



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES  
COORDENAÇÃO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-2062

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

**NUP: 53500.014686/2018-89**

**INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, PRESTADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES**  
**ASSUNTOS: OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

**EMENTA:** Proposta de reavaliação da regulamentação de compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações. Evolução da minuta de Regulamento. Revisões editoriais e de mérito. Proposta de Consulta Pública sobre a metodologia de preços. Análise complementar. Considerações da Procuradoria. Pelo encaminhamento dos autos ao Conselho Diretor, para manifestação quanto à proposta de Resolução Conjunta e de Consulta Pública sobre a metodologia de preços.

**1. RELATÓRIO**

1. Trata-se do projeto de reavaliação da regulamentação sobre compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, estabelecida pela Resolução Conjunta ANEEL/Anatel nº 4, de 16 de dezembro de 2014, conforme previsto no item 11 da Agenda Regulatória 2023-2024 da Anatel (em continuidade do item 9 da Agenda Regulatória 2021-2022), aprovada pela Resolução Interna nº 182, de 30 de dezembro de 2022.
2. O subscrevente realizou a análise jurídica da proposta, mediante o PARECER n. 00325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 10605136).
3. No entanto, antes da sua aprovação pelo Sr. Procurador-Geral, a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE/Anatel) recebeu o Ofício nº 17/2023/SPR-ANATEL (SEI nº 10543774), que solicitou a suspensão da análise jurídica da proposta, em virtude da necessidade de complementação de alguns aspectos da minuta, conforme entendimentos em reunião realizada.
4. Em atendimento, o DESPACHO n. 04556/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 10605136, fl. 16) postergou a aprovação, até o envio da documentação e informações complementares.
5. O Informe nº 68/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10578320) apresentou as alterações realizadas, seguido de nova minuta de Resolução (SEI nº 10581200) e minuta de Resolução com marcas de revisão (SEI nº 10582894).
6. Posteriormente, o Informe nº 78/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10783735) trouxe aos autos proposta de Consulta Pública sobre a metodologia de preços pela utilização de Ponto de Fixação para o compartilhamento de postes. Em anexo, constaram a NOTA TÉCNICA Nº 106/2023-STR/ANEEL (SEI nº 10783946), que apresenta a proposta de metodologia, e a Minuta de Consulta Pública (SEI nº 10784022).
7. É o relato dos fatos.

**2. FUNDAMENTAÇÃO**

8. Conforme se depreende do Relatório, a presente manifestação configura análise complementar ao PARECER n. 00325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 10605136), diante de alterações realizadas na minuta de Regulamento de Compartilhamento de Postes entre Distribuidoras de Energia Elétrica e Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, bem como em razão da apresentação de minuta de novo ato, de submissão à consulta pública de proposta de metodologia de preços pela utilização de Ponto de Fixação para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações.
9. Trata-se, portanto, de análise específica para esses pontos, reiterando-se, quanto aos demais, os termos do PARECER n. 00325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 10605136).

**2.1 Das alterações na minuta de Regulamento para Compartilhamento de Postes entre Distribuidoras de Energia Elétrica e Prestadoras de Serviços de Telecomunicações**

10. De início, o Informe nº 68/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10578320) esclareceu que a evolução da minuta se deu em razão de avanços da discussão entre a ANEEL e a Anatel, sendo incorporados pontos de consenso, de forma a acelerar a tramitação em face do prazo consignado na Agenda Regulatória para o biênio 2023-2024.
11. Segundo o referido Informe, foram propostas algumas revisões editoriais e outras de mérito. As de primeiro tipo dispensam análise, já que os aspectos formais e redacionais se encontram albergados pela análise empreendida pelo PARECER n. 00325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 10605136).
12. Quanto às alterações meritórias, depreende-se das justificativas apresentadas pelo Informe nº 68/2023/PRRE/SPR (SEI nº 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 de revisão" (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 podem 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:

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, tomando 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)

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).**

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, contanto, para tanto, com arranjo regulatório, que estabelece direitos e obrigações a agentes desses diferentes setores.

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:

#### **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 trazeremos 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 feita 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)

24. De fato, a Constituição previu como princípios gerais da atividade econômica, ao lado da livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais.

25. Assim, não se pode confundir a livre iniciativa como sinônimo de liberdade econômica absoluta, não se tratando de liberdade anárquica, porém social, e que pode, consequentemente, ser limitada, conforme assentado pelo STF:

A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*). Lembro que "livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. FARINA; AZEVEDO; SAES: *Competitividade: mercado, estado, e organizações*. São Paulo, 1997. cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços (...)" Calixto Salomão Filho, referindo-se à doutrina do eminente min. Eros Grau, adverte que "livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta (...). O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no *caput* do art. 170 da CF, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, consequentemente, ser limitada".

[[AC 1.657 MC](#), voto do ac. min. Cezar Peluso, j. 27-6-2007, P, DJ de 31-8-2007.]

26. Desse modo, com atendimento aos citados princípios constitucionais, o art. 73 da LGT estabeleceu que as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo possuem 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 e, por expressa previsão do seu parágrafo único, que cabe ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento desse direito.

27. De forma semelhante, a Lei nº 13.116, de 2015, que estabeleceu normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações, em seu art. 14, estabeleceu 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).

28. A proposta em questão trata justamente da regulamentação da forma como deva se dar o compartilhamento de espaço nos postes, via cessão, dando concretude às normas citadas.

29. Definição, aliás, que não é novidade do presente regulamento, que é, em realidade, uma reavaliação da regulamentação atual, consubstanciada na Resolução Conjunta ANEEL/Anatel nº 4, de 16 de dezembro de 2014, que aprovou o preço de referência para o compartilhamento de postes e estabeleceu regras para uso e ocupação dos Pontos de Fixação. E, além disso, guarda pertinência com a Resolução Conjunta ANEEL/Anatel/ANP nº 1, de 1999, que aprovou o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

30. Acerca do poder normativo das agências reguladoras, vale lembrar o que dito por este órgão jurídico no Parecer nº 1413/2011:

179. O órgão regulador deve dispor de todas as ferramentas autorizadas pela lei para melhor desempenhar sua função, valendo lembrar que compete à Agência adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público.

180. As agências foram criadas para implementar as políticas públicas, com autonomia, especialização no setor regulado, e para harmonizar os interesses conflitantes nos mercados de sua atuação, advindos das rápidas mudanças econômicas.

181. A Carta Magna e a lei conferiram às agências o poder normativo para garantir que elas atuassem de forma efetiva, pois sem a função normativa seria impossível a regulação, nos moldes desenhados pelo direito moderno.

182. Ao se estabelecer que as agências podem expedir normas específicas sobre seus respectivos setores regulados, está-se criando um mecanismo que torna o sistema jurídico mais eficiente, quando se busca através dessas normas perseguir os objetivos do Estado, dentre eles o bem-estar social, a justiça, uma concorrência leal, um mercado livre de especulações e abusos, para que os indivíduos, os administrados, possam exercer a autonomia da vontade. Assim, essas normas podem ter natureza *praeter legem*, quando houver omissão do legislador, mas nunca *contra legem* devido ao princípio da legalidade administrativa.

31. Na ocasião, elucidou-se a relação direta de tal poder com o atendimento ao interesse público, o alcance da eficiência e a harmonização dos interesses conflitantes nos mercados de sua atuação, respeitando-se os limites legais. Parâmetros esses que foram observados pela proposta, nos termos da citada motivação técnica, constante do Informe nº 68/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10578320).

32. No mesmo sentido, mas se aprofundando nos aspectos de legitimidade do poder normativo das agências reguladoras, citam-se trechos dos estudos publicados pela Procuradora Federal Júlia de Carvalho Barbosa (Agências Reguladoras: do Surgimento e da Legitimidade do Poder Normativo, O Direito nas Telecomunicações— PFE-Anatel —vol. 2, disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Publi\\_](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publi_) acesso em 02/08/2023):

A teoria da sujeição especial afirma que é possível a produção de atos normativos pelas agências direcionados aos delegatários do serviço público, desde que respeitadas as regras gerais estabelecidas em lei e os limites da desconcentração normativa, a serem observadas pelo regulador. A teoria da deslegalização, por outro lado, preconiza que o ato regulatório decorre diretamente da lei e será legítimo, desde que observe os preceitos gerais, parâmetros e limites fixados na lei.

Como se vê, as duas correntes são muito similares, na medida em que ambas preveem a submissão do poder normativo ao princípio da legalidade, e tiveram ampla aceitação no Brasil. Nesse sentido, ademais, o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1668-DF, de 1997, se posicionou pela constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras. Senão vejamos:

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, [...] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo.

O STF chancela o entendimento de que, desde que observado o princípio da legalidade, admite-se a função normativa das agências reguladoras. Acontece que a constitucionalidade formal reconhecida pelo STF, tomando-se uma perspectiva meramente teórica, não parece ser suficiente para corroborar a legitimidade das agências reguladoras e do seu poder regulamentar.

...

Nesse diapasão, analisando-se a legitimidade das agências reguladoras, cumpre aprofundar a temática, destacando a perspectiva abordada pelo cientista político francês, Pierre Rosanvallón, em seu texto “La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad”. No referido texto, o autor francês parte da premissa de que a legitimidade das autoridades independentes não tem sua fonte direta nos cidadãos, uma vez que são criadas por lei e não surgem de eleição. Todavia, **outro tipo de perspectiva de legitimidade pode ser atribuída a elas, que advém da importância e da qualidade de seus serviços prestados**, é o que o autor chama de “legitimidade de eficácia”, corroborada pelos cidadãos usuários dos serviços regulados. Trata-se, portanto, de uma legitimidade funcional.

...

Pois bem. Conforme o entendimento do autor francês, **a representatividade das autoridades independentes, ou das agências reguladoras, objeto de estudo neste trabalho, decorre dos seus procedimentos de participação da sociedade e de sua composição pluralista**. Em outras palavras, o que o autor quer demonstrar é que, ao estar “aberta” e atenta aos anseios e demandas sociais, por meio de procedimentos próprios e específicos, as autoridades independentes acabam por dar mais atenção aos conflitos sociais e a oportunizar a participação daqueles que costumam ser marginalizados dos processos decisórios da Administração. Segundo Rosanvallón, essa abertura e proximidade com os problemas sociais confere uma legítima representatividade às autoridades independentes. (Grifou-se)

33. Sob essa perspectiva, cumpre aclarar que os serviços de telecomunicações, nos termos do art. 21, inciso XI, da Constituição Federal, são de titularidade da União, sendo prestados diretamente ou mediante delegação estatal por particulares. O fato é que todos os serviços de telecomunicações, apesar dos diferentes regramentos trazidos pela LGT e pela regulamentação, consubstanciam serviço público e dependem, para serem explorados, de prévia outorga da Anatel (concessão, autorização ou permissão).

34. A Constituição Federal (art. 21, XI, CF) e a LGT atribuíram à Anatel a qualidade de órgão regulador das telecomunicações, a quem conferiu competência para adotar as medidas necessárias para implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações, bem como para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações.

35. Nesse contexto, as empresas prestadoras de serviços públicos devem atuar de forma eficiente, cabendo ao Estado garantir a qualidade desse serviço, mediante o controle e fiscalização das agências reguladoras.

36. Fala-se, então, do poder normativo, conferido legalmente à Anatel, e do qual resulta o **poder de editar normas de caráter geral, abstrato e impessoal, referentes ao setor regulado**. Conforme Marcos Jurueña Vilela Souto (*in* Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p. 233), as leis, em geral, não mais atendem aos novos padrões da sociedade, sendo necessárias normas que tratem de especificidades, que realizem o planejamento dos setores, viabilizem a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores.

37. Demais disso, como o legislador não tem qualificação para dispor sobre matérias de grande complexidade e especificidade, tal qual ocorre, por exemplo, com os setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo, toda a disciplina de ordem técnica fica a cargo das Agências, tendo, pois, caráter *erga omnes*, como o teria se disciplina houvesse sido instituída por lei (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *In*: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, nº 07, Setembro/Outubro/Novembro 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 07/08/2023).

38. Assim, a Anatel, na qualidade de órgão regulador dos serviços de telecomunicações, é o órgão com maior conhecimento técnico e expertise no ramo. A Agência visa não só à excelência na prestação do serviço e à preservação dos direitos dos usuários, mas também à garantia de bom funcionamento do setor.

39. Nessa esteira, os arts. 2º, 3º e 19 da LGT estabeleceram, respectivamente, as atribuições do Poder Público, os direitos dos usuários e as atribuições da Anatel, dentre as quais destacam-se:

#### **LGT**

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

(...)

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

(...)

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

(...)

XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

(...)

XXXII - reavaliar, periodicamente, a regulamentação com vistas à promoção da competição e à adequação à evolução tecnológica e de mercado. [\(Incluído pela Lei nº 13.879, de 2019\)](#)

40. Citam-se, ainda as disposições do art. 17 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 1997, que trata especificamente do exercício, pela Agência, de seu poder normativo:

Art.17. No exercício de seu poder normativo relativamente às telecomunicações, caberá à Agência disciplinar, entre outros aspectos, a outorga, prestação, a comercialização e o uso dos serviços, a implantação e o funcionamento das redes, a utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências, bem como:

(...)

III - estabelecer, visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações;

(...)

V - disciplinar o cumprimento das obrigações de universalização e de continuidade atribuídas aos prestadores de serviço no regime público;

VI - regular a utilização de bens ou serviços de terceiros no cumprimento do contrato de concessão;

(...)

IX - definir os termos em que serão compartilhados com os usuários os ganhos econômicos do concessionário decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas;

X - definir a forma em que serão transferidos aos usuários os ganhos econômicos do concessionário que não decorram diretamente da eficiência empresarial;

(...)

XXI - fixar prazo para os prestadores de serviço adaptarem-se a novas condições impostas pela regulamentação;

XXII - aprovar os planos estruturais das redes de telecomunicações, bem assim as normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo os equipamentos terminais, quando for o caso;

(...)

XXV - regulamentar a interconexão entre as redes;

XXVI - fixar os casos e condições em que, para desenvolver a competição, um prestador de serviço de telecomunicações de interesse coletivo deverá disponibilizar sua rede a outro prestador;

XXVII - estabelecer os condicionamentos do direito de uso das redes de serviços de telecomunicações pelos exploradores de serviço de valor adicionado, disciplinando seu relacionamento com as empresas prestadoras daqueles serviços;

(...)

XXIX - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

XXX - definir as condições para a utilização, por prestador de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, dos postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por outro prestador de serviço de telecomunicações;

41. Destarte, se por um lado o ordenamento jurídico municiou a Anatel com o poder regulamentar, de outro, e equilibrando a balança, determinou que os atos normativos deveriam ser submetidos à consulta pública. Assim, embora os Regulamentos sejam aprovados por cidadãos que não se submetem ao escrutínio eleitoral, há possibilidade de participação popular no debate aos temas que serão regulamentados. A obrigatoriedade, portanto, é inspirada no "sistema de freios e contrapesos" (*check and balances*) que permeia os três poderes da União: Legislativo, Executivo e Judiciário.

42. A consulta pública, segundo o art. 40, inciso VII, do Regimento Interno da Agência - RIA, é o procedimento administrativo que submete proposta de ato normativo, documento ou assunto a críticas e sugestões do público em geral, representando, dessa forma, mecanismo institucional importante de transparência e de legitimação das deliberações.

43. Serve, então, como fórum apropriado ao recolhimento e à ponderação sobre as diversas possíveis manifestações formuladas por indivíduos e grupos sociais interessados no tema específico.

44. Acerca da utilização do poder normativo das agências reguladoras como forma de execução de políticas públicas, transcrevem-se trechos de artigo publicado pela Procuradora Federal Luciana Chaves Freire Félix (Do Poder Normativo das Agências Reguladoras como Forma de Implementação de Políticas Públicas, O Direito nas Telecomunicações— PFE-Anatel —vol. 2, disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Publi\\_](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publi_) acesso em 07/08/2023):

Nesse sentido, o poder normativo constitui-se em importante instrumento para que as agências reguladoras alcancem a efetividade de seus projetos – é que ele possibilita que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram criadas.

Assim, **a implementação de políticas públicas, por meio da regulação, permite que o Estado alcance resultados eficazes, e, por via de consequência, atinja interesses públicos almejados.** Nesse sentido, é a lição de Marcio Iorio Aranha:

A regulação, portanto, enquanto regime jurídico regulatório, apresenta-se como um conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle sobre o



ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados. O mecanismo regulador presente na origem terminológica da regulação apresenta-se como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas capazes de interagir paritas com rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais.

Vale observar que, a bem da verdade, as políticas públicas são, em um primeiro momento, fixadas pelo Poder Público, sendo, a partir de então, executadas pelo próprio governo ou por meio de atividade regulatória atinente aos respectivos setores.

**No caso de atividade regulatória, as agências reguladoras utilizam, dentre outros instrumentos que lhe são inerentes, o poder normativo como forma de obter resultados que efetivamente se traduzam no alcance de políticas públicas estabelecidas para o setor.** Trata-se, portanto, de importante instrumento em prol da implementação de políticas públicas.

Sobre a implementação de políticas públicas, por meio do poder normativo, **vale citar a lição de Marcio Sampaio Mesquita Martins:**

A idéia central da implementação de políticas públicas através da atividade regulatória, sem perder de vista a importância das políticas aplicadas diretamente pelo poder público, **consiste na transferência da responsabilidade e, conforme o caso, dos próprios custos com a implementação de dada política pública para os delegatários de serviços públicos, os quais se tornam obrigados a cumpri-las, nos termos da regulação a qual estão submetidos.**

Assim, se o governo pretende implementar, por exemplo, uma política pública de inclusão digital para os menos favorecidos, poderá agir de duas formas: custear e executar diretamente as obras de infra-estrutura para atender à demanda das classes de baixa renda ou implementar uma política regulatória que repasse a responsabilidade (total ou parcial) ao segmento dos delegatários de serviços de telecomunicações. Nesta hipótese, poderia o ente regulador estabelecer, por exemplo, obrigações e metas no sentido de aumentar o fornecimento do serviço e a redução dos seus custos para a população de baixa renda. Assim, tais políticas podem ser executadas pelo setor econômico com as vantagens decorrentes da iniciativa privada, dentre elas a racionalidade, eficiência e economicidade dos seus processos produtivos.

As Agências, em função do seu poder normativo e fiscalizador, dispõem de várias ferramentas capazes de impelir o cumprimento das políticas por parte dos agentes econômicos, o que as tornam elementos eficientes para a instituição e implementação destas políticas, desde que relacionadas, naturalmente, com os ramos econômicos regulados.

Dentre estas ferramentas, as que mais se destacam são os poderes normativos, fiscalizatórios e de outorga. **A regulamentação permite a criação de obrigações para os delegatários.** A fiscalização assegura o cumprimento destas metas. Já as funções de outorga são úteis para direcionar a atuação dos delegatários desde o início da concessão ou autorização, de modo a afastar questionamentos tais como os relativos à eventual desequilíbrio da relação econômico-financeira. (Grifou-se)

45. Forçoso, portanto, concluir estar a Anatel, no presente caso, atuando no âmbito de suas competências, ao definir, em conjunto com a ANEEL, e após consulta pública, a regulamentação sobre compartilhamento de postes, no exercício de seu poder regulamentar.

46. Definidas essas premissas normativas, aplicáveis não somente à nova previsão do *caput* do art. 3º, mas à proposta como um todo, prossegue-se na análise das demais inovações pontuais realizadas na última minuta.

47. Além da citada alteração no *caput*, houve o acréscimo de um novo parágrafo ao art. 3º, que estabeleceu um prazo de vigência mínimo para a cessão:

Art. 3º *Omissis*

(...)

**§5º O instrumento contratual previsto no parágrafo anterior deverá ter prazo de vigência mínimo de 15 (quinze) anos, podendo ser prorrogado.**

48. Acerca do dispositivo, entende-se tratar de questão complementar à própria obrigação de cessão, sendo afeta ao mérito administrativo da proposta, por se tratar de estabelecimento de prazo mínimo de vigência da cessão. **Sugere-se, no entanto, sejam explicitados os motivos técnicos para o estabelecimento desse prazo de 15 (quinze) anos.**

49. Além desses acréscimos, a nova minuta realizou a exclusão do antigo art. 5º, renumerando-se os dispositivos seguintes:

**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.**

50. A exclusão se justifica diante da já analisada alteração do *caput* do art. 3º, que estabeleceu a cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura como a forma regulamentar de compartilhamento, sempre que houver interessados habilitados. A previsão que constava do art. 5º, portanto, não se faz mais necessário.

51. Igualmente superados, desse modo, os apontamentos do parágrafo 60 e a sugestão do item b.5 do parágrafo 63 do PARECER n. 00325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 10605136), que tratavam do dispositivo ora excluído.

52. Aqui, todavia, cabe diferenciar a nova previsão do *caput* do art. 3º da anteriormente estabelecida nesse art. 5º. A proposta ajustada, ao prever o modo como deva se realizar o compartilhamento da infraestrutura em questão, com fundamento nos dispositivos legais e motivação técnica anteriormente explicitados, não tem um caráter sancionatório, como anteriormente parecia apresentar o dispositivo excluído.

53. De fato, a minuta anterior estabelecia como forma de compartilhamento a exploração direta pelas distribuidoras de energia elétrica, que poderia realizar a cessão dessa exploração, mas com previsão de hipótese de determinação conjunta de cessão

pela ANEEL e Anatel, sem o disciplinamento de motivos para tanto, com contornos sancionatórios e de perda de direito. Situação distinta da previsão atual, que regulamenta a própria forma de compartilhamento.

54. A proposta segue com pequenos ajustes no artigo que especifica itens que podem ser remunerados à Exploradora de Infraestrutura:

Art. 221. A Exploradora de Infraestrutura ~~deve~~pode cobrar das prestadoras de serviços de telecomunicações por equipamentos, caixas de emenda, reservas técnicas e outros itens fixados em Espaços em Infraestrutura, ~~com preços livremente negociados entre as partes~~ bem como demais serviços associados, conforme ~~previsto~~ valores homologados na Oferta de Referência de Espaço em Infraestrutura.

55. Verifica-se que as alterações deixaram a norma mais precisa, com o acréscimo da previsão de serviços associados e especificação de que os preços serão os homologados na Oferta de Referência. O Informe nº 68/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10578320) elucida, ademais, que a previsão da cobrança de tais itens como uma faculdade objetiva conferir "maior liberdade ao modelo de negócios da Exploradora, ao tempo em que impõe a necessidade de que tais valores sejam homologados na Oferta de Referência, a fim de prevenir possíveis comportamentos oportunistas pela qualidade de monopolista". Não se verificam, portanto, óbices jurídicos à proposta.

56. Nas Disposições Finais e Transitórias, como complemento ao modelo previsto de compartilhamento dos Espaços em Infraestrutura, previu-se a realização de chamamento público para identificação e seleção dos interessados na cessão do direito de exploração, nos seguintes termos:

Art. 31. A Anatel e a ANEEL deverão, no prazo de 120 (cento e vinte) dias da vigência deste Regulamento, realizar 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 as condições técnicas, jurídicas e econômicas de participação bem como as áreas de exploração.

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

57. O acréscimo confere efetividade e completude ao modelo estabelecido na norma, prevendo procedimento para seleção de interessados na cessão, que deverão atender às condições técnicas, jurídicas e econômicas de participação definidas pelas Agências.

58. Entende-se, assim, que a previsão tem objetivo condizente com os parâmetros do art. 73 da LGT, de compartilhamento de infraestrutura de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. Entende-se louvável, ademais, a preocupação pela justa competição, afastando-se interesses monopolistas ou influências que possam desvirtuar o modelo proposto.

59. O dispositivo segue com outro relacionado, que determina a realização periódica de tais chamamentos, nas áreas em que não tiverem sido identificados interessados:

Art. 32. Novo procedimento, da forma prevista no artigo 32, deverá ser realizado a cada 2 (dois) anos para as áreas de exploração em que não tiverem sido identificados interessados.

60. A previsão resguarda a atualidade do modelo, prevendo mecanismo de periodicidade na realização do chamamento nas áreas em que não forem identificados interessados, atrelando a norma à dinamicidade dos fatos e, portanto, conferindo-lhe maior efetividade. Aconselha-se, no entanto, seja verificado se a norma não deveria prever, também, a realização de chamamento para os casos do término de vigência da cessão de que trata o art. 3º.

61. O último acréscimo é o que prevê a adoção, pelas Agências, de mecanismos de incentivo às boas práticas de segurança da população, do trabalho, do meio ambiente e do ordenamento urbanístico:

Art. 33. A Anatel e a ANEEL adotarão mecanismos de incentivo às boas práticas de segurança da população, do trabalho, do meio ambiente e do ordenamento urbanístico.

62. Valora-se como digno de nota o dispositivo, promovendo os objetivos pretendidos pela norma, com atendimento pleno aos valores e parâmetros albergados pelo art. 6º da Lei nº 13.116, de 2015, e do art. 5º da Resolução Conjunta ANEEL/Anatel/ANP nº 1, de 1999, *in verbis*:

#### LEI Nº 13.116, DE 20 DE ABRIL DE 2015.

Art. 6º A instalação de infraestrutura de rede de telecomunicações em área urbana não poderá:

- I - obstruir a circulação de veículos, pedestres ou ciclistas;
- II - contrariar parâmetros urbanísticos e paisagísticos aprovados para a área;
- III - prejudicar o uso de praças e parques;
- IV - prejudicar a visibilidade dos motoristas que circulem em via pública ou interferir na visibilidade da sinalização de trânsito;
- V - danificar, impedir acesso ou inviabilizar a manutenção, o funcionamento e a instalação de infraestrutura de outros serviços públicos;
- VI - pôr em risco a segurança de terceiros e de edificações vizinhas;
- VII - desrespeitar as normas relativas à Zona de Proteção de Aeródromo, à Zona de Proteção de Heliponto, à Zona de Proteção de Auxílios à Navegação Aérea e à Zona de Proteção de Procedimentos de Navegação Aérea, editadas pelo Comando da Aeronáutica.

#### RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 001, DE 24 DE NOVEMBRO DE 1999

Art. 5º O atendimento a parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente estabelecidos pelos órgãos competentes, assim como de obrigações associadas às concessões, permissões ou autorizações outorgadas ou expedidas pelo Poder Concedente e de boas práticas internacionais para prestação dos respectivos serviços, não deve ser comprometido pelo compartilhamento.

63. Por fim, alerta-se para que a área técnica verifique se, diante da alteração da minuta, há necessidade de ajustar algum ponto da "Planilha respostas contribuições CP 17/2022" (SEI nº 10416539), já que o Informe nº 49/2023/PRRE/SPR (SEI nº



10348536) citava o acatamento da sugestão das distribuidoras de energia elétrica no sentido de manter o caráter facultativo da cessão do direito de exploração dos espaços em infraestrutura, bem como a existência de sugestão de inclusão de regra prevendo que o cessionário não deveria ter qualquer relação com prestadoras de serviços de telecomunicações, situações que se alteraram com a atual proposta.

## **2.2 Da minuta de submissão à consulta pública de proposta de metodologia de preços pela utilização de Ponto de Fixação para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações.**

64. A analisada minuta de Regulamento para Compartilhamento de Postes entre Distribuidoras de Energia Elétrica e Prestadoras de Serviços de Telecomunicações (SEI nº 10581200) prevê, em seu art. 20, que a ANEEL estabelecerá em ato próprio os preços pela utilização de Ponto de Fixação para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, por meio de metodologia de estabelecimento do preço que será definida em ato conjunto pela ANEEL e Anatel (§2º).

65. Assim, como esclareceu o Informe nº 78/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10783735), as áreas técnicas das duas Agências alinharam-se para que a proposta dessa metodologia seja submetida à consulta pública pelos respectivos órgãos colegiados máximos na mesma oportunidade em que for realizada a deliberação quanto à proposta final de revisão do normativo conjunto.

66. Referido Informe apontou, ademais, acerca da proposta de metodologia em si, haver quatro pontos sobre os quais ainda resta dissonância entre a ANEEL e a Anatel, o que não impede a consulta pública, em realidade, reforçando a sua necessidade, "justamente porque se pode, a partir deste mecanismo de consulta à sociedade, obter mais e melhores subsídios que reforcem os argumentos de um ou de outro, com vistas à melhor tomada de decisão final pelos órgãos máximos de ambas as Agências".

67. Quanto ao mérito da proposta de metodologia, consubstanciada na NOTA TÉCNICA Nº 106/2023–STR/ANEEL (SEI nº 10783946), impende destacar o seu caráter eminentemente técnico.

68. A respeito, portanto, deve-se registrar que, à luz do art. 131 da Constituição Federal de 1988 e do art. 10 da Lei nº 10.480, de 02 de julho de 2002, incumbe a este Órgão de Execução da Advocacia-Geral da União prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados no âmbito da Anatel, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica, administrativa, financeira ou contábil.

69. Sob o ponto de vista jurídico, no entanto, é preciso rememorar que as prestadoras de serviços de telecomunicações têm direito à utilização de postes de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, conforme art. 73 da LGT.

70. São essas as balizas jurídicas, portanto, que devem ser observadas na construção dessa metodologia, no que concerne à Anatel.

71. E da fundamentação da NOTA TÉCNICA Nº 106/2023–STR/ANEEL (SEI nº 10783946) depreende-se terem sido essas levadas em consideração, sendo a proposta de metodologia construída com base nos "custos efetivos envolvidos no compartilhamento, sejam aqueles relacionados à disponibilidade da infraestrutura (capex e opex), sejam aqueles relacionados ao processo de ocupação (censo, fiscalização e inadimplência)".

72. O desafio, no entanto, é justamente construir uma metodologia de precificação que consiga captar, da forma mais precisa possível, os fatores incidentes, de modo a se alcançar o pretendido preço justo, sem prejuízo ou distorções para nenhum dos setores, que afetariam, em última instância, os seus consumidores, como se depreende da citada Nota Técnica:

34. Inicialmente, é importante ressaltar que a matéria se trata de um problema de alocação de custos entre dois setores e, em tese, a prática de preços abaixo do custo incorrido implica a transferência de renda da Detentora para o Solicitante, ou seja, do consumidor da distribuidora de energia para o acionista da empresa de telecomunicações. Por outro lado, a cobrança de preços acima do justo proporciona subsídio aos consumidores de energia elétrica, arcado pelos usuários dos serviços de telecomunicações.

73. E, para tanto, deve-se ressaltar que o Informe nº 78/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10783735) trouxe relevantíssimas considerações, especialmente sobre a proporcionalidade de custos entre os dois setores e os fatores que devam ou não ser levados em consideração na metodologia, as quais deverão ser enfrentadas quando da consolidação da proposta, pós realização da consulta pública.

74. Exsurge daí, aliás, mais uma vez, para além de mero requisito legal, a importância material de realização da consulta pública, da qual se poderá extrair considerações e sugestões dos atores interessados na matéria, de forma a se permitir o aprimoramento técnico da proposta e o equacionamento dos diferentes interesses incidentes.

75. A respeito do ato de submissão à consulta pública, reiteram-se os esclarecedores termos do PARECER n. 00266/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 5468380):

6. A consulta pública, segundo o art. 59 do Regimento Interno da Agência (Resolução nº 612/2013), tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões do público em geral, representando, dessa forma, mecanismo institucional importante de transparência e de legitimação das deliberações.

7. O fato de os administrados estarem submetidos às normas da Anatel não lhes retira o direito de serem ouvidos, participar, negociar e fazer prevalecer seus interesses. É preciso que essa colaboração ocorra, entretanto, de forma institucionalizada e previamente estipulada, com o fito de garantir a transparência desse processo de abertura à sociedade, momento adequado para que os diversos atores econômicos e o Poder Público possam contrapor interesses, objetivos e políticas entre si.

8. Por meio da consulta pública, de outro lado, procura-se minorar os riscos de captura do agente regulador pelos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, fato que ocorre, grosso modo, quando estes conseguem impor sua vontade e imprimir seus interesses, mesmo quando incompatíveis com o interesse público ou com os direitos dos usuários, nas decisões do ente regulador.

9. Sem dúvida, a falta de transparência e a institucionalização do segredo como prática decisória são elementos que comprometem a independência do agente regulador, trazendo consigo um déficit democrático inconciliável com os princípios que regem a atividade política no Estado de Direito.

10. Segundo Márcio Iório Aranha <sup>[1]</sup>, não foi sem propósito que os mecanismos da consulta e da audiência públicas foram introduzidos na atual legislação e regulamentação setorial. Trata-se de um passo de reorientação da função das agências para a sua vocação inicial de espaços públicos e, portanto, mediadores do diálogo para preservação da virtude política dos interessados em verem suas vozes traduzidas em ação.

11. A consulta pública, então, serve como fórum apropriado ao recolhimento e à ponderação sobre as diversas possíveis manifestações formuladas por indivíduos e grupos sociais interessados no tema específico. Na

interpretação de Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>[2]</sup>, os entes públicos incumbidos de exercer a regulação estatal sobre um determinado setor da economia devem ser concebidos com ampla transparência e permeabilidade, sem descuidar de certa neutralidade. A permeabilidade se revela no diálogo permanente, transparente e aberto do regulador com os agentes sujeitos à regulação.

Ao tratar do assunto, a Exposição de Motivos nº 231/MC-EM-LGT, de 10.12.1996, afirmou que a consulta pública é instrumento capaz de “*dificultar comportamentos oportunistas e inibir ações indesejáveis por parte de operadoras e grupos de interesses*”, realçando a característica de transparência e permeabilidade institucionalizada imprimida à Anatel.

12. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão<sup>[3]</sup> explica que os espaços públicos de discussão foram criados como mecanismos de legitimação do processo decisório, no intento de reduzir o déficit democrático da regulação administrativa. Vê-se, pois, que o viés democrático é impingido às instituições públicas na medida em que nelas se abrem espaços destinados à manifestação do indivíduo, no exercício direto de sua cidadania.

13. É de se concluir, portanto, pela real necessidade de submissão da proposta em tela ao procedimento de consulta pública, arrolado pelo art. 59 do Regimento Interno da Agência, in verbis:

#### **RI-ANATEL**

Art. 59. A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões do público em geral.

§ 1º A Consulta Pública pode ser realizada pelo Conselho Diretor ou pelos Superintendentes, nas matérias de suas competências.

§ 2º A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as críticas e as sugestões serem apresentadas conforme dispuser o respectivo instrumento deliberativo.

§ 3º A divulgação da Consulta Pública será feita também na página da Agência na Internet, na mesma data de sua publicação no Diário Oficial da União, acompanhada, dentre outros elementos pertinentes, dos seguintes documentos relativos à matéria nela tratada:

I - informes e demais manifestações das áreas técnicas da Agência;

II - manifestações da Procuradoria, quando houver;

III - análises e votos dos Conselheiros;

IV - gravação ou transcrição dos debates ocorridos nas Sessões ou Reuniões em que a matéria foi apreciada;

V - texto resumido que explique de forma clara e suficiente o objeto da consulta.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas e devidamente justificadas deverão ser consolidadas em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, anexado aos autos do processo administrativo da Consulta Pública, contendo as razões para sua adoção ou rejeição, e permanecerá à disposição do público na Biblioteca e na página da Agência na Internet.

§ 5º Os pedidos de prorrogação de prazo de Consulta Pública serão decididos pelo Superintendente nas matérias de sua competência e, aqueles relativos a matérias sob a competência do Conselho Diretor, distribuídos ao Conselheiro Relator do processo submetido à Consulta Pública, exceto quando a ausência deste prejudicar a análise tempestiva do pedido, caso em que deverá ser realizado sorteio da matéria, nos termos do art. 9º deste Regimento.

§ 6º Na fixação dos prazos para a apresentação de críticas e sugestões às Consultas Públicas, a Agência deverá considerar, entre outros, a complexidade, a relevância e o interesse público da matéria em análise.

14. É importante consignar, ainda, que o art. 59, §3º do Regimento Interno da Agência dispõe expressamente acerca da necessidade de divulgação da Consulta Pública também na página da Agência na Internet e menciona, inclusive, a lista de documentos a serem divulgados, dentre outros elementos pertinentes.

15. Desta feita, é necessário que se proceda à publicação, no sítio eletrônico da Agência na Internet, de toda a documentação pertinente ao regulamento em tela, nos termos do parágrafo terceiro supracitado, em consonância com a noção de transparência e publicidade que deve pautar a atuação da Agência, e que se refletirá em uma participação mais ampla e consciente da sociedade e dos agentes regulados.

16. Por fim, cumpre anotar o teor do art. 9º, § 2º, da Lei nº 13.848, de 2019, que destaca a necessidade de que as Consultas Públicas realizadas no âmbito das Agências Reguladoras tenha duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado. (Grifos no original)

76. Na presente oportunidade, em atendimentos aos requisitos normativos, verifica-se da Minuta de Consulta Pública (SEI nº 10784022) a previsão de que o texto completo da proposta estará disponível na página da Anatel na Internet, a partir das 14h da data da sua publicação no Diário Oficial da União, dispondo a forma que devam ser encaminhadas as contribuições e as sugestões, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, com indicação de que as manifestações recebidas merecerão exame pela Anatel e permanecerão à disposição do público.

77. Alerta-se, no entanto, que, nos termos do §3º do art. 59 do Regimento Interno da Agência, a divulgação da Consulta Pública na página da Agência na Internet deve ser acompanhada, dentre outros elementos pertinentes, dos seguintes documentos:

I - informes e demais manifestações das áreas técnicas da Agência;

II - manifestações da Procuradoria, quando houver;

III - análises e votos dos Conselheiros;

IV - gravação ou transcrição dos debates ocorridos nas Sessões ou Reuniões em que a matéria foi apreciada;

V - texto resumido que explique de forma clara e suficiente o objeto da consulta.

78. Acerca dos aspectos redacionais da minuta (SEI nº 10784022), verifica-se a necessidade de pequenos ajustes.
79. Isso porque a referência ao SEI nº 10783955 parece equivocada, já que é a referência Sei do próprio ato de submissão à consulta pública, e a proposta de metodologia se encontra, em realidade, no SEI nº 10783946.
80. Igualmente parece equivocada a referência à "motivação disposta no Anexo II ao Informe nº 78/2023/PRRE/SPR", eis que a motivação consta do próprio Informe nº 78/2023, não do seu Anexo II, que mais uma vez é o próprio ato de submissão à consulta pública.
81. Ainda, devem ser oportunamente preenchidos os trechos referentes à competência do Conselho Diretor para a expedição do ato (art. 133 do RIA) e identificação do circuito deliberativo e/ou reunião.
82. Por fim, não foram apresentadas justificativas para dispensa da realização de consulta interna, nos termos do §2º do art. 60 do Regimento Interno da Agência, o que se sugere, ou a sua realização.

### 3. CONCLUSÃO

83. Diante do exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal – PGF, vinculada à Advocacia-Geral da União – AGU, em complemento ao PARECER n. 00325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 10605136), opina:

I) acerca da minuta de Regulamento de Compartilhamento de Postes entre Distribuidoras de Energia Elétrica e Prestadoras de Serviços de Telecomunicações:

- a. pela sugestão de motivação da previsão do prazo de vigência mínimo para a cessão do direito de exploração comercial de Espaços em Infraestrutura, constante do §5º do art. 3º da minuta;
- b. pela superação dos apontamentos do parágrafo 60 e da sugestão do item b.5 do parágrafo 63 do PARECER n. 00325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 10605136), que tratavam de dispositivo excluído da proposta;
- c. seja verificado se o art. 32 não deveria prever, também, a realização de chamamento para os casos do término de vigência da cessão de que trata o art. 3º; e
- d. que a área técnica verifique se, diante da alteração da minuta, há necessidade de ajustar algum ponto da Planilha respostas contribuições CP 17/2022 (SEI nº 10416539);

II) acerca da minuta de submissão à consulta pública de proposta de metodologia de preços pela utilização de Ponto de Fixação para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações:

- a. que, à luz do art. 131 da Constituição Federal de 1988 e do art. 10 da Lei nº 10.480, de 02 de julho de 2002, incumbe a este Órgão de Execução da Advocacia-Geral da União prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados no âmbito da Anatel, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica, administrativa, financeira ou contábil;
- b. a proposta final de metodologia, pós realização da consulta pública, deve respeitar o direito das prestadoras de serviços de telecomunicações à utilização de postes de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, conforme art. 73 da LGT, para tanto devendo ser enfrentadas as considerações técnicas expostas no Informe nº 78/2023/PRRE/SPR (SEI nº 10783735);
- c. a divulgação da Consulta Pública na página da Agência na Internet deve ser acompanhada dos documentos listados no art. 59, §3º, do Regimento Interno da Agência;
- d. devem ser realizados os ajustes redacionais apontados nos parágrafos 79 a 81 do Parecer; e
- e. devem ser apresentadas justificativas para dispensa da realização de consulta interna, nos termos do art. 60, §2º, do Regimento Interno da Agência, ou a sua realização.

À consideração superior.

Brasília, 21 de setembro de 2023.

Thiago de Oliveira Gonçalves  
Procurador Federal  
Coordenador de Contencioso Administrativo Adjunto

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500014686201889 e da chave de acesso a66a5012



Documento assinado eletronicamente por THIAGO DE OLIVEIRA 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 1239998745 e chave de acesso a66a5012 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): THIAGO DE OLIVEIRA GONÇALVES, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-09-2023 16:01. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES  
COORDENAÇÃO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-2062

---

**DESPACHO n. 06888/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**

**NUP: 53500.014686/2018-89**

**INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, PRESTADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES**

**ASSUNTOS: OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

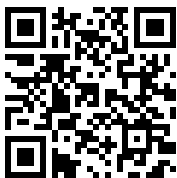
1. De acordo com o Parecer nº 377/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU.
2. Encaminhem-se os autos para a análise e aprovação da Procuradora-Geral Adjunta - Matéria Finalística.

Brasília, 21 de setembro de 2023.

(assinado eletronicamente)  
LEANDRO DE CARVALHO PINTO  
PROCURADOR FEDERAL  
COORDENADOR DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500014686201889 e da chave de acesso a66a5012



Documento assinado eletronicamente por LEANDRO DE CARVALHO PINTO, 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 1287303386 e chave de acesso a66a5012 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEANDRO DE CARVALHO PINTO, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-09-2023 16:04. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES  
GABINETE DA PROCURADORA-GERAL ADJUNTA - MATÉRIA FINALÍSTICA SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º  
ANDAR, ALA NORTE - SETOR DE AUTARQUIAS SUL BRASÍLIA/DF - CEP: 70070-940 - TELEFONE: (61) 2312-  
2069

---

**DESPACHO n. 06889/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**

**NUP: 53500.014686/2018-89**

**INTERESSADO: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, PRESTADORAS DE  
TELECOMUNICAÇÕES**

**ASSUNTO: OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

1. De acordo com o **Parecer nº 377/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, nos termos do **Despacho nº 6888/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Encaminhem-se os autos para análise e aprovação do Procurador-Geral.

Brasília, 21 de setembro de 2023.

*(assinado eletronicamente)*

**CAROLINA SCHERER**

Procuradora-Geral Adjunta - Matéria Finalística

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500014686201889 e da chave de acesso a66a5012



Documento assinado eletronicamente por CAROLINA SCHERER, 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 1287309652 e chave de acesso a66a5012 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA SCHERER, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-09-2023 16:28. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL  
SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-2377

**DESPACHO n. 06891/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**

**NUP: 53500.014686/2018-89**

**INTERESSADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, PRESTADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES**

**ASSUNTO: OUTORGA E RECURSOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

1. Aprovo o **PARECER n° 325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, (seq. 31) na forma do **DESPACHO n. 04029/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Aprovo, também, o **PARECER n° 377/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, na forma dos **Despacho n° 6888/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU e Despacho n° 6889/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, que complementa o agora aprovado **PARECER n° 325/2023/PFE-ANATEL/PGF/AGU**,
3. Agradeço efusivamente aos colegas THIAGO DE OLIVEIRA GONÇALVES e LEANDRO DE CARVALHO PINTO, por seus já costumeiros e elevados espíritos públicos, pela sensibilidade, atenção e presteza, funcionando em tempo bem menor do aquele legalmente fixado para produção de manifestações jurídicas, ainda mais considerando se tratar de coordenação com considerável quantidade de trabalho jurídico, razão pela qual se deve ter o presente tratamento como excepcional.
4. Ao Sr. SCP, o meu agradecimento pela relação estreita com esta PFE, o que, sem dúvida, contribuiu para a análise e presteza.
5. COM URGÊNCIA, restitua-se os autos à origem.

Brasília, data da assinatura.

(assinado eletronicamente)  
**CÁSSIO CAVALCANTE ANDRADE**  
Procurador-Geral  
Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500014686201889 e da chave de acesso a66a5012



Documento assinado eletronicamente por CASSIO CAVALCANTE ANDRADE, 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 1287352313 e chave de acesso a66a5012 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CASSIO CAVALCANTE ANDRADE, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-09-2023 17:27. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.