi expressamente reconhecida no Memorando nº 355/2023 - UORG/ANEEL, que encaminha a consulta à Procuradoria. Confira-se:

> (...)
>
> 10. Entendimento diverso é apresentado pelas áreas técnicas da Anatel, que, ao entender que não é necessário deixar expresso esse entendimento, propõe que o art. 3º não conte com esse parágrafo. Como resultado, o texto encaminhado ao Conselho Diretor da Anatel diverge do texto encaminhado pela STD/SMA ao Diretor Hélvio, relator do presente processo.

(v) **o problema da proporcionalidade da medida**

145. Outro ponto que merece destaque diz respeito à (in)observância do princípio da proporcionalidade ao se impor o dever de cessão do espaço em infraestrutura de forma indiscriminada.

146. Sabe-se que esse princípio deriva da garantia do devido processo legal, também assegurada no bojo da Constituição, e estabelece que os atos administrativos devem ser necessários, adequados e proporcionais em sentido estrito.

147. No Memorando nº 355/2023 - UORG/ANEEL, a assessoria do Diretor Relator esclareceu o seguinte:

> 6. Por outro lado, cientes do risco de comportamento abusivo de algumas distribuidoras, especialmente por ser o agente monopolista na propriedade dos postes, foi proposta alteração no textos submetido à CP nº 73/2021 para incluir um caminho em que, atendidas algumas condições, as agências imponham a obrigação de as distribuidoras cederem o direto de exploração comercial a terceiros.
>
> 7. Ou seja, as áreas técnicas da ANEEL e da Anatel entendem que deve ser normatizada a opção de as agências imporem a cessão sempre que entenderem que esse modelo é mais eficaz para a correta prestação da atividade de compartilhamento de infraestrutura em uma dada região.
>
> 8. Para normatizar esse caminho, foi alterado o caput do art. 3º e foram incluídos os arts. 5ºe 32, da seguinte forma:
>
> " Art. 3º A distribuidora de energia elétrica deverá ceder o direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura, sempre que houver interessados, nos termos do art. 32.
>
> ...
>
> Art. 5º A ANEEL e a Anatel poderão determinar de forma conjunta a cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura pelas distribuidoras
>
> ....
>
> Art. 32. A Anatel e a ANEEL realizarão chamamento público para identificar e selecionar interessados na cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura.
>
> (...)"
>
> 9. Destaque-se que na linha das áreas técnicas da ANEEL, esse dever de ceder ocorreria em situações específicas, delimitadas e fundamentadas, tratando-se de situação excepcional. Em função disso, com o objetivo de se tornar expresso o entendimento de que as distribuidoras podem, a seu critério, ceder o direito de exploração comercial de Espaços de Infraestrutura, a minuta submetida a aprovação considera a inserção do seguinte parágrafo ao artigo 3º:
>
> "§6º A não realização do chamamento público de que trata o art.32 ou a ausência de interessados não impede a distribuidora de ceder a exploração comercial de Espaços em Infraestrutura, respeitados os parágrafos 1º a 4º deste artigo."

148. Considerando os esclarecimentos técnicos contidos na Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL, não há elementos que permitam indicar que o dever de cessão é a medida necessária e sem a qual o compartilhamento da infraestrutura ficaria inviabilizado. Também não se afirma veementemente que este seria o único ou o melhor instrumento para prevenir o risco de comportamento abusivo pelas distribuidoras. Se havia a intenção de passar uma mensagem no sentido de que este seria imprescindível para a atividade de compartilhamento, ao menos no opinativo técnico da ANEEL, isso não está evidente.

149. Conquanto o art. 5º indique que as Agências "poderão determinar", o art. 3º determina a cessão do espaço de forma peremptória. Nesse contexto, há uma contradição aparente entre os dois dispositivos normativos. Já o §6º do art. 3º, interpretado junto com o *caput* do artigo, passa, na verdade, a ideia de que, mesmo que não haja o chamamento público, a distribuidora estará obrigada a ceder o espaço. Por outro lado, a proposta normativa parece estar toda voltada para a hipótese de cessão do espaço e permite inferir que o objetivo seria realmente impor essa obrigação para a concessionária.

150. Nesse sentido, penso que é imprescindível retirar a expressão "deverá" do *caput* do art. 3º. É preciso, ainda, deixar mais evidente qual será o tratamento regulado das hipóteses em que a própria concessionária de distribuição irá explorar o espaço em infraestrutura.

151. Como já dissemos, a imposição justificada apenas na possibilidade de que a regularização dos espaços seja facilitada (diz-se "possibilidade" porque, na Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL, não há a expressão de certeza quanto a esse fato) ou na prevenção de abuso de poder de mercado, sem que haja realmente evidências de que isso tem ocorrido na maior parte das concessões, contraria cláusulas do contrato de concessão. Outrossim, a prevenção contra condutas ilícitas dos agentes regulados normalmente se realiza a partir de normas de incentivos e de previsão e imposição de sanções administrativas. Não me parece, assim, que o afastamento da aplicação de cláusulas do contrato seria a medida legalmente admitida para esse fim.

152. Também, em relação à adequabilidade da medida (o dever de cessão), ao longo dessa manifestação, foram expostas inúmeras questões que suscitam dúvidas quanto à sua adequação para alcançar a finalidade do ato normativo. Outrossim, não há indícios de que haja proporcionalidade em retirar da distribuidora uma prerrogativa que lhe foi conferida por contrato: a de gestão dos seus próprios ativos.

153. Sobre esses aspectos, vale repetir algumas questões apontadas na Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL:

> 61. Ou seja, a avaliação realizada tanto na Análise de Impacto Regulatório, quanto nos documentos que motivaram a proposta de consulta pública, indicaram problema claro no modelo de exploração atual em vigor, no sentido de que há percepção da "exploração dos postes não ser o negócio principal das distribuidoras", além de "dificuldades relacionadas à fiscalização e regularização do compartilhamento de postes".
>
> (...)
>
> 65. Com efeito, dada a diversidade das áreas de atuação das distribuidoras e a complexidade do problema a ser enfrentado, entende-se que não existe "bala de prata" a ser utilizada. Importa registrar que existem mais de 100 distribuidoras atuando no país, algumas atendendo milhões de unidades consumidoras, outras atendendo poucos milhares. Ainda, existem áreas de atuação de distribuidoras caracterizadas por regiões predominantemente rurais e existem distribuidoras que atuam em áreas quase totalmente urbanas.
>
> (...)
>
> 67. Outro elemento importante que sustenta a importância de se manter prerrogativa da distribuidora, na forma de uma possibilidade, é que o processo de regularização da situação atual vai evoluir de forma paulatina, à taxa de 2 a 3% dos postes da distribuidora ao ano. Nesse contexto, haverá uma curva de aprendizado por parte dos agentes e, ao mesmo tempo, envolvimento de novos agentes ao longo do processo.
>
> 68. Eventualmente, no início pode ocorrer de alguma empresa se interessar pela exploração comercial de espaços em infraestrutura em uma região restrita e essa mesma empresa, ganhando experiência atuando nessa região menor, passar a se interessar por novas regiões em um momento posterior. Nesse cenário, interessados nessa atividade podem surgir ao longo do tempo.
>
> 69. De forma contrária, a própria distribuidora pode avaliar que para cumprir as suas responsabilidades e metas

> impostas pelo novo regulamento é melhor manter o controle total sobre a gestão da atividade de compartilhamento. Mais ainda, não se pode desconsiderar que em algumas regiões a distribuidora é o único agente especializado na gestão de postes.
>
> (...)
>
> 76. Ou seja, com a aprovação do novo regulamento, as distribuidoras já estarão submetidas a essas responsabilidades e obrigações. São essas disposições normativas que farão comque o problema do desordenamento na ocupação dos postes seja enfim resolvido. A possibilidade de ceder a exploração comercial de espaços em infraestrutura, passando a um terceiro o papel de cumprir essas disposições, é apenas mais um modelo à disposição das distribuidoras.
>
> 77. Portanto, é errada a visão de que a regularização dos postes só será alcançada se houver a cessão da exploração comercial de espaços em infraestrutura. Também não se pode assumir já no início do processo que as distribuidoras que optarem por atuar diretamente na atividade de compartilhamento não cumprirão com suas obrigações.

(vi) a questão da defesa da concorrência

154. Importante ressalvar, no entanto, que a defesa da concorrência é também um postulado constitucional, que precisa deve ser preservado, ainda que as atividades sejam reservadas à União, quando passíveis de serem realizadas em regime de mercado na medida de suas possibilidades fáticas (tecnológicas, econômicas etc.).

155. A livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º) e a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa do consumidor são fundamentos da ordem econômica assegurada na Constituição (art. 170).

156. Nesse contexto, uma prerrogativa contratual assegurada à concessionária de distribuição não pode servir de pretexto para ações que visem prejudicar a concorrência no setor de telecomunicações ou que impeçam a instrumentalização dos primados da função social da propriedade e a da defesa do consumidor. Por isso, penso que o órgão regulador deve atuar para prevenir ou impedir condutas que configurem abuso de direito e perpetuem ilícitos ao direito concorrencial.

157. De fato, parece-me que o ponto juridicamente mais sensível da consulta que ora se analisa refere-se à obrigatoriedade de cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura. Como visto, tal compulsoriedade, em contextos diferentes, é prevista tanto no art. 3º quanto no art. 5º da minuta do ato normativo.

158. A minuta da Resolução normativa parte da premissa de que a exploração comercial de espaço em infraestrutura é uma prerrogativa da distribuidora - o que se demonstra pelo fato de que prevê o instrumento jurídico da cessão de direito para a hipótese em que terceiro se encarrega de prestar tal atividade - mas, em dadas oportunidades, traz dispositivos contraditórios quanto a possibilidade de impor essa obrigação à concessionária.

159. De fato, a exploração comercial de espaço em infraestrutura, embora não constitua o negócio principal da distribuidora (*core business),* tem íntima relação com a exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica. Os postes são ativos da concessionária de distribuição fundamentais para a prestação do serviço. Constituem a infraestrutura básica necessária para a passagem de cabos, instalação de transformadores e outros equipamentos elétricos utilizados no transporte da energia elétrica na baixa tensão.

160. Nesse contexto, o **gerenciamento do uso do poste,** que é objeto da exploração comercial prevista na minuta de Resolução Normativa conjunta, é **uma atividade que originariamente deve caber à distribuidora**, como amplamente defendido nessa manifestação, na medida em que tem o potencial de interferir na segurança e integridade dos ativos necessários à prestação do serviço de distribuição.

161. Daí porque não parece desarrazoado juridicamente que haja necessidade da celebração de contrato para que terceiro realize a exploração comercial de espaço de infraestrutura pertencente à distribuidora.

162. A questão que se coloca é: a celebração desse contrato de cessão deve ser compulsória em qualquer hipótese?

163. Como a premissa é a de que a gestão desses ativos compete à distribuidora, não parece haver abertura contratual para que haja essa imposição em toda e qualquer hipótese. Todavia, há uma abertura para que a ANEEL regule a atuação da distribuidora. Ela pode ser encontrada também na cláusula segunda, *in fine*, dos contratos de concessão, conforme previsto, exemplificativamente no Contrato de Concessão n. 46/99, *in verbis*:

> CLÁUSULA SEGUNDA - CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DEDISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA
>
> Na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, referido neste Contrato, a CONCESSIONÁRIA terá ampla liberdade na direção de seus negócios, investimentos, pessoal,material e tecnologia, **observadas as prescrições deste Contrato, da legislação específica, das normas regulamentares e das instruções e determinações do PODER CONCEDENTE e da ANEEL**. (grifei)

164. Note-se que ao mesmo tempo em que o cláusula diz que a concessionária dispõe de ampla liberdade na direção de seus negócios, também consigna que devem ser observadas as prescrições normativas aplicáveis, incluindo-se às do Poder Concedente e da ANEEL. Em outras palavras, a liberdade de direção de negócios, embora seja a regra, é condicionada pelas prescrições legais e regulatórias aplicáveis. Não se deve permitir que as prescrições legais e regulatórias admitam condutas predatórias à concorrência, ainda que em outros setores de infraestrutura.

165. As disposições dos §§1º e 2º da Lei 8.897/95 são relevantes cânones interpretativos para a fixação de responsabilidades nos casos em que a concessionária, no legítimo exercício de sua liberdade empresarial, opte por terceirizar a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. Todavia, não afastam por completo a possibilidade de se emitir regulação que determine a obrigatoriedade de celebração de um contrato pela distribuidora quando isso se fizer necessário à defesa da ordem pública e a higidez das normas legais.

166. A título exemplificativo, a Lei n. 9.427/96, em seu art. 3º, VIII, traz regra que permite a excepcionalização da liberdade de contratar da distribuidora. Confira-se:

> Art. 3*o* Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei n*o* 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1*o*, compete à ANEEL:
>
> (...)
>
> VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, **restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas**, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária **e à realização de negócios entre si.**

167. Se a regulação econômica tiver, portanto, o objetivo de tutelar a livre concorrência é juridicamente possível a adoção

de medidas restritivas à liberdade empresarial das distribuidoras por ato da ANEEL. Vale, portanto, a ressalva de que a liberdade de contratar não é valor absoluto que não possa ceder diante da necessidade de tutelar outro bem jurídico, a exemplo da livre concorrência.

168. Deve-se reconhecer que o próprio compartilhamento de infraestrutura (que não se confunde com a atividade de exploração de espaço em infraestrutura, é verdade) é um contrato coativo, por força de lei. O art. 73 da Lei 9.472/93 garante às prestadoras de serviço o direito à utilização de postes, desde que, por óbvio, haja condições técnicas e espaço disponível para o atendimento.

169. Nesse sentido, penso que a liberdade de gestão dos ativos pela distribuidora deve ser preservada até o limite da sua atuação regular. Se a conduta da concessionária demonstrar que há abuso de direito na gestão dos ativos, a regulação pode e deve atuar para que a higidez do mercado de telecomunicações não seja comprometida.

II.1.4. Da necessidade de análise de impacto regulatório

170. Há, também, um problema de forma para edição do ato normativo com a proposição do **dever de cessão do espaço em infraestrutura**.

171. Ficou assentado nos autos que a Análise de Impacto Regulatório (AIR) realizada pela ANATEL avaliou apenas a criação da prerrogativa de cessão do espaço em infraestrutura do ativo de distribuição. Não teria feito uma análise de impacto da criação de um dever de cessão.

172. Além do que constou do Parecer n.º 377/2023 da PF-ANATEL, que fez referência à análise técnica da ANATEL, confira-se o destaque contido na Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL:

> 81. Também não se pode esquecer que desde a elaboração do AIR desse tema, se considerou a cessão da exploração comercial dos espaços em infraestrutura como uma possibilidade. Em nenhum momento se sinalizou para os dois setores e para a sociedade que se buscava uma abordagem de obrigar a adoção desse modelo.
>
> 82. As contribuições ora em análise também não apresentaram evidências de que esse não é o melhor caminho. Com efeito, conforme mencionado nos parágrafos acima, as contribuições direcionadas a esse tópico trataram de reafirmar a necessidade de se manter a possibilidade, retirar por completo esse modelo ou buscar formas de garantir que esse modelo não leve a aumento de custos para o setor de telecomunicações. Ou seja, não foi recebida nenhuma contribuição no sentido de alterar o texto da minuta no sentido de que a cessão da exploração comercial de espaços em infraestrutura deixe de ser uma prerrogativa das distribuidoras.

173. Está evidenciado, assim, que o objeto do AIR não contemplou todo o escopo da proposta normativa. A realização de AIR, nesse caso, é uma exigência legal, conforme disciplina a Lei n.º 13.848/2019, *verbis*:

> Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

174. Sobre esse aspecto, repise-se, também, o problema da competência legal para alterações de premissas dos contratos de concessão de distribuição, que não estaria entre as atribuições da ANATEL. Pelo conteúdo da Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL, a imposição de um dever à concessionária de distribuição traz repercussões na gestão desses contratos, onde está prevista a alocação da responsabilidade pela gestão dos postes à distribuidora.

175. Portanto, penso que um AIR a respeito dessa proposta normativa deveria contemplar explicitamente esse problema, sob pena de afronta ao art. 6º da Lei n.º 13.848/2019.

II.1.5. Da imposição de cessão do espaço em infraestrutura quando constatado o comportamento abusivo ou ineficaz da distribuidora

176. Do que foi exposto anteriormente, percebe-se que ficou evidenciado na Nota Técnica nº 88/2023-STD/SMA/ANEEL que não há uma concordância, do ponto de vista técnico, quanto à adequação do dever de cessão do espaço em infraestrutura para toda e qualquer situação.

177. Todavia, as Unidades Técnicas da ANEEL acreditam que essa imposição seria necessária em determinadas hipóteses. Vejamos:

> 96. No entanto, nos estudos e debates realizados após a realização da CP 73/2021,identificou-se um novo risco de atuação não conforme das distribuidoras de energia elétrica, qual seja, de usar sua prerrogativa para não ceder a exploração comercial de espaços em infraestrutura mesmo que existam evidências de que esse é o melhor modelo a ser seguido
>
> (...)
>
> 98. Por essa razão, é importante abrir um caminho para que as agências possam impor a cessão do direito de exploração comercial de espaços em infraestrutura, desde que seja devidamente caracterizada a atuação não conforme da distribuidora e que seja devidamente comprovado que a cessão é o modelo mais adequado para aquela região.
>
> 99. Assim, inclui-se a possibilidade de determinação da cessão da exploração comercial do espaço em infraestrutura por ambas as Agências, ANEEL e Anatel, nos termos da regulamentação. Trata-se do novo art. 5º da resolução conjunta:
>
> "Art. 5º A ANEEL e a Anatel poderão determinar de forma conjunta a cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura pelas distribuidoras."
>
> 100. Importa registrar que, considerando as competências legais das duas agências e as atribuições conferidas à Comissão de Resolução de Conflitos, essa possibilidade existiria mesmo que não se inserisse uma disposição expressa no novo regulamento. Todavia, além de se alinhar com as boas práticas de legística ao levar clareza ao texto normativo, o dispositivo limita o risco de interpretações divergentes.
>
> 101. Ainda quanto às inovações para diminuir o risco de comportamentos abusivos das distribuidoras e das prestadoras de serviços de telecomunicações, e com o objetivo de contribuir para a viabilização da exploração comercial dos espaços em infraestrutura quando esse modelo se mostrar mais eficaz, propõe-se que as agências possam realizar chamamento público para identificar interessados em atuar nessa atividade nas diferentes regiões do país. Ou seja, trata-se de mais um instrumento para contribuir com o processo de regularização da ocupação dos

postes, nesse caso capitaneado pelas duas agências.

102. Esse instrumento se fundamenta no fato de que as distribuidoras, legitimamente, limitam suas avaliações às características e necessidades das suas regiões de atuação, não observando ganhos decorrentes de uma avaliação que envolva mais de uma área de concessão/permissão. Com efeito, cabe às agências reguladoras, que atuam sobre todo país, fazer uma avaliação mais abrangente.

(...)

105. Com vistas a oferecer clareza sobre a intenção do regulador em relação a esse ponto, deixa-se consignado nessa Nota Técnica que esse procedimento se soma aos demais instrumentos criados pelo novo normativo para contribuir com a regularização da ocupação dos postes. Ele não se propõe a ser uma "bala de prata" ou a suplantar modelos que estejam sendo eficazes na solução do problema. Esse procedimento também não se propõe a substituir a prerrogativa das distribuidoras de, a seu critério, ceder a exploração comercial de espaços em infraestrutura.

106. A identificação de interessados na exploração comercial de espaços em infraestrutura por meio de chamamento público não se propõe a afetar a atuação de distribuidoras, cessionárias do direito de exploração comercial já contratadas ou prestadoras de serviços de telecomunicações que estejam cumprindo corretamente suas responsabilidades e obrigações. Ao contrário, esse procedimento de chamamento público só surtirá efeitos quando a atuação desses agentes não estiver sendo eficaz.

(...)

110. Por sua vez, o novo art. 32, que descreve o procedimento de chamamento público, possui a seguinte redação:

"Art. 32. A Anatel e a ANEEL realizarão chamamento público para identificar e selecionar interessados na cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura.

§1º O procedimento previsto no caput definirá os requisitos para habilitação dos interessados, condições técnicas, jurídicas e econômicas de participação bem como as áreas de exploração, ouvida a distribuidora.

§2º Somente poderão participar do procedimento de que trata o caput agentes que não pertençam a grupos detentores de outorga de serviços de telecomunicações ou de distribuição de energia elétrica."

111. Perceba-se que o novo texto do *caput* do art. 3º altera significativamente o que foi submetido a CP. Com efeito, o texto anterior dizia que a distribuidora poderia ceder o direito de exploração comercial de espaços em infraestrutura, enquanto o novo texto diz que ela deve fazê-lo sempre que houver interessado identificado pelas duas agências por meio do chamamento público descrito no art. 32.

112. Optou-se pela nova redação para dar destaque ao novo procedimento, mas sem deixar de possibilitar a cessão do direito de exploração comercial pela distribuidora a seu critério. De fato, note-se que o novo texto apenas descreve uma situação específica de cessão do direito de exploração comercial, ele não proíbe outras situações de cessão. Note-se que aqui se prestigia o princípio da legalidade, que na aplicação ao presente caso prevê que tudo o que não está proibido é permitido.

113. Além disso, não se pode desconsiderar que sempre existiu a possibilidade de terceirização de atividades pelas distribuidoras, de forma semelhante ao que se define no novo regulamento como cessão do direito de exploração comercial de espaços em infraestrutura. Logo, o texto anterior, tratando da possibilidade da cessão, não apresentava grande inovação em relação ao que já existia.

114. Todavia, ainda não existem no arcabouço regulatório vigente disposições tão específicas quanto às obrigações e ao rito de regularização a serem observados por distribuidora se empresas de telecomunicações como as que se propõe impor com a nova norma, especialmente como as disposições do art.11 da minuta de Resolução Conjunta submetida à CP nº 73/2021.

115. Ou seja, o novo regulamento imporá obrigações às distribuidoras que sequer existiam antes, o que indica que a cessão de exploração comercial dos espaços em infraestrutura se insere em um contexto diferente da simples terceirização de atividades pelas distribuidoras.

178. Relativamente à redação do art. 5º e a previsão de que as Agências poderão determinar de forma conjunta a cessão do espaço de infraestrutura, ressalvamos, mais uma vez, que não está claro no normativo que essa "determinação" ocorreria apenas em hipóteses excepcionais. Como dissemos, a proposta de redação do art. 3º, *caput*, permite a interpretação de que a cessão do espaço em infraestrutura será uma obrigação da distribuidora em qualquer circunstância. Essa obrigação, a meu ver, viola a regulação prevista no contrato de concessão de distribuição.

179. Para compreender o chamamento público de interessados em explorar o espaço em infraestrutura sob a perspectiva legal, é preciso dar destaque, mais uma vez, ao art. 73 da LGT. Vejamos:

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. (Vide Lei nº 11.934, de 2009)

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

180. O que a Lei nº 9.472/1997 exige é que seja garantido o direito ao compartilhamento da infraestrutura e que esse compartilhamento se dê de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

181. Essa obrigação também está prevista no contrato de concessão. A título ilustrativo, cito a cláusula terceira do contrato nº 01/2021:

CLÁUSULA TERCEIRA – OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DA DISTRIBUIDORA

Além de outras decorrentes das normas legais e regulamentares vigentes e de outras disposições deste Contrato, constituem obrigações da DISTRIBUIDORA:

(...)

XI. compartilhar infraestrutura com outros prestadores de serviço público, observando as condições de segurança, o tratamento isonômico e buscando a redução de custos;

182. O contrato também dispõe sobre a responsabilidade da distribuidora perante o Poder Concedente, aos usuários e a terceiros:

CLÁUSULA TERCEIRA – OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DA DISTRIBUIDORA

(...)

Subcláusula Quarta – Na execução do serviço concedido, a DISTRIBUIDORA responderá por todos os prejuízos causados ao PODER CONCEDENTE, aos usuários de seus serviços ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida

pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade

183. Em relação à terceirização de atividades inerentes ao serviço, como dissemos, ela é apenas uma faculdade e não uma obrigação. Isso também está expresso no contrato:

> CLÁUSULA QUARTA – PRERROGATIVAS DA DISTRIBUIDORA
>
> Além de outros direitos decorrentes das normas legais e regulamentares vigentes e de outras disposições deste Contrato, constituem prerrogativas da DISTRIBUIDORA, inerentes à concessão:
>
> (...)
>
> Subcláusula Terceira – A DISTRIBUIDORA poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes ou acessórias ao serviço concedido, assim como a implementação de projetos associados, observando-se que:
>
> I. tais contratos reger-se-ão pelo direito privado, ressalvadas, quando pertinentes, as disposições legais atinentes à contratação pela Administração Pública;
>
> II. tais contratos não estabelecem qualquer relação jurídica entre os terceiros contratados pela DISTRIBUIDORA e o PODER CONCEDENTE ou a ANEEL; e
>
> III. a execução das atividades contratadas com terceiros não exclui e, portanto, pressupõe o cumprimento das normas que regem a prestação do serviço concedido.

184. Há, todavia, uma ressalva no sentido de que as prerrogativas da distribuidora não devem afetar direito de terceiros:

> CLÁUSULA QUARTA – PRERROGATIVAS DA DISTRIBUIDORA
>
> (...)
>
> Subcláusula Segunda – As prerrogativas, em razão deste Contrato, conferidas à DISTRIBUIDORA não afetarão os direitos de terceiros e dos usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica, que ficam expressamente ressalvados.

185. Para a hipótese de descumprimento de obrigações estabelecidas no contrato ou na regulação setorial, como seria o dever de compartilhar a sua infraestrutura em condições não discriminatórias, o remédio previsto em contrato é a aplicação de sanções administrativas:

> CLÁUSULA DÉCIMA – PENALIDADES
>
> Pelo descumprimento das disposições legais, regulamentares e contratuais pertinentes ao serviço e instalações de energia elétrica, a DISTRIBUIDORA estará sujeita a penalidades conforme legislação e regulamentação em vigor, sem prejuízo do disposto nas Cláusulas Décima Primeira e Décima Segunda deste Contrato.
>
> Subcláusula Primeira – As penalidades serão aplicadas mediante processo administrativo, sendo assegurados à DISTRIBUIDORA seus direitos à ampla defesa e ao contraditório.
>
> Subcláusula Segunda – A ANEEL promoverá a cobrança judicial, por via de execução, na forma da legislação vigente, de qualquer penalidade de multa aplicada por descumprimento de preceito legal, regulamentar ou contratual cujo valor não tenha sido recolhido pela DISTRIBUIDORA no prazo fixado pela fiscalização.

186. A LGT, por sua vez, permite que a ANATEL defina as condições para adequado atendimento do direito ao compartilhamento de infraestrutura, mas não autoriza que a ANATEL estabeleça condições que altere contratos de concessão de que sequer é parte.

187. Nesse sentido, penso que o chamamento poderá funcionar como um incentivo, indicando, para a distribuidora, possíveis interessados na exploração do espaço em infraestrutura, e, constatada eventual conduta ilícita ou oportunista da distribuidora, além da possibilidade de aplicação das penalidades previstas em contrato, ficaria autorizada a intervenção na gestão do seu negócio no sentido de determinar a cessão do espaço, em prol da liberdade econômica e da defesa da concorrência, conforme justificado no capítulo anterior.

188. Isso porque a intervenção, como regra, admitida é aquele prevista na cláusula décima primeira do contrato, que se refere a situações em que a adequada prestação do serviço de distribuição não está sendo assegurada pela própria distribuidora. Assim, a ANEEL poderá intervir para assegurar a manutenção ou a continuidade do serviço público. Vejamos:

> CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – INTERVENÇÃO NA CONCESSÃO
>
> Sem prejuízo das penalidades cabíveis e das responsabilidades incidentes, a ANEEL poderá intervir na concessão, nos termos da Lei nº 8.987, de 1995, e da Lei nº 12.767, de 2012, a qualquer tempo, para assegurar a prestação adequada do serviço ou o cumprimento, pela DISTRIBUIDORA, das normas legais, regulamentares ou contratuais.
>
> Subcláusula Única – A intervenção será determinada por ato da ANEEL, que designará o Interventor, o prazo, os objetivos e os limites da intervenção, devendo ser instaurado processo administrativo em 30 (trinta) dias após a publicação do ato, para apurar as causas determinantes da medida e as responsabilidades incidentes, assegurando à DISTRIBUIDORA o direito ao contraditório e à ampla defesa.

189. Como a gestão dos ativos de distribuição é uma prerrogativa da distribuidora, garantida por contrato, eventual determinação para que a distribuidora ceda a gestão do seu ativo é medida excepcional. Ela não encontra fundamento direto na LGT, que não trata especificamente da terceirização do espaço em infraestrutura, mas tão somente da garantia do compartilhamento do poste.

190. Penso que, mesmo em caso de abuso de direito pela distribuidora, o remédio mais comum é a sanção, sem prejuízo da possibilidade de que a distribuidora responda, na instância civil apropriada, pelos prejuízos que venha a ocasionar a terceiros.

191. É preciso ter em mente algumas premissas:

- (i) a execução do serviço público de distribuição por uma instituição privada consiste na realização de uma política pública estabelecida em lei com fundamento nos arts. 21 e 175 da Constituição;
- (ii) a restrição da liberdade contratual conferida à distribuidora é uma intervenção no seu domínio econômico que somente encontra fundamento na necessidade de tutela de outros direitos fundamentais;
- (iii) como tal, há necessidade uma fundamentação robusta fundada em evidências;
- (iv) a distribuidora não atua no mercado de telecomunicações, da mesma forma que o agente neutro, possível cessionário do espaço comercial em infraestrutura; sob essa perspectiva, a distribuidora também seria neutra;
- (v) é possível se imaginar que, eventualmente, a distribuidora possa atuar em abuso de direito, mas isso não tem uma correlação óbvia com o fato puro e simples de a distribuidora deter a titularidade do poste;
- (vi) essas evidências do abuso de direito ou do abuso de poder de mercado são passíveis de serem demonstradas, mas não é algo singelo justamente porque a distribuidora não atua no mercado de telecomunicações.

192. Além disso, a análise de eficiência foi efetivamente realizada sob a premissa do mercado de telecomunicações, mas, salvo melhor juízo, não houve uma análise conclusiva sobre o tema sob a perspectiva do serviço de distribuição. Essa análise seria de competência da ANEEL, demandando um AIR e uma CP, no âmbito desta Agência Reguladora, e, salvo melhor juízo, não está maduro o suficiente para um posição definitiva nesse sentido. Seria mais eficiente transferir a atividade para um terceiro em toda e qualquer hipótese ou apenas pontualmente em casos em que constatado um abuso de direito? Não se sabe exatamente a medida de custo/benefício da primeira hipótese.

193. Quanto à segunda hipótese, que se refere à tutela excepcional da concorrência, veja que, no exemplo, do "torreiro", a regulação da ANATEL cuidava de agentes que atuavam num mesmo mercado: o de telecomunicações. Então, a premissa era de que o "torreiro", podendo competir com quem também iria explorar a torre, exerceria poder de mercado a seu favor por ser o titular da infraestrutura, comprometendo a inserção no mercado de novos entrantes.

194. No caso em análise, estamos a tratar do compartilhamento da infraestrutura entre dois mercados distintos. Tanto a distribuidora quanto o "posteiro" seriam, em princípio, igualmente neutros.

195. Nesse contexto, a avocação genérica do primado da defesa da concorrência não se presta à imposição do dever de cessão para a distribuidora. Por ora, parece não ter havido indicação de evidências conclusivas, ao menos para que isso ocorra para toda e qualquer área de concessão de distribuição. Essa decisão de polícia da Agência Reguladora deve ser fundada em evidências. É preciso, pois, que se tenha elementos para afirmar que a conduta da concessionária de distribuição esteja afetando a concorrência.

196. Portanto, uma intervenção nesse sentido, pode ser prevista em norma reguladora, mas desde que condicionada a uma motivação adequada que se refira a demonstração e evidências quanto a eventual abuso de direito. Essa questão também está atrelada á observância do princípio da proporcionalidade.

197. A respeito do quanto exposto, cito a doutrina de Orlando Gomes [Obrigação de Contratar], no sentido de que, em casos como esse, o eventual de abuso de direito de gestão do poste, haveria não propriamente uma obrigação de contratar, mas uma obrigação de executar o contrato, segundo seus próprios termos. Todavia, esse abuso deve ser evidenciado e a intervenção, devidamente motivada.

198. Outra possibilidade que atuação das Agências Reguladoras está no art. 45 da Lei nº 9.784/1999, que permite que a Administração, em caso de risco iminente, adote providências acautelatórias:

> Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

199. Na hipótese, se as Agências notarem o comportamento abusivo, a conduta oportunista ou o abuso de poder de mercado por parte da distribuidora, podem adotar medidas cautelares que permitam assegurar o direito ao compartilhamento não discriminatório da infraestrutura. Um exemplo seria a determinação conjunta para que a distribuidora cesse a conduta abusiva e adote providências ou medidas adequadas para assegurar o direito ao compartilhamento. Nesse caso, havendo descumprimento, novas sanções podem ser impostas.

200. Do exposto, entendo que é possível (e até desejável) que as Agências criem incentivos para que o compartilhamento de infraestrutura ocorra de forma não discriminatória e para que esse direito seja assegurado, mas a instituição de deveres que extrapolam os limites do contrato de concessão de distribuição dependeria, em princípio, de acordo formal entre as partes, com a firma de termos aditivos, ou de constatação de ilícitos que prejudiquem a concorrência. Deve-se constatar, demonstrar, evidenciar e não apenas conjecturar.

II.1.6. Motivação coerente como requisito de validade dos atos administrativos

201. Diante desse contexto, é preciso ressaltar que, sobre a produção de atos administrativos de qualquer natureza (normativos, de efeitos concretos etc.), incide o dever de motivação clara, adequada e coerente.

202. A motivação deve contemplar os fatos e o direito.

203. A falta de motivação ou a motivação incoerente não atende ao dever de motivação imposto para a Administração Pública. O ato administrativo cuja motivação é falha padece de vício de legalidade.

204. Nessa linha, o art. 2º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1995) estabelece que são nulos os atos administrativos praticados com vício de competência e forma, que contenham objeto ilícito, quando não há motivos para a sua prática ou quando praticados em desvio de finalidade.

> Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
>
> a) incompetência;
> b) vício de forma;
> c) ilegalidade do objeto;
> d) inexistência dos motivos;
> e) desvio de finalidade.
>
> Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
>
> a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
>
> b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
>
> c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
>
> d) **a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido**;
>
> e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

205. Em outras palavras, exige-se, no mínimo, o aperfeiçoamento de cinco elementos para que os atos administrativos sejam considerados válidos. A ausência de qualquer deles compromete a validade do ato.

III - CONCLUSÕES

206. Considerando os fundamentos indicados no corpo deste parecer, passo a responder os quesitos formulados pela Assessoria do Diretor Relator.

- (a.i) **no que diz respeito ao art. 3º, podem as Agências Reguladoras, por meio de Regulamentação Conjunta, determinar que as distribuidoras devem ceder o direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura?**

Resposta: Entendo que as Agências Reguladoras não podem determinar, sem a devida motivação fundada em evidências de deficiência de prestação do serviço ou outro bem jurídico a ser tutelado, a cessão dos espaços em infraestrutura disponíveis em ativos de distribuição. Nos termos do parágrafo único do art. 73 da LGT, a ANATEL tem competência legal para regular as condições de compartilhamento de infraestrutura, mas o direito à exploração do espaço comercial do ativo não se confunde com o dever de compartilhamento da infraestrutura imposto à distribuidora. A exploração do espaço comercial do poste de distribuição é atividade inerente à concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, estando sujeita à regulação da ANEEL, por força da Lei nº 9.427/1996. Apenas a ANEEL tem competência para regular os contratos de concessão de distribuição e, nessa regulação, deve observar a alocação de riscos ali definida. Esses contratos estabelecem que a gestão dos negócios inerentes à atividade de distribuição é, em regra, prerrogativa da concessionária.

- (a.ii) **Tal fato configura ingerência do regulador na política de gestão da distribuidora ou fere preceitos regulatórios consolidados e/ou o contrato de concessão?**

Resposta: Sim. Determinar, com base em avocação genérica de postulados de eficiência e defesa da concorrência sem que haja evidências de prestação inadequada de serviço, abuso de direito ou abuso de poder de mercado, que as concessionárias de serviços públicos de distribuição cedam os espaços em infraestrutura disponíveis nos seus ativos configura ingerência do regulador na política de gestão da distribuidora ou fere preceitos regulatórios consolidados e/ou o contrato de concessão, conforme esclarecido na resposta do quesito anterior e no corpo desta manifestação.

- (b) **a inclusão do parágrafo 6º no art. 3º assegura o conceito de que é prerrogativa da distribuidora ceder, a seu critério, o direito de exploração comercial de Espaços de Infraestrutura?**

Resposta: Entendo que não, pois a proposta normativa do parágrafo 6º no art. 3º contraria a proposta de redação do *caput* do art. 3º, que, por sua vez, estabelece um dever de cessão dos espaços em infraestrutura. A mera inserção do parágrafo 6º no art. 3º não é suficiente para prevenir a ingerência indevida na política de gestão da distribuidora. Recomendo que a redação da norma seja suficientemente clara no sentido de que a intervenção regulatória somente ocorrerá de forma excepcional e motivada em evidências robustas, de forma a recomendar o afastamento da liberdade de contratar da distribuidora.

- (c) **o novo texto do caput do art. 3º, o texto dos novos arts. 5º e 32 e os demais dispositivos da minuta de ato normativo deixam claro que as opções de obrigação da cessão do direto de exploração comercial impostas pelas agências às distribuidoras só se aplicam em situações excepcionais?**

Resposta: Entendo que não, pois a proposta de redação do *caput* do art. 3º contraria a ideia de que a regra é que a cessão deveria ser uma faculdade da distribuidora. Todavia, entendo que é possível fazer a previsão de intervenções excepcionais, conforme esclarecido no bojo dessa manifestação.

- (d) **o art. 5º, ao determinar que "A ANEEL e a Anatel poderão determinar de forma conjunta a cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura pelas distribuidoras", bem como o art. 3º, ao estabelecer que "As distribuidoras devem ceder o direito de exploração comercial de Espaços de Infraestrutura", ferem o que estabelece o §1º do art. 25 da Lei 8.989, de 1995, que estabelece que: "Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados", ou ferem outro dispositivo legal?**

Resposta: Sim. Entendo que a redação do *caput* do art. 5º, bem como a redação do *caput* do art. 3º, da forma como redigidas e em sua literalidade, à mingua de evidências robustas que apontem para a necessidade de uma intervenção regulatória, ofendem o disposto no §1º do art. 25 da Lei 8.989, de 1995 que confere uma prerrogativa para a distribuidora. Além disso, expedir determinações que digam respeito exclusivamente a questões relacionadas a adequabilidade da prestação do serviço de distribuição está no âmbito das competências da ANEEL, conforme previsto na sua lei de criação, a Lei nº 9.427/1996. Na hipótese dos autos, a competência da ANATEL relaciona-se apenas ao estabelecimento das condições para compartilhamento da infraestrutura inerente ao serviço de distribuição de energia a prestadoras de serviços de telecomunicações, nos termos do parágrafo único do art. 73 da LGT.

É o parecer, que submeto à consideração superior quanto aos seus fundamentos e às respostas para os quesitos formulados pela Assessoria do Diretor Relator.

Brasília, 11 de outubro de 2023.

BARBARA BIANCA SENA
Procuradora Federal
Coordenação de Energia

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em https://supersapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48500003090201813 e da chave de acesso 67bf311f

Notas

1. ^ *rt. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.*
2. ^ *Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for*

conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

3. ^ *Art. 2º Instituir a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, de caráter permanente, composta por dois representantes de cada Agência, a serem nomeados mediante portaria específica de cada órgão, em até vinte dias após a publicação deste Ato.*

Documento assinado eletronicamente por BÁRBARA BIANCA SENA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1304088743 e chave de acesso 67bf311f no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): BÁRBARA BIANCA SENA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-10-2023 19:58. Número de Série: 513858800984975917601861473 24. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA
COORDENAÇÃO DE ENERGIA
SGAN, QUADRA 603 / MÓDULOS "I" E "J" CEP 70830-110, BRASÍLIA/DF BRASIL - TELEFONE (61) 2192-8614 FAX: (61) 2192-8149 E-MAIL: PROCURADORIAFEDERAL@ANEEL.GOV.BR

DESPACHO n. 01457/2023/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48500.003090/2018-13
INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
ASSUNTOS: GERAÇÃO

Aprovo o **PARECER n. 00297/2023/PFANEEL/PGF/AGU.**

Encaminhe-se ao Procurador-Chefe para apreciação.

Brasília, 16 de outubro de 2023.

MARCELO ESCALANTE GONÇALVES
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE ENERGIA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em https://supersapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48500003090201813 e da chave de acesso 67bf311f

Documento assinado eletronicamente por MARCELO ESCALANTE GONÇALVES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1309718329 e chave de acesso 67bf311f no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELO ESCALANTE GONÇALVES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-10-2023 20:19. Número de Série: 513858800984975917601861473 24. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL
SGAN, QUADRA 603 / MÓDULOS "I" E "J"CEP 70830-110, BRASÍLIA/DF BRASIL - TELEFONE (61) 2192-8614 FAX: (61) 2192-8149E-MAIL: PROCURADORIAFEDERAL@ANEEL.GOV.BR

DESPACHO n. 01483/2023/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48500.003090/2018-13
INTERESSADOS: Assessoria da Diretoria da ANEEL.
ASSUNTOS: Compartilhamento de infraestrutura.

1. Aprovo o **PARECER n. 00297/2023/PFANEEL/PGF/AGU.**
2. Encaminhem-se os autos ao gabinete do Diretor-relator.

Brasília, 20 de outubro de 2023.

EDUARDO ESTEVÃO FERREIRA RAMALHO
SUBPROCURADOR-GERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em https://supersapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48500003090201813 e da chave de acesso 67bf311f

Documento assinado eletronicamente por EDUARDO ESTEVÃO FERREIRA RAMALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1315199890 e chave de acesso 67bf311f no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): EDUARDO ESTEVÃO FERREIRA RAMALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-10-2023 23:34. Número de Série: 513858800984975917601861473 24. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.