



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

DANTE AGUIAR PARENTE

**BENS REVERSÍVEIS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: UMA PROPOSTA
PARA SUA IDENTIFICAÇÃO**

BRASÍLIA - DF

2021

DANTE AGUIAR PARENTE

Bens reversíveis no setor de telecomunicações: uma proposta para sua identificação

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UniCEUB como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan.

Brasília

2021

DANTE AGUIAR PARENTE

Bens reversíveis no setor de telecomunicações: uma proposta para sua identificação

Dissertação apresentada ao programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
do UniCEUB como requisito parcial para
obtenção do título de mestre.

Brasília, xxxxxxxx.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Jr.

Membro externo – Prof. Dr. Eliomar Pereira

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Sandro Dezan por compartilhar em suas aulas, grupo de estudos e conversas informais um pouco de seu conhecimento e de sua visão de mundo, imprescindíveis para apresentar uma visão clássica neste trabalho. Aos colegas de mestrado e da Procuradoria Federal junto à Anatel por todos os debates, apontamentos, críticas e discussões que tanto contribuíram para a construção das ideias e das conclusões expostas neste trabalho. Aos amigos Diego Pereira, Victor Hugo e Daniel Brasileiro pelas conversas diárias sobre temas jurídicos que proporcionaram meu engrandecimento pessoal. Aos familiares, em especial, aos meus pais, Jurema e Francisco Parente, que sempre se fizeram presentes no incentivo diário aos estudos, desde o início da minha caminhada. À minha amada esposa Janylle, cuja presença sempre se revelou como meu suporte e abrigo.

RESUMO

O presente trabalho trata da reversibilidade de bens aplicável ao setor de telecomunicações, investigando qual é critério de identificação dos bens reversíveis no Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC (popularmente conhecido como *telefonia fixa*). Levantou-se como hipótese inicial que a destinação do bem à concessão do STFC seria característica suficiente para entendê-lo como reversível. Para comprovação da hipótese, estudou-se como o Direito Positivo pátrio se valeu dos bens reversíveis nas mais diversas concessões nacionais, como o objetivo de bem compreender o que são esses bens e como eles estão regulados. Após isso, afunilou-se a pesquisa ao focar o setor de telecomunicações, visando expor como a reversibilidade de bens foi tratada nesse específico setor, momento em que se apresentou o critério de identificação aqui proposto. Definiu-se, à luz das cláusulas contratuais e dos regulamentos setoriais, que os bens reversíveis no setor de telecomunicações são aqueles indispensáveis à prestação do serviço de telefonia fixa, assim entendidos como os bens destinados aos processos de telefonia fixa ou que prestem a esses bens diretamente alguma utilidade. Por fim, testou-se o critério de identificação proposto em casos difíceis, como os bens imóveis e bens multiserviços (utilizados em mais de um serviço de telecomunicação), tendo-se alcançado respostas diversas daquelas apresentadas por atores institucionais, como a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel e o Tribunal de Contas da União - TCU.

Palavras-chave: Direito Regulatório. Telecomunicações. Serviço telefônico fixo comutado (STFC). Bens reversíveis. Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

ABSTRACT

The present work deals with the reversibility of assets applicable to the telecommunications sector, investigating which is the identification criteria for reversible assets in the Switched Fixed Telephone Service - STFC (popularly known as fixed telephony). It was hypothesized that the allocation of the asset to the STFC concession would be sufficient to understand it as reversible. To prove the hypothesis, it was studied how the positive national law used reversible assets in the most diverse national concessions, as the objective of well understanding what these assets are and how they are regulated. After that, the research for the telecommunications sector was narrowed, aiming to expose how the reversibility of goods was treated in this specific sector, when the identification criterion proposed here was presented. It was defined, in the light of contractual clauses and sectoral regulations, that the reversible goods in the telecommunications sector are those indispensable for the provision of the fixed telephony service, thus understood the goods destined to the fixed telephony processes or that render these goods directly useful. Finally, the proposed identification criterion was tested in difficult cases, such as real estate and multiservice assets (assets used in more than one telecommunication service), with responses different from those presented by institutional actors such as the National Agency of Telecommunications - Anatel and the Federal Audit Court - TCU.

Keywords: Regulatory Law. Telecommunications. Switched fixed telephone service (STFC). Reversible assets. National Telecommunications Agency - Anatel.

LISTA DE ACRÔNIMOS

ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários
CC - Código Civil (Lei n. 10.406/02)
CEF - Caixa Econômica Federal
CF -- Constituição Federal de 1988
CJF - Conselho da Justiça Federal
ECT - Empresa de Correios e Telégrafos
FMI - Fundo Monetário Internacional
LGT - Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.742/97)
MPF - Ministério Público Federal
OS - Organizações Sociais
OSC - Organizações da Sociedade Civil
OSCIP - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PADO - Procedimentos Administrativos de Descumprimento de Obrigação
PIE - Produtores Independentes de Energia Elétrica
PGMU - Plano Geral de Metas de Universalização
PGO - Plano Geral de Outorgas
PST - Posto de Serviço de Telecomunicações
RBR - Relação de Bens Reversíveis
SCM - Serviço de Comunicação Multimídia
SeAC - Serviço de Acesso Condicionado
SMP - Serviço Móvel Pessoal
STF - Supremo Tribunal Federal
STFC - Serviço Telefônico Fixo Comutado
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TAP - Terminal de Acesso Público
TCU - Tribunal de Contas da União
TRF1 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TUP - Terminal de Uso Público

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 OS BENS REVERSÍVEIS NAS CONCESSÕES PÚBLICAS	14
1.1 A concessão: histórico de um instituto antigo e seu apogeu com o serviço público	14
1.2 Origens e fundamentos da reversão de bens: a continuidade do serviço	20
1.3 Ausência de um regime jurídico uno para os bens reversíveis	27
1.4 A titularidade e o regime jurídico dos bens reversíveis.....	32
1.4.1 Bens públicos: critérios de identificação de bens sujeitos ao regime público	32
1.4.2 A titularidade dos bens reversíveis: poder concedente ou concessionário?.....	37
1.4.3 O regime jurídico dos bens reversíveis titularizados por particulares	42
1.4.4 Arquiteturas jurídicas de bens reversíveis: bens de propriedade pública, bens de propriedade particular e bens de terceiros	50
1.5 Abrangência dos bens reversíveis sobre o patrimônio da concessionária	56
1.6 Conclusão parcial	61
2 A REVERSIBILIDADE DOS BENS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: EXPOSIÇÃO NORMATIVA.....	63
2.1 Regimes de prestação dos serviços de telecomunicações: reversibilidade de bens unicamente nos serviços prestados sob o regime público	63
2.2 Desestatização do sistema Telebrás: inexistência de um inventário de bens	70
2.3 Previsão normativa da reversibilidade no setor de telecomunicações: Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei n. 9.472/97), contratos de concessão e regulamento.....	81
2.3.1 A indispensabilidade do bem ao STFC e a textura aberta da linguagem: o critério de identificação proposto.....	87
2.3.2 O backhaul como bem reversível: uma solução patrimonialista.....	92
2.3.3 O Regulamento de Bens Reversíveis da Anatel (Resolução n. 447/2006) e as alterações por ele impostas. A concessão do STFC como uma concessão diversa das tradicionais	96
2.3.4 A reversibilidade do direito de propriedade ou meramente da posse?.....	101
2.4 A edição da Lei n. 13.848 de 25 de junho de 2019 e sua repercussão sobre a reversibilidade dos bens.....	105
2.5 Conclusão parcial	111
3 A REVERSIBILIDADE DOS BENS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: CASOS DÍFICEIS E ENTENDIMENTOS DE ATORES INSTITUCIONAIS	114

3.1 A reversibilidade dos bens das concessões do STFC e os bens imóveis.....	114
3.2 Evolução do entendimento da Anatel acerca da reversibilidade de bens imóveis .	119
3.3 Bens multisserviços são reversíveis?	131
3.4 A reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações sob a perspectiva do Tribunal de Contas da União - TCU	140
3.4.1 A adaptação das concessões de telefonia móvel para autorização: o primeiro caso de extinção de reversibilidade no setor de telecomunicações e sua análise pelo TCU ..	141
3.4.2 Entendimento do TCU sobre os bens reversíveis no STFC	144
3.4.3 Crítica ao entendimento do TCU sobre os bens reversíveis no STFC	148
3.5 Conclusão parcial	152
CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata dos bens reversíveis nas concessões de serviços de telecomunicações. Em especial, o objeto deste trabalho é analisar o critério de identificação dos bens reversíveis nas concessões do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, popularmente conhecido como serviço de telefonia fixa. Dito de outro modo, pretende-se investigar quais bens empregados na concessão do STFC são abrangidos pela cláusula de reversibilidade de modo que, ao fim da concessão do STFC, tais bens devam ser entregues para o ente concedente a fim de que ele possa, direta ou indiretamente, continuar a prestar o serviço de telefonia fixa.

Na década de 1990, o Brasil passou por profundas reformas no aparelho estatal. Entre elas, uma reforma significativa foi a redefinição do papel do Estado: diminuía-se o seu papel de prestador dos serviços à sociedade, fomentando a função de regulamentador das atividades a serem exercidas pela iniciativa privada. Nesse contexto, foram criadas as agências reguladoras, e concedeu-se à iniciativa privada grande parte dos serviços antes exercidos por empresas estatais.

No setor de telecomunicações, como parte do processo de adequação das relações entre o Estado e a iniciativa privada, extinguiu-se o monopólio do setor de telecomunicações mediante a Emenda Constitucional n. 08/95. Em seguida foi editada a Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT) que previa a nova ordenação das telecomunicações, a criação de um órgão regulador e a desestatização do sistema Telebrás.

À época, o serviço de telefonia fixa (STFC) detinha uma enorme relevância econômica e social, motivo pelo qual se previu um dever de continuidade desse serviço ao enquadrá-lo como serviço de telecomunicação prestado sob o regime público. Isto é, o poder concedente deveria criar meios de impedir a parada repentina do serviço, garantindo assim a continuidade de sua prestação. Utilizou-se para tanto dos bens reversíveis, instituto jurídico já usado nas concessões brasileiras há mais de 100 anos.

Ocorre que o ordenamento jurídico setorial não foi claro quanto à identificação desses bens, havendo inúmeras imprecisões quanto a sua real identificação. Apenas para se ter uma ideia, há discussões acerca da reversibilidade de bens imóveis das concessionárias. Essa situação de indefinição piorou com a evolução ocorrida no setor de telecomunicações, que permitiu a convergência tecnológica¹, o que tornou possível o uso compartilhado de bens para

¹ O termo *convergência tecnológica* é utilizado para designar a tendência crescente de utilização de uma única infraestrutura tecnológica para prover serviços de telecomunicações diversos que, originalmente, requeriam equipamentos, canais de comunicação, protocolos e padrões independentes. Como exemplo, passou a ser possível,

a prestação de distintos serviços de telecomunicações. Por exemplo, um cabo de fibra ótica pode ser empregado como meio de transmissão de sinais provenientes do serviço de telefonia fixa (STFC), bem como de dados do serviço de comunicação multimídia - SCM (*internet fixa*) e do Serviço de Acesso Condicionado - SeAC (TV por assinatura).

Essa indeterminação agrava-se com a proximidade do termo final dos contratos de concessão de STFC no ano de 2025 e com a edição da Lei n. 13.879/2019, que permite a adaptação do instrumento de outorga do serviço, migrando-o de concessão para autorização. É imprescindível, portanto, a definição precisa de quais bens serão enquadrados ou não como reversíveis.

A imprecisão jurídica acerca da definição dos bens reversíveis, para além de ser um tema de relevância jurídica, também se revela importante segundo uma ótica econômica. Isso porque a indefinição jurídica pode acarretar, de acordo com o critério utilizado para identificar os bens reversíveis, em uma maior ou menor quantidade de bens, o que reflete diretamente nas cifras envolvidas. Segundo relatório do Tribunal de Contas da União², o valor associado aos bens reversíveis do setor de telecomunicações chega à vultosa soma de mais de 105 bilhões de reais. De outro lado, ao seguir postulados diferentes, pode-se encontrar valores bastantes diversos, sendo os bens reversíveis avaliados pelo governo federal em 20 bilhões de reais, enquanto as concessionárias do STFC calcularam o valor em 10 bilhões de reais.³

Adicionalmente, do ponto de vista social, sobreleva-se a importância de conhecerem-se os bens reversíveis do STFC. Como dito, tais bens existem como forma de garantir a continuidade da prestação do STFC, evitando-se assim uma paralização do serviço concedido de telefonia fixa. Caso ocorra, por qualquer motivo, uma descontinuidade da prestação do serviço, localidades mais ermas não servidas por outras prestadoras ou por outros serviços de

a partir do acesso à rede mundial de computadores possibilitada pelo Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, usufruir de serviços de TV por assinatura, videochamadas, telefonia por voz e outros. O termo *convergência* é assim explicado por Laffont e Tirole: “Convergence: It is commonplace to note that the telecommunications, broadcasting, and computer industries are coming together. Fundamentally, audio, video, voice, and Internet data are digital bits, ones and zeros. Internet service providers are starting to offer broadcasting and IP telephony. Broadcasters are entering Internet provision and offer telecommunications services. Telecommunications operators offer Internet access and services and want to enter the video-on-demand and cable markets” (LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **Competition in Telecommunications**. London: MIT Press, 2000. p. 273).

² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3.311/2015-Plenário. Processo TC n. 024.646/2014-8. Disponível em:

<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2513578DE0151921C2605080A&inline=1>. Acesso em: 10 ago. 2020.

³ Anatel nega que bens reversíveis das teles valham R\$ 100 bilhões. **Revista Exame**. São Paulo, 14 fev. 2017. Disponível em: <https://exame.com/negocios/anatel-nega-que-bens-reversiveis-das-teles-valham-r-100-bilhoes/>. Acesso em: 14 set. 2020.

telecomunicações poderiam permanecer em completo isolamento comunicacional até que se definisse quais bens poderiam ser utilizados pelo ente concedente ou por outra concessionária para manter o serviço em atuação.

Dessa forma, a presente dissertação busca enfrentar a seguinte pergunta de pesquisa: quais bens são considerados reversíveis nas concessões de telefone fixo comutado - STFC? De início, tendo em vista as decisões de relevantes atores institucionais, como a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel e o Tribunal de Contas da União - TCU, tem-se como hipótese geral que será bem reversível todo aquele que de algum modo seja utilizado para prestar o serviço de telefonia fixa ou que agregue alguma utilidade a esse serviço concedido. Detalhando ainda mais, tem-se ainda como hipóteses secundárias serem reputados como bens reversíveis os bens móveis empregados totalmente ou parcialmente no STFC, assim como os bens imóveis guarnecedores deles.

O objetivo principal do presente trabalho é estabelecer o critério de identificação dos bens reversíveis no setor de telecomunicações brasileiro. Para atingi-lo, os objetivos específicos da pesquisa podem ser assim elencados: (i) analisar como os bens reversíveis são regulados pelos demais setores econômicos, estudando qual é o seu fundamento de existência, de quem é sua titularidade, qual é o seu regime jurídico e se há um regime jurídico unificado para esses bens; (ii) estudar como o setor de telecomunicações se valeu da reversibilidade, abordando sua previsão na Lei Geral de Telecomunicações - LGT, em contratos de concessão e nas resoluções da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; (iii) pesquisar e analisar criticamente a jurisprudência do Conselho Diretor da Anatel e do Tribunal de Contas da União - TCU acerca dos bens reversíveis nas telecomunicações, principalmente sobre as situações ensejadoras de maiores dúvidas na atualidade: os bens imóveis e os bens multisserviços.

Por tratar-se de um tema setorial nacional, o trabalho possui uma limitação relevante, pois cerra seu objeto de pesquisa no setor de telecomunicações (limitação setorial) nacional (limitação territorial). Não há aqui qualquer pretensão de criar/identificar uma teoria geral sobre bens reversíveis ou sobre qualquer assunto. Limita-se, ao contrário, a tentar identificar quais bens seriam reversíveis no setor de telefonia fixa, dada a regulação setorial atualmente em vigor sobre o tema.

Uma outra limitação do presente trabalho reside no fato de que muitos dos temas aqui explanados foram abordados unicamente como instrumentos contextualizantes, destituídos assim de qualquer desejo de esgotá-los, pois não constituem o objeto da pesquisa. Dessa forma, muito mais poderia ser dito sobre o serviço público no Brasil, sobre o processo de desestatização

ocorrido nos anos 90 do século passado, bem como sobre a reversão de bens em outros setores etc.

Feitas essas delimitações e explanações introdutórias, cumpre destacar a estrutura do presente trabalho e o itinerário da pesquisa.

Por ser um tema deveras específico, o primeiro capítulo tem como objetivo aproximar o leitor dos bens reversíveis, motivo pelo qual se escolheu proceder a um estudo geral sobre o referido tema. O objetivo desse capítulo é introduzir a temática dos bens reversíveis dentro do contexto de concessões públicas (seção 1.1), identificando a justificativa de sua existência (seção 1.2). A partir daí passa-se a analisar como as concessões nacionais se valeram do instituto, identificando a inexistência de uma teoria geral a respeito do tema (seção 1.3). Conhecida essa ausência de regramento unificado sobre os bens reversíveis, buscou-se então analisá-los sob os pontos de vista da titularidade e do regime jurídico nos quais eles estão inseridos (seção 1.4), pretendendo identificar espécies diversas de bens reversíveis. Logo após, passa-se a tratar da abrangência dos bens reversíveis sobre o patrimônio da concessionária, trazendo-se discussões judiciais a respeito do tema (seção 1.5). Ao fim, são trazidas conclusões sobre o capítulo (seção 1.6).

No segundo capítulo há um afunilamento da pesquisa, migrando-se de uma perspectiva geral sobre bens reversíveis para o setor de telecomunicações brasileiro. O capítulo inicia-se com uma explicação sobre os regimes jurídicos de prestação de serviços de telecomunicações (regimes público e privado), fixando a existência dos bens reversíveis unicamente para o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, único serviço de telecomunicação prestado sob o regime público (seção 2.1). Logo após, estuda-se o processo de desestatização do sistema Telebrás, entendendo-se que a desestatização e a concessão são fenômenos diversos, em que a reversibilidade de bens se vincula à última (seção 2.2). Após essas explicações sobre como é regulado o setor de telecomunicações nacionais e acerca do processo de desestatização da Telebrás, passou-se a adentrar especificamente o tema da reversibilidade de bens no STFC, focando o regramento legal, infralegal (Resoluções da Anatel) e contratual (seção 2.3). Nesse subitem são apresentadas as propostas de identificação de bens reversíveis para o STFC. Na Seção 2.4. discutem-se repercussões da Lei n. 13.848 de 25 de junho de 2019, sobre os bens reversíveis. Ao fim, são trazidas conclusões sobre o capítulo (seção 2.5).

O terceiro capítulo realiza um estudo sobre pontos específicos da reversibilidade de bens no setor de telecomunicações, bem como traz a compreensão de atores institucionais acerca do tema. Inicia-se o estudo (seções 3.1 e 3.2) com análise acerca da reversibilidade de bens imóveis, focando a jurisprudência administrativa da Anatel sobre o assunto e comparando as

respostas apresentadas pela Agência Reguladora com a proposta de identificação de bens reversíveis contida no presente trabalho. Outra espécie de bens digna de estudo específico é a dos bens de uso compartilhado entre a telefonia fixa e outros serviços de telecomunicações, tendo eles sido discutidos na seção 3.3. O trabalho abordou ainda o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU sobre a reversibilidade de bens no setor de telecomunicações (seção 3.4), momento em que se trouxeram algumas críticas ao entendimento exposto pela Corte de Contas.

Para realização do estudo e comprovação da hipótese levantada, utilizou-se das seguintes abordagens metodológicas: pesquisa doutrinária, jurisprudencial e da legislação constitucional, legal, infralegal e contratual; pesquisa empírica sobre bens reversíveis no acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Por tratar-se de um tema profundamente ligado ao setor de telecomunicações, buscou-se ainda no acervo bibliográfico eletrônico da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel casos por ela apreciados, bem como no acervo bibliográfico eletrônico do Tribunal de Contas da União - TCU.

Por fim, é importante mencionar a relação do autor com o objeto do presente estudo, uma vez que ocupa o cargo de servidor público e atua profissionalmente no setor de telecomunicações. Esse alerta é importante em razão da possibilidade de que haja questionamentos acerca da parcialidade do autor. Apesar disso, pode-se sustentar que sua relação com objeto de pesquisa, mais do que comprometer sua imparcialidade, possibilitou um maior aprofundamento do tema.

1 OS BENS REVERSÍVEIS NAS CONCESSÕES PÚBLICAS

Antes de abordar especificamente os bens reversíveis nas concessões de telecomunicações, tema do presente trabalho, revela-se necessário analisar a reversibilidade nas concessões como um todo, com o fito de aferir qual é o fundamento desse instituto e se há uma teoria geral (regras e princípios comuns) sobre o tema.

Como os bens reversíveis estão umbilicalmente ligados às concessões públicas, sendo esse inclusive um tema mais abrangente que o objeto da presente pesquisa, inicia-se esse primeiro capítulo buscando entender como o Estado (moderno e antigo) se relaciona e se relacionou com os particulares quando havia o interesse de alguma prestação de uma atividade de interesse coletivo. A partir daí se afunilará o estudo, avaliando-se o conjunto de bens empregados pelos concessionários para prestar a atividade de interesse coletivo concessionada e buscando identificar o fundamento da reversão dos bens, a sua titularidade e seu regime jurídico.

1.1 A concessão: histórico de um instituto antigo e seu apogeu com o serviço público

O conceito de concessão não é uniforme na doutrina, existindo ao menos três acepções sobre seu conteúdo. Segundo uma concepção bastante ampla de concessão, abrange-se nesse conceito qualquer ato/contrato pelo qual a Administração concede algum direito ou vantagem ao particular; de modo oposto, (ii) há uma concepção restrita segundo a qual só existe um único modelo de concessão: a concessão de serviço público; de modo intermediário, (iii) pode-se compreender a concessão como o contrato para delegação, aos particulares, do exercício de uma atividade ou de um direito especial com vistas a atingir objetivos públicos, podendo existir concessões de serviços públicos, obras públicas ou de bens públicos.⁴ No presente trabalho será utilizada a acepção intermediária.

Partindo dessa concepção, percebe-se que a concessão não é fruto do Direito administrativo moderno, não tendo surgido com o serviço público. Ao contrário, a concessão remonta aos primórdios do Direito ocidental, possuindo aplicações na Roma antiga, passando pelo sistema feudal e pelos regimes absolutistas até chegar aos Estados modernos. Nesse transcurso histórico, o instituto da concessão sofreu inúmeras reconfigurações.⁵

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 372.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum. 2015. p. 37.

Já na Roma antiga é possível perceber as primeiras modalidades de concessões similares às existentes na atualidade. O Estado romano podia prestar um serviço ou construir uma obra direta ou indiretamente mediante sua associação com entes privados. Surgem dessa atuação indireta a concessão de uso de edifícios públicos, concessões de banhos públicos, a concessão de obras públicas e até mesmo a concessão de algumas atividades, como concessões minerárias e de atividade pesqueira. Há aqui uma associação, mesmo que incipiente, entre governante e governados.⁶

O sistema feudal caracteriza-se pela fragmentação do poder político. Isso não implicou, todavia, o desaparecimento das concessões, mas apenas a sua mutação. Com a debilidade do poder do soberano, o seu poder limitava-se ao bem mais importante da época: as terras. Dessa forma, as concessões da época tinham como função “cumprir um papel de envolver os privados na ocupação de riquezas naturais (campos, florestas, rendas, minas de sal, por exemplo), como forma de ter uma ocupação territorial ou o provimento de riquezas que, diante da debilidade da estrutura à mercê do rei, seriam deixados à mercê da apropriação por quem se habilitasse.”⁷

Durante o absolutismo, as concessões continuaram a ser utilizadas, mas com o escopo de conferir privilégios a alguns súditos, bem como fonte de receitas para a Coroa. Odete Medauar lembra que a palavra *concessão* foi inclusive utilizada para a venda de cargos públicos.⁸ Mas as concessões tiveram uma relevância ainda maior. Floriano de Azevedo Marques aponta que o comércio ultramarino dos povos ibéricos era uma atividade própria do soberano, não exercida livremente pelos comerciantes individuais, o que carecia de uma concessão para seu exercício.⁹

A história permite concluir que o instituto da concessão, inicialmente concebido, implicava uma transferência ao particular de um direito próprio do soberano para que o primeiro pudesse se utilizar do bem ou exercer a atividade concedida. Assim, o instituto da concessão inicialmente detinha uma noção patrimonialista, isto é, o objeto ou atividade a ser concedida pertenceria ao patrimônio – ou é de titularidade – do soberano (ou do Estado). Contudo, já na antiguidade percebia-se também um aspecto instrumental da concessão, pois ela permitia ao soberano se alinhar ao particular, visando atingir objetivos econômicos, políticos ou comerciais.¹⁰

⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2017. p. 426.

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum. 2015. p. 41.

⁸ MEDAUAR, Odete. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 12.

⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum. 2015. p. 44.

¹⁰ Ibid., p. 50.

Esse aspecto instrumental ganha novo relevo com as novas necessidades surgidas na Europa a partir do século XVI. Nessa época, o aumento da vida urbana demandou novas infraestruturas, como pontes, canais de navegação, canais de irrigação e aquedutos. Para a consecução dessas obras, a associação com os particulares foi importante, seja porque o soberano não dispunha de recursos (ou não possuía interesse) para custeá-las, seja porque os recursos financeiros necessários podiam ser obtidos junto àqueles que haviam acumulado capital em suas atividades mercantis. O instituto da concessão, uma vez mais, apresentou-se útil e conveniente ao soberano.¹¹

Se a concessão se inicia na Roma antiga, atravessa o regime feudal e chega aos Estados modernos, certo é que com desenvolvimento da noção de serviço público¹² ela ganha um novo impulso. Os exemplos de concessão utilizados antes do serviço público muitas vezes limitavam-se a concessões para a construção de bens, como canais e pontes. A concessão de serviço público somente é mencionada em um texto legal com o Decreto de 31 de maio de 1910, que trata da reorganização do Conselho de Estado Francês.¹³ Jurisprudencialmente, pode-se citar como marcos importantes na menção ao instituto da concessão de serviços públicos os casos *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, de 10 de janeiro de 1902, e o *Compagnie générale française des tramways*, datado de 11 de março de 1910. Nesses dois casos, o Conselho de Estado defendeu a possibilidade da mutação dos contratos de concessão de serviços públicos (alteração do objeto de iluminação pública a gás por eletricidade e aumento do número de trens em circulação, respectivamente), tendo o comissário de governo Léon Blum assim se manifestado no caso *Compagnie générale française des tramways*:

É evidente que as necessidades que um serviço público dessa natureza deve satisfazer e, portanto, as necessidades da operação do serviço, não são imutáveis... O Estado não pode deixar de prestar atenção ao serviço de transporte público, uma vez que foi concedido. Sem dúvida, é objeto de uma concessão, mas não deixa de ser um serviço público. A concessão representa uma delegação, ou seja, constitui uma modalidade de gestão indireta, não equivale a abandono ou falta de atenção. Portanto, o Estado deve necessariamente intervir para impor à concessionária, quando apropriado, uma prestação superior ao estritamente previsto, a fim de obrigar uma das partes desta equação financeira, que é, de certo modo, qualquer concessão,

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum. 2015. p. 48.

¹² Não é o objetivo do presente trabalho *conceituar* serviço público, tarefa árdua e de múltiplas definições doutrinárias nacionais e estrangeiras. Assim sendo, traz-se apenas uma *noção* de serviço público, com o objetivo de melhor delimitar o sentido da expressão aqui empregada. Para tanto, serviço público será aqui compreendido como atividade geradora de utilidade e comodidade à população, de titularidade estatal (*publicatio*), prestada direta ou indiretamente pelo Estado, sob o regime de Direito Público.

¹³ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 20.

fazendo uso não mais dos poderes concedidos pelo contrato, mas da faculdade que lhe corresponde como poder público.¹⁴

A partir desse momento, começa-se a perceber a existência de concessões em que o foco se dá mais no desenvolvimento da atividade após a construção da obra pública do que propriamente na obra pública em si. Como nos casos de iluminação pública e transporte de trens acima mencionados, “a gestão do serviço público pelo concessionário corresponde à segunda fase de concessão de obras públicas; o facto de essa fase ser longa (muito mais longa que a primeira, de execução da obra) determinou que a posição do concessionário de serviço público comesse a destacar-se [sic].”¹⁵

Mas esse não foi o único fator de desenvolvimento das concessões públicas. No século XIX, o Estado abdicou de intervir na ordem econômica em virtude da propagação da doutrina liberal, defensora de uma organização econômica pautada nas ações dos indivíduos, rejeitando assim o intervencionismo estatal. Nessa mesma época, a primeira Revolução Industrial faz nascer atividades econômicas com natureza de monopólio natural, como eletricidade, gás e ferrovias. Em termos econômicos, “o monopólio natural existe em um setor quando uma empresa consegue produzir bens e/ou serviços para abastecer o mercado a um custo unitário mais baixo do que seria produzido na presença de duas ou mais empresas”¹⁶. O exemplo clássico de monopólio natural é a instalação da rede de distribuição de água canalizada, pois é bastante custoso instalar inicialmente uma rede de abastecimento de água, mas, após a instalação, o custo médio de produção tende a cair com o aumento da produção de cada unidade de serviço.¹⁷

Uma outra hipótese de monopólio natural também pode ocorrer quando há algum impeditivo de ordem técnica, como a existência de uma única infraestrutura necessária para a prestação do serviço (por exemplo, para o serviço de *internet* cabeada, a empresa prestadora

¹⁴ No original: “Es evidente que las necesidades que debe satisfacer un servicio público de esta naturaleza y, por tanto, las necesidades de explotación del servicio, no tienen un carácter inmutable... El Estado no puede dejar de prestar atención al servicio público de transportes una vez ha sido adjudicado. Sin duda, es objeto de concesión, pero no por ello deja de ser un servicio público. La concesión representa una delegación, es decir, constituye una modalidad de gestión indirecta, no equivale ni a un abandono ni a una falta de atención. Por tanto, el Estado ha de intervenir necesariamente para imponer al concesionario, cuando proceda, una prestación mayor a la prevista en sentido estricto, con el fin de obligar a una de las partes de esta ecuación financiera que es, en cierto sentido, toda concesión, haciendo uso no ya de las facultades que le otorga el convenio, sino de la facultad que le corresponde como poder público.” (cf. DEVOLVÉ, Pierre *et al.* **Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa**. 20.^a edición 2015. Tradução de Katy Balan Somlo y Carlos Luengo Martín. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal. p. 176.)

¹⁵ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Porto: Almedina. 1999. p. 102. Nota de rodapé 2.

¹⁶ No original: “A natural monopoly exists in an industry where a single firm can produce output such as to supply the market at a lower per unit-cost than can two or more firms.” (DEPOORTER, Ben. W.F. **Regulation of natural monopoly**. 1999. Disponível em: < <http://encyclo.findlaw.com/5400book.pdf> >. Acesso em: 03 jul. 2020.)

¹⁷ MOREIRA, Egon Bockman. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 315.

deverá valer-se das infraestruturas – postes de sustentação e dutos subterrâneos – da concessionária de distribuição de energia elétrica). Pode ainda existir impossibilidade de duplicação de estruturas em razão de limitações de ordem ambiental ou urbanística.¹⁸

Apesar dessa maior eficiência na produção de bens e serviços, o monopólio natural prejudica a concorrência, podendo trazer ineficiências econômicas em um segundo momento de atuação. Isso porque o monopolista tenderá a elevar o seu lucro via aumento de preços, o que excluirá parcela dos potenciais consumidores do mercado de consumo dos produtos ou serviço prestados. Além disso, a ausência de concorrência permite ao monopolista ser ineficiente na produção dos bens comercializáveis, bem como desestimula investimentos em tecnologia.¹⁹ Essas ineficiências ou falhas de mercado advindas dos monopólios naturais é o que motiva o Estado a buscar adequados ajustes.²⁰

Aquelas atividades desenvolvidas no século XIX, como eletricidade, gás e ferrovias, de cunho monopolístico criaram uma contradição no seio do Estado, consistente na tensão gerada entre a tendência de seguir a doutrina liberal e, portanto, não criar empecilhos à iniciativa privada, e a necessidade de intervir na economia visando resolver problemas práticos advindos dessa falha de mercado. A solução foi utilizar-se do instituto da concessão, por meio da qual o Estado afirmava ser detentor dessas atividades, mas que não caberia a ele exercê-las. Deveria, portanto, relegar essas atividades à iniciativa privada, mas, por ser o Estado o seu titular, poderia ele criar regras para sua boa execução²¹.

No Brasil, a tese da vinculação entre serviços públicos e ausência de concorrência é encontrada na lição de Eros Grau. Para o autor, a Constituição de 1988 teria separado as atividades econômicas em duas espécies: atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos. As atividades econômicas em sentido estrito seriam abertas à exploração privada, só cabendo ao Estado a sua exploração subsidiária nos termos dos artigos 173 e 177 da

¹⁸ SCHIRATO, Victor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 204.

¹⁹ DEPOORTER, Ben. W.F. **Regulation of natural monopoly**. 1999.

²⁰ A teoria do interesse público (*“public interest theory”*) pretende justificar a regulação de determinados setores em razão da existência de falhas de mercado (monopólios naturais, bens públicos, externalidades e assimetrias informacionais) e de objetivos sociais. Para uma análise mais detalhada, confira-se: OGUS, Anthony. **Regulation – Legal form and economic theory**. Oxford: Hart Publishing. 2004. Não se desconhecem aqui as contribuições teóricas formuladas contra a teoria do interesse público, mormente aquelas que identificam falhas na ação regulatória (falhas de governo). Confira-se: STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 2, N. 1, 1971; COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**. Vol. III. 1960. Tradução por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla.

²¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Fundación de Estudios de Regulación. 1999. p. 483.

Constituição. De outro lado, os serviços públicos seriam prestados em regime de exclusividade (regime de privilégio, segundo o autor) para a exploração dessas atividades.²²

Além da característica monopolística dessas atividades, havia a necessidade de elevados recursos financeiros para sua instalação. Nesse sentido, a concessão também se revelou útil como meio de financiamento da atividade via recursos privados, pois permitia que particulares investissem em áreas importantes para a economia nacional, mas não retirava do Estado o controle sobre elas.²³

As concessões tiveram um período áureo durante o século XIX. No século XX, elas foram paulatinamente substituídas por empresas públicas. Anthony Ogus, abordando o contexto inglês, que se diferencia do contexto nacional apenas quanto ao tempo de sua realização, menciona que a era dourada da nacionalização ocorreu logo após a Segunda Guerra Mundial, quando o Estado inglês, movido por convicções socialistas, compreendeu ser necessário que setores importantes da economia fossem controlados diretamente pelo Estado. Além da ideologia da época, outras razões de ordem prática também influenciaram esse modelo, como a já mencionada questão do monopólio natural, bem como a necessidade de universalização de alguns serviços tidos por essenciais à população.²⁴

No Brasil, essa era de ouro da estatização de empresas ocorreu nas décadas 60 e 70 do século passado, quando mais de 300 empresas estatais foram criadas.²⁵ Após o seu apogeu, veio o declínio na década de 1990. Diante do elevado endividamento público²⁶ e sob influência do receituário econômico do Consenso de Washington, indicado por instituições financeiras internacionais, entre elas o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional - FMI, para os

²² GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 134. Ainda sobre a concorrência e o serviço público, é válido lembrar que Gaston Jezé defendia ser o serviço público uma atividade prestada sob o regime jurídico público e necessariamente criada pelo Legislador. Jezé defendia que, quando houvesse dúvidas acerca de uma atividade ser um serviço público ante a ausência de menção legal expressa, o monopólio estatal era um indicador muito valioso para afirmar o caráter de serviço público de uma atividade. (cf. JEZÉ, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. v. II. Tradução: Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma. 1949. p. 23.) Em sentido contrário: SCHIRATO, Victor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2012; FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de rodovias**. Belo Horizonte: Fórum. 2017. Na Argentina, conferir: CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 294.

²³ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Porto: Almedina. 1999. p. 102. PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12801/11678>. Acesso em: 27 Jul. 2020.

²⁴ OGUS, Anthony. **Regulation – Legal form and economic theory**. Oxford: Hart Publishing. 2004. p. 265.

²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Desestatização – Privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997. p. 46.

²⁶ CASTELAR, A.; Giambiagi, F. **Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil**. In: CASTELAR, A.P.; FUKASAKU, Kiichiro (Orgs). **A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública**. Rio de Janeiro: BNDS, 2000, p. 27.

países em desenvolvimento, tentou-se alcançar uma disciplina fiscal, fazendo-se uso da privatização de empresas estatais.²⁷ O arrefecimento do modelo econômico da intervenção direta²⁸ na economia veio acompanhado de novas concessões de serviços públicos.

Esse ir e vir do modo de compreender as funções do Estado foi descrito por Caio Tácito como “o retorno do pêndulo”. Relembrando a história da intervenção brasileira na economia, o autor narra o processo de criação de empresas estatais na década de 1940 (Estado Novo) e do período militar entre os anos 1960 e 1980. Ao fim, o autor termina comentando o processo de desestatização iniciado no Governo Collor e continuado durante a década de 1990: “O pêndulo que favorecia o domínio público sobre a economia, em áreas qualificadas, reverte em benefício da exploração privada de atividades produtivas, ainda que sob a vigilância do poder de polícia administrativa.”²⁹

O fato é que a concessão é um gênero de arranjos contratuais para delegação aos particulares do exercício de uma atividade ou de um direito especial com vistas a atingir objetivos públicos. Como esses objetivos públicos são bastante variados, não existe um único regime jurídico de concessão, sendo certo que o instituto admite diferentes arranjos contratuais, a depender da utilidade concedida ou dos objetivos justificadores da concessão.³⁰

Compreendido o histórico da concessão pública, convém adentrar o objeto do presente trabalho, qual seja, o estudo sobre o conjunto de bens empregados na concessão. Inicialmente, serão analisadas a origem do instituto da reversão dos bens e sua vinculação com os contratos de concessão.

1.2 Origens e fundamentos da reversão de bens: a continuidade do serviço

De modo análogo à concessão, a reversão de bens pode ser encontrada antes mesmo do o Direito administrativo moderno – aqui compreendido após a Lei do 28 *pluviôse* do ano VIII (cuja data é 17 de fevereiro de 1800) –, mais precisamente na estrutura econômica do Estado

²⁷ GIAMBIAGI, Fábio *et al.* **Economia Brasileira Contemporânea: 1945/2010**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 136.

²⁸ A intervenção direta do Estado no domínio econômico ocorre quando o exercício da atividade econômica se dá de modo monopolístico (absorção) ou em participação com os demais atores privados (participação). Essa classificação é adotada por Eros Grau em “A ordem econômica na Constituição de 1988”. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 134. O autor menciona ser esse modelo de intervenção adotado apenas para os casos de atividade econômica em sentido estrito. Aqui, opta-se por alargá-lo para incluir também os serviços públicos.

²⁹ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. In: **Temas de Direito Público (estudos e pareceres)**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 721-733 (também publicado na RDA vol. 202).

³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum. 2015. p. 26.

feudal. Naquela época, a terra era o principal bem de produção, estando sob o jugo do senhor feudal, que a concedia ao vassalo em troca de algumas obrigações.³¹ Quanto à propriedade feudal, explica Orlando Gomes:

A propriedade medieval caracteriza-se pela quebra desse conceito unitário [advindo do Direito Romano]. Sobre o mesmo bem, há concorrência de proprietários. A dissociação revela-se através do binômio domínio eminente + domínio útil. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços ou rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela.³²

Diante dessa bifurcação do domínio do bem imóvel, convencionou-se determinar algumas hipóteses em que ela regressaria ao domínio único do senhor feudal, como, por exemplo, a hipótese de o vassalo morrer sem deixar um herdeiro varão. Essa prática feudal foi acolhida em Portugal e, por consequência, no Brasil quando da colonização portuguesa.³³

A partir dessa tradição de o soberano poder exigir a devolução das terras anteriormente entregues por ele aos seus súditos quando houvesse a ocorrência de algum fato (*e.g.* a traição do vassalo), já se pode perceber uma reminiscência histórica do instituto da reversão. Com o advento do Estado moderno e o consequente fim da concepção patrimonialista vigente no Estado feudal, a reversão passaria a impor o regresso do bem, não mais ao senhorio, mas sim ao Estado.

A revolução industrial mudou a perspectiva sobre a riqueza. O imóvel rural deixa paulatinamente de ser o símbolo de desenvolvimento econômico para dar lugar às indústrias. Nesse sentido, a concessão de um bem, deveras importante no sistema econômico feudal, passa a perder importância para atividades econômicas industriais.

Conforme mencionado no tópico antecedente, a concessão foi o instituto jurídico utilizado para operacionalizar essa transferência de exercício de uma atividade de titularidade estatal (*publicatio*) para o particular.

A prestação de uma atividade econômica por vezes somente pode ser realizada quando há um suporte de bens materiais envolvidos (*e.g.* são necessárias estações para gerar energia elétrica, bem com uma rede elétrica para transportar e distribuir a energia aos consumidores). Ocorre que a extinção de uma concessão, com a consequente devolução da atividade desnuda de bens materiais para o poder concedente, não seria interessante para nenhum dos envolvidos

³¹ SOBRINHO, Barbosa Lima. Reversão das Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 32. 1953. p. 28.

³² GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª ed. atualizada Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111.

³³ SOBRINHO, Barbosa Lima. Reversão das Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 32. 1953. p. 29.

em razão da característica desses bens. Os bens empregados na concessão possuem características singulares, adquirindo eles relevância econômica prioritariamente quando aplicados naquela atividade para a qual se destinam. Como exemplo, ignorando-se aqui a venda do ativo, as locomotivas, vagões e terminais somente possuem valor econômico quando empregados em uma ferrovia.³⁴

Para o antigo concessionário, remanescer com os bens permitiria a ele unicamente auferir vantagens econômicas com a locação ou a alienação dos bens. Já para o poder concedente, o retorno da atividade concedida sem os bens inerentes a sua prestação ocasionaria perda econômica relevante, diante da necessidade de adquirir todos aqueles bens necessários para a atividade. Percebe-se, portanto, que a reversibilidade de bens nas concessões caminha ao encontro de uma alocação eficiente de recursos.

Inclusive, pode-se dizer que a reversibilidade labora ainda como uma proteção aos investimentos realizados pelo concessionário durante a concessão. Quando contratualmente estipulada, em regra, a reversão protege os investimentos dos concessionários ao exigir a amortização dos bens ao longo do contrato. Dessa forma, o concessionário terá seus investimentos protegidos na medida em que lhe foi deferido o tempo necessário para a amortização paulatina do bem ou ele será indenizado pela parcela não amortizada quando não houver tempo suficiente para tanto.³⁵

Além do argumento de ordem econômica, percebeu-se também que a extinção da concessão sem o transporte dos bens vinculados à concessão provocaria perdas sociais, pois enquanto não fossem adquiridos novos bens a atividade não poderia ser executada, ou seja, acarretaria uma interrupção indesejada na prestação do serviço. Logo, a reversão dos bens estaria umbilicalmente vinculada ao princípio da continuidade do serviço público.³⁶

O princípio da continuidade do serviço público consta na sistematização proposta por Louis Rolland, em que o autor francês afirma serem os seguintes caracteres comuns a todo serviço público: (i) obrigação imposta aos governos de prover o bem comum, (ii) são empreendimentos regulares e contínuos, (iii) possibilidade de suas regras de organização serem modificadas a qualquer tempo pela Administração e (iv) igualdade de tratamento dos particulares.³⁷

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 753.

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 136-137.

³⁶ Ibid., p. 754.

³⁷ MOREIRA, Egon Bockman. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 244.

Concebidos os serviços públicos como atividades de elevado interesse e necessidade social, “ao criar um serviço público, os poderes públicos reconhecem a legitimidade dessa necessidade e aceitam garantir sua satisfação para o porvir; será, a partir de então, inconcebível que o serviço funcione de forma episódica ou sofra interrupções brutais”.³⁸

Diferentemente de uma atividade prestada em um regime eminentemente privado, caso o prestador não se interesse mais em prestá-la, por qualquer razão que seja, poderá deixar de fazê-lo, estando ele albergado pelo princípio da livre iniciativa previsto constitucionalmente no art. 1º, inciso IV e art. 170. Quando se trata de serviço público, essa opção de não prestar o serviço é insatisfatória. Uma vez que o Estado elencou a atividade como essencial para a sociedade, essa atividade deverá ser necessariamente prestada. Cabe apenas ao Estado provê-la diretamente (ainda que de modo financeiramente deficitário) ou então elaborar arquiteturas jurídicas em suas concessões que permitam ao concessionário compensar um serviço deficitário com outra atividade superavitária (*e.g.* subsídios cruzados).³⁹

O princípio da continuidade, ao criar esse dever de regularidade na prestação do serviço fornecido, não importa em reconhecer a absoluta impossibilidade de interrupção do serviço, pois diferentes serviços podem demandar uma maior regularidade do que outros. Por exemplo, os serviços de distribuição de eletricidade e de gás requerem uma continuidade que se traduz em não interrupção do serviço, devendo ele ser prestado 24 horas por dia, durante todos os dias do ano, ao passo que o serviço de ensino permite uma interrupção durante o período de férias escolares.⁴⁰

Eros Grau lembra que o princípio da continuidade se revelou presente ainda quando a concessão não era de serviços públicos, mas de uma obra pública. Cita a ordenança do Rei Charles IX de 1560, que incumbia ao concessionário de uma estrada a sua boa conservação; caso contrário, as receitas do pedágio seriam tomadas pelos agentes do reino e aplicadas na recuperação da estrada.⁴¹

No *arrêt* Winkell de 1909, o Conselho de Estado francês mencionou a continuidade como argumento para impedir o direito de greve de servidor público. Na ocasião, negou o pedido do autor de anulação do decreto pelo qual o subsecretário de Estado havia pronunciado o afastamento do autor grevista, assim afirmando:

³⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Serviço Público**. Tradução: Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 92.

³⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 105.

⁴⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo, 1ª edición. Buenos Aires: FDA, 2013, p. 401.

⁴¹ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 131.

Considerando que uma greve, se é um fato que pode ocorrer legalmente durante a execução de um contrato de trabalho regido pelas disposições do direito privado, é, pelo contrário, quando resulta de uma recusa concertada de serviço entre funcionários, um ato ilegal, mesmo que não possa ser punido pela aplicação da lei penal; que, ao aceitar o emprego que lhe foi conferido, o funcionário submeteu a todas as obrigações decorrentes das mesmas necessidades do serviço público e renunciou a todas as faculdades incompatíveis com uma continuidade essencial à vida nacional; que, entrando em greve, os agentes responsáveis pelo serviço público, sob qualquer nome, não apenas cometem uma falha individual, mas que eles se colocam, por um ato coletivo fora da aplicação das leis e regulamentos promulgados, a fim de garantir o exercício dos direitos decorrentes de cada um deles do contrato de direito público que os vincula à administração; que, no caso de abandono coletivo ou concertado do serviço público, a administração deve tomar medidas emergenciais e proceder a substituições imediatas.⁴²

Os casos de greve no serviço público são os casos mais emblemáticos por envolverem a colisão de direitos individuais e coletivos, sendo muitas vezes o ponto de maior lembrança nos estudos sobre o princípio da continuidade do serviço público.⁴³ No entanto, a interrupção repentina do serviço é preocupação viva nos contratos de concessão, seja pela possibilidade de o concessionário não obter uma performance satisfatória, o que implicará uma caducidade, seja pela extinção ordinária da concessão pelo decurso de prazo. A reversibilidade de bens é um mecanismo surgido com o objetivo de contornar um possível solução de continuidade advindo da substituição do gestor da atividade prestada.

A reversibilidade de bens, portanto, não se origina de um pretérito direito patrimonial do ente estatal sobre os bens a serem revertidos, como na época feudal. O que pertence ao Estado é tão somente a titularidade da atividade (*publicatio*) passível de ser concedida ao

⁴² No original: “Considérant que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale ; que, par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale. Qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration ; que, dans le cas d'abandon collectif ou concerté du service public, l'administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats”. (FRANÇA. Conselho de Estado. Decisão n. 37317. 7 de agosto de 1909. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007631281> >. Acesso em: 28 jul. 2020.)

⁴³ Na jurisprudência do Conselho de Estado francês, vale ainda menção ao *arrêt* Dehaene de 1950, que se revela um importante caso sobre greve de servidores públicos, na medida em que tentou compatibilizar a ausência de regulamentação do direito à greve de servidores públicos e o preâmbulo da Constituição francesa de 1946, que mencionava a possibilidade do exercício do direito à greve. Na Argentina, em obra específica sobre os princípios de Direito Público, Juan Carlos Cassagne destina a quase totalidade de sua atenção sobre o princípio da continuidade ao abordar a questão da greve nos serviços públicos. CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2017. Tradução: Marly Peres. p. 509.

particular, sendo ela – a atividade – que será revertida com o fim da concessão. A titularidade do acervo patrimonial é alterada unicamente em função de ele permitir a reversão da atividade em condições satisfatórias de prestação.⁴⁴

Fundada no princípio da continuidade do serviço público, pode-se ainda compreender que os bens reversíveis não equivalem ao patrimônio da concessionária. Dito de outro modo, do conjunto de bens de propriedade ou de posse da concessionária, somente uma parte desses bens é que serão tidos como reversíveis. Bens completamente alheios ao serviço concedido não são reversíveis por não serem necessários à continuidade do serviço. Por óbvio, a análise da reversibilidade no caso concreto não pode ser realizada de modo alheio à aferição das cláusulas do contrato de concessão e da legislação setorial ante a ausência de uma unidade teórica sobre o tema, conforme se demonstrará adiante.⁴⁵

Apesar de o instituto da reversibilidade dos bens ser umbilicalmente ligado ao princípio da continuidade do serviço público, isso não significa dizer que todas as concessões serão dotadas dessa estratégia jurídica para garantir o referido princípio. Pode ser que uma determinada concessão seja de curta duração ou mesmo que a tarifa não seja estipulada de modo a ressarcir o concessionário para a perda do bem ao fim da concessão.⁴⁶ Como exemplo de concessão destituída de bens reversíveis, podem-se citar as concessões de radiodifusão sonora e de sons e imagens em que não há previsão de bens reversíveis. Por sua vez, a Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei n. 9472/97), em seu art. 93, inciso XI, facultou ao ente regulador o uso dos bens reversíveis.⁴⁷

Essa faculdade ofertada pela LGT ao ente regulador de fazer ou não uso dos bens reversíveis pode ser explicada pelos inconvenientes dessa estratégia regulatória. Os problemas práticos do instituto da reversibilidade de bens foram percebidos por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

A reversão apresenta os seguintes inconvenientes: a) – ao término da concessão, deve estar todo o capital amortizado e, se o prazo não for bastante longo, as tarifas para se conseguir tal fim precisam ser bem altas; b) – acarreta limitação do capital ao estritamente necessário, isto é, ao mínimo indispensável à prestação do serviço, como, ainda, a limitação do número de empregados, e a restrição de qualquer despesa considerada supérflua; c) – dificulta a renovação do aparelhamento quando próximo o termo da concessão; d) – faz com que as vantagens da reversão sejam auferidas por

⁴⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Concessão de serviço público – reversão de bens. **Revista de Direito Administrativo**. v. 102. Rio de Janeiro: FGV. 1970.

⁴⁵ Esse tema será desenvolvido com mais vagar em tópico futuro deste trabalho.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 430.

⁴⁷ Art. 93, Lei n. 9.472/97. O contrato de concessão indicará: “XI - os bens reversíveis, se houver”.

geração que não pagou as tarifas, compreendendo contraprestação do serviço mais amortização do capital; e) – favorece disputa entre concedente e concessionário, para compelir a este que mantenha o aparelhamento, nos últimos anos da concessão, em bom estado, dando-lhe conservação adequada, sendo, muitas vezes, aquele obrigado a medidas coercitivas para tal. Disso resultam: tarifas altas com serviço de padrão baixo e sem qualquer vantagem com a reversão, pois os materiais voltam ao poder público em condições de grande depreciação, quase inúteis.⁴⁸

A reversibilidade é apenas uma estratégia regulatória empregada pelo legislador/regulador para garantir a continuidade do serviço, não sendo ela imprescindível em todas as concessões. Pode-se dizer, então, que a reversibilidade dos bens é uma consequência (não obrigatória) da extinção da concessão.⁴⁹

Diante da sua eficiência econômica – em que pesem as críticas acima – e de sua ligação com o princípio da continuidade do serviço público, a reversão dos bens foi amplamente utilizada desde as primeiras concessões brasileiras, como lembra Afrânio de Carvalho:

89. A reversão de bens constitui, por isso, um preceito tradicional nas leis brasileiras referentes a concessões de serviço público, de onde se traslada para os contratos, quer na esfera federal, quer nas esferas estadual e municipal. Ora debaixo de uma forma, ora de outra, ela está sempre presente na nossa legislação administrativa, havendo aparecido com caráter geral, pôsto subentendida, na primeira lei reguladora das concessões de serviço público e reaparecido com caráter especial, mas ostensiva, em cada uma das leis privativas das diferentes concessões de serviço público que sucessivamente se editaram, como a portuária, a ferroviária, a de energia elétrica e a telefônica (Lei de 29 de agosto de 1828, art. 13; Decreto n. 24, de 1835, art. 9.º; Decreto n. 1.746, de 1869, art. 1.º, § 3.º, e Decreto n. 24.599, de 1934, arts. 11. e 12; Decreto n. 5.561, de 1874, art. 21, § 6.º Código de Águas, art. 165; Decreto-lei n. 5.144, de 1942, art. 2.º, b) [sic].⁵⁰

Em suma, a existência dos bens reversíveis fundamenta-se na garantia da continuidade da atividade anteriormente transferida para o particular, permitindo ao poder concedente exercê-la quando a concessão chegue ao seu fim, por qualquer que seja o motivo dessa extinção. Mas também opera como uma garantia de “retorno de investimento realizado em bens que, desligados da prestação de serviços públicos, tornar-se-iam na prática inservíveis”⁵¹.

Essa digressão histórica sobre as origens do instituto tem como objetivo demonstrar o equívoco usual acerca do tema; baseando-se em uma interpretação literal da palavra *reversível*,

⁴⁸ MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo**. v. 26. 1951. p. 9-10.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 706. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Fundación de Estudios de Regulación. 1999. p. 536.

⁵⁰ CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 45; abr/jun. Rio de Janeiro: FGV. 1956. p. 22.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 137.

ou seja, “que volta ou deve voltar ao primeiro estado”⁵², compreender serem os bens reversíveis de propriedade pretérita do Poder Concedente. Como se o Poder Concedente tivesse, *ab initio*, transferido os bens para o concessionário. Ao contrário, o objeto de transferência é a atividade, devendo os bens reversíveis serem entregues ao fim da concessão em razão da continuidade do serviço público. Logo, revela-se impossível extrair do instituto da reversibilidade qualquer conclusão sobre a titularidade e o regime jurídico aplicáveis aos bens reversíveis durante a concessão.

Definida a razão de existência dos bens reversíveis, convém analisar à luz do Direito Positivo a existência de um possível regime jurídico unificado para esses bens.

1.3 Ausência de um regime jurídico uno para os bens reversíveis

A Constituição de 1988, ao estabelecer os meios formais de outorga (concessão, permissão e autorização) para as mais diversas atividades, não trouxe qualquer definição sobre a matéria, relegando ao legislador infraconstitucional liberdade para definir como se dará a contratação com terceiro para a prestação do serviço contratado.⁵³ Essa afirmação pode ser facilmente constatada ao analisarem-se as menções pelo texto constitucional aos modelos de concessão (art. 25, §2º), concessão e permissão (art. 30, V e art. 175) e concessão, permissão e autorização (art. 21, XI, XII). Em todos esses casos, jamais o constituinte detalhou esses institutos. Não o fazendo, essa tarefa passou a ser de atribuição do legislador ordinário.

Compulsando a legislação ordinária, é fácil perceber o desapego do legislador em relação a modelos teóricos preconcebidos ou mesmo de soluções-padrão. Por exemplo, a doutrina clássica afirma que a permissão “designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público”⁵⁴.

De modo diametralmente oposto, o art. 40 da Lei de Concessões Públicas (Lei n. 8.987/95) estabeleceu ser a permissão um contrato de adesão. Seguindo, todavia, a doutrina clássica, a permissão no sistema jurídico de telecomunicações é definida no parágrafo único do art. 118 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei n. 9.472/97) como ato administrativo de caráter transitório. A mesma LGT, agora contrariando a doutrina clássica, define a autorização

⁵² REVERSÃO. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (*online*). Disponível em: < <https://dicionario.priberam.org/revers%C3%ADvel> >. Acesso em: 07 jul. 2020.

⁵³ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 79.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 310.

de serviços de telecomunicações como um ato administrativo vinculado (§1º do art. 131). Por sua vez, a Lei dos Portos (Lei n. 12.815/2013), em seu art. 2º, XII, determina que a autorização será formalizada por contrato de adesão. Esses são apenas alguns exemplos de que não há um regime constitucionalmente predeterminado sobre os modelos de outorga de serviços para os particulares, dispondo o legislador ordinário de ampla margem de discricionariedade para melhor arquitetar o modelo de outorga.

Se não há uniformidade nos instrumentos de outorga, já passa a ser possível inferir inexistir uniformidade também nos regimes de gestão da atividade outorgada. Para Carlos Ari Sundfeld⁵⁵, o Direito administrativo não constitui um todo logicamente organizado perante um único regime jurídico, pois, se é verdade que existem normas constitucionais de aplicação global (sujeição à legalidade, subordinação aos órgãos de controle, dever de motivação etc.), certo é que também existem normas administrativas de entes federados diversos, aplicáveis somente a cada um desses entes, e normas de variados setores antagônicas entre si, que somente convivem harmoniosamente porque são aplicáveis apenas nos seus respectivos setores. Focando os inúmeros modelos regulatórios, Carlos Ari Sundfeld⁵⁶ defende que, além de inexistir uniformidade de regime de instrumentos de outorga, variam ainda “a admissibilidade e a intensidade da competição, a existência ou não de controle estatal de preços”, e assim por diante.

Se inexistem modelos regulatórios unos, é natural que tampouco existam uma definição e um regime jurídico padrão dos bens reversíveis. Portanto, os critérios de identificação e o regime jurídico aplicável dependem das especificidades de cada setor regulado.

Analisando o Direito Positivo, é justamente isso que se conclui: inexistente um regime jurídico predefinido de bens reversíveis a ser seguido nas mais diversas concessões. Provavelmente, isso ocorre devido ao fato de as leis abordarem o tema por meio de cláusulas gerais, bem como pela existência de múltiplas atividades passíveis de delegação. Desse modo, a definição dos bens reversíveis e a fixação do respectivo regime jurídico não podem seguir soluções padronizadas, seguindo a lógica de “*one size fits all*” (um modelo único para todos os casos).

A Lei n. 8.987/95⁵⁷ (Lei de Concessões Públicas) traz um regramento bastante genérico acerca do tema, conferindo “certa autonomia normativa ao poder público para disciplinar

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. 2014. p. 167-169.

⁵⁶ Ibid, p. 169.

⁵⁷ Convém anotar que a Lei n. 8.987/95, apesar de versar sobre as concessões no Direito pátrio, não é aplicável a todos os setores. Como exemplo, o setor de telecomunicações, por expressa previsão legal (art. 210 da LGT), exclui sua aplicação.

critérios e o modo de delimitação de bens reversíveis, à luz das especificidades do objeto de cada contrato”⁵⁸, especificidades essas oriundas de cada setor. Essa generalidade pode ser percebida ao analisar a disciplina da reversibilidade contida nos artigos 18, 23 e 35 da Lei n. 8.987/95, artigos esses que se limitam a (i) mencionar o dever do edital e do contrato de especificarem os bens reversíveis e prever as características e condições em que serão postos à disposição da Administração; (ii) estipular o dever do concessionário de manter inventário atualizado dos bens essenciais ao serviço; (iii) assegurar que a reversão se dá com a extinção do contrato de concessão; (e) prever o direito do particular de ser indenizado em razão das parcelas de investimentos alusivas aos bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas.⁵⁹

No tocante ao art. 18, XI da Lei 8.987/95, o legislador parece deixar clara a opção pela liberdade de regimes jurídicos ao delegar ao ente concedente a definição das “características dos bens reversíveis”. Mesmo em outras legislações gerais sobre concessões, como a Lei de Relicitações (Lei n. 13.448/2017) e o seu Decreto n. 9.957/2019, também não é possível perceber um maior detalhamento sobre o tema.

Analisando a legislação setorial, o art. 35, XI da Lei n. 10.233/2001 (Lei dos Transportes Terrestres e Aquaviários) aduz que o contrato de concessão deverá ter como cláusula essencial aquela relativa a “critérios para reversibilidade de ativos”, previsão legal essa similar à contida no 5º, VIII da Lei dos Portos (Lei n. 12.815/2013). A Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), em seu art. 93, IX, permite a estipulação ou não de bens reversíveis e, caso opte pelo seu uso, deverá o contrato de concessão defini-los. A Lei n. 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, apenas menciona a existência de bens reversíveis, sem trazer maiores detalhes sobre o tema. Da análise de todos esses diplomas legais mencionados, percebe-se que o legislador outorga ao ente concedente a possibilidade de criar o regime jurídico mais adequado às especificidades do setor objeto da concessão.

É o que fez a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel ao editar o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n. 447 de 19 de outubro de 2006. O art. 3º desse Regulamento estabelece diversas definições, dentre as quais:

IV - Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público [sic].

⁵⁸ PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COLOMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p.38-44, nov. 2014. p. 41.

⁵⁹ Ibid. p. 41.

A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL trilhou o mesmo caminho ao editar a Resolução Normativa ANEEL n. 596 de 19 de dezembro de 2013, que define os bens reversíveis do setor de geração de energia elétrica.⁶⁰ A Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, por sua vez, definiu os bens reversíveis em sua Resolução Normativa ANTAQ n. 29, de 2019, que aprova a norma de controle patrimonial dos portos organizados.⁶¹

Dessas regulamentações específicas sobre o tema, há um evidente atrelamento dos bens reversíveis ao princípio da continuidade do serviço. Contudo, isso não impede que outras definições possam ser tomadas, bastando que o órgão regulador especifique um determinado bem como reversível, mesmo que *a priori* ele não seja indispensável à continuidade do serviço. Nesse sentido de outorgar uma ampla margem de escolha ao legislador, é possível citar o caso da concessão dos serviços de transporte coletivo de passageiros do Município de São Paulo⁶² (§4º do art. 17 da Lei n. 13.241, de 12 de dezembro de 2001), em que o ente legislador excluiu expressamente da lista de bens reversíveis os ônibus e as garagens. Tais bens são indiscutivelmente essenciais para a prestação do serviço concedido, mas esse fato não impediu essa exclusão legal. Pode-se cogitar ser opção regulatória pautada na facilidade de aquisição de ônibus e garagens pelo concessionário sucessor⁶³ ou mesmo a exclusão da possibilidade de o poder concedente indenizar o concessionário por esses bens quando do fim da concessão.⁶⁴

⁶⁰ Art. 3º da Resolução Normativa ANEEL n. 596 de 19 de janeiro de 2013: “Os bens reversíveis de que trata esta Resolução são aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção de energia elétrica, cujos investimentos prudentes foram realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

§ 1º Constituem bens reversíveis o conjunto de itens de infraestrutura comuns à usina, tais como, reservatórios, barragens tomada d'água, condutos, canais, vertedouros, comportas, casa de comando, além dos equipamentos de geração, como turbinas, geradores, transformadores, serviços auxiliares e relacionados ao sistema de transmissão de interesse restrito.

§ 2º Não constituem bens reversíveis, exemplificativamente, os bens administrativos, tais como móveis, utensílios, veículos, terrenos, edificações, urbanização e benfeitorias.

§ 3º Não serão considerados os investimentos decorrentes de alterações na configuração do sistema elétrico autorizados pela ANEEL nos termos da Resolução Normativa n. 330, de 26 de agosto de 2008.

⁶¹ Art. 6º da Resolução Normativa ANTAQ n. 29, de 2019 - Para os efeitos desta norma considera-se:

[...]

VIII - bem reversível: bem vinculado à área do porto organizado e à atividade portuária, resultante de investimentos, previstos em planos, projetos e contratos, realizados pelas próprias administrações portuárias, pelos arrendatários de áreas e instalações portuárias e pela União, assim como os demais bens e equipamentos que visam diretamente dar continuidade à atividade portuária”.

⁶² SÃO PAULO. Lei n. 13.241 de 12 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na cidade de São Paulo, autoriza o Poder Público a delegar a sua execução e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.radarmunicipal.com.br/legislacao/lei-13241> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

⁶³ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. Reversibilidade de bens em concessões de telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 73-110, jul./set. 2016. p. 11.

⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 157. Nota de rodapé n. 3. Disponível em: < <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45093> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

As características de uma concessão de transporte coletivo urbano de passageiros, em que existem inúmeras linhas de transporte concedidas para vários concessionários diferentes, mitigando-se assim uma possível descontinuidade do serviço, bem como o baixo custo de reposição dos bens indispensáveis à prestação do serviço tornam possível uma arquitetura na reversibilidade de bens inimaginável em outras áreas. Outro exemplo de concessão destituída de bens reversíveis foi aquela instituída pela já revogada Lei n. 8.977/95, que regulava o serviço de TV a cabo.

A previsão de bens reversíveis não necessariamente está atrelada à concessão de serviço, podendo existir em autorizações, como ocorre com os produtores independentes de energia elétrica - PIE, criados pela Lei n. 9.074/95. A previsão de reversibilidade para esse caso consta no art. 20 do Decreto n. 2.003/1996⁶⁵.

E não é só a identificação de um bem como reversível que carece de uma unidade de conceitos, pois o mesmo ocorre, por exemplo, com as regras sobre amortização desses bens. Como exemplo de ausência de um regime unificado, podem-se citar os critérios de amortização de bens reversíveis estabelecido para o setor aeroportuário e contidos na Resolução ANAC n. 533 de 7 de novembro de 2019, que prevê expressamente em seu art. 5º, §4º, II os prazos de amortização de diversos bens e o método de amortização linear (art. 5º, §2º).⁶⁶ De modo contrário, a Resolução Normativa ANTAQ n. 15 de 2016 aprova um Manual de Contas das Autoridades Portuárias em que há diversas disposições a respeito da contabilidade regulatória do setor portuário. Nesse documento, é previsto também o uso do método linear de depreciação, mas os prazos de amortização serão aqueles constantes nas tabelas da Secretaria da Receita Federal, caso não haja alguma regra aprovada na ANTAQ sobre o tema.⁶⁷

⁶⁵ Art. 20 do Decreto n. 2.003/1996: “No final do prazo da concessão ou autorização, os bens e instalações realizados para a geração independente e para a autoprodução de energia elétrica em aproveitamento hidráulico passarão a integrar o patrimônio da União, mediante indenização dos investimentos ainda não amortizados”.

⁶⁶ Art. 5º da Resolução ANAC n. 533 de 7 de novembro de 2019: “Serão aplicados aos valores do custo de aquisição dos bens reversíveis: [...]”

§ 2º A amortização dos bens previstos no art. 2º, incisos III e IV, desta Resolução será realizada pelo método linear.

[...]

§ 4º As vidas úteis consideradas para o cálculo das Taxas de Amortização serão: I - para os bens previstos no art. 2º, inciso II, desta Resolução, o prazo final da concessão, com exceção dos investimentos descritos no § 7º deste artigo; II - para os bens previstos nos incisos III e IV do art. 2º desta Resolução: a) móveis e utensílios: 12 (doze) anos; b) veículos: 7 (sete) anos; c) equipamentos em geral, incluindo elevadores, esteiras e sistemas de bagagens: 10 (dez) anos; d) bens de informática: 7 (sete) anos; e e) softwares: 5 (cinco) anos”.

⁶⁷ Confira-se a seguinte passagem contida no Manual de Contas das Autoridades Portuária, fl. 183: “Há disponível vários métodos de depreciação e amortização para apropriar de forma sistemática o valor depreciável de um ativo ao longo de sua vida útil. Para fins regulatórios, deverá ser adotado a Depreciação Linear, que é aquela que resulta em despesa constante durante a vida útil do ativo, caso o seu valor residual não se altere.

[....]

Diante dessas peculiaridades pertinentes a cada setor e das normas legais acerca do tema é o que torna impossível estabelecer um regime jurídico unificado para os bens reversíveis. Necessário, portanto, ater-se a um determinado campo de atuação setorial para dele extrair as características desses bens. Percebida a inexistência de regras estanques para os bens reversíveis, passa-se a tratar dos modelos possíveis de titulação desses bens durante a concessão e o regime jurídico a que esses bens estão submetidos.

1.4 A titularidade e o regime jurídico dos bens reversíveis

Como já dito, os bens reversíveis estão sob a tutela da concessionária, devendo eles serem transferidos ao poder concedente quando extinta a concessão. Essa afirmação, todavia, não esclarece o regime de propriedade dos bens reversíveis, ou seja, quem seria o proprietário desses bens durante a concessão. Além dessa discussão acerca da titularidade, convém ainda perquirir acerca do regime jurídico desses bens, isto é, examinar o conjunto de normas regentes desses bens: seriam eles regidos pelo Direito comum ou pelo regime especial de Direito Público?

Antes de analisar esses pontos de modo específico para os bens reversíveis, convém trazer à baila as discussões teóricas sobre o critério de identificação dos bens públicos e o seu regime jurídico derogatório do regime comum. Para tanto, far-se-á uma pequena digressão histórica, com o objetivo de compreender os critérios – e suas razões – empregados pela doutrina para identificar bens que, em função de suas especificidades, seriam merecedores de um regime jurídico especial.

1.4.1 Bens públicos: critérios de identificação de bens sujeitos ao regime público

Ao adjetivar os bens de *públicos* pode-se compreender a expressão *bens públicos* em duas acepções. De um lado, bens públicos significariam os bens *do* público, *do* Estado ou *da* Administração. Por esse sentido, sobreleva-se a titularidade do bem. De outro lado, bens

A ANTAQ poderá elaborar e publicar tabelas contendo vida útil e taxas de depreciação especiais (regulatórias) para determinados tipos de equipamentos e de bens destinados à atividade portuária ou àqueles sujeitos à reversibilidade. Na ausência de instrução ou de regulamento específico, prevalecem as tabelas da Secretaria da Receita Federal ou aquelas previstos em contrato ou convênio. Em caso de mudança de valores de referência ou de taxas, os ajustes serão reconhecidos de forma prospectiva [sic]”. Disponível em: < http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/Manual-de-Contas-da-Autoridade-Portu%C3%A1ria-versao-2017_Compilada.pdf. > Acesso em: 20 jul. 2020.

públicos corresponderiam aos bens *para* o público, *para* o povo ou *para* os administrados. De acordo com esse significado, a finalidade do bem é exaltada. Conjugando essas duas acepções, pode-se ainda alcançar um terceiro significado, qual seja, o de bens públicos como os bens *do* Estado e utilizados *para* o povo.⁶⁸

Esses significados de bens públicos correspondem às teorias acerca dos critérios de identificação a serem empregados para identificar quais bens deveriam restar submetidos a um regime jurídico especial e derogatório do direito comum. Ao compreender ser o bem público enquanto aquele de titularidade da pessoa jurídica de direito público, a primeira teoria identifica o critério da titularidade como o elemento apto a reconhecer qual regime jurídico seria a ele aplicado: se o bem for de titularidade de um particular, aplica-se o regime jurídico comum, caso contrário, será aplicado o regime jurídico especial oriundo do Direito público.

A teoria da titularidade do bem público foi positivada no art. 538 do Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão)⁶⁹, mas não se previa ali qualquer tipo de especificidade para o regime jurídico de bens da pessoa pública, apenas informava-se que o Estado poderia ser titular de bens⁷⁰. A partir desse momento, o Estado, pessoa jurídica, seria o proprietário de bens, seja de bens frutos da natureza, como lagos, rios e florestas, seja de bens utilizados para a Administração estatal ou para prestar algum tipo de utilidade aos cidadãos.

A disposição sobre bens contida no Código Civil Napoleônico, todavia, não foi indene de dúvidas. Isso porque a propriedade é um conceito crucial no Direito Civil, conhecida desde o Direito Romano, e supõe um domínio sobre algo com suas faculdades de uso, fruição, gozo e disposição. Como então compatibilizar a regra do Código Civil Napoleônico com esse antigo instituto? Além disso, parte dos estudiosos advogam que, antes da criação dos estados modernos, o príncipe não possuía a propriedade sobre os bens de uso comum, mas somente teria sobre esses bens o dever de guarda e proteção, uma vez que eles seriam em verdade do povo. Desse modo, como também compatibilizar o direito de propriedade com esse dever de proteção de um bem de uso comum?

⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 19.

⁶⁹ Tradução nossa: “Os caminhos, estradas e ruas do Estado, rios e riachos navegáveis ou flutuantes, as margens, leitos e transmissões marítimas, portos, enseadas e, geralmente, todas as partes do território francês que não são suscetíveis de propriedade privada são considerados dependências de domínio público.” No original: “Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public”.

⁷⁰ GARCIA-TREVIJANO, José Antonio. Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español. **Revista de Administración Pública**, n. 29, 1959, págs. 11-58. ISSN 0034-7639. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112420> >. Acesso em: 29 jul 2020.

Themístocles Brandão Cavalcanti menciona quatro teorias acerca da propriedade estatal: i) teoria negatória da propriedade pública, pois a propriedade se caracteriza por alguns elementos incompatíveis com a relação havida entre o Estado e os seus bens; ii) teoria que considera a propriedade pública como uma verdadeira propriedade; iii) teoria da propriedade pública como uma espécie de propriedade, ao lado da propriedade privada; e, por fim, iv) teoria que aceita a existência de propriedade para algumas classes de bens, rejeitando-a para outras.⁷¹

Para alguns autores, como Proudhon e Berthélemy, o domínio exercido pelo Estado sobre determinados bens não se configura um direito de propriedade. Isso porque haveria uma incompatibilidade entre a propriedade estatal de bens de uso comum e a característica da exclusividade da propriedade privada. Isto é, se os bens de uso comuns, como rios e lagos, por exemplo, fossem de propriedade estatal, o Estado poderia valer-se do bem com exclusividade sobre as demais pessoas (*erga omnes*).⁷²

Quanto à teoria da propriedade pública idêntica à propriedade privada, Themístocles Brandão Cavalcanti cita a posição de Jellinek.⁷³ A posição desse autor alemão parece ter como propósito maior conferir natureza jurídica de pessoa jurídica ao Estado, logo passível de ser proprietário de bens. Na passagem em questão na obra citada, não há maiores considerações sobre o direito de propriedade em si.

De outro lado, houve defesa em prol da propriedade do Estado, mas essa propriedade seria diversa da propriedade privada. Cretella Júnior menciona uma corrente italiana capitaneada por D'Alessio e Santi Romano. De acordo com esses autores, haveria duas espécies de propriedade: a pública e a privada. Elas possuem em comum o vínculo entre o sujeito titular e a coisa, mas assumem características próprias. Enquanto a propriedade privada é caracterizada pelos direitos de usar, fruir, gozar e dispor da coisa, a propriedade pública é caracterizada pela destinação da coisa a uma finalidade pública.⁷⁴ Dito de outro modo, “enquanto a propriedade privada, por mais condicionada que seja, permanece sempre um direito, na propriedade pública prevaleceriam claramente necessidades, propósitos e disciplinas específicas que vejam o

⁷¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 349.

⁷² “Propriedade é o direito de gozar e de dispor de uma coisa do modo mais absoluto possível. É claro que esta fórmula não poderia convir para caracterizar as relações do Estado, dos Departamentos ou das Comunas com as dependências do domínio público. Analisando a propriedade, os romanos descobriram, nela, a reunião de três direitos: o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi*. Nas dependências do domínio público ninguém tem o *jus abutendi*; o *jus fruendi* só se concebe a título excepcional e o *jus utendi*, enfim, pertence a todos, mesmo aos estrangeiros.” (cf. BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 2ª ed. 1920, p. 445. *Apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 37.)

⁷³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 352.

⁷⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 41.

proprietário público em uma posição conotada em termos de obediência (dever de manutenção, para assegurar a usabilidade do imóvel, etc.)”⁷⁵.

Por último, há a tese que compreende o direito de propriedade estatal como uma propriedade diversa daquela do direito privado. Concebida por Maurice Hauriou, foi nomeada de propriedade administrativa para ressaltar ser um instituto advindo do Direito Civil com um fundo essencialmente comum, mas remodelado pelas necessidades da ciência administrativa, tal como ocorreu com o contrato administrativo em relação ao contrato de direito civil. A diferença entre a propriedade administrativa e a propriedade privada residiria quando ocorresse a afetação do bem, o que proporcionaria uma derrogação do regime privado justamente para proteger essa afetação.⁷⁶ Se a diferença entre a propriedade administrativa e a propriedade privada residiria na afetação do bem, então seria possível que a pessoa jurídica de direito público fosse proprietária de um bem, mas com um regime de propriedade em nada diferente da propriedade privada, bastando para isso que os bens não estivessem afetados a uma função pública.

A teoria da propriedade administrativa de Hauriou parece ter produzido fortes efeitos nos estudiosos de países influenciados pela doutrina administrativista francesa, ao reconhecerem o regime especial publicístico para os bens titularizados pelos entes públicos e afetados ao uso público. Essa teoria mais restrita de identificação de um bem com o objetivo de submetê-lo a um regime jurídico especial pode ser encontrada no entendimento de Miguel Marienhoff⁷⁷, que identifica a aplicação do regime jurídico especial a uma classe de bens que ele nomeia *domínio público*⁷⁸. Para o autor argentino, somente se incluiria no conceito de domínio público o (i) conjunto de bens (ii) pertencentes à Administração Pública que, (iii) de acordo com o ordenamento jurídico, (iv) são destinados ao uso público – direta ou indiretamente – dos habitantes. O conceito do autor argentino requer, portanto, além da titularidade estatal, a

⁷⁵ No original: “In particolare, secondo la tesi su esposta, mentre la proprietà privata, per quanto condizionata possa essere, rimane comunque sempre un diritto, nella proprietà pubblica prevarrebbero nettamente esigenze, finalità e discipline specifiche che vedono il soggetto pubblico proprietario in una posizione connotata in termini di doverosità (dovere di manutenzione, di assicurare la fruibilità del bene, etc.). (cf. BINDI, Alessandra. **Proprietà e interesse pubblico tra logica dell'appartenenza e logica della destinazione**. Tese de doutorado apresentada na Universidade de Direito de “Roma Tre”, 2010. Disponível em: < https://arcadia.sba.uniroma3.it/bitstream/2307/634/1/Tesi_A_Bindi.PDF >. Acesso em 15 jul. 2020. p. 141.)

⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 42.

⁷⁷ MARIENHOFF, Miguel. **Tratado del Dominio Público**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina. 1960. p. 140.

⁷⁸ “Em ordenamentos estrangeiros, em especial no francês e no italiano, os vocábulos ‘domínio’ ou ‘domínio público’ abrangem somente dois tipos de bens públicos: os de uso geral do povo (exemplos: rua, praça) e os bens empregados no serviço público (exemplo: prédio de uma escola pública).” (cf. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 243.) A partir da leitura dos textos jurídicos de língua espanhola, pode-se afirmar que o vocábulo domínio público também possui essa preferencial acepção.

sua destinação às funções públicas. Dessa forma, os bens dominicais – desafetados às funções públicas – não seriam regidos pelo regime extravagante de Direito público.

No Brasil, essa exigência de o bem de titularidade pública restar afetado a uma função pública para gozar de um regime jurídico diferenciado é acompanhada por Cretella Júnior, que assim entende ser o domínio público “o conjunto de bens móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer a seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos ao regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum”⁷⁹.

Todo esse desenvolvimento doutrinário acerca do domínio público não se sobrepõe às influências do Código Civil Napoleônico e da tradição romanística, pois, desde o Código Civil de 1916, é na legislação civil que se localizam as regras sobre o patrimônio público. E desde o Código Civil de 1916 adota-se o critério subjetivo para definir quais bens seriam regidos por um regime especial derogatório do regime comum.⁸⁰

Após a edição da CF/88 e do Código Civil de 2002, a teoria do domínio público acima exposta faz-se presente na lição de Di Pietro⁸¹ ao compreender ser o domínio público formado pelos bens de uso comum do povo e de uso especial (art. 99, I e II do CC), enquanto os bens dominicais (art. 99, III do CC), por restarem desafetados às funções públicas, não seriam pertencentes ao domínio público, mas ao domínio privado do Estado. De modo contrário, Carvalho Filho⁸² identifica a incidência do regime jurídico público em relação aos bens de titularidade de pessoas jurídicas de direito público, restando irrelevante a afetação do bem à função pública.

Tomando em consideração o Direito Positivo, mais especificamente a CF/88 e o Código Civil de 2002, a afetação do bem de titularidade pública parece ser irrelevante para a definição do regime jurídico a ele aplicável. O art. 98 do CC fez uso do critério da titularidade para a definição dos bens públicos (“os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”). Em seguida, o CC já estabeleceu a consequência jurídica da submissão

⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 29.

⁸⁰ BAPTISTA, Patrícia. A funcionalização da propriedade pública problemas da perspectiva civilista sobre o regime jurídico dos bens públicos. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 31, p. 246-271, jun. 2017. ISSN 2236-3475. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/29251/20699> >. Acesso em: 28 jul. 2020. No contexto espanhol, o critério subjetivo de bens públicos também foi adotado, como aduz ORTIZ, Gaspar Ariño. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 11-25, set./dez. 2011. p. 14.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 982.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª. Ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 1181.

ao conceito de bens públicos: a sua imprescritibilidade (art. 102, CC). Se lidos em conjunto com a regra da impenhorabilidade dos bens públicos, decorrente do art. 100 da CF, pouca diferença prática surtirá na diferenciação teórica proposta entre regime jurídico dos bens de domínio público e de domínio privado do Estado. A rigor, a única diferença jurídica positivada no CC reside na limitação de alienação dos bens de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto conservarem a sua qualificação (art. 100 do CC). Logo, é requisito para a alienação desses bens a desafetação, convolvendo-os em bens dominicais para posterior alienação (art. 101 do CC).

Como se vê, o Código Civil limita-se a estabelecer o regime jurídico público dos bens titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público. Não há no Código Civilista qualquer extrapolção desse regime publicista para bens titularizados por agentes privados.

Passa-se então a perquirir de quem é a titularidade dos bens reversíveis durante a vigência da concessão. Ora, se os bens forem de titularidade do ente concedente, estarão eles submetidos ao regime público. Caso eles sejam de titularidade do concessionário, nova análise deve ser procedida com o fito de aferir se os bens reversíveis são regidos pelo Direito Comum ou se há alguma especificidade nessa espécie de bem para estender a eles, total ou parcialmente, o regime público.

1.4.2 A titularidade dos bens reversíveis: poder concedente ou concessionário?

Historicamente, duas correntes sobressaíram na tentativa de explicar quem seria proprietário dos bens reversíveis. Essas correntes doutrinárias tentaram identificar um modelo unificado, como se um único modelo ideal pudesse ser utilizado em todas as concessões.

Uma primeira corrente advogava serem os bens reversíveis bens de titularidade do ente público concedente, restando aos concessionários apenas o uso e gozo desses bens, como se usufrutuários fossem. Mesmo que o concessionário construa algo ou adquira um bem durante o prazo da concessão, entende-se que as prestações por ele obtidas ao longo do contrato servem para ressarcir-lo dos custos por ele suportados. Essa doutrina baseava-se em dois argumentos: (i) a temporariedade da concessão, o que permitia enxergar nos bens reversíveis uma mera posse detida pelo concessionário (uma das características da propriedade é a perpetuidade), e (ii) a afetação de tais bens a uma atividade eminentemente pública.⁸³

⁸³ CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 44; abr/jun. Rio de Janeiro: FGV. 1956. p. 09.

Afrânio de Carvalho pontua ser essa doutrina de origem francesa, citando Berthelemy.⁸⁴ Essa afirmação merece ser mais bem analisada. Garrido Falla afirma que nas concessões francesas há três espécies de bens: *biens de retour*, *biens de reprise* e bens de propriedade do concessionário. Os *biens de retour* (bens reversíveis) têm como característica marcante a reversão gratuita ao fim da concessão quando não amortizados. Compõem essa primeira espécie de bem aqueles entregues pela Administração para o exercício da atividade concedida, bem como aqueles bens que o concessionário se obrigou a construir/adquirir, sendo descritos nos cadernos de encargos da concessão.⁸⁵

Como segunda espécie de bens empregados na concessão, há os *biens de reprise* (bens acessórios ou de reversão indenizável) que, devido a sua utilidade na exploração do serviço, podem ser passíveis de reversão (reversão facultativa) pela Administração, mas, para tanto, deverá ela indenizar o concessionário. A estipulação desses ativos deve ser feita no contrato de concessão, mas, em princípio, na ausência de outras especificações, todas as instalações e equipamentos utilizados pelo concessionário para a melhor operação do serviço são reversíveis mediante a devida indenização.⁸⁶

Por fim, há os bens de propriedade do concessionário, que são aqueles não afetados ao serviço concedido e os *biens de reprise* que a Administração não pretende ou não pretendeu adquirir mediante indenização.⁸⁷

Apesar dessa possibilidade de arquitetura jurídica para os bens empregados na concessão, parece ter razão Afrânio de Carvalho na medida em que há uma preferência da propriedade pública a incidir sobre esses bens. No *arrêt* Commune de Douai, julgado em 21 de dezembro de 2012, o Conselho de Estado francês resolveu uma disputa entre a empresa ErdF, de distribuição de energia elétrica, e a comunidade de Douai sobre a qualificação de bens abrangida no âmbito da delegação de serviço público. Esse caso esclarece pontos importantes sobre a reversibilidade dos bens no sistema francês. Por exemplo, entendeu-se que no silêncio do contrato os bens pertencem à entidade pública logo quando são adquiridos (Considerando 2). Além disso, as obras necessárias para o funcionamento do serviço público estabelecidas em propriedade de uma pessoa pública são de domínio público (Considerando 3). Caso as obras sejam realizadas em propriedade privada, o contrato pode outorgar a propriedade desses bens

⁸⁴ Ibid., p. 09.

⁸⁵ FALLA, Fernando Garrido. Efectos económicos de la caducidad: de las concesiones de servicios. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, N. 45, 1964, págs. 231-244. p. 235. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2113091> >. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁸⁶ Ibid., p. 237.

⁸⁷ Ibid., 237.

ao concessionário, mas sobre esses bens privados ainda recairá parcela de um regime jurídico público como forma de garantir a continuidade do serviço prestado (Considerando 4). Já os bens não essenciais ao funcionamento do serviço público, são propriedade do delegado, salvo disposição contratual em contrário (Considerando 5).⁸⁸

A teoria publicística dos bens reversíveis possuía vários adeptos no Brasil na primeira metade do século XX, como mencionam as passagens doutrinárias trazidas por Barbosa Lima Sobrinho ao citar Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, Francisco Morato, Alfredo Valadão e Mendes Pimentel.⁸⁹

Uma segunda corrente, de origem alemã, defende serem tais bens eminentemente privados, e a extinção da concessão importaria a transmissão da propriedade para o ente concedente^{90 e 91}. Para essa corrente, o fato de os bens reversíveis estarem temporariamente sob

⁸⁸No original: “2. Considérant, en premier lieu, que, dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique;

3. Considérant, d'une part, que, lorsque des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, et ainsi constitutifs d'aménagements indispensables à l'exécution des missions de ce service, sont établis sur la propriété d'une personne publique, ils relèvent de ce fait du régime de la domanialité publique ; que la faculté offerte aux parties au contrat d'en disposer autrement ne peut s'exercer, en ce qui concerne les droits réels dont peut bénéficier le cocontractant sur le domaine public, que selon les modalités et dans les limites définies aux articles L. 2122-6 à L. 2122-14 du code général de la propriété des personnes publiques ou aux articles L. 1311-2 à L. 1311-8 du code général des collectivités territoriales et à condition que la nature et l'usage des droits consentis ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public;

4. Considérant, d'autre part, que le contrat peut attribuer au délégataire ou au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée;

5. Considérant qu'en outre, les biens qui n'ont pas été remis par le délégant au délégataire en vue de leur gestion par celui-ci et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont la propriété du délégataire, à moins que les parties n'en disposent autrement”. Conselho de Estado, 21 de dezembro de 2012, Commune de Douai, decisão número 342788. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000026810748>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

⁸⁹ SOBRINHO, Barbosa Lima. Reversão das Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 32. 1953, p. 28.

⁹⁰ CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 44; abr/jun. Rio de Janeiro: FGV. 1956, p. 10.

⁹¹ Compulsando a obra de Fritz Fleiner, parece ter razão Afrânio de Carvalho, tendo o autor alemão assim comentado a reversão sob o sistema ferroviário de seu país: “Todas as concessões ferroviárias contêm regras sob as quais as empresas se tornam propriedade do Estado, seja após o término da concessão, na maioria dos casos mediante pagamento de seu valor total (‘reversão’), ou porque o Estado faz uso do direito de ‘resgate’ antes do término da concessão, dentro de certos limites de tempo, neste caso nacionalizando o serviço. Em nenhum desses dois casos se trata de efeitos do Direito privado. Com reversão e resgate, o Estado adquire, sob Direito público, a propriedade original. O resgate, previsto na concessão, nada mais é do que uma expropriação obrigatória de uma empresa ferroviária. As cláusulas nas especificações da concessão sobre a admissibilidade, prazo e preço do resgate não contêm um contrato de venda, mas regras especiais para a realização da expropriação e fixação do preço de compensação”. Na tradução espanhola da obra: “Todas las concesiones de ferrocarriles contienen normas en virtud de las cuales las empresas pasan a ser propiedad del Estado, bien después de extinguida la concesión, en la mayoría

a administração do particular concessionário não pressupõe a existência de uma mera posse pelo concessionário, pois é conhecido o instituto da propriedade resolúvel em que o proprietário detém o domínio da coisa por um tempo demarcado. Ademais, uma grande parte dos bens reversíveis são adquiridos após a concessão, o que permite inferir que o concessionário adquire os bens em nome próprio.

Essa segunda corrente de pensamento sobre a titularidade dos bens reversíveis possui como vantagem tornar a administração patrimonial pelas concessionárias mais simples ao afastar o regime jurídico público desses bens. Não fosse assim, as concessionárias teriam grande dificuldade de alienar seus bens ou mesmo de dá-los em garantia quando contraíssem empréstimos financeiros, por exemplo.⁹²

No Brasil, segundo Afrânio de Carvalho, sempre se utilizou do modelo regulatório de outorgar a propriedade privada dos bens da concessão ao concessionário. Para corroborar sua afirmação, o autor traz exemplos setoriais, mencionando o sistema ferroviário e o seu Decreto n. 5.561 de 28 de fevereiro de 1874⁹³, que regulava o Decreto Legislativo n. 641 de 1852.

Em sentido similar, os parágrafos 3º e 9º do Decreto n. 1.746 de 1869⁹⁴, que regulava o sistema portuário nacional. O Código de Águas (Decreto n. 24.643 de 10 de julho de 1934) também permitia extrair a mesma conclusão ao prever os efeitos da caducidade das concessões de produção de energia elétrica (“perdendo o dito concessionário todos os seus bens”), conforme o art. 169, I.

Abordando leis gerais, Afrânio de Carvalho cita ainda a possibilidade de hipotecas sobre vias férreas prevista nos artigos 852 a 856 do Código Civil de 1912. Ora, se se pode hipotecar

de los casos previo pago de todo su valor (‘reversión’), bien porque aquél haga uso del derecho de ‘rescate’ antes del término de la concesión, en determinados plazos, nacionalizando en este caso el servicio. En ninguno de estos dos casos se trata de efectos de Derecho privado. Con la reversión y el rescate, el Estado adquiere, en virtud del Derecho público, la propiedad originaria. El rescate, previsto en la concesión, no es otra cosa que una expropiación forzosa de una empresa ferroviaria. Las cláusulas de los pliegos de condiciones en la concesión sobre la admisibilidad, plazo y precio del rescate no contienen un pactum de vendendo, sino normas especiales para llevar a efecto la expropiación y senalar el precio de indemnización”. (cf. FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tradução: Sabino A. Gendin. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933, p. 282.)

⁹² Mais à frente, será visto que essa pretensão não foi obtida de modo satisfatório, pois recai ainda sobre os bens reversíveis algumas características jurídicas próprias do regime de Direito público dos bens de titularidade pública.

⁹³ “§ 6º Findo o prazo da concessão, a não haver expressa estipulação em contrário, reverterão para o Estado todas as obras da estrada, bem como o respectivo material rodante, sem indemnização alguma.

[...]

§ 9º O Estado terá o direito de desapropriar a estrada passado o prazo de 15 annos; sendo o preço da desapropriação regulado, em falta de accôrdo, pelo termo médio do rendimento liquido do ultimo quinquennio.

⁹⁴ § 3º O prazo da concessão será fixado conforme as difficuldades da empreza, não podendo ser em caso nenhum maior de 90 annos. Findo o prazo ficarão pertencendo ao governo todas as obras e o material fixo e rodante da empreza.

[...]

§ 9º Ao governo fica reservado o direito de resgatar as propriedades da companhia em qualquer tempo depois dos 10 primeiros annos de sua conclusão [sic].”

um bem, significa dizer que o bem é de propriedade do possível hipotecário, *in casu*, o concessionário. O Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939) também permitia alcançar a mesma conclusão, ao dispor em seu art. 953: “A penhora de vias férreas, linhas telefônicas e telegráficas, empresas de luz, água e outras de serviço público, ou dos materiais empregados em seu funcionamento far-se-á sem prejuízo da regularidade do serviço, para o que será nomeado depositário um dos administradores.”

Diante de tantos exemplos expostos, Afrânio de Carvalho concluiu serem os bens reversíveis de propriedade do concessionário enquanto perdurar a concessão:

48. Como se vê, o princípio da propriedade particular dos bens da concessão vem de longe na legislação brasileira e segue incólume na atualidade, precisamente porque se apoia em ininterrupta e louvável tradição. Esse princípio nasceu e cresceu naturalmente, sem resultar de qualquer opção doutrinária, e pode agora ser surpreendido em numerosos preceitos de lei, dispersos em vários diplomas, que armam a sistemática da propriedade dos bens da concessão de maneira coerente e inconfundível. De fato, todos os preceitos, uns constantes de leis de direito público, outros de leis de direito privado, se articulam perfeitamente entre si, formando uma cadeia inquebrável dentro da qual se afirma a propriedade do concessionário.⁹⁵

A referência a esses inúmeros exemplos histórico-legais sinaliza a preferência do legislador nacional pelo modelo de propriedade privada dos bens reversíveis. Pode-se cogitar que a preferência legal em razão desse modelo regulatório confere uma maior liberdade de atuação ao concessionário para a gestão de bens conforme o regime jurídico de Direito Privado.

Entretanto, pontuou-se em tópico anterior inexistir atualmente qualquer tipo de modelo previamente definido sobre o tema, podendo o legislador valer-se da propriedade privada ou pública de todos ou somente de uma parte dos bens reversíveis de uma determinada concessão. Nas doutrinas nacional e estrangeira, é possível encontrar menções a essa possibilidade de convivência de bens de titularidades diversas na concessão. Nesse sentido vai o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto⁹⁶, Marcello Caetano⁹⁷, Marçal Justen Filho⁹⁸, Ignacio

⁹⁵ CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 44; abr/jun. Rio de Janeiro: FGV. 1956, p. 14.

⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

⁹⁷ CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Porto: Almedina. 1996. p. 250.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 779.

de La Riva⁹⁹, Pedro Gonçalves¹⁰⁰, Gaspar Ariño Ortiz¹⁰¹ e Diego Jurado¹⁰². O último autor inclusive cita dispositivos normativos da legislação espanhola e sentenças do Tribunal Constitucional espanhol que ora conferem a propriedade pública de um bem reversível, ora estipulam a propriedade privada.

Restando possível a faculdade do legislador/regulador de criar o modelo que melhor atenda a necessidade da concessão, caso ele opte por conferir a titularidade pública do bem reversível concedido ao concessionário, será esse bem submetido ao regime jurídico de direito público, por força das disposições contidas no Código Civil. Contudo, visto ser possível que o concessionário se valha de bens de sua propriedade (portanto, bens privados) para a execução de atividades públicas, convém então analisar qual regime jurídico é aplicável a esses bens. Seria o regime comum ou haveria razão para adotar (em alguma medida) o regime público?

1.4.3 O regime jurídico dos bens reversíveis titularizados por particulares

Conforme pontuado anteriormente, o Código Civil definiu em seu art. 98 serem públicos “os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Mais à frente, nos artigos 99 e seguintes do Código Civil, o legislador estipulou o regime jurídico dos bens públicos (bens titularizados pelos entes de direito público). Da leitura desses dispositivos, parece ser possível extrair a conclusão de que todos os bens de titularidade de agentes privados estariam submetidos ao mesmo regime jurídico de direito comum.

Não é essa, contudo, a conclusão alcançada por parte da doutrina. Conforme tópico anterior, parte da doutrina administrativista vê a afetação dos bens a uma função pública como um critério de diferenciação de submissão a regime jurídico. Pela doutrina anteriormente mencionada de Cretella Júnior e Miguel Marienhoff, para um bem pertencer ao domínio público e, portanto, ser submetido ao regime extravagante de direito público, deverá ser de titularidade pública e afetado à função pública. Entretanto, parte da doutrina enxerga a afetação do bem à função pública de modo ainda mais relevante, pois, mesmo que o bem seja de titularidade

⁹⁹ LA RIVA, Ignacio M. de. El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público. **Derecho Administrativo**. Coord. Julio Pablo Comadira, Mirian M. Ivanega. Buenos Aires: Ad Hoc. 2009.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 307.

¹⁰¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. Tradução de Ronaldo Polito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 11-25, set./dez. 2011.

¹⁰² JURADO, Diego José Vera. El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público. **Revista de Administración Pública**. Núm. 109. Enero-abril 1986. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116924>. Acesso em: 10 ago. 2020.

privada, caso ele esteja vinculado à função pública, será ele submetido ao regime jurídico de direito público. É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰³, Diógenes Gasparini¹⁰⁴, Hely Lopes Meireles¹⁰⁵ e Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁰⁶, que compreendem serem os bens públicos, isto é, os bens submetidos ao regime de direito público (i) aqueles bens titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público e (ii) os bens afetados à prestação de um serviço público. No mesmo sentido caminha o Enunciado n. 287 do Conselho da Justiça Federal - CJF¹⁰⁷: “O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos.”

Mesmo sem enquadrar como bens públicos os bens de titularidade privada, uma vasta quantidade de administrativistas oferta um tratamento similar entre os bens públicos e os bens privados afetados ao uso público, principalmente quando se trata de bens de empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) concessionárias de serviços públicos. Nesse sentido, menciona-se Cretella Júnior¹⁰⁸, Di Pietro¹⁰⁹, Odete Medauar¹¹⁰ e Thiago Marrara¹¹¹.

Essa teoria funcional dos bens públicos busca outorgar um regime jurídico especial para os bens empregados em finalidades públicas. Enquanto o Código Civil limita sua atenção a saber quem é o sujeito do direito subjetivo de propriedade, o que permitiria seu titular exercer o direito de propriedade - em seu caráter de exclusividade - em face de terceiros, a teoria funcionalista almeja disciplinar a relação do bem com a coletividade por ser ele (o bem) útil a ela (a coletividade).¹¹² A propriedade privada, *per si*, não induz a desnecessidade de um regime jurídico específico para o bem afetado à função pública, sendo necessário aparentemente existir

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 913.

¹⁰⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 812.

¹⁰⁵ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 636.

¹⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 125.

¹⁰⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 287. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/258> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

¹⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 106, p. 62-80, out. 1971. ISSN 2238-5177. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/36035> >. Acesso em: 23 jul. 2020.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 644.

¹¹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 247.

¹¹¹ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de Direito Administrativo: Direito Administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. Vol. 3. 2ª ed. 2019.

¹¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 103.

um regime jurídico dotado de algumas proteções especiais aptas a preservar a aplicação desse bem numa determinada função pública para a qual ele é essencial.

O tema dos bens privados afetados às funções estatais ganha importante relevo no Brasil a partir da década de 90, ante a reforma do estado brasileiro proporcionada pela assunção de atividades de interesse públicas por particulares, seja via a desestatização de empresas públicas, seja via entidades do terceiro setor (organizações sociais - OS, organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIP e organizações da sociedade civil - OSC).¹¹³ Muda-se a forma de prestar o serviço, mas não as suas exigências. Agora, não importa quem oferta o serviço (estado ou particular) aos usuários, desde que o preste com todas as garantias de continuidade, regularidade e universalidade necessárias a boa prestação do serviço.

Se para o serviço público não é relevante quem o exerça, mas sim a funcionalidade ofertada aos cidadãos, cabe indagar, como o faz Eliza Carbonell, se essa mesma alteração de paradigma também teria ocorrido com os bens públicos. Isto é, mais importante que a titularidade do bem seria a sua afetação ao interesse público?¹¹⁴

A indagação da autora é de todo pertinente, haja vista que essa modificação da forma de atuar da Administração possui reflexos diretamente nos bens utilizados para a prestação dessas atividades. Como o Estado se fazia presente em diversas atividades, os bens por ele titularizados eram notoriamente submetidos ao regime público (bens de titularidade pública afetados ao uso especial). Com a paulatina entrega da gestão dessas atividades aos particulares, o conjunto de bens de titularidade pública empregados nessas atividades sofreu uma redução

¹¹³ A seguinte passagem bem resume as modificações sofridas pelo Estado brasileiro: “O Estado outrora titular exclusivo do interesse público vê-se sucedido por um Estado que se vale da iniciativa privada para atingir fins públicos, numa lógica cooperativa, horizontal e integradora (o Poder Público ao lado da iniciativa privada). O Estado outrora monocêntrico, que prestava os serviços públicos e definia quem os poderia prestar, vê-se envolvido num processo de sucessão por um Poder Público que privatiza (material e formalmente), concede, autoriza e regula os serviços públicos (e interage em outras das demais atividades econômicas), muitos deles com características concorrenciais. O antigo Estado definidor das tarefas de interesse público convive com a instalação de atividades públicas por iniciativa e gestão de pessoas privadas. O espaço público passa a ser espontaneamente ocupado pelos particulares”. (cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas [passado, presente e futuro de uma perene transformação]. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 46, dez. 2007. ISSN 2236-7284. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14130/9510> >. Acesso em: 10 ago. 2020.)

¹¹⁴ No original: “Si hemos llegado a aceptar que lo esencial del moderno concepto de servicio público no es la titularidad, sino su funcionalidad, ¿podemos dar ese mismo salto para las propiedades públicas? ¿Podemos aceptar que la transformación de las viejas categorías de bienes públicos implica prescindir del nexo formal de su titularidad pública?” (cf. CARBONELL, Eliza Moreu. Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público. **Revista de Administración Pública**. Núm. 161. Mayo-agosto 2003. p. 441. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=721308>. Acesso em: 10 ago. 2020.)

em seu tamanho. Consequentemente, tal redução acarretou uma direta expansão dos bens de titularidade privada destinados às funções públicas.¹¹⁵

Essa teoria funcionalista, portanto, possui o mérito de alcançar esses bens afetados às funções públicas, bens esses não abrangidos pelas disposições normativas do Código Civil. Se a teoria funcionalista dos bens públicos traz vantagens e possibilita superar algumas incongruências normativas, certo é que ela também carrega algumas dificuldades. Em primeiro lugar, se um bem de titularidade privada pode ser considerado um bem público no caso de ele estar afetado a uma função pública, como então compatibilizar essa afetação com o dever de toda propriedade privada atender a função social, dever esse previsto no art. 5º, XXIII da CF?

De imediato, pode-se supor que a afetação do bem constitui um *plus* ao princípio constitucional da função social da propriedade. É o que propõe Gaspar Ariño Ortiz ao conceituar o instituto da afetação. Para o autor, há diversas formas de intervenção estatal sobre a propriedade (limitações administrativas, servidões, obrigações positivas de fazer, desapropriação etc.), sendo a afetação uma delas, consistente em um direito real que impõe deveres ao seu proprietário (direito real *in faciendo* ou obrigação *propter rem*), bem como sujeições a ele. A obrigação aqui consiste em vincular o bem a uma determinada atividade em concreto, não podendo destiná-lo, sem a devida autorização, sequer a outras obras ou serviços públicos. Afeta-se não ao “interesse público”, mas a uma determinada e específica atividade. Por se tratar de uma sujeição, a afetação impõe ainda o dever de sujeição ao proprietário, pois a Administração detém o poder de vigilância e controle sobre os bens afetados.¹¹⁶

De modo ligeiramente diferente, Floriano de Azevedo Marques Neto assim explana quando um bem de titularidade privada seria considerado público pelo viés de sua finalidade, ou seja, afetado:

O enquadramento de um bem como público pelo viés de sua finalidade depende da sua “essencialidade” e “indispensabilidade” para o exercício de uma função de interesse geral atribuída ao Estado. Identificamos, então, três requisitos: primeiro, a utilidade do bem deve corresponder a uma atividade cometida ao poder público por lei ou pela Constituição ou então cujas características tornem imperativo que ela seja realizada pelo Estado; segundo, o bem deve ser essencial para aquela atividade, de modo a que dele não se possa prescindir sem prejuízo do exercício desta função pública; terceiro, ainda que a necessidade recaia não sobre um bem individualizado mas sobre um determinado gênero de bens, aquele bem específico deve ser, ao menos naquelas circunstâncias, insubstituível ou, se substituído por outro

¹¹⁵ BINDI, Alessandra. **Proprieta' e interesse pubblico tra logica dell'appartenenza e logica della destinazione**. Tese de doutorado apresentada na Universidade de Direito de “Roma Tre”, 2010. Disponível em http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/634/1/Tesi_A_Bindi.PDF. Acesso em 15 jul. 2020. p. 141.

¹¹⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. Tradução de Ronaldo Polito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 11-25, set./dez. 2011. p. 17-18.

equivalente, a este bem substituinte será transferida automaticamente a natureza de bem público.¹¹⁷

Um segundo problema não passível de ser contornado pela teoria funcionalista dos bens públicos é o déficit de legalidade, haja vista o Código Civil adotar expressamente a teoria subjetivista (propriedade do bem) para a definição dos bens públicos. Ainda, ao submeter os bens privados ao regime jurídico público, essa teoria funcionalista tende a criar incertezas jurídicas, não havendo ainda uma clareza sobre quais características do regime público serão aplicáveis a esses bens privados.¹¹⁸

Analizando os bens reversíveis à luz da teoria funcionalista de identificação dos bens públicos, claramente os bens reversíveis deverão ser encarados como bens públicos por estarem afetados à prestação de um serviço público e, portanto, são submetidos a um regime de Direito Público. Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹⁹ reconhece expressamente serem os bens reversíveis uma espécie de bens públicos, nomeando-os impróprios, pois não são – em regra – de titularidade de entes públicos.

O fato de enquadrar os bens reversíveis em bens públicos não importa, entretanto, deferir a eles todas as especificidades do regime publicístico clássico (inalienabilidade relativa, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não onerabilidade), como se houvesse um único regime jurídico aplicável para todos os bens públicos. Ao contrário, não há um “único regime de direito público aplicável a todos os bens. Existem vários matizes do direito público que variarão conforme o tipo de bem, sua essencialidade, seu domínio ou a espécie de uso ao qual ele é afetado.”¹²⁰

Conforme pontuado, a teoria funcionalista possui um déficit de legalidade que contraria o disposto no Código Civil ao enquadrar bens de titularidade privada na classificação legal de bens públicos. Somando-se a isso, como o Código Civil se utiliza do critério da titularidade para definir bens públicos, expandir esse conceito legal para abarcar bens de titularidade privada pode provocar más interpretações, consistentes em identificar a titularidade de entes públicos sobre bens reversíveis por serem eles compreendidos como bens públicos (confusão entre titularidade da propriedade e regime jurídico). Diante desses dois fatores, opta-se neste trabalho por não enquadrar os bens reversíveis como bens públicos. A opção aqui tomada não importa em reconhecer a suficiência do regime jurídico privado ou público puros para tratar

¹¹⁷MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 120.

¹¹⁸ Ibid. p. 128.

¹¹⁹ Ibid. p. 158.

¹²⁰ Ibid. p. 249.

completamente do tema dos bens reversíveis. Ao contrário, busca-se apenas evitar más compreensões acerca de titularidade da propriedade e regime jurídico ao qual é submetido o bem que possa advir do uso do termo *bem público*.

Dessa forma, diante do fato de que a razão de existir dos bens reversíveis é a continuidade do serviço público, esse *princípio* passa a exalar efeitos diretos sobre esses bens, efeitos esses que repercutirão necessariamente no regime jurídico incidente sobre eles. Pode-se dizer então que os bens reversíveis de titularidade privada são submetidos a um regime jurídico carregado de marcas e especificidades do regime público, mas não confundível com aquele regime público clássico.

Linhas atrás foi pontuado que a concessão não importa na transferência da titularidade da atividade para o concessionário, mas somente sua gestão. O ente concedente permanece com o dever de acompanhar e fiscalizar a forma como se dá o exercício da atividade concedida, visando aferir a sua regular prestação (art. 175, parágrafo único, inciso IV da CF/88). Diante desse dever legal, poderá ele se valer de prerrogativas para controlar os bens necessários para o desempenho da atividade concedida. Entre essas prerrogativas, o ente concedente deverá valer-se de mecanismos adequados para controlar os negócios jurídicos privados relacionados a esses bens, evitando-se assim que tais negócios coloquem em risco o destino dos bens reversíveis e, portanto, da continuidade da atividade.¹²¹

Uma forma de controle passível de ser exercida sobre os negócios jurídicos firmados pela concessionária dá-se em relação às alienações de bens reversíveis. No regime jurídico dos bens públicos, a alienação de bens requer a necessária desafetação dos bens (arts. 100 c/c 101, ambos do CC). Para tanto, caso se trate de bens imóveis, a legislação de regência requer autorização legislativa, avaliação prévia e ainda estabelece modalidades específicas de licitação, consoante o art. 17, inciso I da Lei n. 8.666/93. De outro lado, os atos regulatórios, os contratos de concessão e a lei também podem exigir um controle prévio de alienação de bens reversíveis por parte do ente concedente. Todavia, a regulação desse controle não necessariamente chega a exigir o procedimento da Lei de Licitações, podendo limitar-se a requerer a notificação do ente concedente ou uma aprovação prévia, como o fez o art. 101 da LGT ao determinar que a “alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência”.

¹²¹ LA RIVA, Ignacio M. de. El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público. **Derecho Administrativo**. Coord. Julio Pablo Comadira, Miriam M. Ivanega. Buenos Aires: Ad Hoc. 2009. p. 901.

Como efeito decorrente da limitação da alienação, há a impenhorabilidade dos bens reversíveis. Diego Jurado defende que os “bens afetados são impenhoráveis pela simples razão de que a afetação já é em si mesma uma penhora tácita preventiva e anterior, em garantia não de um crédito, mas sim de uma atividade pública”¹²².

Na jurisprudência do STF, há entendimento sólido pela impossibilidade de penhora de bens de empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seja de uma empresa pública, como a Empresa de Correios e Telégrafos - ECT¹²³, seja de uma sociedade de economia mista, como a Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ¹²⁴ e a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte - CAERN¹²⁵. Entretanto, o mesmo STF entendeu ser inaplicável o regime de precatórios – o que ensejaria a possibilidade de penhora – caso a sociedade de economia mista execute suas atividades em regime de concorrência ou tenha como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas¹²⁶. O STF vem aplicando a diferenciação de regimes jurídicos de empresas estatais – empresa pública e sociedade de economia mista – cunhada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo esse autor, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, apesar de serem entes de natureza privada (art. 5º, incisos II e III do Decreto-Lei n. 200/67), sofrem influxos mais acentuados de princípios e regras de Direito público enquanto as empresas estatais exploradoras de atividade econômica devem ter um regime jurídico mais próximo àquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado.¹²⁷

De modo mais específico para as concessionárias não pertencentes à administração indireta, o STJ já proferiu decisões permitindo a penhora de bens da concessionária desde que o serviço prestado não seja afetado pela constrição.¹²⁸

A partir da leitura desses precedentes judiciais, parece que o STF outorga uma proteção maior aos bens das concessionárias de serviço público, tendo feito isso talvez em razão dos

¹²² No original: “En definitiva, los bienes afectos son inembargables por la sencilla razón de que la propia afectación es ya en sí misma un embargo tácito preventivo anterior, en garantía no de un crédito, sino de una actividad pública”. (JURADO, Diego José Vera. El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público. **Revista de Administración Pública**. Núm. 109. Enero-abril 1986. p. 239.)

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 229696, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Primeira Turma, julgado em 16/11/2000, DJ 19-12-2002.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 669, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2005, DJ 26-05-2006.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 556/RN. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 14/02/2020. Publicação: 06/03/2020. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 599628, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2011.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 199.

¹²⁸ Precedentes: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1768932/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 17/12/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1070735/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008.

casos apreciados pelo Tribunal versarem exclusivamente sobre empresas estatais. Já o STJ parece ter feito uma distinção, para efeitos de penhora, entre os bens necessários à prestação do serviço daqueles bens dispensáveis. Nos acórdãos analisados o critério de discriminação não foi a reversibilidade dos bens, mas a necessidade dos bens alvo de constrições judiciais para a execução do serviço público concedido. Portanto, o conjunto passível de ser imune de penhora pelo STJ é ligeiramente diferente do conjunto de bens reversíveis aqui estudado, haja vista poder existirem bens necessários ao serviço que não são reversíveis por opção regulatória. Contudo, o fato de o bem ser reversível parece sinalizar a sua impenhorabilidade.

Quanto à imprescritibilidade dos bens reversíveis, diante da falta de acórdãos sobre o tema, primeiro será abordada a imprescritibilidade dos bens titularizados por empresas estatais. Compulsando a jurisprudência do STJ, percebe-se existir um dissenso sobre o tema. Há decisões entendendo serem esses bens submetidos ao regime jurídico comum, diante do critério da titularidade encampado pelo Código Civil¹²⁹, o que permitiria a incidência de usucapião. Nos três casos encontrados, em dois deles tinham como entes usucapidos concessionárias de energia elétrica, mas os bens usucapidos não pareciam ser reversíveis, tratando-se de imóveis sem vínculo com o serviço prestado. No outro, tratava-se de uma empresa estatal exercente de atividade econômica. De modo oposto, o STJ já entendeu ser bem público e, portanto, ineficaz à usucapião o imóvel da Caixa Econômica Federal - CEF vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, sob o argumento de que a CEF, “ao atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e órgão de execução da política habitacional, explora serviço público, de relevante função social”¹³⁰.

Especificamente para os bens reversíveis, não foram encontradas decisões judiciais sobre usucapião na jurisprudência do STJ, bem como dos Tribunais Regionais Federais. No Tribunal de Justiça de São Paulo, entretanto, foi possível encontrar acórdãos defendendo a possibilidade de usucapião de bens de concessionária de serviço de energia elétrica, caso o bem não seja afetado ao serviço.¹³¹

¹²⁹ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 647.357/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 23.10.2006, p. 300; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 120.702/DF, 4.^a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.08.2001, p. 468; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 37.906/ES, 4.^a Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 15.12.1997, p. 66.414.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.448.026/PE, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 21.11.2016.

¹³¹ Precedentes: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (TJ-SP). Apelação n. 0143750-22.2007.8.26.0000. Relator(a): Xavier de Aquino. Órgão julgador: 5.^a Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 14/02/2008; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (TJ-SP). Apelação n. 9000001-28.2004.8.26.0829. Relator(a): Helio Faria. Órgão julgador: 8.^a Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 13/06/2012. Data de publicação: 14/06/2012; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (TJ-SP). Apelação n. 1001159-78.2016.8.26.0493. Relator(a): Osvaldo de Oliveira. Órgão julgador: 12.^a Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 24/03/2020. Data de publicação: 24/03/2020.

O tema da imprescritibilidade de bens reversíveis parece ainda não estar devidamente assentado na jurisprudência, mas já há manifestações favoráveis a extensão dessa garantia do regime públicos aos bens necessários à prestação do serviço concedido.

As características aqui expostas do regime jurídico dos bens reversíveis de titularidade privada (imprescritibilidade, impenhorabilidade e alienabilidade relativa) são compartilhadas por Alexandre dos Santos Aragão¹³², Floriano de Azevedo Marques Neto¹³³, Marçal Justen Filho¹³⁴ e Thiago Marrara¹³⁵.

1.4.4 Arquiteturas jurídicas de bens reversíveis: bens de propriedade pública, bens de propriedade particular e bens de terceiros

Nos tópicos precedentes foi demonstrada a possibilidade jurídica de o legislador/regulador valer-se de diferentes arquiteturas jurídicas para regular os bens afetados a uma concessão de serviços públicos. Naquela oportunidade, mencionou-se a possibilidade de o bem reversível ser de titularidade pública ou titularidade privada, abordando-se ainda os regimes jurídicos aos quais eles estão submetidos.

Tomou-se essa opção metodológica em razão da importância histórica das discussões doutrinárias acerca do conceito de bens públicos e seus reflexos sobre os bens reversíveis. Além dessas duas possibilidades – (i) bens cedidos pelo poder concedente que remanescem sob propriedade pública e (ii) bens reversíveis titularizados pelo particular concessionário – ainda há a possibilidade de existirem (iii) bens titularizados por terceiros empregados na concessão. Cumpre nesse momento exemplificar a hipótese de bem reversível de titularidade pública com exemplos constantes em nosso ordenamento jurídico, bem como analisar a hipótese de bens reversíveis de propriedade de terceiros.

¹³² “Poder-se-ia dizer que, durante a concessão, são propriedade privada, sujeita a uma série de ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação predeterminada) e à condição resolutiva do fim da delegação.” (cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 468.)

¹³³ “(...) os bens reversíveis na concessão de propriedade da concessionária (e, pois, submetidos ao regime público pelo critério funcional) obedecerão a um regime jurídico bastante próximo ao aplicável aos bens de uso especial (estão afetos à prestação de um serviço público), diferindo apenas em relação ao processo de desafetação, processo este que será equivalente ao aplicável aos bens públicos em sentido estrito, bens públicos também pelo critério civilista.” (cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 238.)

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 780.

¹³⁵ MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de Direito Administrativo: Direito Administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. Vol. 3. 2ª ed. 2019.

Por vezes, pode ser interessante transmitir a posse do bem público a ser empregado na concessão sem, contudo, realizar a transferência de propriedade deste bem. Um exemplo desse arranjo pode ser extraído dos arrendamentos portuários, em que a atividade de exploração de uma área específica dentro do porto organizado é transferida para o particular. Nesses casos, convencionou-se manter alguns bens sob a propriedade do Poder Público, enquanto outros bens seriam de propriedade do concessionário.

Na minuta do contrato de arrendamento de área e infraestrutura pública para a movimentação e armazenagem de carga geral, especialmente papel e celulose, localizada dentro do porto organizado de Itaqui no estado do Maranhão¹³⁶, a cláusula 15 prevê o regramento sobre bens do arrendamento, estipulando sua reversão (cláusula 15.10). Na cláusula 15.1.1, o contrato dispõe que integram o arrendamento “todos os bens vinculados à operação e manutenção das Atividades, cedidos à Arrendatária, conforme indicados nos Termos de Aceitação e Permissão de Uso de Ativos”. Ao utilizar a palavra *cedido*, bem como na cláusula 15.4 mencionar a necessidade de assinatura de Termo de Aceitação Provisória e Permissão de Uso dos Ativos, o contrato parece deixar transparecer a noção de que os bens do arrendamento continuam sobre a propriedade da União, sendo transferida somente sua posse à arrendatária. Essa noção da existência de bens de titularidade da União sob a posse da arrendatária é corroborada pelo art. 3º do Anexo da Resolução Normativa n. 29-ANTAQ de 2019, quando aborda os bens da União sob a guarda e responsabilidade das autoridades portuárias e dos arrendatários de áreas e instalações portuárias¹³⁷.

Ao lado dos bens do arrendamento, o mesmo contrato de arrendamento, em sua cláusula 15.5, especifica quais bens não são do arrendamento, entre os quais constam empilhadeiras, caminhões computadores, câmeras, *scanners* e sistemas elétricos. Dessa forma, a Resolução

¹³⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ. Minuta do contrato de arrendamento de área e infraestrutura pública para a movimentação e armazenagem de carga geral, especialmente papel e celulose, localizada dentro do porto organizado de Itaqui no estado do Maranhão. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2010/IQI18%20-%20Minuta%20do%20Contrato%20de%20Arrendamento.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹³⁷ Art. 3º: “Os bens da União, sob a guarda e responsabilidade das autoridades portuárias e dos arrendatários de áreas e instalações portuárias: I - são aqueles: a) entregues e inventariados pela União ou seu representante por ocasião da celebração dos contratos de concessão, de arrendamento e de convênio de delegação com ente federativo, em qualquer época; b) adquiridos mediante investimentos diretos realizados pela União na área do porto organizado ou a partir da criação da entidade estatal federal ou durante a vigência do contrato ou do convênio, e que não foram devidamente incorporados ao patrimônio da autoridade portuária ou do arrendatário; c) expressos por ato legal competente do Poder Concedente; d) reversíveis, adquiridos no período de vigência do ato de delegação ou do termo de outorga, com receitas decorrentes de atividades diretamente vinculadas à outorga ou à delegação de portos organizados, ou de suas áreas e instalações; e II - serão aqueles reversíveis, adquiridos mediante investimentos realizados pelos arrendatários, conforme especificado no respectivo contrato de arrendamento. Parágrafo único. Esta norma não se aplica às instalações portuárias autorizadas ou registradas.

Normativa n. 29-ANTAQ de 2019 e o contrato de arrendamento preveem a possibilidade de existência concomitante de bens de titularidade públicas e privadas dentro de concessão ou arrendamento portuário.

Migrando para as concessões de rodovia, cite-se o caso do contrato de concessão da autopista Fernão Dias (BR-381/MG/SP, Trecho Belo Horizonte - São Paulo), objeto do Edital n. 02/2007¹³⁸, em que foi convencionado serem bens de titularidade pública as faixas de rodagem, as faixas de domínio, entre outros:

3.1. Integram a Concessão os trechos de Rodovia que compõe o Lote Rodoviário, compreendendo seus acessos, nos termos regulamentados pela ANTT, faixas de domínio, edificações e terrenos destinados as atividades a elas vinculadas e, portanto, pertencentes à União na condição de bens públicos de uso comum.

A faixa de domínio é conceituada no Anexo 01 da Lei n. 9.053/1997 (Código de Trânsito Brasileiro - CTB) como a “superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via”. Portanto, as faixas de terra situadas ao lado das estradas e rodovias são propriedade do ente titular da rodovia, município, estado, União ou Distrito Federal. Inclusive, há decisões do TRF1 julgando improcedentes usucapiões, postuladas em face de imóveis situados em faixas de domínio de rodovias ou ferrovias, sob o argumento de serem bens públicos¹³⁹.

Nesses casos de bens públicos cuja posse foi transferida ao particular, há um evidente desdobramento desta, entregando-se a posse direta do bem para o concessionário, posto ser ele aquele que utilizará do bem para gerar as utilidades públicas e suas receitas enquanto o poder concedente permanecerá com a posse indireta do bem. Todavia, parece ser a cessão do bem de titularidade pública para o concessionário mais do que um mero direito possessório, tratando-se em verdade de um direito real sobre coisa alheia (*ius in re aliena*), consistente no direito exclusivo do concessionário de usar e gozar do bem¹⁴⁰. Apesar de guardar grande aproximação com o direito de usufruto previsto nos artigos 1.390 e seguintes do Código Civil, não há uma

¹³⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. Minuta do contrato de concessão da autopista Fernão Dias. Disponível em: <https://www.antt.gov.br/autopista-fernao-dias>. Acesso em: 21 jul. 2020.

¹³⁹ Precedentes: BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação n. 0013905-90.1999.4.01.3800. Relator(a): Desembargador Federal João Batista Moreira. Órgão julgador: Quinta Turma. Data: 20/05/2009. Data da publicação: 05/06/2009; BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação n. 0033574-17.2008.4.01.3800. Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Órgão julgador: Sexta Turma. Data: 16/07/2018. Data da publicação: 27/07/2018.

¹⁴⁰ Nesse sentido: JURADO, Diego Jose Vera. José Vera. El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público. **Revista de Administración Pública**. Núm. 109. Janeiro-abril 1986. p. 226. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 173. GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Porto: Almedina. 1999. p. 309.

perfeita identidade, haja vista que se o bem público cedido ao concessionário for um imóvel, não haverá a necessidade de registrá-lo no Cartório de Registro de Imóveis.

No tocante aos bens reversíveis titularizados por particulares, foi dito no tópico anterior que ele se submete a um regime jurídico próximo ao regime público clássico. A grande maioria dos bens reversíveis parece estar inserta nessa classificação, tendo inclusive suscitado afirmações doutrinárias de que todos os bens reversíveis seriam de propriedade dos concessionários, o que não se revela acertado.

A existência de bens reversíveis de propriedade do concessionário já foi exemplificada com o setor portuário. Em reforço, cita-se o setor aeronáutico. A cláusula 2.40 do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Brasília elenca os bens integrantes da concessão, entre os quais estão os “adquiridos pela Concessionária para a Exploração Aeroportuária” (subitem 2.41.3.) e aqueles “entregues pela União” (subitem 2.41.1.). O art. 6º da Resolução ANAC n. 533 de 7 de novembro de 2019 estabelece que os “valores recebidos pela Concessionária por alienações de bens repassados pelo Poder Público serão deduzidos do valor final da indenização”. Contudo, nada menciona sobre os valores recebidos em alienação de bens adquiridos pela própria Concessionária para a Exploração Aeroportuária, levando a crer que esses bens são de titularidade das concessionárias.

Exposta a existência de bens reversíveis titularizados por concessionários, revela-se oportuno ainda estudar a característica de *regresso* dos bens reversíveis para o poder concedente. Esteban Lamoglia narra a existência de duas teses acerca da natureza da reversão quando os bens são de titularidade privada, podendo o direito de reversão ser um direito obrigacional ou um direito real. De acordo com a primeira tese, chegada ao final a concessão, o concessionário terá apenas a obrigação de proceder a transferência dos bens ao ente concedente¹⁴¹. Essa primeira tese não corresponde ao fato de que, em regra, não há qualquer ato necessário a ser realizado para transferir a propriedade dos bens, sendo eles transmitidos imediatamente com o fim da concessão. Diante disso, o autor espanhol compreende ser a

¹⁴¹ “Llegado el término extintivo, la propiedad de los elementos no pasa, ipso iure —automáticamente— del patrimonio del concesionario al dé la Administración; para ello hará falta que aquél cumpla la obligación contraída y efectúe la transmisión de su derecho. Las autoridades administrativas, por su parte, sólo tendrán, en este momento, meras acciones personales dirigidas a exigir del gestor (o de sus causahabientes) la entrega de los bienes comprometidos, y si éstos han sido enajenados a terceros de buena fe, la pretensión deberá contraerse a la percepción de la correspondiente indemnización sustitutiva.” (cf. LAMOGLIA, Esteban Arimany. Situación jurídica de la administración respecto de los bienes sujetos a reversión en la concesión administrativa de servicio público. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, N.N. 92, 1980, págs. 153-184. p. 176. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1058845> >. Acesso em: 10 set. 2020.)

reversão, em verdade, um direito real surgido em favor do ente concedente e consistente em transmitir os bens ao final da concessão. Seria uma espécie de propriedade *ad tempus*.¹⁴²

A reversão de bens do concessionário revela-se uma exceção à característica de perpetuidade da propriedade (em regra, a propriedade não comporta condição ou termo, ela é irrevogável). Essa exceção não é desconhecida no Direito Civil, que expressamente prevê o caso a propriedade resolúvel no art. 1.359 do CC/2002¹⁴³, correspondente ao antigo art. 647 do CC/1916. O instituto da reversibilidade de bens de propriedade do concessionário, contudo, não se adéqua com precisão à propriedade resolúvel civilista, pois nessa a propriedade resolúvel deve estar prevista no título de constituição do domínio¹⁴⁴. Na reversibilidade administrativa, é o contrato de concessão que a prevê, e, por isso, ela abarca não só os bens cuja propriedade foi transferida pelo ente concedente ao concessionário, mas também os bens adquiridos perante terceiros posteriormente à assinatura do contrato. Com entendimento similar, assim anota Afrânio de Carvalho:

50. A natureza resolúvel da propriedade do concessionário resulta, portanto, da cláusula de reversão de bens inerente ao contrato de concessão de serviço público. Essa cláusula importa na aposição de um termo resolutivo a todo negócio de transmissão de bens ao concessionário, quer o alienante seja o próprio concedente, quer seja outrem, como geralmente acontece. Ao passo que, na primeira alternativa, se configura um caso típico, na segunda, que é a mais freqüente na concessão, delineia-se um caso atípico de propriedade resolúvel. Com efeito, neste dá-se a peculiaridade de ser o termo resolutivo aposto, não pelo alienante em seu benefício, mas pelo concedente para aderir a todas as futuras transmissões de bens em que o concessionário fôr o adquirente [sic].¹⁴⁵

Essa resolutividade, como já afirmado, não advém de um “direito patrimonial do poder concedente, mas sim do fato de que estes bens são imprescindíveis à continuidade do serviço e, portanto, seguem a ele afetados, fazendo com que a afetação (aqui tomada como emprego efetivo do bem ao serviço público) crie um dever de transferência patrimonial”¹⁴⁶.

¹⁴² “Por el contrario, los que admitan la posibilidad de que existan propiedades temporales no tendrán inconveniente en afirmar que el gestor del servicio, al enajenar su derecho de dominio a término, quedó en situación de propietario *ad tempus*.” (ibid, p. 178.)

¹⁴³ “Art. 1.359, CC/2002 – Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou detinha.”

¹⁴⁴ “O traço característico da propriedade resolúvel reside na previsão de sua extinção no próprio título que a constitui. A causa da revogação há de ser estabelecida, em cláusula informativa de condição ou termo. Necessária a declaração de vontade nesse sentido. Do contrário, não será propriedade resolúvel, como, por exemplo, se a revogação decorre de causa superveniente.” (cf. GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª ed. atualizada Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 253.)

¹⁴⁵ CARVALHO, 1956, p. 16.

¹⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 177.

Utilizando-se de uma nomenclatura mais pertinente às ciências administrativas e econômicas, Rafael de Freitas vincula os bens reversíveis de propriedade estatal concedidos ao concessionário aos projetos *brownfield* enquanto os bens reversíveis adquiridos pelo concessionário ocorreriam com mais frequência em projetos *greenfield*.¹⁴⁷

A última possibilidade de bens reversíveis são os direitos sobre bens de terceiros, direitos esses passíveis de serem reais (*e.g.* servidão) ou obrigacionais (*e.g.* aluguel de imóvel). Apesar de não serem propriamente bens, mas sim direitos, são tratados como bens por integrarem o patrimônio jurídico da concessionária. Assim, com a extinção da concessão, esses direitos – reais ou obrigacionais – serão transmitidos para o poder concedente¹⁴⁸. Por exemplo, se um imóvel estiver locado pela concessionária e for imprescindível para a prestação do serviço, deverá ele ser revertido ao poder concedente, mediante a cessão de posição contratual, substituindo o antigo concessionário pelo poder concedente. Como exemplo dessa prática, pode-se citar o art. 12 da Resolução Anatel n. 447/2006 que prevê o dever de a prestadora fazer constar nos contratos com terceiros “cláusula pela qual o contratado se obriga, em caso de extinção da concessão ou permissão, a mantê-los e a sub-rogar à Anatel os direitos e obrigações deles decorrentes, além do direito da Agência sub-rogar a outros”¹⁴⁹.

É válido, nesse ponto, alertar que o bem de terceiro não será tido como reversível, inexistindo o efeito jurídico de transferência do bem para o Poder Concedente ao final da concessão. Isso não ocorre. O que existe é a afetação do bem para a atividade pública, o que impõe a reversão do direito real ou obrigacional legitimadores do uso do bem.¹⁵⁰ Não fosse assim, o fim de uma concessão de distribuição de energia elétrica acarretaria na transferência compulsória não só da servidão administrativa de passagem de redes de distribuição de energia

¹⁴⁷ FREITAS, Rafael Veras de. A reversão nos contratos de concessão e seu regime jurídico-econômico. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, ano 18, n. 70, p. 149-176, abr./jun. 2020. p. 155.

¹⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 177.

¹⁴⁹ Art. 12 da Resolução Anatel n. 447/2006: “A Prestadora, na utilização de Bens de Terceiros ou de Serviços Contratados, deve fazer constar, nos contratos respectivos, cláusula pela qual o contratado se obriga, em caso de extinção da concessão ou permissão, a mantê-los e a sub-rogar à Anatel os direitos e obrigações deles decorrentes, além do direito da Agência sub-rogar a outros.

§ 1º Os contratos mencionados no caput e suas posteriores alterações, inclusive propostas de rescisão, devem ser submetidos à anuência prévia da Anatel, observado o disposto no contrato de concessão ou no termo de permissão correspondente.

§ 2º A Prestadora deve informar à Anatel para validação, no prazo de 10 (dez) dias contado da celebração, o caso fortuito ou de força maior que implicou eventualmente em necessidade de assinatura de contrato objeto do caput deste artigo, sem anuência prévia [sic]”.

¹⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 177.

elétrica, mas dos próprios logradouros públicos de titularidade dos Municípios, para a União, o que é de todo absurdo.

Esses bens de terceiros – privados, portanto –, por restarem afetados a uma utilidade pública, não poderão ter sua destinação alterada, sob pena de prejudicar a continuidade do serviço ao qual estão vinculados. Assim, em razão do bem estar afetado a um fim público, será aplicável o mesmo regime jurídico ao qual estão submetidos os bens reversíveis de titularidade do concessionário.

Em suma, os bens reversíveis podem pertencer a três pessoas diversas (concessionário, ente concedente ou terceiro), sendo que durante o período de vigência da concessão os bens de titularidade pública são regidos pelo regime jurídico público, enquanto os bens do concessionário e de terceiros são regidos por um regime híbrido, mas com fortes características de Direito Público. Como os bens reversíveis possuem em comum o fato de estarem afetados à prestação do serviço concedido, há a imposição de que o fim da concessão não altere a destinação desses bens. Para tanto, o domínio útil e a nua propriedade serão consolidados pelo ente concedente, os bens do concessionário serão transferidos ao ente concedente e a posição contratual e os direitos reais sobre bens de terceiros originariamente detidas pelo concessionário serão cedidos ao ente concedente.

Especificada as diversas arquiteturas jurídicas de bens reversíveis, cumpre ao fim analisar a abrangência desses bens perante o patrimônio da concessionária.

1.5 Abrangência dos bens reversíveis sobre o patrimônio da concessionária

No tópico antecedente foram estudados os três tipos de arquiteturas jurídicas possíveis de serem utilizadas para montar o conjunto de bens necessários para o desenvolvimento do serviço concedido. Nesse momento, será analisado o conjunto de bens a serem revertidos, isto é, se a característica da reversão atinge todos ou apenas uma parte dos bens utilizados na concessão. Para tanto, serão trazidos à baila dois modelos teóricos formulados na doutrina e que foram utilizados (ao menos implicitamente) no caso mais emblemático sobre bens reversíveis na jurisprudência nacional: o caso da Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico do Distrito Federal.

Floriano de Azevedo Marques Neto menciona que ao longo da história dois modelos surgiram para tratar o tema, batizando-os de patrimonialista e funcionalista.¹⁵¹ De acordo com a teoria patrimonialista, todos os bens da concessionária ao fim da concessão seriam revertidos para o poder concedente. Aparentemente, esse modelo está fortemente vinculado à teoria da propriedade pública dos bens reversíveis. Isso porque se os bens reversíveis já são de titularidade pública, o fim da concessão apenas importaria o retorno da posse ao seu titular, o ente concedente. Ao aduzir serem os bens reversíveis de titularidade pública, essa antiga doutrina nacional tinha por consequência permitir expandir os bens reversíveis para englobar todos os bens da concessionária.

Para essa teoria patrimonialista, tanto os bens iniciais à concessão quanto os adquiridos ao longo da vigência do contrato seriam considerados bens públicos, pois, enquanto os primeiros não perderiam a sua natureza de públicos com a entrega à concessionária pelo poder concedente, os últimos (aqueles adquiridos durante a concessão) seriam paulatinamente custeados pelas tarifas cobradas pelo particular no exercício de sua atividade, tornando-se também públicos. Barbosa Sobrinho assim expõe essa linha argumentativa: “a reversão não representa um sacrifício do concessionário, mas tão somente a devolução de bens, que foram pagos pelos usuários, no decorrer da concessão”¹⁵².

Há, nessa argumentação, uma evidente confusão entre os preços pagos pelos usuários em razão dos serviços prestados pela concessionária e a amortização dos bens reversíveis. O preço (tarifas) pago pelos usuários são unicamente contraprestações pagas em função de um serviço prestado pelo concessionário. Ela não é uma compra paulatina dos bens reversíveis, sendo as tarifas utilizadas inclusive para custear o treinamento dos funcionários da concessão, pagar tributos e outorga da concessão, custear despesas financeiras, adquirir insumos necessários à prestação do serviço, pagamento de lucros e dividendos dos acionistas da concessionária etc.

A amortização, ao contrário, ocorre pelo motivo de evitar o enriquecimento ilícito do ente concedente quando ocorrer a reversão dos bens. Não fosse assim, bens novos e recém-empregados na concessão seriam imediatamente transferidos para a propriedade do ente concedente sem sequer terem sido utilizados durante a concessão. Se essa fosse a “regra do jogo”, não haveria incentivo para o concessionário renovar os bens reversíveis em momento

¹⁵¹ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Out/Dez 2004.

¹⁵² SOBRINHO, Barbosa Lima. Reversão das Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 32. 1953, p. 32

próximo ao fim da concessão, acarretando o efeito deletério de incentivar um depauperamento da concessão, contrariando o princípio da continuidade do serviço público. Interessante notar que nos modelos regulatórios aqui mencionados, a amortização dos bens segue critérios temporais, outorgando-se um tempo razoável para que o concessionário possa utilizar o bem e extrair dele os recursos financeiros adequados para a sua remuneração. Como se vê, a amortização não tem qualquer relação com uma “compra fictícia” de bens pelo ente concedente, como defendido por parte da doutrina nacional.

De modo contrário, a teoria funcionalista ignora o proprietário do bem para buscar na sua afetação à atividade concedida e, por conseguinte, no princípio da continuação do serviço o critério de identificação dos bens reversíveis. Ao perquirir acerca do liame entre o bem e a atividade, essa teoria tem por consequência permitir que alguns bens do concessionário sejam tratados como bens reversíveis enquanto outros, não. Por exemplo, caso um imóvel de propriedade de concessionária de distribuição de energia elétrica seja objeto de um contrato de locação com o intuito de gerar renda para ela, não poderá ser encarado como reversível por inexistir vínculo com o serviço. Essa teoria parece ser aquela que conta com a maior quantidade de adeptos, podendo-se citar Hely Lopes Meireles¹⁵³, Carlos Medeiros Silva¹⁵⁴, Marçal Justen Filho e Fernando Garrido Falla¹⁵⁵.

Compulsando a jurisprudência do STF acerca da abrangência da reversibilidade dos bens em uma concessão, encontrou-se o RE 18.135/MT, o RE 71.727/RJ e o RE 32.865/RJ.

No RE 18.135/MT¹⁵⁶, discutia-se a extensão de uma cláusula de reversão de concessão de transporte ferroviário do município de Campo Grande, consistente em saber se essa cláusula abrangeria ou não determinados imóveis contíguos da concessionária. No julgamento de segunda instância, o TJ-MT compreendeu existir uma nulidade na cláusula de reversão em razão da ausência de registro dos imóveis a serem revertidos. Essa nulidade jamais foi alegada por qualquer das partes. Diante disso, o STF anulou o acórdão recorrido por entender ser ele *extra petita*.

¹⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 499.

¹⁵⁴ SILVA, Carlos Medeiros. Concessão de serviço público; reversão; fundo de amortização; interpretação dos atos administrativos; ilegalidade e abuso de poder; instrumento público; mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**. v. 43. 1956. p. 458. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15580/14458>. Acesso em: 07 jan. 2020.

¹⁵⁵ FALLA, Fernando Garrido. Efectos económicos de la caducidad: de las concesiones de servicios. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, N.N. 45, 1964, págs. 231-244.

¹⁵⁶ Recurso oficial. Reversão de bens, exaurido o prazo de concessão de serviço público. Controvérsia sobre área de terreno sujeita a reversão. Nulidade da cláusula de reversão em julgamento 'extra-petita'. Provimento aos recursos. (RE 18135, Relator(a): OROZIMBO NONATO, Segunda Turma, julgado em 22/08/1952, DJ 18-12-1952 PP-14356 EMENT VOL-00113-01 PP-00194 ADJ 13-12-1954 PP-04352).

No RE 71.727/RJ¹⁵⁷, a discussão também versava sobre imóveis da concessionária, mas aqui a discussão residia na identificação do bem como reversível e na possibilidade de alienação sem o aval do ente concedente. O STF não conheceu o recurso em função de a alienação do imóvel ter ocorrido em 1911, antes mesmo do Código Civil de 1916 e dos dispositivos normativos alegados como violados. Dessa feita, a questão se limitaria a uma discussão sobre cláusulas contratuais, o que impediria o conhecimento do recurso extraordinário.

No STF, o caso mais emblemático sobre a reversibilidade de bens é o Recurso Extraordinário n. 32.865, referente à controvérsia jurídica acerca dos bens imóveis do patrimônio da Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico. Diz-se *emblemático* nem tanto pela decisão do STF, que sequer chegou a conhecer o recurso, mas pela produção doutrinária e elaboração de diversos pareceres jurídicos sobre o tema.

O parecer jurídico proferido no Processo Administrativo n. 7.000.696/54, datado de 04 de março de 1955, assinado por Barbosa Lima Sobrinho, narra que existiam três concessionárias de transportes públicos no Distrito Federal, que vieram a fundir-se em 1907. Na formulação desse novo contrato de concessão entre a empresa fusionada e o Distrito Federal, convencionou-se, em sua cláusula 43, o seguinte:

Findo o prazo da concessão, reverterão para o domínio da Prefeitura Municipal todo o material fixo e rodante, e, bem assim, os imóveis, carros usinas, motores, oficinas, estações, depósitos e tôdas as mais dependências especiais e próprias dos serviços dêste contrato, sem indenização de espécie alguma [sic].

A partir de uma simples leitura dessa cláusula contratual, percebe-se que todos os bens da concessão seriam reversíveis. Posteriormente, nos anos de 1909 e 1910, foram assinados dois termos entre a concessionária e o Distrito Federal. Esses termos estabeleciam isenções do imposto de décima urbana para os bens imóveis vinculados ao serviço enquanto os demais imóveis estranhos ao serviço não estariam isentos desse tributo. Inclusive, o Termo do ano de 1909 traz ainda a seguinte estipulação:

III. Os prédios de que cogita a cláusula I [vinculados ao serviço], isto é, os isentos do respectivo impôsto de décima urbana, reverterão para a Municipalidade no fim do prazo das concessões da Companhia, e os de que trata a cláusula II [estranhos ao serviço], isto é, os sujeitos ao referido impôsto de décima urbana, não são reversíveis para a Municipalidade, sendo, portanto, de livre propriedade da Companhia [sic].

¹⁵⁷ Ação ordinária movida pelo estado-membro, visando a devolução ou reversão de bens objeto de concessão dos serviços de distribuição de gás. Sua improcedência. Decisão baseada na interpretação das estipulações do contrato de concessão. Aplicação das Súmulas 454 e 279. Sem procedência e alegação de negativa de vigência do art. 67, c/c os arts. 66, inc. III, 132 e 145, inc. I, do Código Civil. Recurso Extraordinário não conhecido. (RE 71727, Relator(a): DJACI FALCAO, Segunda Turma, julgado em 11/12/1979, DJ 25-04-1980 PP-02805 EMENT VOL-01168-01 PP-00187 RTJ VOL-00096-03 PP-01120).

Em meados da década de 1950, a concessionária Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico tentou alienar bens imóveis que, consoante os Termos de 1909 e 1910, entendia serem de seu patrimônio privado e, portanto, não reversíveis. O Distrito Federal vetou indiretamente a pretendida alienação, mediante a negativa de emissão de guia para recolhimento do imposto de transmissão. De acordo com o parecer jurídico de Barbosa Sobrinho, referendado pelo parecer jurídico de Gustavo Azevedo¹⁵⁸ e acolhido pelo Distrito Federal, os termos assinados seriam nulos, seja pela incompetência do prefeito do Rio de Janeiro para celebrá-los, seja pela ausência de publicação oficial. Após reputar nulos os termos, o parecerista interpretou literalmente a cláusula 43, afirmando que a palavra *todos* significa absolutamente todos os bens da concessionária, e a impossibilidade reconhecer dentro do patrimônio da concessionária duas espécies de bens, os afetados ao serviço concedido, considerados reversíveis, e os bens do patrimônio privado da concessionária, não reversíveis, portanto.

Irresignada, a concessionária levou a questão ao Poder Judiciário por meio do Mandado de Segurança n. 1.127, impetrado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Para reforçar seu entendimento, contratou diversos pareceristas, como José Sabóia Viriato de Medeiros¹⁵⁹, Castro Nunes¹⁶⁰ e Carlos Medeiros Silva¹⁶¹. Todos esses juristas defenderam a divisão da propriedade da concessionária em duas espécies, aquela formada por bens reversíveis e outra formada por patrimônio livre e desembaraçado da concessionária. Afirmaram ainda que os termos assinados em 1909 e 1910 se prestaram apenas a aclarar algo que já deveria ser pacífico, isto é, a reversão limita-se aos bens empregados no serviço de transporte público de passageiros.

O mandado de segurança foi provido, o que levou o Poder Público a recorrer ao STF por intermédio do Recurso Extraordinário n. 32.865. Apesar de o recurso não ter sido conhecido pelo STF, o voto do ministro relator Edgard Costa confirma a interpretação da cláusula XIX do contrato de 1890 pretendida pela concessionária de que nem todos os bens da concessionária poderiam ser enquadrados como reversíveis. Nos argumentos jurídicos expostos pela

¹⁵⁸ AZEVEDO, Gustavo Filadelfo. Concessão de serviço público - Reversão - Natureza do direito da concessionária sobre a coisa reversível. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, p. 433-479, jul. 1955. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15171> >. Acesso em: 27 jul. 2020.

¹⁵⁹ MEDEIROS, José Sabóia Viriato de. Concessão de serviço público; reversão de bens imóveis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, 1955. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15174/14060> >. Acesso em: 29 jul. 2020.

¹⁶⁰ NUNES, Castro. Concessão de serviço público; reversão; fundo de amortização; publicidade dos atos administrativos; poder de polícia; abuso de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 42. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15322/14205> >. Acesso em: 29 jul. 2020.

¹⁶¹ SILVA, Carlos Medeiros. Concessão de serviço público; reversão; fundo de amortização; interpretação dos atos administrativos; ilegalidade e abuso de poder; instrumento público; mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 43. 1956. p. 454-470, jan. 1956. ISSN 2238-5177.

concessionária e acolhidos pelo Poder Judiciário, percebe-se como fundamento relevante para definição da extensão da reversibilidade a afetação do bem à execução do serviço concedido.¹⁶²

Na jurisprudência do STJ, foi encontrado o REsp 1263134/AP, relatora ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17 de dezembro de 2013, DJe 24 de outubro de 2013. Nesse julgado, o STJ, ao interpretar o art. 6º do Decreto n. 39.762/1956, entendeu que os bens reversíveis deveriam englobar também as máquinas e equipamentos móveis, anteriormente excluídas da reversibilidade pelo acórdão recorrido.

A partir dos julgados analisados, não se pode dizer que exista um posicionamento consolidado em qualquer sentido, ante a baixa quantidade de decisões judiciais sobre o tema, muitas delas sequer apreciando a questão de fundo. De outro lado, a doutrina demonstra uma predileção pela teoria que biparte o patrimônio da concessionária para reconhecer a reversibilidade apenas nos bens afetados ao serviço concedido; os demais bens seriam, portanto, não reversíveis.

Em tópicos precedentes desse trabalho, defendeu-se inexistir uma regra ou modelo geral sobre bens reversíveis, podendo o legislador/regulador valer-se de uma ampla variedade de arquiteturas jurídicas para proteger a continuidade do serviço concedido. Dessa forma, serão o contrato de concessão e a regulação setorial os primeiros diplomas normativos a serem utilizados para identificar a reversibilidade de um bem.

1.6 Conclusão parcial

O presente capítulo teve como objetivo analisar o instituto da reversibilidade de bens à luz do Direito Positivo nacional. Buscou-se compreender a existência do instituto, bem como

¹⁶² Trecho do voto do ministro relator Edgard Costa: “A cláusula XIX do contrato primitivo estipulou que, findo o prazo da concessão, reverteriam para o patrimônio municipal, todos os bens que a Companhia possuísse, – imóveis, móveis e semoventes. Estarão, porém, incluídos nessa reversão, também aqueles adquiridos pela concessionária no curso da concessão por aplicação de suas reservas, como forma de recuperação ou recomposição do capital investido no fim do prazo da concessão, bens, por isso mesmo não vinculados, à execução do serviço? [...]”

Se a reversão estabelecida significa, ou implica, na do serviço concedido, a inteligência a dar à cláusula respectiva, quanto à devolução dos bens da concessionária é a de que tais bens são aqueles vinculados, próprios ou afetos à execução do serviço concedido, de forma a assegurar que ele volta ou reverte ao poder concedente devidamente aparelhado.

Que esse é o verdadeiro sentido da cláusula de reversão estipulada no contrato primitivo da concessão, é o que os ‘Termos do acordo’ de 1909 e 1910 tornaram explícitos, sujeitando a impostos os bens estranhos aos serviços, utilizados pela concessionária para outros misteres, e expressamente declarados não reversíveis e, portanto, de livre propriedade da mesma concessionária.

Os referidos acordos deram à cláusula contratual de reversão dos bens, o seu legítimo entendimento. Decidiu, pois, com acerto o acórdão recorrido conhecendo da impetração e concedendo a segurança [sic]”

de que maneira ele se encontra previsto no sistema jurídico nacional. Apontou-se que sua razão de existir é pautada prioritariamente na continuidade do serviço público (também se pode enxergar a reversão como um meio de proteção de investimentos dos concessionários). No entanto, não há impeditivos jurídicos para que o legislador/regulador se afaste ligeiramente da continuidade do serviço público, seja para prever a reversão de bens não indispensáveis à continuidade, seja para excluir da reversibilidade algum bem notoriamente imprescindível à prestação do serviço. A reversibilidade é um instrumento a ser utilizado pelo ente concedente para melhor regular o serviço a ser concedido, não existindo limitações *a priori* sobre como deva ser construída a reversão de bens.

No tocante às arquiteturas jurídicas possíveis de serem utilizadas pelo legislador/regulador, conclui-se pela possibilidade de a concessão valer-se de bens de titularidade pública, bens de titularidade do concessionário (privados, portanto), bem como de bens de terceiro. Quando os bens são de titularidade pública, não há qualquer dúvida acerca do regime jurídico a eles aplicável, existindo a perfeita associação entre titularidade pública e afetação ao serviço público, o que impõe a submissão desse bem ao regime jurídico de direito público. Quando o bem é titularidade privada (do concessionário ou de terceiro), há uma dissociação entre titularidade e afetação. Nesses casos, em que pese a ausência de previsão legal no Código Civil, a afetação do bem a uma função pública clama a submissão deste a um regime jurídico especial. Não é um regime jurídico integralmente público, mas as características de publicização não marcantes, aproximando bastante o seu regime jurídico àquele regime clássico de bens públicos.

No tocante à abrangência da reversibilidade sobre os bens empregados na concessão, a conclusão dá-se no sentido de ser possível a construção contratual sobre o tema, podendo o contrato disciplinar a questão do modo mais adequado para o serviço. No entanto, como a razão de existir da reversibilidade de bens é a continuidade do serviço público, percebe-se que em geral somente uma parte dos bens – aqueles afetados ao serviço – será enquadrada como reversível.

2 A REVERSIBILIDADE DOS BENS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: EXPOSIÇÃO NORMATIVA

Explicada a diversidade de arquiteturas jurídicas possíveis de serem utilizadas pelo legislador para conformar os bens reversíveis ao setor regulado a fim de que eles possam, na melhor medida, garantir a continuidade do serviço outorgado, convém nesse momento afunilar a presente pesquisa para estudar como o setor de telecomunicações nacional se valeu dos bens reversíveis. O objetivo deste segundo capítulo é expor o quadro normativo (leis, regulamentos da Anatel e contratos) acerca da matéria.

2.1 Regimes de prestação dos serviços de telecomunicações: reversibilidade de bens unicamente nos serviços prestados sob o regime público

Para a LGT, telecomunicações e serviços de telecomunicações não se confundem, sendo serviço de telecomunicação uma atividade-meio, destinada a permitir o funcionamento das telecomunicações¹⁶³ e ¹⁶⁴. Já o conceito de telecomunicações é algo mais complexo. Legalmente, 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”. Pode-se extrair do conceito legal proposto que telecomunicação requer a transmissão de informações por um processo eletromagnético. Para tanto, será necessário transformar uma informação cognoscível por um ser humano (sons e imagens) em um sinal a ser transportado por qualquer meio eletromagnético para ao fim ser recodificado em uma informação novamente cognoscível por um ser humano.

Diante da tecnicidade do conceito, exemplos podem ajudar a torná-lo mais elucidativo. A voz humana ou um sinal sonoro (*e.g.* um silvo de um guarda de trânsito) até podem trazer informações para o ouvinte, mas não se tratará de telecomunicação, posto inexistir a condução

¹⁶³ Art. 60, LGT: “Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º 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”.

¹⁶⁴ “O serviço de telecomunicações é, portanto, algo mais amplo; é a atividade suficiente para o funcionamento das telecomunicações. Tem caráter funcional de conjunto orientado a finalidades. Assim, apresenta-se como o complexo de atividades orientadas à função de realização das telecomunicações; orientadas à transmissão, emissão e recepção de significados.” (cf. ARANHA, Marcio Iorio. **Direito das Telecomunicações e da Radiodifusão: Histórico normativo e conceitos fundamentais**. Item 2.1.1 Edição eletrônica.)

do sinal por um meio eletromagnético; os sons são transmitidos por ondas mecânicas advindas das alterações de pressão no ar. Cita-se outro exemplo: o sinal luminoso de um semáforo também não será telecomunicação, pois apesar de ser conduzido por um meio eletromagnético, qual seja a luz, ela é exarada como única função de tornar visível a cor do semáforo, sendo esta que carrega a informação a ser transmitida (verde, *siga*; vermelho, *pare*; amarelo, *atenção*). Não houve qualquer transformação da informação em um sinal para em seguida transmiti-lo por um meio eletromagnético.¹⁶⁵

Compreendidos os conceitos de telecomunicações e serviços de telecomunicações, cumpre advertir que a variedade desses serviços é imensa em função das especificidades de cada um desses serviços. Enquanto alguns desses serviços são prestados de modo unidirecional (*e.g.* radiodifusão sonora e de sons e imagens), outros requerem o retorno da comunicação (*e.g.* telefonia fixa e telefonia móvel); há serviços em que a comunicação opera por meios confinados (*e.g.* alguns modelos de TV por assinatura e telefonia fixa), outros são prestados sem fio (*e.g.* telefonia móvel e radiotáxi); há serviços permissivos a um atraso no sinal (*e.g.* e-mail), enquanto em outros o atraso pode ser prejudicial à comunicação (*e.g.* telefonia fixa). Como exemplo dessa multiplicidade de serviços de telecomunicações, cita-se o caso da TV por assinatura. Antes da Lei n. 12.485/2011, que uniformizou a legislação relativa à TV por assinatura, ela era regulada em razão da tecnologia empregada e dos meios de transmissão. Esse modelo regulatório permitiu o surgimento de quatro modalidades de TV por assinatura: TV a cabo; TVA, prestada por ondas de rádio na frequência de UHF; satélite (*Direct-to-Home* ou DTH) e micro-ondas (*Multipoint Microwave Distribution Services* ou MMDS).

Essa variedade de modalidades de serviços de telecomunicações é reconhecida pela LGT, tendo esta assim previsto em seu art. 69: “As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos”.

Mesmo reconhecendo as singularidades de cada uma das modalidades de serviços de telecomunicação, a LGT, visando outorgar um tratamento mais uniforme sobre a matéria, organizou e classificou os serviços de telecomunicações de acordo com o regime de prestação. Há então serviços prestados sob o regime público e sobre o regime privado (art. 63 da LGT).

Para o serviço em regime público, exige-se que seja prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

¹⁶⁵ Ofertando exemplos similares, ARANHA, Marcio Iorio. **Direito das Telecomunicações e da Radiodifusão: Histórico normativo e conceitos fundamentais**. Item 2.1.2. Edição eletrônica.

Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público aos serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público (art. 79, §1º da LGT). As obrigações de continuidade, por sua vez, são as que objetivam possibilitar aos usuários a fruição dos serviços de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estarem à disposição dos usuários em condições adequadas de uso (art. 79, §2º da LGT).

Nesse regime, a concessão de serviço é delegada mediante contrato, por prazo determinado, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais e sendo elas remuneradas pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas.

Quanto às tarifas, cumpre tecer uma breve explanação. Com a recém-desestatização do setor de telecomunicações, os concessionários passaram a exercer, ao menos momentaneamente, um monopólio sobre o serviço de telefonia fixa em suas regiões de atuação. Diz-se *momentaneamente*, pois paulatinamente o setor foi aberto para a competição por autorizatárias, após a aprovação do Regulamento para Expedição de Autorização para Prestação do STFC pela Resolução ANATEL n. 283/2001.

Diante desse monopólio, tornou-se necessária, portanto, a intervenção governamental para contornar essa falha de mercado, sob pena de os concessionários aumentarem vertiginosamente os preços cobrados, prejudicando os consumidores. Dada a existência de uma assimetria de informação entre regulador e regulado, como então regular os preços dos serviços de telecomunicação ofertados pelos concessionários monopolistas? O modelo adotado no Brasil foi o de preço-teto (*price cap*), conforme a Exposição de Motivos da LGT¹⁶⁶ e os arts. 103 e seguintes da LGT. A regulação de preços segundo o modelo de preço-teto consiste em permitir que as tarifas do ente regulado possam sofrer um reajuste periódico equivalente a um determinado índice inflacionário, deduzido de um fator de produtividade, comumente denominado *Fator X*. A equação matemática pode ser assim descrita: $P_t = P_{t-1} * (1 + i - X)$,

¹⁶⁶ “e) tarifas: os operadores estarão sujeitos a regulamentação que vise evitar o aumento abusivo de preços para os consumidores e a prática de preços predatórios que impeçam a entrada de novos competidores no mercado. A maneira mais prática de se fazer isso é através do estabelecimento de um sistema de ‘teto de preços’ (*price cap system*), em que uma ‘cesta’ de serviços, em quantidades representativas da conta média dos consumidores, tem seu valor máximo estabelecido pelo órgão regulador. O operador tem alguma flexibilidade para alterar as tarifas de cada serviço individualmente, desde que o valor da ‘cesta’ fique abaixo do ‘teto’ fixado pelo órgão regulador. Após um período inicial, é razoável também que o órgão regulador defina um fator de produtividade que incidirá sobre o valor da ‘cesta’, reduzindo seu nível real, como forma de estimular o operador dominante a reduzir ainda mais suas ineficiências e assegurar que parte desses ganhos sejam transferidos aos consumidores.” (cf. Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, que a comenta. GABINETE DO MINISTRO E.M. no 231 /MC. Brasília, 10 de dezembro de 1996. p. 26.)

em que P_t e P_{t-1} são os índices do preço-teto para o ano corrente e o ano anterior, respectivamente, i é o índice inflacionário enquanto X é o ganho de produtividade do ente regulado.¹⁶⁷

Percebe-se, portanto, que o Fator X é um redutor do índice inflacionário, impedindo que o preço da cesta de serviços prestados pelo concessionário suba de modo mais intenso do que o índice inflacionário adotado. Dessa forma, o ente regulado é impelido a obter ganhos de produtividade em sua atividade a ponto de compensar o impedimento de aumento de preço imposto pelo modelo de preço-teto. Por ter como foco uma cesta de serviços, confere ainda uma maior liberdade de atuação ao regulado ao possibilitar que ele modifique certas tarifas acima do valor-teto, desde que a cesta de tarifas o respeite.

O modelo de preço-teto foi amplamente empregado nas desestatizações inglesas ocorridas nos anos 1980, tendo sido adaptado para diferentes setores, o que ensejou modificações na forma de estabelecer o Fator X (ganho de produtividade) de cada um desses setores regulados.¹⁶⁸ No Brasil, o sistema de preço-teto foi adotado, como já dito, nas concessões STFC, bem como nas concessões de energia elétrica, conforme o art. 14, I da Lei n. 9.427/96¹⁶⁹.

Em suma, o regime público é o regime de prestação de serviço de telecomunicação outorgado mediante contrato de concessão e com obrigações legais de universalização e continuidade, cuja remuneração do prestador será via tarifa regulada. A LGT, em regra, não define o regime de prestação das modalidades de serviços de telecomunicações, relegando ao Poder Executivo, por meio de decreto, instituir os serviços a serem prestados sob esse regime jurídico (art. 18, I da LGT). Diz-se *em regra*, pois a LGT originalmente estabeleceu que o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC (telefonia fixa) seria prestado sob o regime público (art. 64, parágrafo único da LGT).¹⁷⁰ Dessa forma, originalmente o STFC foi concebido como serviço a ser prestado sob o regime público, não tendo surgido qualquer outro serviço submetido a esse regime de prestação.

¹⁶⁷ O conceito de *price cap* e a mencionada equação podem ser encontrados de modo similar em: WORLD BANK. Telecommunications Regulation Handbook. 2011. p. 56. Disponível em: < https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/pref/D-PREF-TRH.1-2011-PDF-E.pdf >. Acesso em: 01 out. 2020.

¹⁶⁸ OGUS, Anthony. **Regulation – Legal form and economic theory**. Oxford: Hart Publishing. 2004. p. 310.

¹⁶⁹ Art. 14, Lei n. 9.427/96: “O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

¹⁷⁰ Esse dispositivo da LGT foi revogado pela Lei n. 13.879/2019, comentada em tópico futuro deste trabalho.

A justificativa dessa previsão originária na LGT do STFC como serviço prestado no regime público pode ser haurida da realidade fática da época. Na época da edição da LGT (julho de 1997) e da desestatização do sistema Telebrás (julho de 1998), o serviço de telecomunicação de maior relevância econômica e social era a telefonia fixa. Portanto, diante da essencialidade desse serviço, à época entendeu-se necessário discipliná-lo com regras mais próximas às concessões de serviços públicos clássicas, regras essas de construção teórica já sedimentada na doutrina e na prática jurisprudencial.

Inclusive, para aqueles autores que compreendem ainda fazer sentido o instituto do serviço público¹⁷¹ parece não haver dúvidas de ser o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC (telefonia fixa) prestado sob a modalidade de regime público um autêntico serviço público. Isso porque é uma atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade à população, de titularidade estatal, outorgado mediante concessão e submetido a um regime jurídico de direito público, pautado em princípios como a universalidade, continuidade e modicidade tarifária.¹⁷² Detém, portanto, inúmeras características acolhidas pela doutrina como relevantes para a constatação de um serviço público.

É interessante notar que o sistema de competências criado pela LGT é bipartido entre a Anatel (art. 19 da LGT) e a Presidência da República (art. 18 da LGT). O legislador trilhou um caminho em que pretendeu compartilhar a tecnicidade de uma Agência Reguladora com a politicidade do regime democrático. Estipulou assim algumas competências para a Anatel, mas relegando também importantes decisões para a Presidência da República.¹⁷³ Como exemplo

¹⁷¹ A menção aqui se dá em função do debate doutrinário (nacional e internacional) acerca da manutenção da pertinência do instituto do serviço público, diante da inexistência de um elemento integrador e unificador que bem delimite o seu conceito, assim como a inexistência de um regime jurídico unificado, em que pese ele seja expressamente mencionado no art. 175 da CF. Sobre as crises do serviço público, ver ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4º ed. Bel Horizonte: Fórum. 2017; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. **Revista de Administración Pública**, n. 150, p. 57-73. Septiembre-diciembre 1999. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17470> >. Acesso em: 20 set. 2020. MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, jul. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45285> >. Acesso em: 06 ago. 2020.

¹⁷² Não há na doutrina uma convergência acerca dos elementos imprescindíveis de um serviço público. Acima, foram elencadas algumas características do STFC que caminham ao encontro de elementos dos serviços públicos mencionados por parte da doutrina. Especificamente sobre o STFC ser enquadrado como serviço público, ver: QUINALIA, Cristiana Camarate Silveira Martins Leão. **Regimes público e privado: estudo sobre a categorização e ampliação do acesso nos serviços de telecomunicação**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do mestrado em Direito e Políticas Públicas pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UnICEUB. 2014. Disponível em: < <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8646/1/61200073.pdf> >. Acesso em: 30 jul. 2020.

¹⁷³ BINENBOJM, Gustavo. CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito público, n. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=336> >. Acesso em: 03 ago. 2020.

dessa atribuição legal ao presidente da República, foi dito linhas atrás que cabe a ele, via decreto, instituir ou extinguir um serviço prestado no regime público. Além dessa hipótese, os planos gerais de metas para a progressiva universalização do STFC também cabem ao presidente da República (art. 18, III da LGT). A nota aqui é importante, pois os planos gerais de metas de universalização - PGMU contêm obrigações a serem cumpridas pelas concessionárias consistentes em ampliar a rede do STFC.

De outro lado, a LGT previu a classificação de serviços de telecomunicações a serem prestados no regime privado, regime esse cuja exploração será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126 da LGT). Como consequência dessa regra geral, a imposição pela Agência de condicionantes na exploração do serviço no regime privado observará a exigência de mínima intervenção, sendo a liberdade a regra, constituindo exceções as proibições, restrições e interferências do Poder Público (art. 128, I da LGT). Nesse sentido, a LGT dispõe que no regime privado o preço do serviço será livre, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria (art. 129 da LGT). A exploração do serviço nesse regime é outorgada mediante autorização prévia da agência.

O regime privado, portanto, baseia-se nos princípios constitucionais da atividade econômica, no qual o preço é livre e sujeito a um nível menor de interferência e controle por parte da Anatel, sendo outorgado por intermédio de autorização. Entre os principais serviços prestados nessa modalidade estão o Serviço Móvel Pessoal - SMP (telefonia móvel), o Serviço de Acesso Condicionado - SeAC (TV por assinatura), o Serviço de Comunicação Multimídia - SCM (*internet* fixa) e o STFC prestado em regime privado (autorizações para prestar a telefonia fixa concedidas após a desestatização da Telebrás).

Diante das características dos serviços de telecomunicações prestados sob regime privado, em que inexistente uma perfeita subsunção entre elas e os elementos clássicos do serviço público, há discussões doutrinárias acerca do enquadramento dessas atividades como serviços públicos. Enquanto uns se apegam à existência de um regime jurídico de direito público para defender a natureza de serviço público¹⁷⁴, outros valem-se da ausência de previsão do modelo de autorização para outorga do serviço no art. 175 da CF¹⁷⁵ ou mesmo da inexistência de um

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e telecomunicações. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. N. 1. 2008. ISSN: 1984-1094. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725/503>. Acesso: 30 jul. 2020.

¹⁷⁵ QUINALIA, Cristiana Camarate Silveira Martins Leão. **Regimes público e privado: estudo sobre a categorização e ampliação do acesso nos serviços de telecomunicação**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do mestrado em Direito e Políticas Públicas pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de

regime principiológico comum aos serviços públicos clássicos¹⁷⁶ para afastar a noção de serviços públicos dos serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado.

Apesar da interessante discussão teórica acerca da subsunção dos serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado como serviços públicos, parece ser ela destituída de maiores repercussões práticas, haja vista a LGT definir com bastante detalhe o regime jurídico de prestação desses serviços. Isso quer dizer que, mesmo que se compreenda serem os serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado como serviços públicos, a eles não são aplicados os princípios da universalidade e continuidade, reservados aos serviços prestados sob o regime público. Portanto, caso um prestador de *internet* fixa pretenda interromper o serviço por ele prestado em uma determinada localidade, a LGT não impede a descontinuidade do serviço, ainda que o prestador seja o único naquele local.¹⁷⁷

A partir dessa breve explanação sobre os regimes de prestação dos serviços de telecomunicações, percebe-se que o STFC prestado sob o regime público tem como uma de suas características marcantes a continuidade (art. 63 da LGT). Por essa regra setorial, aplicável apenas aos serviços de telecomunicações prestados em regime público, o ente concedente tem como dever garantir a não interrupção do serviço prestado pelas concessionárias. Dito de outra forma, apesar de a atividade ser prestada por um particular, o ente concedente deve utilizar-se de mecanismos regulatórios para garantir a continuidade do serviço de telefonia fixa, mesmo quando houver um grave problema a acometer a prestadora (*e.g.* falência). O mecanismo regulatório mencionado pela LGT e acolhido pelo regulador para garantir a continuidade do STFC foi o uso de bens reversíveis.

Vale frisar que poucos anos após a desestatização do sistema Telebrás, o Poder Público incentivou a concorrência setorial, permitindo a prestação do STFC por outras empresas de telecomunicações. Essas novas prestadoras passaram a prestar o STFC em regime privado (Resolução Anatel nº 283/2001, revogada pela Resolução Anatel nº 668/2016), outorgado por

Brasília – UniCEUB. 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8646/1/61200073.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

¹⁷⁶ SCHIRATO, Victor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 241.

¹⁷⁷ Como a LGT não impõe a universalização de serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado, e diante da importância social de alguns desses serviços, como o SMP (telefonia móvel) e o SCM (*internet* fixa), a Anatel vem desenvolvendo soluções regulatórias para fomentar a ampliação do acesso a esses serviços. Como exemplo disso, foram previstas cláusulas nas autorizações de radiofrequência (o espectro de radiofrequência é um bem público imprescindível para a prestação da telefonia móvel), impondo compromissos de abrangência de cobertura de áreas nos municípios. Outro exemplo é o uso de Termos de Ajustamento de Conduta - TAC prevendo a substituição de multas administrativas por obrigações de investimento, em geral em estruturas de SCM, em localidades economicamente desinteressantes. Esses TACs tiveram o aval do TCU, conforme o Acórdão n. 2121/2017. Processo TCU n. 022.280/2016-2. Rel. Min. Bruno Dantas. Data da sessão: 27/09/2017.

meio de autorizações e sem o dever de continuidade e universalidade. Nesse modo de prestação do STFC fica clara a ausência de reversibilidade dos bens das prestadoras.

Em suma, a reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações somente abrange as concessionárias prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC (telefonia fixa). Se a limitação da reversibilidade dos bens ao STFC facilita o estudo e a identificação dos bens reversíveis, fato é que o modelo de desestatização pelo qual passou a Telebrás não caminha no mesmo sentido.

2.2 Desestatização do sistema Telebrás: inexistência de um inventário de bens

O nascimento, vida e extinção da Telecomunicações Brasileiras S/A. - Telebrás representam bem os desafios e ideologias pelos quais passou o Estado brasileiro durante o século passado.

A Telebrás surge em razão do completo caos do setor de telecomunicações vigente na década de 60 do século passado. A Constituição de 1946¹⁷⁸ estabelecia ser competência da União explorar direta ou indiretamente os serviços telefônicos e de radiocomunicação interestaduais e internacionais, enquanto a telefonia local seria de competência dos estados. Contudo, alguns estados permitiram aos municípios outorgarem os serviços de telefonia dentro dos limites municipais. Esse fato ensejou uma proliferação de pequenas empresas no setor.

O quadro do setor de telecomunicações nacional na década de 1960 era o seguinte: mais de 1.200 prestadoras de telefonia fixa, muitas delas fragilizadas financeiramente após anos de baixos reajustes tarifários impostos pelos entes concedentes. Não possuíam, portanto, recursos financeiros para investir na expansão da rede telefônica. Além disso, não havia um plano nacional para o setor de telecomunicações, bem como regras de uniformização e regulação setorial.¹⁷⁹

A situação jurídica começa a mudar com a edição do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62). O objetivo da nova legislação era criar o Sistema Nacional de Telecomunicações - SNT, que “permitisse unificar e compatibilizar tecnicamente a rede, uma vez que a fragmentação da indústria havia produzido grande heterogeneidade de equipamentos, prejudicando a interligação entre as diversas regiões do país e elevando os custos

¹⁷⁸ Art 5º, Constituição de 1946: “Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado”.

¹⁷⁹ VIANNA, Gaspar. **Direito das Telecomunicações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 145-146.

de operação do sistema.”¹⁸⁰ Pouco tempo depois, em setembro de 1965, nascia a Embratel, cujo objetivo era explorar o serviço de telefonia internacional. A título de comparação entre o serviço prestado pela Embratel e as demais prestadoras locais, Gaspar Vianna afirma que na época se dizia ser melhor efetuar uma ligação internacional do que uma ligação telefônica para outro bairro de um mesmo município.¹⁸¹

O contexto da fragmentariedade setorial sofre novo revés após o Decreto-lei n. 162 de 13 de fevereiro de 1967. O referido diploma legal determinou, em seu art. 1º, §1º, a substituição automática dos antigos entes concedentes (estados e municípios) pela União em todos os serviços telefônicos. Logo após, a Constituição de 1967 centralizou as competências para legislar (art. 8, XVII, “i”) e explorar (art. 8, XV, “a”) os serviços de telecomunicações na União.

Detendo a União a competência única para legislar e explorar o setor de telecomunicações, o meio identificado como solução para os problemas do setor de telecomunicações foi a criação de uma empresa estatal. Para tanto, editou-se a Lei n. 5.792 de 11 de julho de 1972, autorizando a criação da sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S/A. - Telebrás, cujo objeto seria prestar os serviços de telecomunicações (exceto a radiodifusão sonora e de imagens), seja diretamente, seja por meio de suas subsidiárias. Não se pode deixar de mencionar a contribuição da ideologia da época na criação da Telebrás, pois vigorava o modelo de intervenção estatal direta na economia, o que impulsionou a criação de empresas estatais exploradoras de atividade econômicas de setores estratégicos à nação.

A partir desse momento, o setor de telecomunicações (exceto radiodifusão sonora e de sons e imagens) passaria por um amplo processo de estatização via controle societário de uma única empresa estatal. Paulatinamente a Telebrás incorporou as companhias telefônicas existentes mediante aquisição de seus acervos ou de seus controles acionários. Esse avanço na verticalização do setor foi tão acentuado que, quando da privatização do sistema Telebrás nos anos 1990, quase todo o setor de telecomunicações estava sob a autoridade da empresa estatal, restando apenas quatro empresas de telecomunicações por ela não controladas, quais sejam, a Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT, pertencente ao governo do Estado do Rio Grande do Sul), Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto (Ceterp, estatal municipal de Ribeirão Preto - SP), Serviços de Comunicações de Londrina (Sercomtel, estatal municipal de

¹⁸⁰ PASTORIZA, Florinda Antelo. Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro. Textos para discussões 43. Rio de Janeiro: BNDES, 1996. p. 49.

¹⁸¹ “Costumava-se dizer que era bem mais fácil falar do Rio de Janeiro para a França ou para o Rio Grande do Sul do que na própria cidade, de um bairro para outro.” (Cf. VIANNA, Gaspar. **Direito das Telecomunicações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 155.)

Londrina - PR) e a Companhia Telefônica do Brasil Central, (CTBC, a única empresa privada no setor, operando na região de Uberlândia, no Triângulo Mineiro)¹⁸². Além das subsidiárias da Telebrás prestadoras do serviço de telefonia local e intraestadual, a Embratel também compunha a *holding* Telebrás.

O sistema Telebrás apresentou uma evolução em relação ao sistema pretérito de fragmentação de operadores, evolução essa mostrada em números. Entre o período de 1972 a 1995, a taxa de crescimento do número de linhas telefônicas foi de cerca de 10,2% ao ano, alcançando em 1995 o número de 13,3 milhões de terminais instalados. Mesmo com o crescimento da rede de telefonia fixa, ela se revelou insuficiente para as necessidades do país. “Em 1992, a densidade telefônica era de, aproximadamente, 7,8 terminais convencionais instalados/100 habitantes, o que colocava o Brasil em 41 lugar em nível mundial entre os países com mais de um milhão de linhas, abaixo do Chile (8,13), da Venezuela (8,23), da Colômbia (8,74)”¹⁸³ e outros.

Apesar dos avanços do modelo de intervenção estatal direta da economia propiciado pela absorção crescente das concessionárias de telefonia fixa pela Telebrás, o modelo de intervenção direta estatal dava sinais de esgotamento. As sucessivas crises atravessadas pelo país nas décadas de 1970 e 1980 tiveram como consequência o impacto direto na inflação. Como meio de conter a alta dos preços, por vezes o governo se valeu do controle de preços dos produtos e serviços por ele geridos. A assinatura básica residencial da telefonia fixa em 1981 era de U\$ 3,50, alcançando o valor de U\$ 0,65 no ano de 1991, o mais baixo entre 50 países. No tocante ao pulso telefônico, enquanto em 1992 o seu preço variava entre U\$ 0,01 e U\$ 0,05, a média mundial variava entre U\$ 0,05 e U\$ 0,07.¹⁸⁴

Com a falta de recursos para investimentos e a necessidade de ampliação da malha telefônica, a Telebrás recorreu ao sistema de “autofinanciamento”. Por essa sistemática, o consumidor financiava a instalação do seu telefone, incluindo o custo de expansão da rede de telefonia, para que ela pudesse alcançar a sua residência.

Com a redemocratização, o constituinte de 1988 preferiu manter o *status quo* setorial. Conservou a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV da CF) enquanto, no tocante à competência material, elevou o monopólio fático do setor detido

¹⁸² BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. GABINETE DO MINISTRO E.M. n. 231/MC. Brasília, 10 de dezembro de 1996. p. 06.

¹⁸³ PASTORIZA, Florinda Antelo. Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro. Textos para discussões 43. Rio de Janeiro: BNDES, 1996. p. 52.

¹⁸⁴ VIANNA, Gaspar. **Privatização das Telecomunicações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nortria, 1993. p. 90.

pela Telebrás para o nível jurídico constitucional. O art. 21, inciso XI da CF, em sua redação original¹⁸⁵, exigia o controle acionário estatal das empresas detentoras de concessão de serviços de telecomunicações.

Já durante o regime democrático, as novas disposições constitucionais criaram ainda maiores dificuldades burocráticas ao sistema Telebrás, que estava submetido à regulamentação dos Ministério das Comunicações, da Fazenda e do Planejamento. O Ministério das Comunicações aprovava todos os planos estratégicos e de investimentos enquanto o Ministério da Fazenda controlava as tarifas de telefonia, e, por fim, Ministério do Planejamento estabelecia e controlava a execução das metas orçamentárias das estatais.¹⁸⁶

Como consequência desse quadro fático narrado de excessiva intervenção política na empresa estatal, sua condição financeira para investir na expansão de suas redes se deteriorou. O sistema Telebrás já não era capaz de atender as demandas sociais a contento.

Se do ponto de vista microeconômico a privatização fazia sentido, haja vista a perda de poder de investimento da Telebrás, do ponto de vista ideológico também. No plano internacional, o receituário econômico do Consenso de Washington foi indicado por instituições financeiras internacionais para os países em desenvolvimento. Dentre essas medidas, citam-se a disciplina fiscal e a privatização de empresas estatais.¹⁸⁷ O contexto internacional certamente influenciou o governo brasileiro da década de 1990, pois, cerca de um anos após o Consenso de Washington, lançou-se o Plano Nacional de Desestatização, Lei n. 8.031 de 12 de abril de 1990, que tinha como objetivos: a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; b) contribuir para a redução da dívida pública; c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; d) contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; e) permitir que a

¹⁸⁵ Art. 21, CF: “Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

¹⁸⁶ NOVAES, Ana. **A Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil**. In: CASTELAR, A. P.; FUKASAKU, Kiichiro (Orgs). *A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro: BNDS, 2000, p. 150. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2222>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁸⁷ CASTRO, Lavínia Barros de. *Privatização, Abertura e Desindexação: a Primeira Metade dos anos 90 (1990 a 1994)*. In: GAMBIAGI, et al. (Org.). **Economia brasileira contemporânea: 1945/2010**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 135.

administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

Aludindo a outros objetivos das privatizações, como o novo papel estatal em economias desenvolvidas e a fraca capacidade estatal de investimentos, o então ministro do Planejamento Bresser Pereira argumentava:

No outro extremo, no setor de bens e serviços para o mercado, a produção deverá ser em princípio realizada pelo setor privado. Daí o programa de privatização em curso. Pressupõe-se que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente. Daí deriva o princípio da subsidiariedade: só deve ser estatal a atividade que não puder ser controlada pelo mercado. Além disso, a crise fiscal do Estado retirou-lhe capacidade de realizar poupança forçada e investir nas empresas estatais, tornando-se aconselhável privatizá-las. Esta política está de acordo com a concepção de que o Estado moderno, que prevalecerá no século XXI, deverá ser um Estado regulador e transferidor de recursos, e não um Estado executor.¹⁸⁸

Aliado a essa ideologia da época, o cenário macroeconômico dos anos de 1995-1998 trouxe novos desafios, como problema do déficit fiscal seguido de uma elevação da dívida pública. Nesse sentido, as privatizações foram importantes para o cenário macroeconômico, pois surtiram como uma solução temporária para o problema do déficit fiscal, na medida em que supria a necessidade de contrair novos endividamentos, bem como os recursos advindos da privatização puderam auxiliar o país na redução de sua dívida pública.¹⁸⁹

O governo federal então focou a privatização de vários setores, entre os quais estava o de telecomunicações. Para implementar a privatização do setor de telecomunicações, primeiro seria necessária uma reforma constitucional a fim de extinguir a imperatividade do controle acionário estatal das operadoras de telefonia. Dessa forma, promulgou-se a Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, que, reformando o enunciado normativo do art. 21, XI da CF, estabeleceu ser possível a exploração dos serviços de telecomunicações direta ou indiretamente, mediante autorização, permissão ou concessão, nos termos da lei. Essa futura lei deveria ainda dispor sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. A partir desse momento, o monopólio jurídico setorial previsto originalmente na Constituição estava sepultado.

¹⁸⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 20. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

¹⁸⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. **Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil**. In: CASTELAR, A.P.; FUKASAKU, Kiichiro (Orgs). *A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro: BNDS, 2000, p. 33.

A privatização do sistema Telebrás, todavia, não foi empreendida de imediato à alteração constitucional. Alguns passos antecedentes foram necessários para impedir a formação de um monopólio privado, o que ocorreria caso a União simplesmente alienasse a sua participação acionária da *holding* Telebrás, bem como para estabelecer a regulação do setor após sua desestatização. Essa tarefa coube à Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997).

A LGT definitivamente marcou a nova postura do Poder Público no setor de telecomunicações: deixava ele uma atuação por absorção (intervenção direta na economia via monopólio) para aplicar uma de direção (intervenção indireta na economia por intermédio da regulação).¹⁹⁰ De acordo com Ana Novaes, os principais pontos da nova lei são: a) definição dos princípios regedores das telecomunicações, b) criação de uma agência reguladora, c) organização dos serviços de telecomunicações e d) reestruturação e privatização do sistema Telebrás.¹⁹¹

No tocante à incumbência de atuar na reestruturação e privatização do sistema Telebrás, essa tarefa pode ser enxergada em dois estágios: organização das outorgas de concessão do STFC e desestatização da Telebrás. O primeiro estágio visava organizar as formas de outorga de STFC no país, pois ainda existiam algumas empresas não pertencentes ao sistema Telebrás, cujas outorgas foram deferidas por municípios e estados. Para o sistema Telebrás esse estágio foi importante para definir em quantas porções a Telebrás seria fragmentada. À época, optou-se por fragmentar o sistema Telebrás em poucas empresas regionalizadas de modo a permitir o nascimento de empresas de grande porte, cujo foco de investimentos seria em regiões diversas do país.¹⁹²

¹⁹⁰ “A segunda etapa da reforma é a que está sendo proposta no momento. Ela visa alterar profundamente o atual modelo brasileiro de telecomunicações, de forma que a exploração dos serviços passe da condição de monopólio à de competição e que o Estado passe da função de provedor para a de regulador dos serviços e indutor das forças de mercado, fazendo, ao mesmo tempo, com que o foco da regulamentação seja deslocado da estrutura de oferta de serviços, como era tradicional, para os consumidores desses serviços. Adicionalmente, pretende-se criar um ambiente de estabilidade regulatória que estimule investimentos no setor [sic].” (Cf. Exposição de Motivos nº 231 de 10/12/1996, do Ministério das Comunicações. p. 14.)

¹⁹¹ NOVAES, Ana. **A Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil**. In: CASTELAR, Armando Pinheiro; FUKASAKU, Kiichiro (Orgs). *A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro: BNDS, 2000, p. 153.

¹⁹² “Alternativamente, a criação de um pequeno número de empresas de abrangência regional - isto é, de três a cinco - aumentaria as perspectivas de resultados mais adequados aos objetivos propostos para a reforma. Primeiro, porque essas empresas teriam porte razoável, comparável ao de suas maiores congêneres latinoamericanas, com possibilidade de geração própria de recursos para financiar parte expressiva dos investimentos necessários. Em segundo lugar, a regionalização permitiria a focalização dos investimentos dentro de cada região, aumentando assim as frentes de inversões e cobrindo portanto o País todo. Em terceiro lugar, a existência de várias companhias facilitaria o trabalho do órgão regulador, porque o fato de haver mais empresas significa menor poder monopolista e maior possibilidade de competição comparativa entre os operadores. Finalmente, a regionalização permitiria a criação de mecanismos de incentivo aos investimentos necessários à implantação de infra-estrutura e ao

Para viabilizar essa organização das outorgas de concessão, coube à Anatel elaborar a proposta do Plano Geral de Outorgas - PGO, que viria a ser aprovado pelo Decreto n.º 2.534 de 02 de abril de 1998. O referido plano dividia o território brasileiro em quatro regiões para a prestação do STFC:

- i) Região I: estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima;
- ii) Região II: Distrito Federal e estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre;
- iii) Região III: estado de São Paulo;
- iv) Região IV: nacional.

Após a aprovação do Plano Geral de Outorgas, a Anatel firmou novos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC com as prestadoras, insertas ou não no sistema Telebrás. De acordo com o art. 207 da LGT, as prestadoras de STFC deveriam assinar novos contratos de concessão com a Anatel; caso elas se negassem a assiná-los, se concessionárias, continuariam sujeitas aos contratos então em vigor, não podendo eles serem prorrogados; caso fossem autorizatárias, o direito à exploração do serviço se extinguiria em 31 de dezembro de 1999.

Firmados os novos contratos de concessão com as prestadoras (pertencentes ou não ao sistema Telebrás), sedimentou-se a forma como se daria a privatização do sistema Telebrás. Cindiu-se a Telebrás S/A em 12 empresas: três prestadoras de STFC local, uma prestadora de STFC de longa distância e oito empresas de telefonia celular. Especificamente às empresas de telefonia fixa, surgiam com a cisão a *holding* Tele Norte Leste, responsável pelas concessionárias da Região I; a *holding* Tele Centro Sul, com as da região II; a Telesp, com a região III; e a Embratel, com a região IV.

Criadas as empresas de âmbito regional e conferidas a elas as outorgas de concessão do STFC, um segundo passo agora poderia ser possível: a desestatização mediante alienação da participação acionária detida, direta ou indiretamente, pela União, suficientes para transferir o

atendimento às obrigações de serviço universal, que consistiriam simplesmente na remoção das restrições (de natureza geográfica e de limites quanto aos serviços prestados) após o operador ter atingido as metas previamente definidas [sic].” (Cf. Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. GABINETE DO MINISTRO E.M. n. 231 /MC. Brasília, 10 de dezembro de 1996. p. 23)

controle daquelas empresas, conforme determinação contida no art. 191 da LGT¹⁹³. À época, a posição acionária da Telebrás era a seguinte:

COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA DA TELEBRÁS – Qtde.de ações						
Proprietário	Ordinárias (Nominativas)		Preferenciais		TOTAL	
	Leilão		Oferta aos empregados			
UNIÃO	64.405.151.125	51,79%	7.273.614.260	3,46%	71.678.765.385	21,44%
	19,26%		2,18%		21,44%	
OUTROS	59.963.879.407	48,21%	202.756.382.800	96,54%	262.720.262.207	78,56%
	17,93%		60,63%		78,56%	
TOTAL	124.369.030.532	100,00%	210.029.997.060	100,00%	334.399.027.592	100,00%
	37,19%		62,81%		100,00%	

Composição Acionária da Telebrás às vésperas da desestatização¹⁹⁴

Diante dessa posição acionária, o Edital MC/BNDES N. 01/98 tinha como objeto “a alienação de AÇÕES ORDINÁRIAS e AÇÕES PREFERENCIAIS, representativas de 19,26% (dezenove vírgula vinte e seis por cento) e de 2,18% (dois vírgula dezoito por cento), respectivamente, do capital social de cada uma das COMPANHIAS”. Elegeu-se para isso o método do fluxo de caixa descontado como modelo para precificar o valor dessa participação acionária da União, conforme o capítulo 6 do Edital MC/BNDES N. 01/98¹⁹⁵.

Como regra para evitar uma alta concentração setorial em um mesmo *player*, o Edital MC/BNDES N. 01/98¹⁹⁶ dividiu as 12 empresas a serem alienadas (quatro do STFC e oito do SMC) em três grupos (um grupo com empresas de telefonia fixa, e os outros dois com empresas de telefonia móvel, separadas entre si pelo grau de atratividade), limitando que um mesmo

¹⁹³ Art. 191, LGT: “A desestatização caracteriza-se pela alienação onerosa de direitos que asseguram à União, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade, podendo ser realizada mediante o emprego das seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de ações;

II - cessão do direito de preferência à subscrição de ações em aumento de capital.

Parágrafo único. A desestatização não afetará as concessões, permissões e autorizações detidas pela empresa”.

¹⁹⁴ TSUKAMOTO, Renato Yoshi. **Privatização da Telebrás: Razões, Formas e Perspectivas**. Dissertação de Mestrado em Administração. Fundação Getúlio Vargas – FGV. São Paulo, 1999. p. 41. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2201/browse?type=author&value=Tsukamoto%2C+Renato+Yoshi>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁹⁵ CAPÍTULO 6 - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DO PREÇO MÍNIMO

6.1 Metodologia e Sumário da Avaliação das COMPANHIAS

As participações alienadas foram avaliadas através do método do Fluxo de Caixa Descontado (“FCD”) e análises comparativas.

O valor econômico das COMPANHIAS foi calculado com base no valor presente dos fluxos de caixa gerados pelas operações futuras de cada uma das empresas controladas, a partir de diversas premissas adotadas. O método do FCD contempla a projeção de fluxos de caixa por um período de tempo relevante [...] e a apuração de valor terminal ao final desse período [...].

¹⁹⁶ Ibid.

participante pudesse adquirir mais de uma empresa do mesmo grupo. O leilão alcançou o ágio médio de 63,6% em relação ao preço mínimo estabelecido no edital.

A partir desse momento, as concessionárias do STFC passaram a ser empresas privadas, sem controle societário estatal, cuja relação com o ente concedente é de cunho contratual administrativo, sujeita às disposições regulatórias emanadas pelo Poder Público Federal.

Exposta a história da desestatização do sistema Telebrás, cumpre analisá-la sob a perspectiva dos bens reversíveis. Para tanto, dois pontos serão abordados: o inventário dos bens para a formação do preço pago pelas empresas desestatizadas e a relação entre bens reversíveis e desestatização.

Precificar algo não é uma tarefa fácil. Para um bem cujo objetivo não seja a produção de riqueza (*e.g.* uma camisa para uso pessoal), regra geral, o preço do bem serão os custos de sua fabricação mais a margem de lucro do empresário¹⁹⁷. Entretanto, precificar um negócio (um projeto ou uma pessoa jurídica) cujo objetivo seja gerar riquezas é algo bem mais complexo. O valor de um negócio não é necessariamente equivalente à soma de todos os bens titularizados pela pessoa jurídica (valor patrimonial). Para uma sociedade anônima aberta, o valor do negócio também não é equivalente à mera multiplicação da quantidade de ações pelo preço delas negociadas no mercado financeiro (valor de mercado). Ao lado dessas duas métricas, há outras formas de precificar um negócio. O método mais adotado nas ciências financeiras para aferir o preço de um negócio é o método do fluxo de caixa descontado. Por ele, avalia-se a capacidade de gerar riquezas no futuro do negócio a ser precificado. Para tanto, modela-se o negócio da empresa e, a partir de premissas econômicas, intenta-se prever os fluxos de caixa a serem auferidos no futuro, trazendo-os a valor presente, de acordo com uma taxa de desconto. Segundo esse método de precificação de um negócio, é prescindível a aferição dos bens de sua propriedade. O fato de uma empresa ter mais patrimônio não significa necessariamente que ela possua um fluxo de caixa futuro mais elevado.

Como para o método do fluxo de caixa é desnecessária a contabilização e precificação de cada um dos bens de propriedade da sociedade empresária avaliada, a elaboração de inventário de bens resta despicienda¹⁹⁸. A elaboração de inventário de bens é tarefa necessária

¹⁹⁷ Diz-se, regra geral, pois é possível existir casos em que o empresário, por opção mercadológica sua, fixa o preço de venda igual ou abaixo do valor dos custos de fabricação. Como exemplo dessas práticas comerciais, há os casos de opção mercadológica em acelerar ganhos de *market share* ou mesmo quando se revela necessário ao empresário alienar parte do estoque visando obter capital de giro e assim o possibilitar adquirir novas mercadorias mais atrativas aos consumidores.

¹⁹⁸ Compulsando a metodologia de cálculo do preço mínimo da desestatização do sistema Telebrás, constante no Edital MC/BNDES N. 01/98, não se percebe qualquer menção à alienação de ativos ou mesmo da reversibilidade ao final do contrato de concessão. Na cláusula 6.1 do referido edital, consta a informação de que o horizonte de

devido a questões regulatórias (*e.g.* controle da reversibilidade de bens, precificação de tarifas), mas não como meio de precificar a empresa estatal para fins de desestatização. Ao contrário, a obrigação de apresentar inventário de bens e o modo de fazê-lo deve constar nos contratos de concessão assinados.¹⁹⁹ Contudo, a Anatel informou categoricamente ao TCU “em diversos documentos que não possui qualquer informação sobre a lista de bens reversíveis existentes em 1998”²⁰⁰.

Se é no contrato de concessão que devem estar previstas as regras de reversibilidade, não sendo os bens necessários para a precificação da sociedade empresária desestatizada, conclui-se que a reversão dos bens não possui relação com a desestatização; são fenômenos diversos. A desestatização se dá pela transferência de controle acionário. Após sua execução, o controle de uma sociedade empresária deixa de ser estatal para ser exercido por um ente privado. Não há alienação de bens da sociedade empresária desestatizada, trata-se unicamente de um negócio jurídico envolvendo posições societárias. A reversão, ao contrário, é um instituto intestino da concessão, originado da necessidade de se garantir a continuidade do serviço concedido. É no contrato de concessão – e não na desestatização – que se buscará o regramento-base de uma reversão.²⁰¹ Como exemplo da diversidade de fenômenos, citam-se os casos da desestatização da Companhia Siderúrgica Nacional - CSN, em que inexistia a reversão de bens, e da desestatização da *Light* e da Eletropaulo, concessionárias dos serviços de distribuição de energia elétrica no Rio de Janeiro e São Paulo, respectivamente, em que os estados-membro procederam à desestatização, mas a reversibilidade se dá em prol da União.²⁰² Utilizando exemplos do setor de telecomunicações, podem-se citar ainda os casos da Sercomtel e da Algar,

projeção do fluxo de caixa seria de 10 anos. Após esse prazo de 10 anos, calculou-se o valor terminal. Contudo, não ficou claro se nesse valor terminal calculado pelos dois consultores contratados foi incluso o valor da alienação dos ativos da companhia. Aliás, nos comentários do edital acerca da metodologia do Consultor do Serviço B, não fica claro sequer se o valor terminal foi calculado observando o limite de tempo da concessão ou se foi calculado como seria em relação a uma empresa ordinária, sem limite de tempo. Não foi possível encontrar os laudos dos consultores contratados para sanar essas dúvidas.

¹⁹⁹ Na ACP n. 0029346-30.2011.4.01.3400 proposta pela Proteste – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor em face da Anatel e da União, a autora tem como objetivo, entre outros, obter decisão judicial que obrigue a apresentação dos inventários de bens reversíveis de cada uma das concessionárias do STFC, correspondentes aos contratos firmados em junho de 1998. A referida ação foi julgada procedente em primeira e segunda instância (TRF da 1ª Região), mas ainda não transitou em julgado, aguardando apreciação pelos Tribunais Superiores.

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3.311/2015-Plenário. Processo n. 024.646/2014-8. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 09/12/2015. Parágrafo 102.

²⁰¹ Em posição similar, demonstrando a diversidade de fenômenos jurídicos entre desestatização e concessão, cf. SOUTO, Marcos Jurueña Vilela. **Desestatização – Privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997. p. 55. O autor refere-se ao termo *privatização* com o sentido aqui ofertado para desestatização. Optou-se neste trabalho pelo uso do termo *desestatização* por ser esse o termo empregado no art. 191 da LGT.

²⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Out/Dez 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12788>. Acesso em: 17 ago. 2020.

concessionárias de STFC que jamais integraram o sistema Telebrás, mas que ainda assim possuem em seus contratos a cláusula de reversão. A ausência de relação entre reversibilidade e desestatização foi percebida pelo conselheiro da Anatel Igor de Freitas na Análise n. 5/2015-CGIF:

4.2.28. Foi essa parcela do capital social da TELEBRÁS que foi objeto de alienação no processo de privatização dessas entidades, conforme disposto no Edital n. 1/1998-MC/BNDES, de 10/6/1998. São distintos, portanto, os eventos da concessão, outorgada mediante a assinatura do respectivo Contrato, e da privatização, que ocorreu posteriormente e teve como objeto tão somente a parcela do Capital Social da TELEBRÁS detida pela União. Outrossim, a separação entre os dois eventos é reforçada pelo disposto no art. 191, parágrafo único, da LGT, que estabelece que a privatização não afetará as concessões, permissões e autorizações detidas pela empresa. Paralelamente, a Cláusula 7.2 do citado Edital determina que se consideram nele integrados, como se ali estivessem transcritos, os Contratos de Concessão já celebrados entre a União e as empresas cujo controle seria alienado. Com essa previsão, em conjunto com o disposto na Cláusula 4.3, inciso I, resta claro que os direitos e deveres decorrentes da concessão – inclusive aqueles decorrentes da reversão – já estavam previamente estabelecidos e deveriam ser integralmente assumidos pelo novo controlador das empresas privatizadas.

4.2.29. O evento da privatização, portanto, não possui relação direta com a reversão. Esta já fora prevista nos Contratos de Concessão a que os novos controladores expressamente aderiram mediante aceitação dos termos do Edital n. 1/1998-MC/BNDES, de 10/6/1998, e consequente participação no certame. Não é cabível, tampouco, qualquer argumento que vincule a reversão à mera recuperação do patrimônio público alienado em 1998, dado que apenas um quinto dos ativos pertenciam, naquele momento, à União.²⁰³

A advertência tem a sua importância, pois a confusão entre reversão e desestatização pode acarretar más compreensões acerca da abrangência dos bens a serem revertidos. Isso porque, como será analisado em tópico futuro, a reversão no setor de telecomunicações refere-se aos bens indispensáveis à prestação do STFC. Se se entender erroneamente que a reversão advém da desestatização, correlacionando-se o instituto da reversão com o seu significado não jurídico – reversão como o retorno ao estado anterior –, alargar-se-á o instituto para abranger todos os bens da concessão, não só os indispensáveis ao STFC.

Feitos esses esclarecimentos, percebe-se que a reversão de bens no setor de telecomunicação é fruto da concessão do serviço, e não da desestatização do setor, não tendo sido realizado um inventário quando da assinatura dos contratos de concessão, inexistindo, portanto, qualquer controle sobre os bens reversíveis no início da concessão. Cumpre agora

²⁰³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. Análise n. 5/2015-CGIF. Processo Administrativo n. 53500.025781/2011-31. Disponível em: <
https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5gYoR1KAsC6DjRCbPhmMOOVg9zRBSU6KM_dMM2dffV6uXABkpM3AC_FvsJjJLZawJGpS7XJ2Cix36pBUfTFiDWxU0-bBgNvPTR6DG9PHqRZ-B0m0iKnQbIw6_S0fSbkr>. Acesso em: 09 set. 2020.

analisar como o setor de telecomunicações regulou a reversão nas leis nos contratos e regulamentos setoriais.

2.3 Previsão normativa da reversibilidade no setor de telecomunicações: Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei n. 9.472/97), contratos de concessão e regulamento

As regras da reversibilidade do setor de telecomunicações devem ser hauridas da LGT e dos regramentos setoriais, seja porque inexiste um regramento jurídico unificado sobre a reversibilidade no direito pátrio, conforme pontuado no capítulo precedente, seja porque o art. 201 da LGT²⁰⁴ expressamente impede o uso de outras legislações sobre o tema, como as Leis nº 8.666 de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos) e a Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões Públicas).

Iniciando a análise dos bens reversíveis à luz da Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei n. 9.472/97), o referido diploma, ao tratar dos bens da concessão, menciona expressamente os bens reversíveis, como se nota nos enunciados normativos dos arts. 101 e 102 da LGT. Apesar dessa previsão, o art. 93, inciso XI da LGT²⁰⁵, ao determinar que o contrato de concessão indicará os bens reversíveis, acrescenta a expressão *se houver*. O acréscimo dessa expressão permite concluir inexistir uma imposição legal de adoção dos bens reversíveis, sendo opção facultada ao regulador como forma de garantir a continuidade do serviço público. A esse respeito, é pertinente a leitura dos fundamentos da reforma institucional do setor, constantes da Exposição de Motivos nº 231 de 10/12/1996, do Ministério das Comunicações:

Em se tratando de serviço de interesse coletivo, cuja existência e continuidade a própria União se comprometa a assegurar, os bens que a ele estejam aplicados poderão (e não deverão) ser revertidos ao Poder concedente, para permitir a continuidade do serviço público. Mas nem sempre o princípio da continuidade do serviço público supõe a reversão dos bens que lhe estejam afetados. Quando os bens do concessionário não forem essenciais à sua prestação, quer por obsolescência tecnológica, quer pelo esgotamento de sua própria vida útil, a reversão não deverá ocorrer, não precisando, os bens, ser reintegrados ao patrimônio do poder concedente, ao término da concessão. A não ser, é claro, que por motivos devidamente justificados, reclame o interesse público tal reversão. Daí a facultatividade do instituto, que o Projeto

²⁰⁴ Art. 210, LGT: “As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”.

²⁰⁵ Art. 93, Lei n. 9.472/97: “O contrato de concessão indicará: [...] XI - os bens reversíveis, se houver”.

agasalhou, ao deixar que o contrato defina quais são esses bens, visando evitar ônus financeiro desnecessário para o concedente [sic].²⁰⁶

Conforme assentado em outra parte deste trabalho, os bens reversíveis não são imprescindíveis nas concessões, podendo o legislador/regulador optar – ou não – por essa estratégia regulatória como meio de garantir a continuidade do serviço. Fato é que mesmo existindo outros meios de se garantir a continuidade do serviço público (*e.g.* desapropriação das ações do controlador conjugada com uma imissão na posse, ambas previstas no Decreto-lei n. 3.365/41, artifício esse já tido como lícito pelo STF²⁰⁷), a Anatel entendeu conveniente empregá-los nas concessões do STFC. Não foram encontradas discussões acerca dessa opção regulatória, motivo pelo qual não há certeza sobre as razões dessa opção. Pode-se apenas supor que a reversibilidade de bens tenha sido adotada por questões históricas, haja vista textos normativos anteriores sobre telefonia fixa já conterem o instituto da reversão, como a cláusula XVII do Decreto Imperial n. 8.453-A de 11 de março de 1882²⁰⁸ ou mesmo o art. 2º, alínea “b” do Decreto-lei n. 5.144 de 29 de dezembro de 1942²⁰⁹. Ou talvez essa opção possa ter sido tomada ao enxergar o uso longo e já consolidado desse instituto no direito pátrio, ainda em pleno uso em outros setores regulados, como o setor de energia elétrica.

Como dito, a Anatel expressamente adotou a reversibilidade de bens quando da elaboração dos primeiros contratos de concessão de STFC, aprovados pela Resolução

²⁰⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. GABINETE DO MINISTRO E.M. n. 231 /MC. Brasília, 10 de dezembro de 1996.

²⁰⁷ STF. RE 65.646/SP, Min. Rel. Themístocles Brandão, julgado em 13/11/1968.

²⁰⁸ Cláusula XVII do Decreto Imperial n. 8.453-A/1882: “Findo o prazo do privilegio todas as linhas exploradas pela empresa reverterão para a Camara Municipal do lugar da concessão [sic]”.

²⁰⁹ Art. 2º, Decreto-lei n. 5.144/1942: “Nenhuma concessão de serviço telefônico poderá ser outorgada: [...]

b) sem que por via de tarifa se assegure a sua conservação e renovação, bem como a amortização do seu capital, para efeito de resgate ou reversão”.

ANATEL n. 26/1998 e assinados em 1998, prevendo-os mais especificamente nas cláusulas 21 (“Dos bens vinculados à concessão”)²¹⁰ e 22 (“Do regime de reversão”)²¹¹.

A cláusula 21.1 faz referência aos bens vinculados à concessão, incluindo entre eles os bens indispensáveis à prestação do serviço concedido, especialmente os bens constantes no Anexo 01, que tratam dos bens reversíveis. Tal como formulada, a cláusula poderia permitir suscitar dúvidas acerca de se os bens reversíveis do Anexo 01 seriam uma espécie de bens vinculados à concessão ou um detalhamento dos bens reversíveis. Essa possibilidade de dúvida é logo sanada, quando a cláusula 22.1. do contrato prevê a reversibilidade desses bens vinculados à concessão. Dessa forma, os bens vinculados à concessão do STFC são os bens reversíveis.

²¹⁰ Cláusula 21.1: “Integram o acervo da presente concessão, sendo a ela vinculados, todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, especialmente aqueles qualificados como tal no Anexo 01 - Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local.

§ 1º - Integram também o acervo dos bens vinculados à concessão as autorizações de uso do espectro de radiofrequências que lhe sejam outorgadas e, quando couber, o direito de uso de posições orbitais, observado o disposto nos artigos 48 e 161 da Lei n. 9.472, de 1997, e ainda o constante da cláusula 4.1. do presente Contrato.

§ 2º - Em relação aos bens vinculados à concessão, a Concessionária somente poderá empregar diretamente na prestação do serviço ora concedido equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem que não sejam de sua propriedade mediante prévia e expressa anuência da ANATEL, que poderá dispensar tal exigência nos casos e hipóteses dispostas na regulamentação.

§ 3º - Havendo risco à continuidade dos serviços ou impedimento da reversão dos bens vinculados à concessão, a ANATEL poderá negar autorização para utilização de bens de terceiros ou exigir que o respectivo Contrato contenha cláusula pela qual o proprietário se obriga, em caso de extinção da concessão, a manter os Contratos e em subrogar a ANATEL nos direitos dele decorrentes [sic]”.

²¹¹ Cláusula 22.1: “Quando da extinção da concessão reverterão automaticamente à ANATEL todos os bens vinculados à concessão na forma do Capítulo XXI supra, resguardado à Concessionária o direito às indenizações previstas na legislação e neste Contrato.

Parágrafo único - Até 180 (cento e oitenta) dias após o advento da extinção da concessão será procedida uma vistoria dos bens que a integram e lavrado um Termo de Devolução e Reversão dos Bens, com indicação detalhada do estado de conservação dos mesmos, facultado o acompanhamento por representante(s) da Concessionária.

Cláusula 22.2. - A Concessionária se obriga a entregar os bens reversíveis em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, sem prejuízo do desgaste normal resultante do seu uso.

Parágrafo único - Os bens reversíveis serão transferidos à ANATEL livres de quaisquer ônus ou encargos, observada a hipótese do parágrafo 2º da cláusula seguinte.

Cláusula 22.3. - A reversão dos bens de que trata o Capítulo XXI supra, ao final do prazo contratual, será feita sem indenização, ressalvado o disposto nesta cláusula.

§ 1º - Somente caberá indenização em favor da Concessionária caso existam, ao final da Concessão, bens ainda não integralmente amortizados, cuja aquisição tenha sido previamente autorizada pela ANATEL, ou adquiridos antes da assinatura deste Contrato, com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido.

§ 2º - Alternativa ou supletivamente à indenização disposta no parágrafo anterior, a ANATEL poderá admitir a transferência de bens que tenham sido dados em garantia do seu próprio financiamento, subrogando-se na parcela financiada ainda inadimplida.

Cláusula 22.4. - Ao final da Concessão a ANATEL procederá à avaliação dos bens referidos na cláusula 21.1, podendo recusar a reversão de bens que considere prescindíveis ou inaproveitáveis para aplicação na exploração do serviço, garantido o direito da Concessionária ao contraditório, inclusive através da elaboração e apresentação, às suas expensas, de laudos ou estudos demonstradores da necessidade de reversão.

Parágrafo único - Caso a Concessionária não concorde com a decisão da ANATEL quanto ao disposto nesta cláusula admitir-se-á o recurso ao processo de solução de divergências prescrito neste Contrato [sic]”.

Regressando a atenção à análise da cláusula 21.1, parece ser possível extrair dela duas conclusões. A primeira conclusão versa sobre a propriedade dos bens reversíveis. Quando a cláusula 21.1 dispõe que “integram o acervo da presente concessão [...] todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária” ela informa sua aderência à tese mais usual no Direito Positivo Pátrio de que os bens aplicados pela concessionária no serviço concedido são, em regra, de sua propriedade; bens de titularidade privada, portanto. Isso não quer dizer que todos os bens reversíveis serão privados, pois o §1º da cláusula 21.1 aduz que o espectro de radiofrequência também é um bem reversível, só que este é um bem público expressamente previsto no art. 157 da LGT²¹². Em suma, há bens reversíveis de titularidade privada e pública, sendo os de titularidade privada a regra.

Quanto à segunda conclusão obtida a da cláusula 21.1, ela versa sobre o requisito da reversibilidade, qual seja a indispensabilidade do bem à prestação do STFC. Após essa definição dos bens reversíveis (bens indispensáveis à prestação do STFC), a cláusula traz mais uma informação, ao assentar que determinados bens especialmente previstos no Anexo n. 01 serão bens reversíveis. Apresenta-se a seguir o mencionado Anexo n. 01:

ANEXO N. 01

QUALIFICAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO LONGA DISTÂNCIA NACIONAL

- a) Infra-estrutura e equipamentos de comutação, transmissão incluindo terminais de uso público;
- b) Infra-estrutura e equipamentos de rede externa;
- c) Infra-estrutura de equipamentos de energia e ar condicionado;
- d) Infra-estrutura e equipamentos de centros de atendimento e de prestação de serviço;
- e) Infra-estrutura e equipamentos de sistemas de suporte a operação;
- f) Outros indispensáveis à prestação do serviço. [sic]

A partir da leitura da cláusula 21.1 em conjunto com o rol do Anexo n. 01 dos contratos de concessão do STFC firmados entre as concessionárias e a Anatel, percebe-se uma clara opção regulatória por uma indicação aberta dos bens reversíveis, sem especificação detalhada de tais bens, diferentemente das concessões tradicionais. Não foi possível encontrar a razão para tanto em documentos oficiais²¹³. Na doutrina, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que a razão para a escolha dessa previsão aberta da reversibilidade é escorada na ausência de interesse da Anatel em interferir na gestão e organização dos bens da concessionária, o que

²¹² Art. 157, LGT: “O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência [sic]”.

²¹³ As consultas públicas da Anatel disponíveis em seu sítio eletrônico iniciam no ano 2000, posteriores, portanto, à Resolução ANATEL n. 26/1998.

poderia levar ao seu engessamento, bem como se buscou evitar que investimentos feitos pelas concessionárias em bens não reversíveis fossem considerados em cálculos de indenizações ou como parâmetros de adequabilidade tarifárias.²¹⁴

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara trazem outras justificativas para a adoção dessa previsão excessivamente aberta dos bens reversíveis. Asseveram eles que já se antevia a rápida evolução tecnológica e econômica a ser experimentada pelo setor de telecomunicações, o que tornaria o serviço de telefonia fixa obsoleto durante o curso do contrato. Arrolar detalhadamente bens para a reversibilidade implicaria uma reversão de bens sem utilidade alguma para o ente concedente. Outra justificativa elencada pelos autores é a existência de concorrência setorial. Com a abertura de concorrência do STFC por autorizatárias, não haveria como fixar a tarifa do STFC das concessionárias a ponto de financiar uma estrutura física a ser posteriormente repassada ao ente concedente.²¹⁵

Fato é que diante desse requisito único da indispensabilidade do bem à prestação do STFC, é indubitável ter o regulador aderido expressamente ao critério funcionalista, isto é, nem todos os bens da concessionária deverão ser qualificados como bens reversíveis, somente aqueles tidos por indispensáveis à prestação do serviço concedido. A mesma conclusão parece ser possível de ser alcançada pela cláusula 22.4 dos contratos de 1998 ao cominar à Anatel o dever de avaliar, podendo assim recusar “a reversão de bens que considere prescindíveis ou inaproveitáveis para aplicação na exploração do serviço, garantido o direito da Concessionária ao contraditório”.

Ocorre que o tratamento dos bens reversíveis no setor de telecomunicações não se revelou estanque, sofrendo algumas modificações ao longo do tempo.

O art. 207, § 1º, da LGT determinou que o término das concessões de STFC ocorresse no dia 31 de dezembro de 2005, assegurando aos concessionários, todavia, o direito a uma única prorrogação por 20 anos. Esse direito foi efetivamente usufruído, sendo as concessões prorrogadas até 2025. Para perfectibilizar a prorrogação, novos contratos de concessão foram assinados, momento em que se implementaram modificações nas cláusulas contratuais sobre a reversibilidade dos bens, sendo ainda previstas na sua cláusula 3.2 corriqueiras e periódicas alterações contratuais a cada cinco anos, visando estabelecer novas metas de universalização e

²¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Out/Dez 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12788>. Acesso em: 17 ago. 2020.

²¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149-174. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45093>. Acesso em: 07 ago. 2020.

qualidade. Nesse momento de prorrogação das outorgas, optou-se por incluir no rol dos bens vinculados à concessão, previsto na cláusula 22.1, os bens pertencentes ao patrimônio não só da concessionária, mas também de sua controladora, controlada, coligada ou de terceiros. Apesar da previsão contratual mencionada, entende-se existir aqui uma impropriedade terminológica. Isso porque não é possível que o concessionário possa, em comum acordo com um terceiro (*in casu*, o ente concedente), impor uma cláusula de reversão sobre um bem que não lhe pertence, sob pena de violação à regra de que o contrato produz efeitos restrito às partes contratantes (*res inter alios*)²¹⁶. Utilizando-se da analogia com a venda a *non domino*, a cláusula 22.1 é, portanto, ineficaz, devendo sua eficácia aguardar a condição de a concessionária adquirir esses bens. Por isso, defende-se existir uma impropriedade terminológica, devendo a reversibilidade estampada na referida cláusula recair não sobre os bens em si, mas sobre os contratos e direitos reais que asseguram o emprego desses bens na concessão.

Retornando às modificações contratuais, acresceu-se ainda à cláusula 22.1 os parágrafos 4º, 5º e 6º, que preveem a obrigação das concessionárias de apresentarem anualmente uma relação contendo os bens vinculados à concessão, inclusive os de uso compartilhado pela concessionária, sendo exigida ainda a edição de um regulamento setorial sobre bens reversíveis.²¹⁷

Além disso, alterou-se a antiga cláusula 22.3, renumerada para 23.3, excluindo a possibilidade de indenização de bens ainda não amortizados adquiridos antes da assinatura do contrato, em 2006.

A renovação dos contratos de concessão do STFC assinados em 2006, portanto, conferiu um controle mais rígido aos bens reversíveis. Diante dessa previsão contratual, editou-se a Resolução n. 447 de 19 de outubro de 2006, que aprovou o Regulamento de Controle de Bens

²¹⁶ Não se desconhece a existência de exceções legais ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, como a estipulação em favor de terceiro (arts. 436 a 438 do CC) e a promessa de fato de terceiro (arts. 439 e 440 do CC), mas essas exceções não podem fundamentar uma aplicação indiscriminada da exceção desse princípio jurídico.

²¹⁷ Contrato de Concessão do STFC assinado em 2006.

Cláusula 22.1:— “Integram o acervo da presente concessão, sendo a ela vinculados, todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária, bem como de sua controladora, controlada, coligada ou de terceiros, e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, especialmente aqueles qualificados como tal no Anexo 1 - Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local.

[...]

§ 4º A Concessionária se obriga, nos termos da regulamentação, a apresentar, anualmente, relação contendo os bens vinculados à concessão, conforme definição da Cláusula 22.1.

§ 5º A regulamentação disporá sobre identificação e controle dos bens reversíveis, em especial, quanto aos casos de alienação, oneração ou substituição, que dependerão de prévia aprovação da Anatel, devendo estes bens estar claramente identificados na relação apresentada anualmente pela Concessionária.

§ 6º Os bens vinculados à prestação do serviço e que sejam de uso compartilhado pela Concessionária, fazem parte da relação apresentada anualmente pela Concessionária [sic].”

Reversíveis. O conceito de bem reversível presente nesse regulamento²¹⁸ é bastante similar ao previsto nos contratos de concessão, haja vista a menção a sua indispensabilidade à continuidade do serviço. No entanto, o conceito contido no regulamento passa a incluir expressamente no rol de bens reversíveis os bens imóveis e os direitos integrantes do patrimônio da concessionária. Ademais, a mencionada Resolução traz regramento sobre o controle dos bens reversíveis, o modo como a concessionária pode se valer de bens de terceiro para prestar o STFC e ainda o procedimento de desvinculação, alienação e substituição de bens reversíveis.

Nova modificação foi operada cinco anos após a prorrogação das outorgas, quando foram assinados novos contratos de concessão, em 2011. Acresceu-se ao Anexo 01 o seguinte item, que passará a compor os bens reversíveis: “Infraestrutura e equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas em Plano Geral de Metas de Universalização, aprovado nos termos do art. 18, inciso III, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997”. Essa modificação contratual foi implementada para incluir o *backhaul* no rol de bens reversíveis e que será objeto de tópico específico futuro neste trabalho.

Em 2011, também foi editada a Lei n. 12.458/2011, que modificou o art. 86 da LGT para permitir que a concessionária também pudesse prestar outros serviços de telecomunicações, de modo a possibilitar ganhos de economia de escopo²¹⁹ mediante o compartilhamento de infraestruturas do STFC com os demais serviços de telecomunicações. Para tanto, o legislador exigiu que fosse assegurado o adequado controle sobre os bens reversíveis.

Foram elaborados novos contratos no ano de 2016, mas eles não foram assinados pelas concessionárias, estando vigentes os contratos assinados em 2011.²²⁰

2.3.1 A indispensabilidade do bem ao STFC e a textura aberta da linguagem: o critério de identificação proposto

²¹⁸ Art. 3º, Resolução ANATEL n. 447/2006: “Para efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições: [...] IV - Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público [sic]”.

²¹⁹ Em apertada síntese, a economia de escala simboliza o fato de que em uma determinada firma o custo de produção de bens ou serviços (custo unitário) cai à medida que aumenta a produção de novos bens ou serviços. A economia de escopo, por sua vez, é similar à economia de escala, representando essa vantagem de queda do custo unitário quando há a produção de mais de um bem ou serviço na mesma firma.

²²⁰ O Processo Administrativo n. 53500.061180/2017-88 foi instaurado para convocar as concessionárias do STFC para assinatura dos respectivos instrumentos contratuais da concessão. As prestadoras não concordaram com a Cláusula 8.5 contida no modelo contratual, o que impediu a assinatura dos contratos.

Dos contratos de concessão de STFC assinados e da Resolução ANATEL n. 447/2006 sobre bens reversíveis, é possível afirmar que o critério de identificação dos bens reversíveis no setor de telecomunicações é a sua indispensabilidade ao STFC. Todavia, o significado de *indispensável* não é preciso, requerendo melhores detalhamentos. É bem verdade que o Anexo 01 dos contratos de concessão arrola alguns bens que seriam reversíveis. Contudo, esse maior detalhamento trazido pelo Anexo 01 não é suficiente para bem delimitar a reversibilidade. Por exemplo, não há clareza acerca da reversibilidade dos bens imóveis. O art. 3º da Resolução ANATEL n. 447/2006 (Regulamento de Controle de Bens Reversíveis) até traz previsão de serem os bens imóveis reversíveis, mas ainda assim não esclarece quais bens imóveis seriam reversíveis. Todos eles? Só aqueles de determinada natureza? Além disso, os bens destinados ao uso compartilhado (bens multisserviços) de mais de um serviço de telecomunicação são reversíveis? Essas questões são deveras complexas, motivo pelo qual serão tratadas em tópico futuro do presente trabalho. Nesse momento, se tentará ofertar uma definição mais precisa sobre a *indispensabilidade* de um bem para o STFC, definição essa capaz de solucionar outras questões práticas.

Um bem pode ter seu uso destinado em alguma medida à prestação do STFC. Todavia, somente os bens *indispensáveis* ao STFC são marcados pela reversibilidade. Convém então perquirir em qual momento a destinação de um bem passa a ser encarada como indispensável. Essa indagação revela de pronto o caráter vago da linguagem, pois inexistente uma precisão acerca de quando a destinação do bem ultrapassa a fronteira da *indispensabilidade*.

Genaro Carrió assinala ser a linguagem dotada de uma textura aberta, pois diversas das palavras utilizadas carregam uma ausência de limites preestabelecidos de seu significado. Esse efeito é bastante comum quando se trata de descrever uma característica ou propriedade cujos fatos classificados ocorrem de modo contínuo, como idade, altura e nível de riqueza. Nesses exemplos, não há precisão terminológica acerca de quem é velho, novo, alto, baixo, rico ou pobre. Isso ocorre não por se desconhecer o que significam essas palavras, mas em função de inexistir um rigor conceitual acerca de em qual momento da escala elas devem ser utilizadas. Para melhor elucidar a questão, Carrió identifica um foco de luminosidade nos exemplos em que inexistem dúvidas sobre ser a palavra devidamente aplicável. De outro lado, há um foco de total obscuridade em que não há dúvida sobre a palavra não poder ser aplicada. No meio desses dois extremos, haveria uma zona intermediária em que o trânsito entre as duas extremidades é

gradual; “entre a total luminosidade e a total obscuridade há uma zona de penumbra sem limites precisos”²²¹.²²²

Aplicando essa lição para o caso em exame, há bens nitidamente indispensáveis para o STFC, como os pares de fio trançado e os Terminais de Uso Público - TUPs (popularmente conhecidos como *orelhões*), e há bens claramente não reversíveis, como um bem utilizado unicamente para prestar outros serviços de telecomunicações que não seja o STFC. Contudo, existe uma ampla variedade de bens localizados em zona de penumbra, não sendo tão clara a resposta quanto a sua *indispensabilidade* à telefonia fixa. Como exemplo, cite-se o caso do bem imóvel sede da administração da empresa, abrigando os departamentos de contabilidade, gerência executiva, *marketing* e outros. Se é verdade que toda e qualquer empresa requer uma sede para nela gerir as suas atividades, verdade também é que nesse imóvel pode não haver a prestação em si do serviço de telefonia, haja vista não ser necessariamente nesse imóvel que residem as centrais telefônicas. Outro exemplo: os automóveis utilizados para transportar os técnicos da concessionária aos locais para efetuarem reparos nas redes. Por óbvio, não é por intermédio desses bens que o STFC é prestado, apesar de esses bens de certa maneira serem úteis ao serviço.

Da forma como foi redigida a cláusula 21.1²²³ em conjunto com o rol do Anexo n. 01 dos contratos de concessão do STFC firmados entre as concessionárias e a Anatel, parece ser possível extrair duas conclusões acerca da relação entre os bens indicados no Anexo 01 e a indispensabilidade como critério de identificação dos bens reversíveis: (i) os bens indicados no Anexo 01 são uma densificação – ou especificação – do significado de *indispensáveis* ou (ii) os bens indicados no Anexo 01 constituem bens reversíveis, apesar de não serem indispensáveis ao serviço concedido. Essa pluralidade de conclusões ocorre pelo uso do advérbio *especialmente*, alocado posteriormente ao requisito estabelecido da indispensabilidade do serviço. Ao se compreender o termo *especialmente* como *principalmente*, chega-se àquela

²²¹ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 34. Genaro Carrió chega a afirmar que todas as palavras utilizadas para descrever a realidade possuem algum nível de vagueza em seu conteúdo, pois ainda que acreditemos serem os seus limites bem definidos, eles somente o são em razão do nosso atual conhecimento, nada impedindo que futuros acontecimentos coloquem em xeque nossas crenças. Como exemplo, o autor cita um hipotético caso de um gato falante. A capacidade de falar tornaria esse animal em algo diferente de um gato?

²²² Apesar de inexistir um consenso sobre o assunto, a imprecisão da linguagem é reconhecida por alguns administrativistas como um fator gerador de discricionariedade, como o faz Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 22.

²²³ Cláusula 22.1:– “Integram o acervo da presente concessão, sendo a ela vinculados, todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária, bem como de sua controladora, controlada, coligada ou de terceiros, e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, especialmente aqueles qualificados como tal no Anexo 1 - Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local”.

primeira conclusão, ao passo que se se entender o termo *especialmente* como *extraordinariamente*, conclui-se no segundo sentido.

Visando aclarar o significado de *indispensabilidade* como critério para identificar reversibilidade de bens, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara se utilizam da classificação de benfeitorias positivada no art. 96 do CC. Dessa forma, restringem o significado de *indispensabilidade* para os bens estritamente necessários à prestação do serviço; excluem da reversibilidade, portanto, os bens úteis e os voluptuários. Para os autores, somente será reversível o bem empregado diretamente na execução do STFC, sem o qual a prestação do serviço seria prejudicada.²²⁴ Mais à frente, os autores defendem a impossibilidade de se reconhecer a reversibilidade de bens imóveis por não serem eles bens “indispensáveis à prestação do serviço (vale dizer, aos seus ‘processos finalísticos’)”²²⁵.

Da explanação acima, o significado de indispensabilidade para a identificação da reversibilidade do bem na concessão do STFC proposto por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara é a vinculação direta do bem aos processos de telecomunicações da telefonia fixa²²⁶. Ao que parece, os autores aderem àquela segunda conclusão mencionada acima, ou seja, compreendem que o Anexo 01 menciona bens reversíveis não indispensáveis ao serviço concedido. Isso porque o conceito restrito de *indispensabilidade* ofertado pelos autores não abarca os bens arrolados no Anexo 01 dos contratos de concessão, pois lá se mencionam bens destituídos dessa restrita vinculação, como os equipamentos de energia e ar condicionado (alínea “c”) e os equipamentos de centros de atendimento e de prestação de serviço (alínea “d”). Ora, ar condicionado e equipamentos de centros de atendimento²²⁷ claramente não atuam em processos finalísticos do STFC.

Por essa proposta de utilizar da vinculação estrita a processos finalísticos como critério de identificação de bens reversíveis, nenhum bem imóvel, contrato de locação ou mesmo direito real sobre coisas alheias poderá ser encarado como reversível – abrigar um equipamento de

²²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149-174. p. 163.

²²⁵ Ibid., p. 171.

²²⁶ Em apertada síntese, pode-se compreender a rede de telefonia fixa sendo composta por dois elementos: os *switches* e os meios de transmissão. Os *switches* são os equipamentos que irão permitir a informação a ser transmitida (voz humana, vídeo ou dados) no meio de transmissão, enquanto o meio de transmissão é o local através do qual a informação irá trafegar (par de fio trançado, fibra ótica e o espectro de radiofrequência). (cf. LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **Competition in Telecommunications**. London: MIT Press, 2000. p. 9.)

²²⁷ Art. 24, Resolução n. 632 de 7 de março de 2014: “Centro de Atendimento Telefônico é todo setor da Prestadora, próprio ou disponibilizado por meio de contrato(s) com terceiro(s), responsável pela oferta de serviços e pelo recebimento, tratamento e solução de pedidos de informação, reclamações e solicitações de serviços, rescisão ou qualquer outra demanda ligada ao serviço da Prestadora”.

comutação é diferente de operar a transmissão de sinais. Essa intelecção poderá ensejar soluções de continuidade no STFC, pois com o fim das concessões caberá ao novo concessionário (ou ao ente concedente) obter todos esses direitos para viabilizar a continuidade do serviço. Se alugar imóveis para ocupar os centros de atendimento (“*call center*” e centros presenciais) pode não ser tão dificultoso para o novo concessionário, aliar essa necessidade a obter o direito de passagem de fios telefônicos junto a todas as concessionárias de distribuição de energia elétrica, bem como contratos de aluguel para equipamentos distribuídos nas mais diversas cidades, talvez o seja.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, o bem será reversível quando ele se revela “essencial à adequada prestação dos serviços. Neste rol encontraremos listados a infra-estrutura e os equipamentos de comutação e transmissão, a rede externa, os equipamentos de alimentação de energia e de ar condicionado, os centros de atendimento e os sistemas de suporte à operação [sic]”²²⁸. O conceito exposto peca em clareza, haja vista valer-se de um outro termo – *essencial* – destituído de significado preciso. Todavia, o autor oferta exemplos para melhorar o significado proposto. Como os exemplos ofertados são todos retirados do Anexo 01 dos contratos de concessão do STFC, não resta claro o conceito de *indispensabilidade* apresentado pelo autor. De todo modo, o autor parece compreender que os bens arrolados no Anexo 01 dos contratos de concessão do STFC são uma especificação de bens reversíveis, densificando assim o conteúdo de *indispensável*.

Em verdade, o problema aqui não parece ser propriamente dos conceitos doutrinários formulados, mas sim da maneira como foi formulada a cláusula contratual de reversão que dificulta (ou mesmo impede) uma precisa construção teórica a respeito.

Como o propósito desse trabalho é definir quais são os bens reversíveis no setor de telecomunicações, é necessário construir contornos mais precisos ao significado de *indispensável*, ainda que eles não sejam indenes de dúvidas ou contestações. O objetivo aqui é tentar aclarar quais seriam esses bens reversíveis, à luz da cláusula contratual de reversibilidade.

Para tanto, é importante ter em mente que qualquer significado ofertado (se mais abrangente ou não) para a *indispensabilidade* do bem ao STFC produzirá um impacto direto na definição dos bens a serem revertidos. Isto é, se se interpretar o conceito de bens reversíveis de forma ampliada, a consequência óbvia será aumentar o rol de bens a serem entregues ao poder concedente ao final da concessão. Todavia, outros efeitos aparecerão, como o aumento da

²²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Bens. Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Out/Dez 2004. Parágrafo II.4.

indenização ao concessionário pelos bens por ele adquiridos e ainda não amortizados/depreciados e a elevação da rigidez gerencial das concessionárias. Nenhum desses efeitos pode ser ignorado pelo intérprete, sob pena de se alcançarem resultados regulatórios insatisfatórios.

Tomando isso em consideração, parte-se da cláusula 22.1 dos contratos de concessão do STFC para enxergar que os bens reversíveis são aqueles bens indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, tendo como exemplo de tais bens aqueles mencionados no Anexo 01. Como se vê, interpreta-se aqui o advérbio *especialmente* contido na cláusula 22.1 para nele enxergar o Anexo 01 como um rol exemplificativo de bens indispensáveis à prestação do serviço ora concedido e, portanto, de bens reversíveis. Toma-se essa decisão porque o advérbio *especialmente* parece deter mais usualmente o significado apontado.

Diante dessa decisão hermenêutica, passa-se a interpretar o termo *indispensável* à luz dos bens mencionados no Anexo 01. Dessa forma, o bem será indispensável ao STFC e, portanto, reversível, quando ele for diretamente aplicado nos processos de telecomunicações da telefonia fixa (*e.g.* equipamentos de comutação, transmissão e terminais de uso público), bem como quando ele ofertar alguma utilidade direta a esses bens empregados nos processos de telecomunicações da telefonia fixa, permitindo o seu regular funcionamento (*e.g.* abrigá-los, permitir energizá-los, arrefecê-los e melhor geri-los, como *softwares*). Serão ainda reversíveis os bens utilizados diretamente para contatar os consumidores, como centros de atendimento ao consumidor.

A partir do conceito proposto, alguns bens não são passíveis de serem marcados com a cláusula de reversão. Entre eles, podem-se citar os bens (inclusos os direitos de propriedade industrial) destinados exclusivamente a outros serviços de telecomunicações que não o STFC, bens usados para fins de renda, bens sem utilização atual, automóveis e as reservas financeiras (o caixa) da concessionária.

2.3.2 O *backhaul* como bem reversível: uma solução patrimonialista

Como já dito, o tratamento dos bens reversíveis não se revelou estanque ao longo do tempo, sofrendo diversas modificações, inclusive, com o acréscimo da alínea “f” ao Anexo 01 dos contratos de concessão. Trata-se do caso do *backhaul*.

Diz-se em outra parte desse trabalho que o STFC prestado em regime público tem como princípio fundante, estabelecido no parágrafo único do art. 63 da LGT, a sua universalização. Entretanto, a LGT não define essa universalização, mas estabelece, em seu art. 80, *caput*, que

as “obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo”, metas essas que deverão abranger o “atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas”. Por serem metas de cunho social, as obrigações contidas no PGMU devem ser modificadas periodicamente de modo que elas possam se adaptar às condições sociais, econômicas e tecnológicas de um dado momento.²²⁹ A título de exemplo, o PGMU, formalizado pelo Decreto n. 4.769 de 27 de junho de 2003, exige das concessionárias a instalação de Terminais de Uso Público - TUP (*orelhões*) em quantidade igual ou superior a seis TUPs para cada 1.000 habitantes.²³⁰

No referido PGMU, estabelecido pelo Decreto n. 4.769/2003, previu-se a existência de terminais públicos em que o usuário pudesse efetuar chamadas telefônicas, fazendo uso do STFC, tal e qual os TUPs (*orelhões*), mas também permitir a conexão à *internet*. Esse terminal foi nomeado de Terminal de Acesso Público - TAP. Um outro termo de relevo para o presente ponto é Posto de Serviço de Telecomunicações - PST, que engloba um TUP ou um TAP.²³¹

Como bem previsto pelo legislador da LGT, a revolução experimentada pelas telecomunicações nos últimos anos tornou alguns serviços paulatinamente desinteressantes para a população. De acordo com as metas do Decreto n. 4.769/2003, as concessionárias deveriam instalar terminais de uso público, tanto para operar chamadas telefônicas quanto para acessar à *internet*. Ocorre que no ano de 2003 a importância da *internet* já era crescente, enquanto já se imaginava um futuro desinteresse da população pela telefonia fixa (STFC) ante a evolução da telefonia móvel (SMP). A indagação que ficava era como incrementar o acesso da população

²²⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. GABINETE DO MINISTRO E.M. no 231 /MC. Brasília, 10 de dezembro de 1996. p. 19.

²³⁰ Art. 7º, Decreto n. 4.769/2003: “A partir de 1º de janeiro de 2006, nas localidades com STFC com acessos individuais, as concessionárias deverão ter ativado TUPs em quantidades que assegurem que a densidade de TUPs, por setor do PGO, seja igual ou superior a 6,0 TUPs/1000 habitantes.

Parágrafo único. A ativação dos TUPs deve ocorrer de forma que, em toda a localidade, inclusive nas áreas de urbanização precária, existam, distribuídos territorialmente de maneira uniforme, pelo menos três TUPs por grupo de mil habitantes”.

²³¹ Art. 3º, Decreto n. 4.769/2003: “Para efeitos deste Plano são adotadas as definições constantes da regulamentação, em especial as seguintes: [...]

VIII - Posto de Serviço de Telecomunicações - PST é um conjunto de instalações de uso coletivo, mantido pela concessionária, dispondo de, pelo menos, TUP e TAP, e possibilitando o atendimento pessoal ao consumidor;

[...]

X - Telefone de Uso Público - TUP é aquele que permite, a qualquer pessoa, utilizar, por meio de acesso de uso coletivo, o STFC, independentemente de assinatura ou inscrição junto à prestadora;

XI - Terminal de Acesso Público - TAP é aquele que permite, a qualquer pessoa, utilizar, por meio de acesso de uso coletivo, o STFC, independentemente de assinatura ou inscrição junto à prestadora, incluindo, ainda, funções complementares que possibilitem o uso do STFC para conexão a Provedores de Acesso a Serviços Internet - PASI, de livre escolha do usuário, e envio e recebimento de textos, gráficos e imagens, por meio eletrônico, observado o disposto na regulamentação”.

brasileira às modernas tecnologias de comunicação se a legislação somente impunha a universalização para o serviço tradicional de telefonia fixa?

A resposta jurídica para tanto foi a modificação do PGMU, via a edição do Decreto n. 6.424/2008, o qual estabeleceu novas metas de universalização para as concessionárias de telefonia fixa. Essas novas metas consistiram na substituição de instalação de PST nas diversas localidades pela instalação de rede de *backhaul*. Conforme o conceito legal, *backhaul* “é a infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao *backbone* da operadora [sic]”²³². Dito de outro modo, o *backhaul* é a estrutura física da rede de telecomunicação que liga as redes periféricas (última milha) à rede central de telecomunicação (*backbone*). Sem a ampliação do *backhaul*, municípios de pequeno e médio porte ficariam alheios à *internet* de alta velocidade.

A solução, portanto, foi substituir metas de instalação de uma infraestrutura em franco desinteresse da população (os PST que englobavam os TUPs) por uma outra infraestrutura que traria maiores benefícios sociais (ampliação do *backhaul*).

É bem verdade que a obrigação de instalação de *backhaul* acrescenta pouco ao serviço de telefonia fixa (STFC), haja vista que os municípios alcançados por essa nova estrutura já são atendidos por esse serviço de telecomunicação. Ao trazer uma estrutura muito superior àquela necessária para o STFC, o verdadeiro ganho dessa política pública é a ampliação de serviços de comunicação mais modernos (*internet* banda larga), dependentes de velocidades de conexão mais elevadas, mas que não tinham obrigações de universalidade.²³³

²³² Art. 3º, XIV do Decreto n. 4.769/2003, incluído pelo Decreto n. 6.424/2008

²³³ Essa singularidade da política pública também foi percebida por parte da doutrina: “A ampliação do escopo do STFC para embutir nele metas e objetivos que nada têm a ver com a telefonia fixa, verdade seja dita, não vem de hoje. Ela se inicia em 2008, quando o Decreto n. 6.424/2008 inclui, em substituição às metas de terminais de acesso, obrigações de investimento com a ampliação do *backhaul* (a parcela de rede de telecomunicações que liga a rede de tráfego pesado e longo curso – *backbone* – às redes periféricas, aquelas que chegam ao destinatário final). Na ocasião já houve um deslocamento dos compromissos de universalização de metas inerentes ao STFC, para objetivos adjacentes, concernentes à infraestrutura apta a suportar tráfego destinado à *internet*. Verdade que naquela época se podia sustentar a legalidade da medida por tratar-se de meta de investimento na rede do STFC (bem reversível), compatível com o objeto da concessão (prestação do serviço de telefonia)”. (cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Entre a legalidade e o “puxadinho”: a universalização da banda larga no Brasil. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=71092>. Acesso em: 5 ago. 2020.) Para maiores detalhes dessa operação regulatória, cf. DUARTE, Denianne de Araújo; SILVA, Livia Denise Rêgo. Backhaul ameaçado, consumidor atento. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 219-232, 2009. Em face dessa política pública, foi ajuizada ACP, tombada sob o n. 011396-13.2008.4.01.3400, em trâmite no TRF da 1ª Região, pela Proteste - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, ação judicial essa que visa impedir a substituição de metas de universalidade de instalação de Posto de Serviço de Telecomunicações – PST pelo *backhaul*, dispostas no Decreto n. 6.424, de 4 de abril de 2008, sob o fundamento de que o *backhaul* é uma infraestrutura necessária ao SCM, e não ao STFC. O processo foi extinto sem resolução do mérito, sob o argumento de perda do objeto ante a revogação do decreto atacado pelo Decreto n. 7.512/11. O recurso de apelação da Proteste ainda não foi apreciado até a conclusão desse trabalho.

Fato é que as obrigações de instalação de PST foram substituídas pela ampliação da rede de *backhaul*. Ocorre que os PSTs são indiscutivelmente bens indispensáveis ao STFC, estando inclusive mencionados expressamente na alínea “a” do Anexo 01, quando se menciona o terminal de uso público. Com a substituição de metas, entendeu-se que a reversibilidade da estrutura a ser instalada em detrimento daquela anteriormente pactuada deveria ser reversível. Logo, o *backhaul* seria um bem reversível. Para tanto, implementou-se uma modificação nos contratos de concessão assinados em 2011, incluindo-se a alínea “f” no Anexo 01 e assim prevendo o seguinte bem no rol exemplificativo de bens reversíveis: “Infraestrutura e equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas em Plano Geral de Metas de Universalização, aprovado nos termos do art. 18, inciso III, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997”.

Essa referência à infraestrutura e aos equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas em Plano Geral de Metas de Universalização é uma clara menção ao *backhaul*. Mais especificamente, o art. 27 do Decreto n. 7.512 de 30 de junho de 2011,²³⁴ ao aprovar um novo Plano Geral de Metas para a Universalização - PGMU, expressamente mencionou a reversibilidade do *backhaul*. No mesmo sentido, é a lição de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara quando defendem a reversibilidade para os “bens indicados na letra ‘f’ do Anexo I do contrato em vigor, que correspondem à infraestrutura e aos equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas em Plano Geral de Metas de Universalização”²³⁵.

Novamente calha a lição de inexistirem soluções estanques ou regimes unificados sobre determinados temas no Direito Administrativo Contemporâneo, mormente quando se trata de regulações setoriais. A lembrança é válida, pois a inserção do *backhaul* no Anexo 01 contradiz – ao menos parcialmente – o que fora dito acima acerca do requisito da indispensabilidade do bem ao serviço concedido previsto contratualmente. O *backhaul* é reversível por decorrência de uma política pública, não em razão de esse bem nascer com o propósito de ser indispensável às concessões do STFC. É, portanto, uma solução patrimonial – reversível, porque assim se previu –, restando despicienda a análise acerca de sua indispensabilidade para o STFC. Em suma, há os bens reversíveis que o são por serem indispensáveis à prestação do STFC e o

²³⁴ Art. 27, Decreto n. 7.512/2011: “O Backhaul para atendimento dos compromissos de universalização qualifica-se, destacadamente, dentre os bens de infraestrutura e equipamentos de comutação e transmissão reversíveis à União e deve integrar a relação de bens reversíveis”.

²³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149 – 174. p. 16, nota de rodapé 23.

backhaul fruto da política pública anunciada pelo Plano Geral de Metas de Universalização, contida no Decreto n. 7.512 de 30 de junho de 2011.

Cumpra ainda esmiuçar as inovações ou detalhamentos legais oriundos do Regulamento de Bens Reversíveis da Anatel (Resolução n. 447/2006), pois ele trouxe modificações sobre o tema, tornando-o ainda mais complexo.

2.3.3 O Regulamento de Bens Reversíveis da Anatel (Resolução n. 447/2006) e as alterações por ele impostas. A concessão do STFC como uma concessão diversa das tradicionais

As análises acima realizadas sobre a identificação de bens reversíveis no setor de telecomunicações foram realizadas mirando as regras dos contratos assinados. Cumpra agora analisar o regramento exposto no Regulamento de Bens Reversíveis da Anatel, aprovado pela Resolução ANATEL n. 447/2006.

A partir do conteúdo desse regulamento, chamam a atenção dois enunciados normativos, o inciso IV do art. 3º e o art. 17. No inciso IV do art. 3º do Regulamento de Bens Reversíveis aprovado pela Anatel, consta a seguinte definição de bens reversíveis:

art. 3º, IV do Regulamento de Bens Reversíveis - Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público [sic].

Diversos pontos dessa definição já constavam nos contratos de STFC assinados. O único ponto merecedor de destaque aqui é a inclusão expressa de bens imóveis no rol de bens reversíveis. Como mencionado em tópico anterior, não há essa expressa menção de bens imóveis no rol do Anexo 01 dos contratos de concessão. Aqui, já se adianta o posicionamento desse trabalho de que os bens imóveis possam ser considerados como bens reversíveis, desde que sua função seja a de guarnecer os equipamentos de telecomunicações empregados no serviço de telefonia fixa. Como esse tema envolve decisões da Anatel e abrange outros pontos importantes, como a possibilidade de a sede administrativa da empresa ser considerada reversível, deixa-se para melhor tratá-lo no terceiro capítulo deste trabalho, em que se tentará utilizar das propostas de identificação de bens reversíveis nos casos considerados difíceis.

O segundo ponto de destaque no Regulamento de Bens Reversíveis aprovado pela Resolução ANATEL n. 447/2006 é o enunciado normativo contido em seu art. 17, que exige a

destinação dos recursos financeiros advindos da alienação de bens reversíveis a uma “conta bancária vinculada, aberta para esse fim, até a definitiva aplicação dos recursos na concessão”.

Chama-se a atenção para esse dispositivo normativo, pois ele pode acarretar uma mutação na definição dos bens reversíveis no setor de telecomunicações. Isso porque a existência dessa conta vinculada somente faz sentido quando os valores obtidos com a alienação de bens reversíveis devam ser necessariamente empregados na aquisição de novos bens reversíveis. Ou seja, a aquisição de bens com o uso de valores advindos da conta vinculada poderá ensejar interpretações equivocadas de que esses bens recém-adquiridos sejam considerados reversíveis, ainda que dispensáveis ao serviço de telefonia fixa, contrariando assim as disposições contratuais firmadas.

Compulsando o processo administrativo n. 53500.020207/2005-49²³⁶ deflagrado para editar o Regulamento de Bens Reversíveis, há pouca informação acerca da inclusão da regra prevista no art. 17 do Regulamento aprovado pela Resolução n. 477/2006. No Informe n. 950/PBOAC/PBOA/SPB, datado de 14 de novembro de 2001, há menção de o escopo do regulamento ser criar um procedimento para desvinculação, alienação ou oneração dos bens reversíveis das concessões de Serviço Telefónico Fixo Comutado - STFC. Nesse mesmo documento técnico, percebe-se que a Anatel parecia buscar em outros setores uma proposta de regulamento para o tema, tendo o feito a partir de consultas e reuniões com autoridades da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

O texto da proposta de regulamento enviado para a Consulta Pública n. 545, de 25 de junho de 2004, contou com poucos dispositivos normativos (14 ao todo), inexistindo qualquer regra semelhante àquela prevista no atual art. 17. Ela também não consta nas Análises n. 100/2006-GCJL, n. 108/2006-GCPJ e n. 113/2006-GCJL produzidas por membros do Conselho Diretor da Anatel.

Prorrogado o prazo para manifestação de outros atores institucionais, proferiu-se a Análise n. 002/2006-GCPA-PR, datada de 26 de julho de 2006, que acolheu a manifestação do TCU e do Ministério Público Federal - MPF para criar uma conta vinculada perante a qual serão

²³⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Processo Administrativo n. 53500.020207/2005-49. Disponível em: <
https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?exIsiWoPbTSMJNP15y_TiUpWifXjgqaCc-xbh3o0V5ttS0uQqIkRDNDdsrlbDPN0z9DjOh_HT6NYS_BYkN5mIJMrUkPOtvFe6qWeasxjbUXf0ZRntzmLLLTb4bWBcwcN>. Acesso em: 14 set. 2020.

depositados os recursos provenientes da alienação de bens reversíveis, tal como já existente no setor elétrico (Resolução ANEEL n. 20 de 03 de fevereiro 1999).²³⁷

A minuta de regulamento proposta pela Análise n. 002/2006-GCPA-PR foi aprovada pelo Conselho Diretor na 403ª Reunião, realizada em 2 de agosto de 2006, gerando o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis.

A partir desse breve relato percebe-se que a regra contida no enunciado normativo do art. 17 do Regulamento de Bens Reversíveis aprovado pela Resolução n. 477/2006 não possui previsão contratual, sua inserção no referido Regulamento foi fruto de manifestação do TCU e do MPF para criar uma conta vinculada, manifestação essa pautada em regra pertinente a outro setor regulado, e essa proposta foi formulada após a consulta pública, o que não permitiu o debate com o setor regulado. Além disso, não houve maiores considerações da área técnica ou mesmo do Conselho Diretor a respeito dessa regra. Ela foi simplesmente transposta para o setor de telecomunicações.

Como já mencionado, desconhece-se a razão de a Anatel ter-se valido dos bens reversíveis e de modo tão vago em seus contratos administrativos. Dessa forma, a Anatel utilizou-se de um instituto jurídico clássico, mas o fez de modo diferente de como ele é rotineiramente empregado em outras concessões. Ao que parece, ao editar o Regulamento de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n. 447/2006, pretendeu a Anatel aproximar o regramento da reversibilidade de bens do setor de telecomunicações com o regramento de outros setores regulados. O problema dessa estratégia dá-se quando as características dos setores impedem essa aproximação, como ocorre com o setor de telefonia fixa e de energia elétrica, mais especificamente de distribuição de energia elétrica.

A concessão do STFC foi iniciada em 1998. Poucos anos depois, o setor foi aberto para entrada de concorrentes regidos pelo regime privado já no ano 2000, sendo o Regulamento para Expedição de Autorização para Prestação do STFC aprovado pela Resolução n. 283/2001. Dessa maneira, pouco tempo após a concessão do STFC as concessionárias passaram a concorrer com autorizatárias do mesmo serviço.

Se a concorrência recém-inaugurada – ainda que embrionária – já impelia as concessionárias do STFC a buscar por ganhos de produtividade, esse objetivo também é

²³⁷ Trecho do Análise n. 002/2006-GCPA-PR: “1) Incluído novo art. 14A que prevê a aplicação dos recursos resultantes da alienação de bem constante da RBR na concessão, conforme entendimentos com o MPF e TCU, e que tem como referência regulamentação expedida pela ANEEL (Resolução n. ° 20, de 03/02/1999 – Regulamenta a Desvinculação de Bens das Concessões do Serviço Público de Energia Elétrica). Adicionalmente, o parágrafo único prevê que os comprovantes e os demonstrativos da alienação e da aplicação do recurso referido no caput devem ser mantidos à disposição da Anatel, por período determinado.”

incentivado pelo modelo de tarifação do STFC, qual seja o modelo de preço-teto (*price cap*). Se é fato que há inúmeros modelos de tarifa por preço-teto, verdade é que no setor de telecomunicações não se utilizaram as tarifas como objetivo de custear a aquisição de bens para a prestação dos serviços. Como exemplo dessa afirmação, a cláusula 11.1 dos contratos de concessão firmados em 1998 contém uma equação matemática pautada no modelo de preço-teto que prevê a forma de reajuste tarifário. Não há nessa equação qualquer menção a recursos destinados à amortização, depreciação ou aquisição de bens. Vale dizer que essa equação matemática teve aplicação até o advento da Resolução n. 418, de 18 de novembro de 2005, que prevê o Regulamento da Metodologia para Cálculo do Fator de Transferência X usado no modelo de preço-teto. Ali também não se vislumbra qual parcela seria destinada à amortização, depreciação ou aquisição de bens.

Compulsando ainda os contratos de concessão, também não se vislumbra a existência de previsão contratual sobre fundos ou contas específicas destinadas a contabilizar a depreciação dos bens reversíveis da concessionária.

Marcelo Portugal Ribeiro distingue dois tipos de contratos de concessão: aqueles contratos baseados em obrigações de investimento e os contratos baseados em obrigações de desempenho. Nos primeiros, o contrato prevê em seu caderno de encargos a realização de investimentos, com valores e momentos pré-definidos. Diversamente, nos contratos de obrigação de desempenho há uma liberdade de gestão maior conferida ao concessionário, tendo ele apenas a obrigação de manter os níveis de serviço pactuados. Na prática, em todos os contratos de concessão constam obrigações de desempenho e obrigações de investimento. No entanto, é possível perceber em cada contrato a prevalência de um desses dois tipos de obrigação.²³⁸

De acordo com essa classificação, os contratos de STFC são nitidamente contratos baseados em obrigações de desempenho, pois não há obrigações contratuais de construção de estruturas. Há, claro, obrigações de universalização do serviço, mas não há indicação de *como* a concessionária deverá atender essa obrigação regulatória, podendo ela valer-se inclusive de bens de terceiros.

A partir de tudo o que foi falado nesse subitem, pode-se inferir que (i) nas concessões do STFC não há tarifas destinadas especificamente ao custeio de bens, (ii) não há fundos destinados a contabilizar a depreciação dos bens reversíveis da concessionária, (iii) a concessão

²³⁸ RIBEIRO, Mauricio Portugal. **10 anos da lei de PPP 20 anos da lei de concessões**. Simplíssimo Livros. 2015. Edição eletrônica. pp. 336-337.

do STFC é nitidamente um contrato baseado em obrigações de desempenho, não existindo a obrigação específica de construir qualquer infraestrutura e (iv) existe competição no setor em que essa concessão está inserta. Essas características da concessão do STFC parecem tornar o seu regime de reversibilidade diverso dos regimes encontrados em outros setores. A título de exemplo, na distribuição de energia elétrica, (a) há componentes na tarifa que consideram a depreciação e a amortização dos investimentos realizados²³⁹, (b) há fundos ou contas específicas destinadas a contabilizar a depreciação dos bens reversíveis da concessionária, inclusive existe a previsão de contas vinculadas a que serão destinados os recursos provenientes de alienações de bens já amortizados²⁴⁰ e (c) a concorrência é diminuta, haja vista a distribuidora prestar o serviço de transporte de energia em uma dada região geográfica, sendo a maioria dos consumidores ali localizados considerados cativos.

Apesar da existência dessas dessemelhanças, elas não foram percebidas quando da edição da Resolução ANATEL n. 447/2006, que aprovou o Regulamento de Bens Reversíveis da Anatel, pois a Agência Reguladora expressamente valeu-se da regra consistente em exigir o depósito de recursos financeiros advindos da alienação de bens reversíveis em conta bancária vinculada, já que essa mesma regra se fazia presente no setor de energia elétrica.

O processo administrativo n. 53500.056388/2017-85 cuida da reforma do Regulamento de Bens Reversíveis. Na Análise de Impacto Regulatório elaborada pela área técnica da Anatel consta a proposta de extinguir a necessidade de depósito de valores auferidos com alienações em conta vinculada. Para a área técnica da Anatel, a regra é ineficaz e não gera nenhum benefício perceptível para a concessão, pois, entre outras razões, (i) gera ineficiência na gestão dos recursos financeiros disponíveis, uma vez que valores oriundos das alienações de bens reversíveis ficam bloqueados em contas bancárias até sua devida destinação ao STFC, (ii) a operacionalização dessa ferramenta pressupõe o devido conhecimento da Anatel acerca dos valores pelos quais os bens foram alienados e (iii) não existe garantia de que o valor depositado seja oriundo de uma específica alienação.²⁴¹

²³⁹ Quota de Reintegração Regulatória: quota que considera a depreciação e a amortização dos investimentos realizados, visando recompor os ativos afetos à prestação do serviço, ao longo da sua vida útil.

²⁴⁰ Art. 5º, Resolução Normativa ANEEL n. 691 de 8 de dezembro de 2015: “Os bens inservíveis desvinculados dos serviços de energia elétrica, na forma do art. 4º desta Resolução, podem ser objeto de alienação, com a devida observância das regras e procedimentos estipulados pelo Manual de Contabilidade do Setor Elétrico - MCSE.

§ 1º Na hipótese de alienação mediante contrato de compra e venda, o produto da alienação dos bens, já deduzidos os encargos incidentes sobre a receita de venda, deverá ser depositado em conta bancária vinculada, aberta para esse fim, controlada contabilmente em nível de registro suplementar, até a definitiva aplicação dos recursos na aquisição de novos bens vinculados aos serviços de energia elétrica”.

²⁴¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Processo Administrativo n. 53500.056388/2017-85. Análise de Impacto Regulatório. Regulamentação de Controle de Bens Reversíveis. 2017. p. 43. Disponível em: <

Feitas essas considerações, fato é que o enunciado normativo do art. 17 do Regulamento de Bens Reversíveis aprovado pela Resolução n. 477/2006 está em vigor e deve ser atendido pela Anatel e concessionárias. No entanto, conforme alertado, não se pode enxergar na regra do citado dispositivo normativo um meio de suplantar as cláusulas contratuais dos contratos de concessão firmados, ou seja, a regra do art. 17 não importa em reconhecer a reversibilidade de um bem em função de o valor pago por sua aquisição ser oriundo da conta vinculada. Não. Um bem somente será reversível caso ele seja indispensável ao serviço de telefonia fixa, indispensabilidade essa compreendida tal como nos subitens precedentes.

2.3.4 A reversibilidade do direito de propriedade ou meramente da posse?

O presente item não versa sobre a identificação dos bens reversíveis no setor de telecomunicações, mas, por tratar de uma questão importante sobre o regime jurídico dos bens reversíveis de telecomunicações, entendeu-se ser importante trazê-lo na presente pesquisa.

No primeiro capítulo desse trabalho, defendeu-se a inexistência de uma teoria geral sobre os bens reversíveis. Ao contrário, foi pontuada a possibilidade de coexistência de bens de titularidades diversas (concessionário, concedente e terceiros), ainda que afetados ao serviço outorgado. Quando se trata de bens de titularidade do ente concedente, o fim da concessão importaria o retorno do bem ao seu proprietário. Na hipótese de o bem ser de titularidade do concessionário, o fim da concessão configura uma transferência de titularidade para o ente concedente. Já quando se tratar de um bem de terceiro, a extinção da concessão apenas configurará uma cessão de posição contratual ou uma modificação no sujeito titular do direito real sobre coisa alheia.

Nesse segundo capítulo, já sob as luzes da legislação sobre telecomunicações, foi pontuado que, em regra, os bens integrantes da concessão são de propriedade da concessionária. Logo, na maioria dos casos, deve-se reverter a propriedade dos bens ao ente concedente no momento da extinção da concessão, seja em razão de seu termo final, seja de forma antecipada, com vistas à continuidade na prestação do serviço. Tal conclusão é haurida da cláusula 21.1 dos contratos de concessão firmados em 1998, bem como da definição de bens reversíveis

apresentada no art. 3º do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis em vigor, aprovado pela Resolução n. 447 de 19 de outubro de 2006²⁴².

Não merecem reparos as conclusões acima mencionadas, mas o teor do art. 102 da LGT faz jus a maiores considerações, diante da previsão ali contida de que a “extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis”²⁴³. De acordo com parte da doutrina, o dispositivo normativo da LGT teria criado uma nova espécie de reversão, limitando-se a prever apenas a reversão da posse dos bens. Essa é a conclusão de Caio Mário Pereira Neto, Mateus Adami e Felipe de Carvalho, para quem a “LGT limita a incidência da regra de reversão exclusivamente à posse de um ativo (ou direito) necessário à continuidade do serviço prestado em regime público”²⁴⁴.

De fato, o enunciado é claro ao mencionar a transmissão da posse dos bens reversíveis à União. Todavia, essa interpretação do enunciado normativo limitadora do conteúdo da reversibilidade de bens (se de posse ou de propriedade) não parece ser a mais adequada.

Em primeiro lugar, ela parece enxergar a titularidade privada de todos os bens reversíveis, o que não é verdade, haja vista poderem existir bens públicos também. Mesmo que essa tese seja limitada para abarcar apenas os bens privados, ainda assim ela não parece ser acertada ante os inconvenientes desnecessários por ela gerados.

Extinta a concessão, a tese da reversibilidade limitada à posse dos bens reversíveis acarreta o fenômeno do desdobramento da posse; a propriedade e a posse indireta do bem remanesceriam com o antigo concessionário, enquanto a posse direta seria transmitida para o ente concedente. O inconveniente dessa solução jurídica reside no fato de o ente concedente poder conceder novamente a atividade para um novo concessionário, criando uma relação jurídica trilateral (proprietário do bem – ente concedente – utente do bem). Essa relação trilateral tende a dificultar ainda mais a gestão dos bens. Por exemplo, caso o novo concessionário pretenda alienar o bem, deverá ele postular a desvinculação deste perante a

²⁴² Art. 3º do RCBR, aprovado pela Resolução ANATEL n. 447/2006: “Para efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições: [...] IV - Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público [sic]”.

²⁴³ Art. 102, LGT: “A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis. Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

²⁴⁴ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. Reversibilidade de bens em concessões de telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 73-110, jul./set. 2016. p. 20.

Anatel, conforme a Resolução ANATEL n. 447/2006, mas também ao proprietário, atrasando e emperrando ainda mais a gestão patrimonial da concessão. Tratando-se de bens imóveis, como não há um prazo para a consolidação da posse, haja vista o concessionário original poder nunca mais vir a firmar um novo contrato de concessão, o desdobramento da posse criado pela tese da reversibilidade limitada poderá ser eterno.

Se essa interpretação consequencialista já permite apontar as dificuldades operacionais apresentadas pela tese da reversão limitada da posse, uma interpretação sistemática do assunto caminha também em direção ao seu afastamento. O parágrafo único do mesmo art. 102 da LGT prevê o “pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”. Apesar de não haver clareza no enunciado normativo sobre o que será objeto de pagamento de indenização – se a perda da posse ou da propriedade –, a interpretação mais facilmente obtida a partir da leitura desse texto normativo é de que a indenização seria em função da perda da propriedade.

Refuta-se, portanto, a tese da reversibilidade isolada da posse. A transferência da propriedade para o Poder Público é relevante para uma simplificação das relações jurídicas de modo que o novo concessionário não possua vínculos jurídicos com o concessionário antigo, mas somente com o ente concedente.

Uma melhor forma de interpretar o art. 102 da LGT é não pretender extrair dele o conteúdo da reversão (se de posse ou propriedade), mas o momento (questão temporal) em que a reversão ocorre, ou seja, automaticamente após a extinção da concessão.

A extinção do contrato de concessão implicará a transmissão de uma universalidade de bens. Caberá ao ente concedente avaliar a existência de bens que não deverão ser revertidos, tais como os bens inservíveis à concessão, sendo isso feito a partir de um processo administrativo, momento em que todas as garantias constitucionais deverão ser ofertadas ao ex-concessionário. Mesmo quando o final da concessão seja acompanhado de perto pelo ente concedente pode ser que surjam questões referentes ao enquadramento de bens como reversíveis ou mesmo quanto ao valor das indenizações. A importância de tais discussões não pode impedir a assunção imediata pelo ente concedente dos bens necessários para a prestação do serviço, como já entendido pelo STJ²⁴⁵. Por essa razão é que a LGT menciona expressamente

²⁴⁵ “ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. DESCABIMENTO.

1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da

em transmissão automática da posse, pois, em um primeiro momento, a posse será transmitida para que, posteriormente, após as avaliações necessárias, seja consolidada a transferência da propriedade dos bens efetivamente reversíveis ao ente concedente.

No mesmo sentido caminha o disposto no Contrato de Concessão de 1998²⁴⁶, ao afirmar que, após a extinção da concessão, a Anatel possui o prazo de 180 dias, contados a partir da assunção do serviço, para realizar os levantamentos, avaliações e liquidações necessárias.

Também no sentido de a reversibilidade abarcar o direito de propriedade, o art. 3º, III do Anexo do Decreto n. 2.338 de 07 de outubro de 1997, que aprovou o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, é expresso ao estabelecer ser o patrimônio da Agência constituído pelos bens revertidos ao Poder Público em razão das concessões de serviços de telecomunicações. Desse modo, os bens revertidos ao ente concedente em decorrência das outorgas de serviços de telecomunicações irão compor o patrimônio da Agência até que sejam transferidos para o novo prestador do serviço de telecomunicações objeto da concessão extinta.

A reversibilidade, portanto, refere-se não somente à posse, mas também à propriedade dos bens. Por óbvio, nas hipóteses de direitos reais sobre coisas alheias, bem como nos direitos obrigacionais cujo objeto seja um bem indispensável ao serviço público de telefonia fixa, não há como extrapolar a reversibilidade a ponto de ela englobar a propriedade desse bem. Nesses casos, a reversibilidade limita-se ao próprio direito real ou obrigacional. De modo mais elucidativo, suponha-se uma servidão de passagem de cabos indispensáveis ao STFC; nesse caso, apenas o direito real de servidão será reversível, não atingindo o imóvel como um todo. Em casos dessa natureza, ofertar um entendimento ampliado da reversibilidade pode ensejar resultados catastróficos, criando uma desapropriação em massa de bens particulares.

Em suma, o que se pretende deixar claro é a possibilidade de a reversão abranger a propriedade dos bens, advertindo-se, todavia, quanto à possibilidade de ela abarcar apenas um direito real ou obrigacional sobre um determinado bem quando ele for de propriedade de terceiro.

continuidade do serviço público. Não está condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis que, se for devida, tem de ser garantida nas vias ordinárias. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial não provido” (STJ. REsp 1314050/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012).

²⁴⁶ “Cláusula 23.1. Quando da extinção da concessão reverterão automaticamente à Anatel todos os bens vinculados à concessão na forma do Capítulo XXII, resguardado à Concessionária o direito às indenizações previstas na legislação e neste Contrato.

Parágrafo único. Até 180 (cento e oitenta) dias após o advento da extinção da concessão será procedida uma vistoria dos bens que a integram e lavrado um Termo de Devolução e Reversão dos Bens, com indicação detalhada do estado de conservação dos mesmos, facultado o acompanhamento por representante(s) da Concessionária.”

2.4 A edição da Lei n. 13.848 de 25 de junho de 2019 e sua repercussão sobre a reversibilidade dos bens

Conforme apontado em tópicos precedentes, a LGT definiu a telefonia fixa como um serviço a ser prestado sob um regime jurídico (nomeado *regime público*), diverso do regime jurídico dos demais serviços de telecomunicações, conforme previsão da redação original do parágrafo único do art. 64 da LGT. Ocorre que a LGT, ao extinguir o monopólio setorial detido pela Telebrás, tinha como objetivo estimular a competição setorial, como se pode observar dos “Objetivos da Reforma”:

III) em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial. Nesse objetivo consolidam-se três intenções básicas. A primeira delas associa-se à necessidade de atração de capitais privados através da criação de oportunidades para investimento no setor. A segunda diz respeito à construção de um ambiente que propicie o desenvolvimento da competição justa no mercado e facilite a consolidação de novos participantes. Finalmente, a terceira refere-se à geração de condições que estimulem a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e industrial.²⁴⁷

Inclusive, esse objetivo foi positivado no art. 2º da LGT, ao assentar que o Poder Público tem o dever de “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”.

Com o desenvolvimento das tecnologias da informação, o mercado de comunicação de voz passou a ser explorado não só pelo STFC (telefonia fixa), mas também por SCM (acesso à *internet*) e SMP (telefonia móvel). Ou seja, o tradicional serviço de telefonia fixa agora sofre concorrência de serviços de telecomunicações mais robustos, ofertantes de novas utilidades e comodidades aos seus usuários. Por exemplo, ao se utilizar do SMP, o usuário poderá se comunicar sem limitações físicas de sua residência ou local de trabalho, além de poder desfrutar de conexão à *internet*, o que lhe permite acessar sistemas bancários, compras *online* etc.

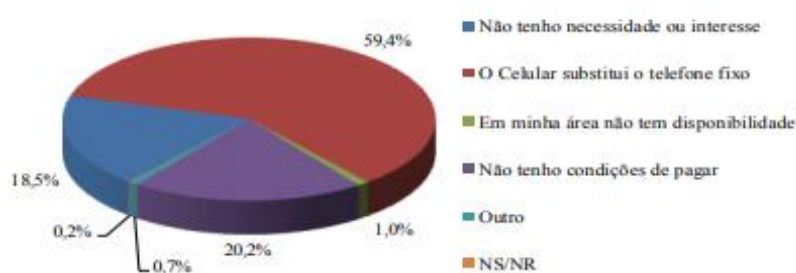
A substitutibilidade do STFC pelo SCM e/ou SMP, contudo, não aparece no Plano Geral de Metas de Competição - PGMC, previsto na Resolução ANATEL n. 600/2012, atualizado em 2017, pois nele ainda há a previsão de mercados diversos de varejo para o STFC, SCM e SMP.

²⁴⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Documento de Encaminhamento da Lei Geral das Telecomunicações, comentando-a. GABINETE DO MINISTRO E.M. n. 231 /MC. Brasília, 10 de dezembro de 1996. p. 15.

Talvez o motivo da escolha por essa opção regulatória seja a carga regulatória diversa a recair sobre cada um desses serviços de telecomunicação.

Utilizando-se de pesquisas econométricas, Anne-Kathrin Barth e Ulrich Heimeshoff avaliaram dados de 16 países europeus e concluíram pelo incremento da substitutividade entre telefonia fixa e telefonia móvel ao longo do tempo.²⁴⁸ Como o estudo considerou dados até o ano de 2010, é possível que nos recentes anos a conclusão dos autores tenha sido robustecida.

Em pesquisa também do ano de 2014, mas com o foco na percepção dos usuários acerca dos serviços de telecomunicações, o IPEA constatou que 45,6% dos domicílios pesquisados não contavam com o serviço de telefonia fixa. A razão para tanto, segundo 59,4% dos respondentes, é que a comunicação via aparelho móvel substitui o telefone fixo, enquanto outros 18,5% dos respondentes afirmaram não ter interesse pelo serviço, o que também pode indicar o mesmo efeito da substitutividade.²⁴⁹



Fonte: SIPS/Ipea

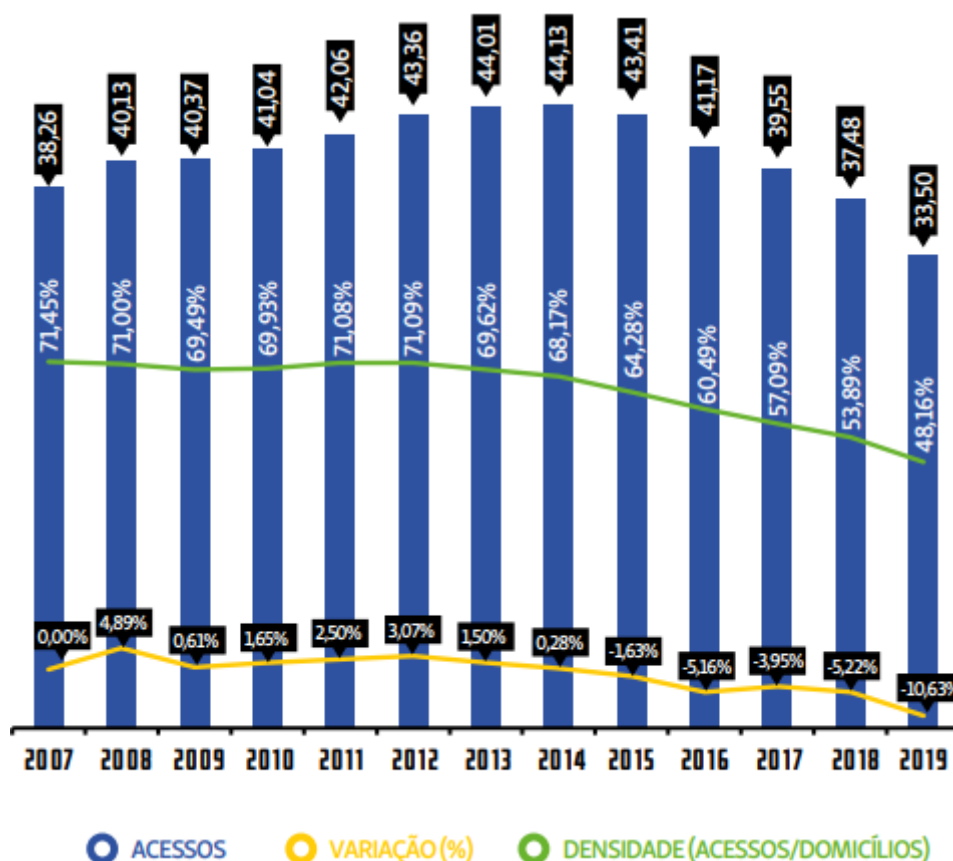
Motivo para não ter telefone fixo²⁵⁰

A evolução tecnológica das telecomunicações ocorrida nos últimos anos impactou severamente os serviços de telecomunicações prestados. Se na época da edição da LGT o serviço tido por essencial era a telefonia fixa (STFC), esse serviço agora encontra-se em franco declínio, perdendo paulatinamente o interesse da população, ante as comodidades possibilitadas pelos novos serviços de telecomunicações. Abaixo, apresenta-se gráfico contendo a quantidade de acessos ao STFC ao longo dos últimos anos.

²⁴⁸ BARTH, Anne-Kathrin; HEIMESHOF, Ulrich. What is the magnitude of fixed–mobile call substitution? Empirical evidence from 16 European countries. **Telecommunications Policy**. Vol. 38, 2014, p. 771-782.

²⁴⁹ OLIVEIRA, João Maria de. Sistema de Indicadores de Percepção Social: serviços de telecomunicações, IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140313_sips_telecomunicacoes.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020. p. 12.

²⁵⁰ Ibid.



Evolução dos Acessos em Serviço de Telefonia Fixa (em milhões)²⁵¹

Nesse gráfico fica patente a queda pelo quinto ano consecutivo da base de assinantes do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC. É interessante notar que no último ano essa queda foi ainda mais acentuada (redução de aproximadamente 10% dos assinantes), o que induz a conclusão no sentido de haver uma aceleração da perda de interesse social por esse serviço. Segundo as projeções da Anatel, “o ritmo da retração da base de assinantes da telefonia fixa tende a se manter forte, acelerando a substituição deste por outros serviços de telecomunicações”. Para o ano de 2020, a Anatel estimou que “o Brasil deverá contar com 21,1 milhões de linhas de telefonia fixa, queda de aproximadamente 37% em comparação ao registrado no exercício 2019”²⁵².

Esse declínio do interesse social pelo serviço foi percebido pelos agentes setoriais e pelo legislador. Inclusive, nas justificativas do Projeto de Lei n. 3.453/2015, constam as seguintes razões:

²⁵¹ Ibid., p. 219.

²⁵² AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Relatório Anual da Anatel 2019. p. 221. Disponível em: < <https://www.anatel.gov.br/institucional/mais-noticias/2573-relatorio-anual-de-gestao-2019-ja-esta-disponivel> >. Acesso em: 10 ago. 2020.

Entretanto, transcorridos mais de 17 anos da desestatização do setor de telecomunicações, a evolução tecnológica mudou radicalmente o panorama setorial. Sob o ponto de vista do consumidor, verifica-se nítida preferência por serviços de telecomunicações que dão suporte à banda larga, como é o caso do Serviço Móvel Pessoal (SMP), no caso da banda larga móvel; e o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), a chamada banda larga fixa.

[...]

Diante desse quadro, ainda que a universalização da telefonia fixa tenha tido grande avanço, ao abrigo dos Planos Gerais de Metas de Universalização do STFC em regime público, é forçoso concluir que o foco no STFC não preza pela efetividade das políticas públicas solicitadas atualmente pela sociedade brasileira. A perda da atratividade comercial desse serviço convalida tal diagnóstico, qual seja, a mudança da percepção social quanto à essencialidade do STFC, particularmente nas áreas geográficas onde há maior oferta de infraestrutura de rede de telecomunicações e, portanto, de serviços disponíveis.²⁵³

O Projeto de Lei n. 3.453/2015 foi aprovado, tendo sido convertido na Lei n. 13.879 de 3 de outubro de 2019. A referida Lei promoveu alterações na LGT, permitindo a adaptação da concessão para autorização (art. 144-A da LGT). Assim, desde que cumpridas as exigências legais, a concessionária deixará de prestar o STFC sob o regime público, passando a fazê-lo sob o regime privado, tornando-se autorizatória.

Para que seja possível a adaptação da concessão para a autorização, a antiga concessionária deverá comprometer-se a manter a prestação do novo serviço autorizado e a disponibilizar a sua capacidade de tráfego nas áreas sem competição adequada, conforme indicado pela Anatel (art. 144-A, inciso I da LGT²⁵⁴). O objetivo do legislador parece ser impedir que as concessionárias interrompam a prestação do serviço em localidades de baixo interesse comercial, regredindo a abrangência de suas redes e, assim, prejudicando os usuários de localidades ermas.

Além disso, como os compromissos de universalização do STFC serão extintos, ela não precisará continuar expandindo suas redes para regiões cada vez mais remotas e de baixa atratividade comercial. Essa regra evidentemente promove um ganho financeiro à concessionária. Para manter o equilíbrio da equação financeira do contrato, a ex-concessionária deveria pagar por essa alteração contratual. Contudo, visando uma melhoria das redes de

²⁵³ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Apresentação do Projeto de Lei n. 3453/2015 pelo Deputado Daniel Vilela (PMDB-GO), que: “Altera a Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997, permitindo à Anatel alterar a modalidade de licenciamento de serviço de telecomunicações de concessão para autorização”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025543>. Acesso em: 13 ago. 2020.

²⁵⁴ Art. 144-A, Lei n. 9.742/97: “A Agência poderá autorizar, mediante solicitação da concessionária, a adaptação do instrumento de concessão para autorização, condicionada à observância dos seguintes requisitos:

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)

I - manutenção da prestação do serviço adaptado e compromisso de cessão de capacidade que possibilite essa manutenção, nas áreas sem competição adequada, nos termos da regulamentação da Agência;

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)”.

telecomunicações, o legislador determinou que o ganho financeiro da permuta de instrumento de outorga fosse compensado com compromissos de investimentos nas redes de telecomunicações (art. 144-A, inciso II²⁵⁵ e art. 144-B²⁵⁶, ambos da LGT).²⁵⁷

Quanto aos bens reversíveis, extinta a concessão, necessariamente eles deverão ser transferidos para o ente concedente. O legislador, todavia, trilhou caminho diverso. Previu ele a elaboração de um cálculo para precificar os bens reversíveis das concessionárias, e o preço correspondente aos bens reversíveis deverá ser incluído nos compromissos de investimento.²⁵⁸ Dessa forma, com o pagamento do preço relativo aos bens reversíveis, nenhum bem deverá ser transferido ao ente concedente com o fim da concessão do STFC. Por óbvio, os bens públicos,

²⁵⁵ Art. 144-A, Lei n. 9.742/97: “A Agência poderá autorizar, mediante solicitação da concessionária, a adaptação do instrumento de concessão para autorização, condicionada à observância dos seguintes requisitos:

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019) [...]

II - assunção, pela requerente, de compromissos de investimento, conforme o art. 144-B;

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)”.

²⁵⁶ Art. 144-B, Lei n. 9.742/97: “O valor econômico associado à adaptação do instrumento de concessão para autorização prevista no art. 144-A será determinado pela Agência, com indicação da metodologia e dos critérios de valoração.

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)

§ 1º O valor econômico referido no caput deste artigo será a diferença entre o valor esperado da exploração do serviço adaptado em regime de autorização e o valor esperado da exploração desse serviço em regime de concessão, calculados a partir da adaptação.

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)

§ 2º O valor econômico referido no caput deste artigo será revertido em compromissos de investimento, priorizados conforme diretrizes do Poder Executivo.

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)

§ 3º Os compromissos de investimento priorizarão a implantação de infraestrutura de rede de alta capacidade de comunicação de dados em áreas sem competição adequada e a redução das desigualdades, nos termos da regulamentação da Agência.

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)

§ 4º Os compromissos de investimento mencionados neste artigo deverão integrar o termo previsto no inciso IV do art. 144-A.

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)

§ 5º Os compromissos de investimento deverão incorporar a oferta subsidiada de tecnologias assistivas para acessibilidade de pessoas com deficiência, seja às redes de alta capacidade de comunicação de dados, seja aos planos de consumo nos serviços de comunicações para usuários com deficiência, nos termos da regulamentação da Agência.

(Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)”.

²⁵⁷ No mesmo sentido, confira-se a seguinte passagem do voto do Relator do Projeto de Lei n. 3.453/2015, datado de 12 de maio de 2016, na Comissão de Ciência e Tecnologia da Câmara dos Deputados: “Outra questão espinhosa que o projeto de lei ora em comento não deixa de enfrentar é a da valoração econômica da substituição da concessão para a autorização. Ora, como a substituição resultará em benefício econômico para as atuais concessionárias de STFC, o projeto procura compensar o referido ganho por meio da criação de metodologia que acarretará obrigações de investimento, conforme diretrizes a serem colocadas pelo Poder Executivo. Sensível às deficiências do setor, propõe-se a priorização desses investimentos na implantação de infraestrutura de rede de alta capacidade de comunicação de dados, para a banda larga, devendo as obrigações integrarem o ato de autorização do serviço”.

²⁵⁸ Art. 144-C, Lei n. 9.742/97: “Para efeito do cálculo do valor econômico mencionado no art. 144-B, serão considerados bens reversíveis, se houver, os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido. (Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)

Parágrafo único. Os bens reversíveis utilizados para a prestação de outros serviços de telecomunicações explorados em regime privado serão valorados na proporção de seu uso para o serviço concedido. (Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)”.

como o espectro de radiofrequência, constante no §1º da cláusula 21.1 do Contrato de Concessão de 1998, deverão retornar ao ente concedente quando extinta a sua autorização de uso.

A solução engendrada pelo legislador teve como pressuposto a difícil tarefa de definir o que seja bem reversível no setor de telecomunicação. Ante essa incerteza jurídica, prejudica-se os investimentos no setor nos últimos anos da concessão, fomenta alocações ineficientes de recursos, como a duplicação desnecessária de redes, bem como propicia contendas judiciais. Essa preocupação é exposta nas motivações do Projeto de Lei n. 3.453/2015:

De outra forma, o zelo do princípio da continuidade em telecomunicações por meio de uma abordagem patrimonial é ineficiente, por ser essa tarefa extremamente complexa e custosa, e possivelmente ineficaz, na medida em que implica considerável risco de litígio judicial acerca dos bens. A gestão de direitos e de obrigações – dita como uma abordagem funcional – parece mais eficiente que a imposição de controle patrimonial.

Em suma, a reversão dos bens vinculados à concessão quando do término dos atuais contratos, que dar-se-á em 2025, prazo não prorrogável pela legislação atual, tende a inibir investimentos em um setor que requer a atualização e a modernização de suas redes para suportar a demanda de tráfego decorrente das inovações de serviços. Nesse contexto, há maior incerteza sobre a destinação dessas novas redes após o final da concessão, o que afeta os investimentos em todos os serviços cuja prestação vale-se da infraestrutura de rede, e não apenas o STFC.

Em outros termos, a possibilidade de investimentos em ampliação e em modernização das redes de telecomunicações serem inapropriadamente revertidos à União conformaria fator de geração de insegurança jurídica às concessionárias.

Resta claro que à medida que o prazo final da concessão se aproxima, reduzem-se os incentivos à ampliação e modernização da rede por parte das concessionárias, tendo em vista o necessário prazo para amortização dos investimentos realizados. Essa diminuição dos investimentos pode ter consequências negativas para o setor, como a piora da qualidade dos serviços prestados ao consumidor.

Além de desincentivos aos investimentos, outros aspectos negativos podem decorrer do contexto apresentado, tais como: alocação ineficiente de recursos a partir de duplicação desnecessária de infraestrutura como resultado da insegurança jurídica; menor eficiência de gestão de redes; gestão ineficiente de patrimônio em razão da impossibilidade de alienação de imóveis desnecessários à prestação do STFC; prejuízos ao estabelecimento de metas de expansão de banda larga decorrentes de dúvidas sobre a reversibilidade dos ativos de rede; e, como já mencionado, maiores custos de controle e de fiscalização de ativos.²⁵⁹

²⁵⁹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Apresentação do Projeto de Lei n. 3453/2015 pelo Deputado Daniel Vilela (PMDB-GO), que: “Altera a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, permitindo à Anatel alterar a modalidade de licenciamento de serviço de telecomunicações de concessão para autorização”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025543>. Acesso em: 13 ago. 2020.

Os novos dispositivos normativos da LGT foram regulamentados pelo Decreto n. 10.402 de 17 de junho de 2020, mas não há nele nenhuma inovação legal acerca dos bens reversíveis.²⁶⁰ Há, contudo, a imposição de a Anatel regulamentar a adaptação de outorgas no prazo de seis meses, conforme o §1º do art. 2º do mencionado Decreto. A regulamentação está sendo conduzida pela Anatel no Processo Administrativo n. 53500.056574/2017-14, cujo rito procedimental já ultrapassou a Consulta Pública (Consulta Pública n. 5, de 7 de fevereiro de 2020). Vale dizer que há a necessidade de aprovação do regulamento pelo Conselho Diretor. Quanto aos valores devidos pela alteração de instrumento de outorga, haverá ainda a apreciação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Por fim, será ofertado às concessionárias prazo de seis meses após a publicação do regulamento para analisar e, caso queira, solicitar a adaptação dos instrumentos de outorga.

2.5 Conclusão parcial

Neste capítulo foi analisado como a legislação setorial de telecomunicações se valeu do instituto dos bens reversíveis como instrumento para garantir a continuidade do serviço. De início, estabeleceu-se que nem todos os serviços de telecomunicações se utilizam da reversibilidade de bens, pois a LGT, ao classificar os regimes de prestação de telecomunicações em público e privado, limitou o uso da reversibilidade de bens apenas para os serviços prestados sob o regime público cuja outorga se dá por concessão. A LGT deferiu ao Poder Executivo a discricionariedade de definir quais serviços de telecomunicações serão prestados sob o regime público; todavia, até o presente momento, somente o serviço telefônico fixo comutado - STFC (telefonia fixa) assim o foi. Ainda que já existam autorizatárias de STFC, a reversibilidade não toca essas prestadoras, pois elas prestam o serviço sob regime privado. Dessa forma, o instituto da reversibilidade está limitado às concessionárias do STFC.

Apesar de o estudo restar delimitado às concessionárias do STFC, a desestatização do sistema Telebrás não fornece maiores esclarecimentos sobre o tema da identificação dos bens reversíveis, pois naquele momento não foi feito qualquer arrolamento de bens, limitando-se o processo de desestatização a avaliar e estabelecer um procedimento de alienação de posições societárias das sociedades empresárias controladas pela *holding* Telebrás. Nos contratos de

²⁶⁰ É interessante ressaltar que a ACP n. 1043563- 46.2020.4.01.3400, interposta por diversas associações em face da União e da Anatel, visa, entre outros objetivos, reconhecer a nulidade dos parágrafos 2º e 3º, do art. 5º do Decreto n. 10.402/2020. Como já mencionado, não há no Decreto n. 10.402/2020 qualquer inovação legislativa acerca dos bens reversíveis, sendo os dois dispositivos impugnados na ACP meras reproduções de dispositivos legais contidos no art. 144-C da LGT. A questão ainda está sob a apreciação do Poder Judiciário.

concessão assinados em 1998 também não há qualquer lista detalhada de bens reversíveis. Ao contrário, o tema é tratado de modo lacônico, seja pela LGT, seja pelas cláusulas dos contratos de concessão.

Analisando a LGT, percebe-se que a Lei não determinou o uso dos bens reversíveis nas concessões, facultando essa opção ao ente regulador. A Anatel, por sua vez, adotou a reversibilidade de bens, prevendo-os nos contratos de concessão assinados em 1998. Fez isso, todavia, de modo bastante vago, pois não identificou propriamente os bens atingidos pela reversibilidade, limitando-se a elencar algumas espécies de bens que seriam reversíveis e estipulando uma cláusula de abertura que determina a reversibilidade dos bens indispensáveis ao STFC.

Após a prorrogação dos contratos em 2005, novos contratos foram assinados, e a Anatel publicou a Resolução n. 447/2006, que aprovou o Regulamento de Bens Reversíveis, estabelecendo novas disposições acerca do tema, principalmente sobre o controle a ser exercido pela Agência. Percebe-se assim a existência de um regulamento setorial que foi paulatinamente se enrijecendo ao longo do tempo, no sentido de aumentar o controle da Agência sobre os bens reversíveis. Mesmo diante desse aumento no controle previsto nos contratos e no Regulamento de Bens Reversíveis, fato é que aquele modo de identificação aberto dos bens reversíveis contido nos contratos de concessão firmados em 1998 e vigente até hoje, com algumas modificações, dificulta a operacionalização do instituto dos bens reversíveis. Apenas para se ter uma ideia dessa dificuldade, ainda há dúvidas acerca de se os bens imóveis ocupados pelas concessionárias seriam reversíveis ou não.

Essa dificuldade é justamente motivo o presente trabalho. Portanto, visando propor um critério de solução para a questão, critério esse pautado nas disposições contidas nas cláusulas contratuais de concessão do STFC, o bem será reversível quando for diretamente aplicado nos processos de telecomunicações da telefonia fixa (*e.g.* equipamentos de comutação, transmissão e terminais de uso público), bem como quando ofertar alguma utilidade direta a esses bens empregados nos processos de telecomunicações da telefonia fixa, permitindo o seu regular funcionamento (*e.g.* abrigá-los, permitir energizá-los, arrefecê-los e melhor geri-los, como *softwares*). Serão ainda reversíveis os bens utilizados diretamente para contatar os consumidores, como centros de atendimento ao consumidor.

O critério acima exposto tem como pressuposto esclarecer o que é *indispensável* para o STFC. Infelizmente, o modo como foi regulado o tema da reversibilidade no setor de telefonia fixa impede o uso de um único e robusto critério de identificação para todos os bens. Como exemplo, há o *backhaul*, inserido como bem reversível na alínea “f” do Anexo 01 após uma

escolha de política pública consistente em trocar algumas metas de universalização pela ampliação da rede de *backhaul*, política pública essa constante no Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU (Decreto n. 7.512 de 30 de junho de 2011, substituído posteriormente pelo Decreto n. 9.619 de 20 de dezembro de 2018). Veja, se isso foi possível, nada impediria que o legislador/regulador realizasse alterações futuras que impactassem diretamente a identificação dos bens reversíveis. Contudo, em regra, somente os bens indispensáveis às concessões de telefonia fixa podem ser considerados como reversíveis.

Com a proximidade dos fins dos contratos de concessão previstos para 2025, a indefinição regulatória acerca da reversibilidade de alguns bens passa a ensejar problema setoriais, entre os quais estão (i) o desincentivo aos investimentos, pois não se sabe se o bem construído será ou não reversível, e (ii) o incentivo à duplicação desnecessária de redes para contornar essa indefinição regulatória. Aliado a esses problemas, o desinteresse social no STFC passou a torná-lo um serviço deficitário. Essa amálgama de fatores ensejou então a edição da Lei n. 13.879 de 3 de outubro de 2019, que permite a convolação das concessões em autorizações, desde que, entre outras exigências, preveja-se a extinção dos bens reversíveis mediante uma contraprestação a ser paga pelas concessionárias e destinada à expansão e a melhorias das redes de telecomunicações (não necessariamente do STFC).

3 A REVERSIBILIDADE DOS BENS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: CASOS DÍFICEIS E ENTENDIMENTOS DE ATORES INSTITUCIONAIS

Enquanto o primeiro capítulo desse trabalho teve como objetivo melhor delinear o instituto da reversibilidade, o segundo capítulo pretendeu trazer a lume o modo como a legislação setorial se valeu da reversibilidade de bens para garantir a continuidade do serviço de telefonia fixa (STFC) concedido. Nesse momento, serão trazidas ainda algumas discussões sobre casos especiais de bens do setor de telecomunicações, como os bens imóveis e os bens multisserviços (bens de uso compartilhado entre o STFC e outros serviços de telecomunicações), buscando aferir se o conceito proposto neste trabalho é suficiente para resolver esses dois casos especiais. Além disso, buscará discutir como os atores institucionais, entre eles a Anatel, o TCU e o Poder Judiciário compreenderam o tema da reversibilidade de bens no setor de telecomunicações.

3.1 A reversibilidade dos bens das concessões do STFC e os bens imóveis

A discussão sobre a reversibilidade dos bens imóveis na doutrina e jurisprudência é a mais profícua entre todas as espécies de bens, merecendo, portanto, um maior aprofundamento. Na doutrina, Floriano Marques Neto²⁶¹ e Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara²⁶² entendem que a reversibilidade do STFC não abarca os bens imóveis. Para uma melhor análise do tema, transcreve-se aqui novamente a cláusula contratual sobre os bens reversíveis e as disposições do Anexo 01 às quais ela se refere:

Cláusula 21.1. - Integram o acervo da presente concessão, sendo a ela vinculados, todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, especialmente aqueles qualificados como tal no Anexo 01 - Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local.

ANEXO N. 01

QUALIFICAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO LONGA DISTÂNCIA NACIONAL

a) Infra-estrutura e equipamentos de comutação, transmissão incluindo terminais de uso público;

²⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Out/Dez 2004.

²⁶² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149-174.

- b) Infra-estrutura e equipamentos de rede externa;
- c) Infra-estrutura de equipamentos de energia e ar condicionado;
- d) Infra-estrutura e equipamentos de centros de atendimento e de prestação de serviço;
- e) Infra-estrutura e equipamentos de sistemas de suporte a operação;
- f) Outros indispensáveis à prestação do serviço. [sic]

Da leitura dos mencionados dispositivos, não há uma previsão expressa acerca dos bens imóveis, podendo eles (i) estarem contidos na regra geral da cláusula 21.1 quando ela menciona “todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido”; (ii) estarem abarcados dentro de *infraestrutura* ou (iii) na alínea “f” do Anexo 01 (“Outros indispensáveis à prestação do serviço”).

Floriano Marques Neto entende não ser possível reconhecer a reversibilidade de bens imóveis. O autor analisa a possibilidade de os bens imóveis estarem inseridos no conteúdo de *infraestrutura*, repelindo essa possibilidade. Para ele, *infraestrutura* não abrange os imóveis: uma coisa seria a antena de transmissão fixada no topo de um prédio comercial (a qual ele entende ser a *infraestrutura* mencionada no dispositivo contratual), outra coisa seria o próprio imóvel. Ademais, não seria possível compreender que *infraestrutura* abrangeria bens imóveis, pois, se assim o fosse, como a alínea “b” faz menção à equipamentos de rede externa, essa interpretação forçosamente concluiria pela reversibilidade de logradouros públicos.²⁶³

O argumento do autor não é convincente, pois deixa de abordar a possibilidade de os imóveis estarem inseridos na alínea “f” do Anexo 01 (“Outros indispensáveis à prestação do serviço”), bem como olvida a regra geral inserta na cláusula 21.1. Além disso, parece haver impropriedades no argumento autoral. De fato, não é necessário ser titular de direito de propriedade sobre um bem imóvel para que nele estejam instalados equipamentos necessários ao STFC, podendo a concessionária valer-se de direitos reais sobre bens de terceiros ou mesmo de direitos obrigacionais para viabilizar a instalação e operação desses equipamentos. Contudo, isso não impede reconhecer a reversibilidade de uma propriedade, apenas permite reconhecer a possibilidade de ser reversível qualquer direito real (*e.g.* propriedade, superfície, servidão etc.) ou obrigacional que permita a instalação desses bens. Por fim, dizer que os bens imóveis são reversíveis não impõe que todos os bens imóveis em que estão instalados equipamentos do STFC devam ser reversíveis. Logo, a impropriedade enxergada pelo autor não existe, não havendo qualquer risco de se pleitear a desapropriação de logradouros públicos.

²⁶³ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo Bens. Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Out/Dez 2004. p. 08.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara também entendem ser inaplicável a reversibilidade aos bens imóveis. Os autores aduzem que seria possível considerar os imóveis como bens reversíveis, caso eles fossem considerados indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, ou, se fosse possível enquadrá-los na lista de bens contida no Anexo 01 do contrato de concessão. Afastam essa segunda possibilidade ante ausência de expressa menção aos imóveis na lista fixada no Anexo 01 do contrato. Quanto à característica da indispensabilidade – primeira hipótese por eles aventada –, argumentam:

Reversíveis, segundo os critérios juridicamente aplicáveis ao caso, são os bens indispensáveis à prestação do serviço (vale dizer, aos seus “processos finalísticos”). Classificar como reversíveis bens imóveis, especialmente quando, reconhecidamente, não têm mais qualquer vinculação com a prestação de serviços (nem mesmo de suporte administrativo) seria, de fato, uma tentativa de expropriação.²⁶⁴

Ao que parece, os autores excluem os imóveis da cláusula de reversão por compreenderem não estarem esses bens empregados em processos finalísticos do STFC (não é um equipamento de transmissão e recepção de sinais, bem como não é um meio pelo qual o sinal trafega), ou seja, apesar de sua *utilidade* para abrigar os equipamentos do STFC, eles não seriam *indispensáveis* ao serviço.

O problema dessa interpretação restritiva de indispensabilidade reside no fato de ela produzir como efeito a exclusão da reversão de todos os direitos reais sobre coisas alheias e direitos obrigacionais, pois eles não são equipamentos de telecomunicações empregados no STFC. Ora, como a servidão de passagem de cabos de telefonia ou mesmo um aluguel de um espaço físico para a instalação de um equipamento não configura a transmissão e recepção dos sinais do STFC, a reversibilidade desses “bens” restaria impedida, prejudicando a continuidade do STFC.

Discorda-se da conclusão trilhada pelos autores, discordância essa pautada no significado de *indispensável* para o serviço de telefonia fixa, defendido no segundo capítulo deste trabalho. Ali, adotou-se como significado de *indispensável* ao serviço de telefonia fixa a situação de o bem estar diretamente vinculado aos processos de telefonia fixa ou quando oferta diretamente uma vantagem a esses bens vinculados aos processos de telefonia fixa, como energizá-los ou arrefecê-los. Nesse sentido, os bens imóveis utilizados para abrigar e sustentar os equipamentos empregados no STFC certamente deverão ser considerados reversíveis. Não

²⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149 – 174. p. 171.

se defende aqui a reversibilidade de todo e qualquer imóvel, mas somente dos imóveis destinados ao abrigo e à sustentação dos equipamentos empregados no STFC.

Nesse ponto cumpre afastar ainda a tese de Floriano Marques Neto²⁶⁵ de que para abrigar um equipamento do STFC não seria indispensável a propriedade do imóvel, mas somente o direito de superfície. De fato, não se nega a possibilidade de o direito de superfície ser reversível, tal e qual o direito real de servidão. Contudo, isso não impede a reversibilidade da propriedade em si, bastando inexistir qualquer direito real sobre coisas alheias.

Como se vê, não prospera a tentativa de afastar de forma absoluta a reversibilidade de bens imóveis. Se há casos em que não há qualquer tipo de vínculo do imóvel com o STFC, como os bens sem utilização atual (*e.g.* terrenos baldios), os bens usados para fins de renda e os bens empregados na prestação de serviços outros que não os concedidos, é certo que existem outros casos em que a indispensabilidade se revela presente (*e.g.* imóveis guarnecedores de equipamentos de STFC), devendo ser reconhecida a sua reversibilidade.

Vale frisar que a reversibilidade de bens imóveis está positivada no art. 3º, IV da Resolução ANATEL n. 447/2006:

IV- Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público [sic].

O entendimento aqui exposto de ser possível a reversão de bens abranger os bens imóveis também parece ser compartilhado com o Tribunal de Contas da União. Em embargos de declaração opostos pela Anatel em face do Acórdão nº 3.311/2015-Plenário²⁶⁶, a ser estudado com mais vagar em tópico futuro, que versou sobre a atuação daquele ente regulador quanto à regulamentação, ao controle, ao acompanhamento e à fiscalização dos bens reversíveis, o TCU exarou o Acórdão n. 1.809/2016-TCU-Plenário. Nesse último acórdão, o TCU considerou adequada a definição de bens reversíveis contida no art. 3º, IV da Resolução ANATEL n. 447/2006 (Regulamento de Controle de Bens Reversíveis - RCBR), que afirma textualmente incluir os imóveis na lista de bens reversíveis.²⁶⁷

Em face do Acórdão n. 1.809/2016-TCU-Plenário, a Anatel apresentou pedido de revisão. O TCU rejeitou o pedido de revisão e, ao exarar o Acórdão n. 2.142/2019-Plenário,

²⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens. Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Out/Dez 2004. p. 13.

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3.311/2015-Plenário. Processo n. 024.646/2014-8. Min. Rel. Benjamin Zymmler. Data da sessão: 09/12/2015.

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.809/2016-Plenário. Processo n. 024.646/2014-8. Min. Rel. Benjamin Zymmler. Data da sessão: 13/07/2016.

determinou à Anatel que solicitasse “informações a prefeituras municipais, órgãos públicos federais, concessionárias e autorizatárias de serviços públicos, prestadoras de serviços, cartórios de imóveis, para identificar bens imóveis que, em algum momento, tenham composto o acervo das concessões do STFC” (item 9.2.1. do acórdão).

Nesses dois acórdãos, o TCU não debateu expressamente a reversibilidade dos bens imóveis. Contudo, tendo em vista o teor das decisões acima, fica patente a conclusão do Tribunal de Contas de serem os bens imóveis abrangidos pela regra da reversibilidade.

No tocante ao entendimento do STJ sobre a reversibilidade de bens imóveis, é possível averiguar o exposto em dois precedentes. No primeiro deles, o AgRg no REsp 971.851/SC, afirmou-se ser requisito indispensável para configurar um bem como reversível a sua indispensabilidade à prestação do serviço. Consequentemente, um bem fora de uso não poderia ser considerado como reversível. Assim, a “tese de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço”²⁶⁸.

Do voto do ministro relator extrai-se a informação de que o imóvel objeto de discussão era um bem imóvel utilizado originalmente como central de atendimento ao consumidor, mas que à época do julgado já estava desativada.²⁶⁹

No segundo precedente, o STJ novamente aplicou o entendimento acerca da indispensabilidade do bem como condição necessária para a reversibilidade.²⁷⁰ Nesse caso, o bem imóvel em discussão fora parcialmente alienado, isto é, somente uma loja térrea do edifício foi vendida, remanescendo o restando do imóvel com a concessionária.²⁷¹

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 971.851/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008.

²⁶⁹ Confira-se a seguinte passagem do voto do ministro relator retirada do acórdão recorrido: “Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM S/A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A” (STJ. AgRg no REsp 971.851/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008).

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1268143/SC, Relator(a): Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 14/04/2015. Data da publicação/Fonte: DJe 20/04/2015.

²⁷¹ Confira-se a seguinte passagem do voto do ministro relator que apresenta trecho do acórdão recorrido: “Segundo informações prestadas pelo Gerente-Geral de Outorga, Acompanhamento e Controle das Obrigações Contratuais da Anatel (fl. 280), de fato, o imóvel descrito na ação constitui apenas parcela do prédio situado à Praça Pereira Oliveira, mais precisamente seu Bloco A, e abrigava uma Agência Comercial da Telesc; sendo que as atividades de atendimento ao público (Ponto de Atendimento Presencial de Clientes) continuaram sendo desenvolvidas no mesmo endereço, mas no Bloco B do mesmo edifício” (STJ. REsp 1268143/SC, Relator(a): Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 14/04/2015. Data da publicação/Fonte: DJe 20/04/2015).

Em ambos os casos o STJ afirmou serem os bens imóveis não reversíveis, pois eram bens dispensáveis à prestação do serviço. Apesar de não se poder concluir que o STJ entenda ser possível existirem bens imóveis reversíveis, pois não houve uma análise específica para esse ponto, fato é que a Corte de Justiça avançou na análise da dispensabilidade do bem para o STFC sem antes aferir se um bem imóvel poderia ser reversível, tema esse que é um antecedente lógico para analisar a indispensabilidade do bem. Dito de outra forma, se o STJ perquiriu sobre a dispensabilidade de um específico imóvel para o STFC, significa dizer que ele entendeu, ao menos de forma subliminar, ser possível que imóveis sejam considerados bens reversíveis. Reforça ainda essa tese o fato de a Corte de Justiça ter-se valido da Resolução ANATEL n. 447/2006 para proferir sua decisão.

A partir da leitura dos precedentes do STJ e do TCU, pode-se afirmar que a reversibilidade do setor de telecomunicações abrange os bens imóveis quando tais bens se revelarem indispensáveis para a prestação do STFC, conforme a cláusula 21.1 dos contratos de concessão e o art. 3º, IV da Resolução ANATEL n. 447/2006. Dessa forma, a proposta formulada nesse trabalho vai ao encontro dos julgados do STJ e TCU sobre a possibilidade da reversibilidade de bens reversíveis. No tocante à profundidade dessa reversibilidade, ou seja, sobre quais bens imóveis seriam reversíveis, não é possível aferir a posição do STJ, enquanto a posição do TCU firmada no Acórdão n. 2.142/2019-Plenário parece ser a mais abrangente possível, do que aqui se discorda.

3.2 Evolução do entendimento da Anatel acerca da reversibilidade de bens imóveis

No tópico anterior, defendeu-se a possibilidade de um bem imóvel ser considerado reversível quando se revelar indispensável ao STFC. Reconheceu-se assim a reversibilidade de bens imóveis guarnecedores de equipamentos empregados no STFC; de outro lado, excluíram-se dos bens reversíveis os imóveis sem utilização atual, os bens usados para fins de renda e os bens empregados na prestação de outros serviços que não os concedidos. Cumpre ainda analisar como a Anatel entendeu a reversibilidade dos bens imóveis ao longo do tempo, finalizando com o estudo do caso dos imóveis administrativos que ensejou um profundo debate e uma evolução no entendimento da Agência sobre a reversibilidade de bens.

De acordo com o relatório do Acórdão n. 3.311/2015 do TCU, consta a informação de que antes da edição do Regulamento de Bens Reversíveis, datado de 2006, somente houve uma solicitação de anuência prévia para a oneração de bem reversível, formulada pela

concessionária Oi em 2004.²⁷² Apesar dessa afirmação, Floriano de Azevedo Marques Neto e Milena Coscione, em trabalho empírico acerca da compreensão da Anatel sobre bens reversíveis, identificaram alguns casos anteriores à Resolução n. 447/2006 (Regulamento de Bens Reversíveis).²⁷³

Entre os casos encontrados pelos pesquisadores, cita-se aquele objeto da Análise n. 061/2001-GCLP, em que a Telesp solicitou à Anatel a anuência prévia para terceirizar as atividades de processamento de dados e alienar um imóvel associado a essa atividade, e que abrangia ainda uma central telefônica.²⁷⁴ Compulsando a Análise n. 061/2001-GCLP²⁷⁵, a Anatel deferiu a alienação do imóvel de 28.312,60 m², mas exigiu que a matrícula do imóvel constasse a reversibilidade de parcela desse imóvel referente à área de 1.550 m² do total em que se localizava a central telefônica. Ao que parece, houve um desmembramento da matrícula do imóvel, sendo permitida a alienação de parte do imóvel que ultrapassasse as necessidades da área ocupada pela central telefônica.

Em outra oportunidade, a Anatel analisou a solicitação de anuência prévia para alienar um computador de grande porte, modelo DPS T4 SW NF 3577 ABC BULL, de propriedade da CTBC TELECOM. Esse pedido foi aferido pela Análise n. 052/2002-GCTC²⁷⁶, tendo o Conselheiro Luiz Tito Cerasoli, ao constatar a depreciação do equipamento informada pela área técnica, deferido o pedido de alienação de computador, bem como de seus acessórios, considerados pela própria empresa como obsoletos, e devidamente substituídos por equipamento mais moderno.

No processo administrativo n. 53500.018940/2005, não identificado pelos pesquisadores anteriormente mencionados, a Telesp solicitou a anuência prévia para realizar

²⁷² Trecho do Relatório do Acórdão n. 3.311/2015-Plenário: “133. Durante a fase de execução da presente auditoria, a Anatel afirmou que, antes da edição do regulamento de 2006, haveria registro de uma única solicitação de anuência prévia, referente a oneração de bem reversível, que foi formulada pela Oi em 2004 e posteriormente negada (peça 55). Nesse contexto, a unidade técnica entende que todas as empresas descumpriram cláusulas dos contratos de concessão firmados em 1998 (peça 49), além do art. 101 da LGT, pois todas as operações com bens reversíveis realizadas até 2006 não teriam tido nem a anuência nem o conhecimento da Anatel” (cf. TCU. Acórdão n. 3.311/2015-Plenário. Processo n. 024.646/2014-8. Min. Rel. Benjamin Zymler. Data da sessão: 09/12/2015).

²⁷³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; COSCIONE, Milene. A reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações de acordo com os precedentes da Anatel. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, n. 10, p. 41-60, 2014.

²⁷⁴ Ibid. p. 46.

²⁷⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Análise n. 61/2001/GCLP. Disponível em: https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=34739&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/analises/perrone/2001/analise_061_lp_2001.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

²⁷⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Análise n. 52/2002/GCTC. Disponível em: https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=43277&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=biblioteca/analises/cerasoli/2002/analise_052_tc_2002.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

um negócio jurídico junto com a CTEEP (transmissora de energia elétrica), consistente na permissão de uso da rede da CTEEP para afixar os cabos de fibra ótica da concessionária de STFC. De acordo com a Análise n. 187/2005-GCJL, o contrato previa ainda que “as fibras óticas instaladas são de uso da TELESP e [...] em 10 (dez) anos – tempo de duração do contrato, a propriedade destas fibras serão transferidas para a CTEEP [sic]”. Ou seja, a Telesp solicitava a anuência prévia da Anatel para alienar os cabos de fibra ótica, bens reversíveis, com o posterior uso desses mesmos cabos para prestar o serviço de telecomunicação. O conselheiro relator concordou com a solicitação da concessionária.

O processo administrativo n. 53500.004191/2009, por sua vez, tratava de um pedido de anuência prévia em que a Sercomtel requeria o aval da Anatel para alienar um imóvel de 1.300,08 m², localizado no parque Itatiaia, na cidade de Londrina no estado do Paraná. De acordo com a Análise n. 645/2009/GCER²⁷⁷, a “fiscalização da Anatel em vistoria ao local constatou a inexistência de instalação de qualquer bem reversível vinculado à prestação do serviço, sendo, portanto, dispensável à continuidade e atualidade do serviço prestado em regime público”. Diante do quadro fático constatado, a Anatel autorizou a alienação do imóvel por ser o bem dispensável ao STFC, não sendo assim reversível.

Em idêntico sentido, foi possível constatar o deferimento da Anatel nos seguintes casos²⁷⁸:

Processo Adm.	Análise	Tipo de Bem	Concessionária	Aprovado?
53500.031090/2008	097/2010-GCER	Bens de massa	CTBC	Sim
53500.010454/2009	15/2010-GCAB	Postes	Telesp	Sim
53500.011044/2008	588/2009-GCER	Bens de massa	Brasil Telecom	Sim
53500.022631/2007	216/2009-GCJR	Não identificado	Brasil Telecom	Sim

Vale menção mais detalhada ao Processo Administrativo n. 53500.011243/2009 e anexos, em que a Anatel, com base na Análise n. 313/2010-GCJV²⁷⁹, compreendeu que alguns dos imóveis indicados na anuência prévia protocolada pela Telesp foram tidos como não

²⁷⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Processo Administrativo n. 53500.004191/2009. Análise n. 645/2009/GCER. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=271643&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=271643.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

²⁷⁸ A pesquisa empírica foi feita no sítio eletrônico da Anatel (<https://www.anatel.gov.br/biblioteca/>), tendo se utilizado como parâmetro de pesquisa a expressão *bem reversível*.

²⁷⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Processo Administrativo n. 53500.011243/2009. Análise n. 313/2010-GCJV. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=251000&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=251000.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

reversíveis enquanto outros tiveram a sua anuência negada. Foram tidos como bens não reversíveis imóveis sem destinação atual (abandonados), destinados a sediar um clube também abandonado. Ao contrário, os bens que tiveram o pedido de anuência prévia negada eram utilizados como abrigo para equipamentos de telecomunicações.

No Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) n. 53566.000373/2007 a concessionária Telemar Norte Leste S.A apresentou pedido de reconsideração em face da multa administrativa aplicada pelo Conselho Diretor da Anatel. Importa nesse momento o argumento exposto pela concessionária de que o imóvel penhorado não seria reversível, limitando-se a penhora ao imóvel em si, não abarcando assim qualquer equipamento de telefonia ali existente. O argumento foi repellido, tendo o conselheiro relator assim fundamentado na Análise n. 317/2011-GCJV:

3.2.10. Quanto ao argumento da empresa de que os imóveis em que estariam localizados os equipamentos de telefonia que, segundo entendimento da Telemar, seriam os únicos bens essenciais à prestação do STFC, dado a dispensabilidade desses bens para a prestação do serviço, entendo que tal argumento não merece prosperar. Isto porque, a argumentação da empresa não prevê o fato de que se vier a perder o imóvel em que os equipamentos estão localizados, deverá efetuar adaptações em sua rede, o que poderá causar interrupções no serviço considerado essencial, afetando, por conseguinte a continuidade do STFC. Ademais, a condição de reversível ou não foi definida pela Administração Pública e somente a esta caberá dizer se tal bem deixou de ter tal condição. Não é demais destacar que o próprio Regulamento de Controle de Bens Reversíveis consta a reversibilidade do bem imóvel.

3.2.11. Registre-se, conforme mencionado no Informe n. 163/2009-PBOAC/PBOA (fls. 105v), que conforme pesquisa realizada no Sistema de Informações Técnicas para Administração das Radiocomunicações - STEL, constatou-se que os bens imóveis dados irregularmente em garantia dão suporte a centrais telefônicas com milhares de acessos instalados. Tal fato corrobora a tese de que esses imóveis constituem infraestrutura indispensável à prestação do STFC, uma vez essenciais ao funcionamento das estações de comutação ali instaladas, não podendo dali serem transferidas sem prejuízo à continuidade do serviço [sic].²⁸⁰

Ao comentarem o último precedente acima mencionado, Floriano de Azevedo Marques Neto e Milena Coscione compreendem ser ele um início de uma guinada na compreensão da Anatel acerca da reversibilidade no setor de telecomunicações, pois, a partir desse momento, a Agência passaria a identificar a reversibilidade em bens imóveis.²⁸¹ Ousa-se discordar dessa

²⁸⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Processo Administrativo n. 53566.000373/2007. Análise n. 317/2011-GCJV. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=261283&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=261283.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.

²⁸¹ “Isso porque, no caso apresentado, a Agência não se limitou a avaliar a indispensabilidade de referidas centrais telefônicas à continuidade da prestação do STFC, mas ampliou o escopo de sua análise para o bem imóvel que lhes dava suporte e, por tal serventia, considerou-o também como imprescindível à prestação do serviço.

conclusão, pois, como visto nos precedentes anteriores, vários deles foram relativos a bens imóveis. É bem verdade que neles houve o deferimento da solicitação das concessionárias, mas não qualquer afirmativa no sentido de um bem imóvel não ser jamais um bem reversível, mesmo porque isso contraria o art. 3º, IV do Regulamento de Bens Reversíveis. O que se pontuou naqueles precedentes foi que bens imóveis desocupados não seriam imprescindíveis ao STFC e, portanto, não seriam bens reversíveis.

Os mencionados autores abordam ainda o precedente contido no Processo n. 53500.024047/2005 e objeto da Análise n. 425/2011-GCER, entendendo ser esse caso um reforço desse novo entendimento da Anatel sobre reversibilidade de bens imóveis. De acordo com esse precedente, a Anatel refutou o argumento da concessionária que postulava não poder ser sancionada por uma oneração de imóvel, haja vista um bem imóvel não ser reversível. Novamente a Anatel entendeu ser reversível o imóvel que alberga equipamentos de telecomunicações do STFC.²⁸²

Como se vê, até o ano de 2011 a Anatel apresentou alguns precedentes acerca de bens reversíveis, muitos deles versando sobre bens imóveis. Pode-se concluir a partir da análise desses casos que a Anatel entendia ser possível a reversibilidade de bens imóveis, desde que eles fossem utilizados para guarnecer equipamentos afetados ao STFC. Assim, foram reputados como não reversíveis prédios sem destinação ao STFC, como imóveis abandonados.

O caso de maior destaque na Agência sobre reversibilidade de bens imóveis é o pedido de anuência prévia efetuado pela Telefônica para desvinculação de três prédios seus visando uma posterior alienação, sendo um deles a sede da concessionária, localizado na rua Martiniano de Carvalho no município de São Paulo. O objetivo da concessionária era concentrar as atividades administrativas em um único edifício a ser alugado futuramente. A Anatel analisou

Claramente há neste precedente a ampliação do conteúdo e alcance do conceito de bens reversíveis encontrado na legislação e na regulamentação setorial e, bem assim, nos contratos de concessão de STFC.

Essa ampliação, como se verifica, tende a abarcar, dentre os bens reversíveis, todos aqueles bens, especialmente imóveis, de domínio da concessionária, mas não essenciais à prestação do STFC” (cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; COSCIONE, Milene. A reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações de acordo com os precedentes da Anatel. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, n. 10, p. 41-60, 2014, p. 50).

²⁸² “Neste contexto, no caso concreto, cumpre salientar que o fato de existir no imóvel infraestruturas e equipamentos que são indispensáveis à prestação do STFC, conforme constatado no Sistema de Serviços de Telecomunicações da Anatel - STEL (Informe n. 145/2008/PBOAC/PBOA, de 25/04/2008), com terminais de acesso associados àqueles endereços, implica necessariamente que o imóvel, enquanto abrigar esses equipamentos, deve ser considerado bem reversível, nos termos do Contrato de Concessão. Portanto, qualquer alienação, oneração ou substituição desses imóveis deve ser precedida de anuência desta Agência, de acordo com o art. 101 da LGT” (cf. Processo Administrativo n.º 53500.024047/2005. Análise n. 425/2011-GCER. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=278167&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=278167.pdf>. Acesso em: 9 set. 2020).

os três prédios conjuntamente, em virtude da inexistência de matrículas individualizadas, restando o processo administrativo tombado sob o n. 53500.025781/2011-31²⁸³.

O Informe n. 13/2012-PBOAC/PBOA esclarece a situação e a funcionalidade desses imóveis quando da vistoria efetuada pelos técnicos da Agência, afirmando serem eles imóveis administrativos, utilizados para ocupar um restaurante e outros serviços oferecidos aos empregados da empresa, atividades de recursos humanos e a sede administrativa e da alta gestão empresarial da Telefônica. Em seguida, a área técnica da Anatel concluiu pela reversibilidade de imóveis administrativos. Para ela, a verificação da presença de bens reversíveis no interior do imóvel não é uma condição única para identificar um imóvel como reversível, sendo tão somente um forte indício dessa característica. Segundo a área técnica da Anatel, existiriam três grupos de atividades ou processos que suportariam o serviço de telecomunicações, são eles: (i) operacionais, (ii) de suporte à gestão e (iii) administrativos em geral. Os dois primeiros seriam identificados como processos indispensáveis à prestação do serviço, devendo os bens a ele vinculados serem reconhecidos como reversíveis; enquanto o processo administrativo em geral não seria indispensável para o serviço. Em razão da importância do argumento, traz-se a seguinte passagem explicativa:

5.71. As atividades e processos operacionais estão notadamente vinculados à efetiva prestação do serviço, sendo que sua paralisação, no curto e/ou longo prazo, tem o condão de impactar negativamente a continuidade, atualidade e qualidade do serviço além de trazer prejuízos aos usuários. Como exemplos, podem-se citar: centros de monitoramento de rede, atendimento aos usuários (presencial e à distância), cobrança, fatura, tarifação, compartilhamento de infraestrutura, gerenciamento de recurso de numeração, manutenção de equipamento e sobressalentes, manutenção da planta (rede), operação (comutação e transmissão), instalação, manutenção e retirada de Telefones de Uso Público. Diante da latente importância desses processos e atividades para o serviço público, todos os bens e direitos que os suportam, inclusive os imóveis, são considerados vinculados à concessão, sendo alcançados pelo ônus da reversão quando integrarem o patrimônio da concessionária e de sua controladora, controlada e coligada.

5.72. Nesta mesma esteira, as atividades e processos de suporte à gestão possuem relação direta com a sustentabilidade/desenvolvimento do negócio, o que pode impactar indiretamente na continuidade da prestação do serviço. Como exemplo, podem-se citar: áreas comerciais (vendas e revendas), marketing, pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, prospecção comercial (pesquisas de novos serviços e produtos, mercados e satisfação), relações com o mercado, contabilidade/auditoria, custos, recursos humanos, financeiro, jurídico e tributário. É razoável afirmar que essas atividades e

²⁸³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Processo Administrativo n. 53500.025781/2011-31. Disponível em:

https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5gYoR1KAsC6DjRCbPhmMOOVg9zRBSU6KM_dMM2dffV6uXABkpM3AC_FvsJjJLZawJGpS7XJ2Cix36pBUfTFiDWxU0-bBgNvPTR6DG9PHqRZ-B0m0iKnQbIw6_S0fSbkr. Acesso em: 09 set. 2020.

processos, além de bastante especializadas, são de grande relevância para a empresa, dando suporte às operações relacionadas à prestação do serviço. Os impactos da paralisação de longo prazo desse tipo de atividade teriam o condão de impactar o relacionamento da empresa com seus acionistas, colaboradores, órgãos governamentais, fornecedores, entre outras partes interessadas. Ademais, afigura-se bastante temerário que, com a extinção da concessão, o novo prestador do serviço público não disponha de infraestrutura e equipamentos para desenvolver tais atividades e processos. No presente momento, não resta nítido que a ausência de infraestrutura e equipamentos para o desenvolvimento dessas atividades e processos não traria prejuízos ao perfeito atendimento dos usuários do serviço e da sociedade em geral. Neste cenário, a vinculação à concessão dos bens e direitos relacionados ao exercício de tais atividades, inclusive imóveis, afigura-se como o posicionamento mais prudente. Registre-se que, pela conjugação dos artigos 94 e 101 da Lei Geral de Telecomunicações, não há exigência de que a infraestrutura e os equipamentos integrem o patrimônio da concessionária. De acordo com a normatização aplicável, no cumprimento de seus deveres, a prestadora poderá empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura contratados junto a terceiros.

5.73. Por outro lado, existem atividades e processos ligados à administração em geral cujo impacto na sustentabilidade do negócio e na continuidade da prestação do serviço público não resta transparente. Como exemplos, podem-se citar: reprografia, manutenção de mobiliário, conservação, higienização e limpeza, copa e cozinha, apoio administrativo e emissão de passagens. Há de se convir que esse tipo de atividade não necessita de equipamento e infraestrutura específica para ser prestado, além de requerer pouca especialização dos colaboradores. Ademais, ressalta-se a facilidade de substituição dos itens patrimoniais e pessoal dedicados a tais atividades.²⁸⁴

A seguir, o processo administrativo foi remetido à Procuradoria Federal Especializada da Anatel que, no Parecer n. 126/2012/ICL/PGF/PFE-Anatel, destacou sua preocupação quanto à despatrimonialização acentuada da concessionária, podendo ela, no limite, permutar todo o seu patrimônio por contratos, esvaziando assim a concessão. Para a Procuradoria, essa possível despatrimonialização da concessão poderia atentar contra a continuidade do serviço público concedido, pois, com a retomada do serviço, poderia haver insegurança jurídica sobre esses contratos.²⁸⁵

²⁸⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Informe n. 13/2012-PBOAC/PBOA. Processo Administrativo n. 53500.025781/2011-31. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5gYoR1KAsC6DjRCbPhmMOOVg9zRBSU6KM_dMM2dffV6uXABkpM3AC_FvsJjJLZawJGpS7XJ2Cix36pBUtTFiDWxU0-bBgNvPTR6D9PHqRZ-B0m0iKnQbIw6_S0fSbkr. Acesso em: 09 set. 2020.

²⁸⁵ Trecho do Parecer n. 126/2012/ICL/PGF/PFE-Anatel contido no Processo Administrativo n. 53500.025781/2011-31: “61. Nesse diapasão, é certo que a problemática da despatrimonialização da Concessão pode conduzir a uma dilapidação do patrimônio efetivo dos bens reversíveis, sem que haja uma necessária substituição por bens que efetivamente poderão ser revertidos ao Poder Público, mas tão-somente de contratos que não possuem valor econômico. Isso sem mencionar que a ausência de patrimônio pode conduzir a uma desvalorização monetária prejudicial à concessão. Em outras palavras, a existência de patrimônio parece tender a preservar o valor econômico da Concessão.

62. Os bens reversíveis listados ou não na RBR se constituem nos ativos entregues pelo Poder Público ou pelos bens do Concessionário, que possuem valor pecuniário e que necessariamente requerem ter o seu valor monetário financeiramente apreciável revertido em favor da aquisição ou manutenção de bens da concessão.

A Análise n. 131/2012-GCRZ, proferida pelo conselheiro relator, acompanhou o raciocínio ofertado pela área técnica e pela Procuradoria, concluindo ser o Complexo Martiniano de Carvalho, na qualidade de sede administrativa de atividades essenciais à concessão, um bem reversível. Mais do que isso, trouxe alguns pontos que modificaram a forma de identificar os bens reversíveis e o controle sobre esses bens. De acordo com a Análise n. 131/2012-GCRZ, bens reversíveis são os bens “indispensáveis à continuidade da prestação do serviço adequado, tendo em vista sua imprescindibilidade técnica e econômica, bem como sua importância para o valor econômico da concessão de longo prazo”²⁸⁶.

A interpretação da indispensabilidade de um bem para o STFC, conforme a Anatel nesse precedente, passa a abarcar não somente a questão técnica, mas também a importância do bem para o valor econômico da concessão, no sentido de o bem possuir uma relevância patrimonial.²⁸⁷ Além dessa conclusão, o conselheiro relator avançou no tema, propondo diretrizes para aprovação de solicitações de alterações das RBR, no sentido de criar requisitos formais a serem adimplidos pelas concessionárias, caso elas pretendam alienar bens reversíveis, com ou sem a posterior substituição, requisitos esses não presentes no Regulamento de Bens Reversíveis (aprovado pela Resolução ANATEL n. 447/2006).²⁸⁸ A Análise n. 131/2012-

63. Em assim sendo cabe registrar que esta Procuradoria ressalta a sua preocupação com relação a uma eventual admissão da substituição de bens reversíveis por contratos, uma vez que, como já acentuado, se levado ao limite, todo o patrimônio poderia ser “garantido” mediante contratos ou bens de terceiros com cláusula de sub-rogação situação essa em que a Concessão restaria esvaziada de patrimônio.

64. Nessa linha, é preciso ainda ter uma cautela inclusive quanto a possíveis alegações do contratado em face da União, quando houver a extinção da Concessão, com a retomada do serviço pelo Poder Público ou por novo Concessionário [sic].”

²⁸⁶ Alínea “f” do parágrafo 3.2.30 da Análise n. 131/2012-GCRZ. Processo Administrativo n. 53500.025781/2011-31.

²⁸⁷ Trecho da Análise n. 131/2012-GCRZ contida no Processo Administrativo n. 53500.025781/2011-31: “3.2.54. Conforme demonstrado acima, são reversíveis os bens próprios e de partes relacionadas, vinculados à concessão que sejam indispensáveis à continuidade da prestação do serviço adequado, tendo em vista sua imprescindibilidade técnica e econômica, bem como sua importância para o valor econômico da concessão de longo prazo. A reversibilidade, portanto, é um atributo decorrente tanto na natureza e na função do bem, quanto na sua relevância patrimonial e significância econômica.

3.2.55. No caso de imóveis não destinados aos processos finalísticos da prestação do serviço, o aspecto mais relevante para ser verificado na caracterização de um bem reversível não é sua imprescindibilidade para manutenção operacional da prestação do serviço (o que, de fato, nem se aplica), mas sua indispensabilidade para manutenção da eficiência associada ao serviço adequado e para a relevância de sua contribuição patrimonial e econômica para a modicidade tarifária.

3.2.56. Sendo assim, o enquadramento de imóveis administrativos como bens reversíveis, não só é perfeitamente possível, como deve se configurar como regra geral no caso do patrimônio das concessionárias”.

²⁸⁸ Trecho da Análise n. 131/2012-GCRZ contida no Processo Administrativo n. 53500.025781/2011-31: “3.2.64. A partir deste entendimento, é possível estabelecer as condições necessárias (mas não suficientes, visto que casos concretos podem demandar informações adicionais) para as operações de gestão dos bens reversíveis:

a) Nas operações de desvinculação de bens da RBR para posterior alienação, a concessionária deve comprovar a:

- i. inaproveitabilidade ou obsolescência do bem para a prestação do serviço;
- ii. desnecessidade de substituição, por meio ausência de risco para a continuidade e atualidade do serviço;
- iii. existência de benefício econômico da alienação para a concessão e para a modicidade tarifária, inclusive e especialmente após o termo do Contrato de Concessão; e

GCRZ foi acompanhada unanimemente pelo Conselho Diretor, tendo sido proferido o Despacho n. 2.262/2012-CD.²⁸⁹ Ao estabelecer critérios e redefinir o conceito de reversibilidade, esse precedente de fato efetuou uma guinada no entendimento da Anatel acerca do tema bens reversíveis.

A Telefônica não apresentou recurso dessa decisão do órgão máximo da Anatel. Contudo, apresentou um recurso administrativo de uma decisão proferida pela Superintendência de Controle de Obrigações (SCO), consubstanciada no Despacho Decisório n. 5.194/2013-COUN/SCO, de 25 de outubro de 2013, que indeferiu solicitação de desvinculação para posterior alienação de um outro bem reversível seu. Nesse recurso administrativo, a Telefônica insurgia-se contra a decisão do Caso Martiniano, o Despacho n. 2.262/2012-CD.

Devido ao caráter abstrato das diretrizes para aprovação de solicitações de alterações das RBR encampadas naquele Despacho n. 2.262/2012-CD e do direito de o administrado efetuar pedidos à Administração (direito de petição), a Anatel, apesar de não conhecer o recurso administrativo aviado pela Telefônica especificamente para os prédios do Complexo Martiniano, recebeu-o para debater aquelas diretrizes abstratas contidas no Despacho n. 2.262/2012-CD, revogando-as posteriormente, conforme Acórdão n. 57, de 08 de fevereiro de 2018²⁹⁰.

iv. os montantes de recursos a serem auferidos com a alienação do bem, para destinação a concessão, bem como os projetos de investimentos em bens reversíveis, com seus respectivos cronograma e objetivos, a serem realizados com os referidos recursos.

b) Nas operações de substituição de bens da RBR por bens próprios, a concessionária deve comprovar a obsolescência do bem para a prestação do serviço;

c) Nas operações de substituição de bens da RBR (próprios ou de terceiros) por bens de terceiros, a concessionária, além do disposto no item 'a' acima, deve comprovar, no caso de substituição por bens de parte não relacionada (bens sub-rogável), a conveniência da não substituição por bens próprios ou de partes relacionadas (reversíveis) com base em análise econômica de curto e longo prazo (além do prazo do Contrato de Concessão) e em avaliação de risco para a continuidade e atualidade do serviço”.

²⁸⁹ Ementa da decisão: “O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso de suas atribuições legais, regulamentares e regimentais, examinando as solicitações de anuência prévia para desvinculação de bens da Relação de Bens Reversíveis, proposta pela TELEFÔNICA DO BRASIL S/A, CNPJ n. 02.558.157/0001-62, concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, no Setor 31 do Plano Geral de Outorgas (PGO), nos autos do processo em referência, decidiu, em sua Reunião n. 641, realizada em 15 de março de 2012: a) reconhecer a reversibilidade de bens imóveis administrativos; b) determinar a inclusão de todos os imóveis componentes do Complexo Martiniano de Carvalho (matrícula n. 16.692, Livro n. 2, 1º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo) na Relação de Bens Reversíveis da Telefônica Brasil S/A; e c) aprovar as diretrizes para a anuência de operações envolvendo a desvinculação, alienação ou substituição de bem integrante da Relação de Bens Reversíveis ou o emprego de bens de terceiros diretamente na prestação do serviço concedido nos termos e condições constantes da Análise n. 131/2012-GCRZ, de 9 de março de 2012.

²⁹⁰ Ementa da decisão: “RECURSO ADMINISTRATIVO. SUPERINTENDÊNCIA DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES. BENS REVERSÍVEIS. SOLICITAÇÃO DE ANUÊNCIA PRÉVIA PARA DESVINCULAÇÃO E POSTERIOR ALIENAÇÃO DE ATIVOS CONSTANTES DA RBR. COMPLEXO MARTINIANO DE CARVALHO. NÃO CONHECIMENTO. REVOGAÇÃO PARCIAL DO DESPACHO N. 2.262/2012-CD.

Para o presente estudo, cumpre destacar os argumentos levantados pelo conselheiro relator do recurso administrativo aviado pela Telefônica na Análise n. 5/2015-GCIF, que defende a não reversibilidade de prédios administrativos. O conselheiro relator, apesar de reconhecer que as atividades abrigadas por prédios administrativos são necessárias à exploração do STFC, compreendeu não serem tais imóveis reversíveis, pois essa solução traria mais inconvenientes do que benesses. Em primeiro lugar esses bens poderiam ser facilmente substituídos pelo próximo concessionário no curto prazo, mormente quando há um procedimento administrativo prévio à assunção do novo concessionário, o que lhe deferiria o tempo necessário para adaptar a gestão do seu negócio para a assunção da concessão. Em segundo lugar, constituiriam ônus ao próximo concessionário, pois o obrigaria a adquirir bens que não necessariamente mostrar-se-ão úteis para a exploração do serviço. Por fim, o dever de assumir um imóvel oneraria as tarifas em decorrência de seu custo de amortização ao longo do contrato.²⁹¹

REVOGAÇÃO DAS DIRETRIZES. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO REGULAMENTO DE BENS REVERSÍVEIS.

1. Pelo não conhecimento do Recurso Administrativo interposto pela TELEFÔNICA DO BRASIL S.A. em face do Despacho Decisório n. 5.194/2013-COUN/SCO, de 25 de outubro de 2013, diante da presença de óbice formal intransponível.

2. Pela revogação, por razões de conveniência e oportunidade, das alíneas ‘a’ e ‘c’ do Despacho n. 2.262/2012-CD, de 21 de março de 2012, que aprova as diretrizes a serem observadas paralelamente ao disposto no Regulamento de Controle de Bens Reversíveis.

3. Pela necessidade de atualização da Resolução n. 447, de 19 de outubro de 2006, por meio de rito ordinário de elaboração de regulamentação, conforme aprovado na Agenda Regulatória”.

²⁹¹ Análise n. 5/2015-GCIF: “4.2.113. Nesse esforço, o regulador deve assegurar a reversibilidade dos bens que, caso não sejam transferidos ao próximo Concessionário, privariam-no da capacidade de dar continuidade à prestação do serviço de forma adequada. Os ativos que não se revestirem dessa característica, em regra, não devem ser considerados reversíveis, pois, além de provocarem oneração das tarifas em decorrência de seu custo de amortização, também constituirão ônus ao próximo Concessionário, que se verá obrigado a adquirir bens que não necessariamente se lhe mostrarão úteis para a exploração do serviço.

4.2.114. Nessa última categoria de bens inserem-se aqueles ativos que, não obstante estarem empregados em atividades e processos imprescindíveis à prestação do serviço, não se mostram necessariamente reversíveis, vez que facilmente substituíveis pelo próximo Concessionário no curto prazo. Deve-se aqui ter em mente que a transição de um Contrato de Concessão para outro se fará de forma planejada. Presume-se que o procedimento licitatório correspondente será realizado e concluído com a antecedência necessária para que o próximo Concessionário possa planejar não só sua estratégia de negócios, como também a alocação dos ativos que serão empregados na execução do serviço.

[...]

4.2.118. Vale ressaltar que, consoante o § 2º da Cláusula 22.1 dos Contratos de Concessão em vigor, as atividades e processos necessários à prestação do STFC integram o acervo da Concessão, mas não estão a ela vinculadas, conforme esclarecido na Análise n. 723/2010-GCJR, de 16/11/2010.32. Não há que se falar, portanto, em sua reversão, pois que só reverterem os bens vinculados, consoante a redação da Cláusula 23.1. O novo Concessionário não assumirá, conseqüentemente, as mesmas estruturas administrativas utilizadas por seu antecessor. De acordo com o que foi assentado no Informe n. 13/2012-PBOAC/PBOA, de 12/1/2012, a execução do serviço concedido demanda o desempenho de atividades e processos administrativos de suporte à gestão que estão diretamente relacionados com a sustentabilidade e o desenvolvimento do negócio, como as áreas de vendas; marketing; relações com investidores; contabilidade e auditoria; recursos humanos; gestão financeira; entre outros. Ainda que se mostrem indispensáveis à exploração do STFC – até porque inerentes a qualquer empresa prestadora de serviços de grande porte – não há necessidade de que, sob o comando do novo Concessionário, sejam tais atividades

Se é certo que o termo *indispensável*, utilizado como critério de definição dos bens reversíveis, não se mostra isento de dúvidas, não se revela acertado o posicionamento adotado pela Anatel no Despacho n. 2.262/2012-CD ao acompanhar a Análise n. 131/2012-GCRZ. Como já dito, a Anatel compreendeu que o bem seria reversível quando ele fosse indispensável tecnicamente e economicamente, bem como importante para o valor econômico da concessão. Em uma interpretação estrita dessa afirmação, todos os bens seriam reversíveis, pois até mesmo a sucata poderia ser alienada e proporcionaria algum tipo de renda, ainda que ínfimo. Até mesmo o caixa da concessionária seria reversível, posto o dinheiro possuir indiscutivelmente um caráter econômico e ser impossível a sobrevivência de uma sociedade empresária sem caixa para adimplir suas obrigações. Tomando uma interpretação menos abrangente da definição de bem reversível contida na Análise n. 131/2012-GCRZ, ainda assim ela se revela equivocada. Em nenhum texto positivo do setor de telecomunicações há qualquer tipo de objetivo de se ampliar o patrimônio da concessionária com os fins de robustecer os bens marcados com a cláusula de reversibilidade. Isto é, se o bem não é indispensável para a prestação do STFC, ele não será revertido, ainda que seu valor financeiro seja bastante elevado.

Se o critério da importância econômica do bem fosse tomado em consideração, todos os bens imóveis seriam reversíveis, ainda que destituídos de uso para o STFC. Ou seja, terrenos baldios, imóveis locados para fins de renda e imóveis empregados exclusivamente para outros serviços de telecomunicações seriam considerados como reversíveis. Como visto, não é esse o posicionamento aqui adotado. Tais bens, ainda que valiosos, por não terem qualquer tipo de afetação na prestação do STFC, não poderão ser tidos como reversíveis.

Melhor caminho seguiu a Anatel ao apreciar o pedido de anuência formulado pela Sercomtel para alienar um imóvel de sua propriedade e destituído de afetação ao STFC, tramitado no processo administrativo n. 53500.070758/2017-97²⁹². Nessa oportunidade, deferiu-se o pedido de alienação, momento em que se fixou a tese, constante no Acórdão n. 673 de 27 de novembro de 2018 de que: “A reversibilidade de um bem deve estar associada à sua efetiva imprescindibilidade para a prestação do serviço concedido. O ônus da reversibilidade não se presta a uma finalidade hipotética de maximização de acervo patrimonial”.

desempenhadas nos mesmos locais e com a utilização dos mesmos recursos utilizados pelo Concessionário anterior [sic]”.

²⁹² AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Processo Administrativo n. 53500.070758/2017-97. Disponível em:

https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?exIsiWoPbTSMJNP15y_TiUpWifXjgqaCc-xbh3o0V5ttS0uQqIkRDNDdsrlbDPN0z9DjOh_HT6NYS_BYkN5mJpLm7GdFkpz1xwqfrS6xrNRYYOwKxCPZ7dK1TCvDUUN. Acesso em: 07 set. 2020.

Quanto aos bens imóveis administrativos, segue-se a conceituação de bens reversíveis já defendida nesse trabalho. Não é o fato de o bem ser interessante para a concessão do STFC que o torna reversível; ao contrário, para tanto, o bem deverá ser *indispensável* para o STFC, ou seja, deverá estar afetado a algum processo de telefonia fixa ou estar ele empregado em alguma função que oferte alguma utilidade direta a esses bens empregados nos processos de telecomunicações da telefonia fixa, permitindo o seu regular funcionamento. Não é o caso dos bens imóveis utilizados como sede administrativa da concessionária. Os departamentos de *marketing*, recursos humanos e jurídico certamente são imprescindíveis para a concessão, mas não o são para a prestação em si do serviço de telefonia fixa, motivo pelo qual entende-se aqui não serem tais bens reversíveis.

É bem verdade que se defendeu aqui serem os centros de atendimento ao consumidor bens reversíveis, mas esses bens estão expressamente mencionados no Anexo 01 dos contratos de concessão, fato que não é observado para os imóveis sede administrativas das concessionárias.

Além disso, são pertinentes os argumentos expostos na Análise n. 5/2015-GCIF, quando o conselheiro afirmou que reputar como reversível o imóvel sede da administração das concessionárias implicaria enrijecer a gestão dos ativos. Em verdade, excluir da reversão esses bens não prejudica em nada a continuidade do serviço público, haja vista o novo concessionário possuir tempo suficiente para adequar a gestão da atividade concedida entre a sua vitória no processo licitatório até o momento do início das atividades.

A Análise n. 5/2015-GCIF aborda ainda o efeito nefasto da maximização de bens reversíveis para a composição das tarifas da concessão do STFC. Como explicado anteriormente ao se comentar sobre as tarifas das concessões do STFC, foi dito ser ela formulada por meio do sistema preço-teto (*price cap*), em que se fixa o valor máximo a ser cobrado por uma cesta de serviços, deixando ao ente regulado o estabelecimento do preço do serviço, desde que obedecido aquele teto máximo, sendo esse preço-teto definido pelo índice inflacionário menos um ganho de produtividade esperado (Fator X). O problema é que no cálculo do ganho de produtividade toma-se em consideração tanto as despesas operacionais, o que inclui os aluguéis dos imóveis, quanto o custo de capital da concessionária, o que abarca o seu acervo patrimonial. Nesse sentido, quando a concessionária é impelida a aumentar seu patrimônio com vistas a maximizar o acervo de bens reversíveis, ela se afasta da gestão patrimonial ótima, prejudicando assim o ganho de produtividade exigido pelo Fator X. Em

suma, a estratégia regulatória de maximização de bens reversíveis prejudica diretamente o consumidor do serviço prestado pelas concessionárias.²⁹³

Em suma, defende-se a possibilidade da reversão de bens imóveis somente quando eles forem empregados para abrigar ou sustentar os bens necessários aos processos de telefonia do STFC, excluída a reversão dos demais imóveis da concessionária, como aqueles destinados à locação ou mesmo para abrigar a sede da administração da concessionária. Cumpre agora a analisar a reversibilidade dos bem multisserviços.

3.3 Bens multisserviços são reversíveis?

Em outras partes desse trabalho mencionou-se a hipótese de bens compartilhados pela concessionária para prestar o STFC e outros serviços de telecomunicação serem considerados (ou não) reversíveis. É justamente sobre essa indagação a questão a ser aqui enfrentada.

De início, vale a lembrança de que o *backhaul* é um bem de uso compartilhado pela concessionária do STFC para prestar esse serviço, bem como para a prestação de outros serviços de telecomunicação, como o SCM (acesso à *internet* banda larga fixa). Contudo, esse bem é reversível por expressa previsão contratual, previsão essa decorrente de uma política pública de substituição de algumas metas de universalização do STFC, conforme o Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU, aprovado pelo Decreto n. 7.512 de 30 de junho de 2011. Não é desse específico bem multisserviço que se tratará no presente subtópico, mas de todos os demais.

²⁹³ Trecho da Análise n. 5/2015-GCIF: “4.2.87. Mas há outra razão, de natureza econômica, que pode demonstrar que, se existe, essa correlação entre estoque de ativos e modicidade tarifária é oposta à que se descreve na Análise n. 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012. A variação líquida do capital imobilizado da concessionária, contabilizada a partir do balanço entre variações das contas de ativo total e aluguéis, tem implicação direta sobre a modicidade tarifária do STFC, na medida em que são importantes insumos no cômputo do Fator X. O custo de capital é composto a partir do ativo total da concessionária e inclui todo seu acervo patrimonial. E as despesas operacionais incluem, obviamente, as rubricas de aluguéis.

4.2.88. Assim, ao contrário do exposto na referida Análise, a redução do capital empregado na concessão, em função da alienação de ativos, que não seja compensada pelo aumento dos aluguéis – situação esperada quando uma concessionária decide alienar um bem próprio e substituí-lo por bens de terceiros – resulta em ganhos de produtividade. Mantido o nível de produção, o resultado esperado, por definição, favorece (e não atenta contra) a modicidade tarifária, devido ao compartilhamento de maiores ganhos de produtividade capturados pelo Fator X. [...]

4.2.90. Assim, em condições operacionais e financeiras regulares, impor diretrizes que visem à maximização do estoque de bens reversíveis representa um entrave à produtividade da prestadora com efeito nocivo sobre as tarifas. Em situações anormais, como, por exemplo, numa venda de ativos para amparar eventuais problemas no caixa da concessionária, torna-se evidente a importância de as áreas técnicas da Anatel – notadamente a Superintendência de Competição (SCP) e a SCO – aperfeiçoarem processos internos que permitam identificar previamente a situação e decidir preventivamente”.

Em sua versão original, o art. 86 da LGT²⁹⁴ vedava às concessionárias a exploração de serviços de telecomunicações outros que não STFC. Apesar dessa vedação legal, a própria LGT, no §3º do seu art. 203²⁹⁵, permitiu às prestadoras do STFC, quando da elaboração dos primeiros contratos de concessão, manterem as outorgas por elas já detidas para prestar os demais serviços de telecomunicações por elas anteriormente já prestado.

Como um exemplo de serviço prestado pelas concessionárias do STFC, havia o Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações - SRTT, convertido posteriormente em Serviço de Comunicação Multimídia - SCM (acesso à *internet* fixa), conforme previsão do art. 68 do Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução ANATEL n. 272/2001.

Se, em um primeiro momento, poderia até fazer sentido essa exclusividade de prestação do STFC em função das diferenças substanciais entre os regimes de prestação dos serviços de telecomunicações, o avanço tecnológico experimentado no setor inicia um movimento para solapar tais diferenças, influenciando, por consequência, modificações legislativas setoriais.

A evolução da computação e da microeletrônica permitiram inovações substanciais na forma de prestar os serviços de telecomunicações. Nos anos 1970 e 1980, o setor de telecomunicações já começava a receber influxos da computação e a microeletrônica, havendo uma evolução dos equipamentos utilizados nas telecomunicações. Inicia-se a mudança de paradigma, migrando-se de dispositivos analógicos para digitais. Contudo, os equipamentos ainda eram específicos para cada um dos serviços de telecomunicações, e não havia – ou era bastante rarefeita – uma interconexão entre as redes dos diversos tipos de serviços. Havia assim uma infraestrutura de rede específica para a oferta de serviços de telefonia fixa, outra para TV a cabo, e assim por diante.²⁹⁶

Nos anos 1990, o contexto tecnológico altera-se completamente. A evolução da computação passa a influir decisivamente nas telecomunicações. As informações a serem

²⁹⁴ Art. 86, LGT: “A concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente os serviços de telecomunicações objeto da concessão”.

²⁹⁵ Art. 207, LGT; “No prazo máximo de sessenta dias a contar da publicação desta Lei, as atuais prestadoras do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral, inclusive as referidas no art. 187 desta Lei, bem como do serviço dos troncos e suas conexões internacionais, deverão pleitear a celebração de contrato de concessão, que será efetivada em até vinte e quatro meses a contar da publicação desta Lei.

[...]

§ 3º Em relação aos demais serviços prestados pelas entidades a que se refere o caput, serão expedidas as respectivas autorizações ou, se for o caso, concessões, observado o disposto neste artigo, no que couber, e no art. 208 desta Lei”.

²⁹⁶ LOURAL, Claudio de Almeida; LEAL, Rodrigo Lima Verde. **Desafios e oportunidades do setor de telecomunicações no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA: Brasília, 2010. p. 9. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9727. Acesso em: 26 ago. 2020.

transmitidas (*e.g.* voz, dados e imagens) passaram a ser transformadas em dados digitais e, utilizando-se de protocolos de comunicação da informática, como o IP (*internet protocol*), tornou-se desnecessário o uso de redes dedicadas a suportar um dado serviço de comunicação. Havia agora um padrão comum que permitia o tráfego da informação nos diversos meios. A partir daí a convergência tecnológica entre os diversos serviços de telecomunicações acentua-se, sendo possível o uso da mesma infraestrutura para prestar serviços de telecomunicações tradicionais, como a telefonia fixa, e para ofertar serviços de comunicação digital, como acesso à *internet*.²⁹⁷

A realidade fática já impunha a mitigação da regulação por serviços, pois não fazia sentido diferenciar algo que o mundo dos fatos tratava como idênticos. Aliado a essa possibilidade de diversos serviços de telecomunicações valerm-se das mesmas redes de comunicação, tal fato ainda trazia uma benesse de ordem econômica: a economia de escopo²⁹⁸. Abria-se a oportunidade de aumentar a eficiência dos serviços de telecomunicações mediante o compartilhamento de uma mesma infraestrutura para prestação de diversos serviços de telecomunicações. Ou seja, reduzia-se o custo do serviço ofertado pelo uso de um mesmo meio de produção: a rede.

Diante disso, a Lei n. 12.485 de 2011 ao alterar o art. 86 da LGT extinguiu a imposição legal de as concessionárias do STFC somente poderem prestar exclusivamente esse serviço. Essa maior liberdade de atuação às concessionárias foi acompanhada de obrigações legais, visando garantir os interesses dos usuários, a livre concorrência e o adequado controle público sobre os bens reversíveis.²⁹⁹ Ao que parece, o legislador tentou permitir a convivência da

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ A economia de escopo ocorre quando é mais barato produzir dois produtos conjuntamente do que os produzir de forma separada.

²⁹⁹ Art. 86, LGT: “A concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações. (Redação dada pela Lei n. 12.485, de 2011)

Parágrafo único. Os critérios e condições para a prestação de outros serviços de telecomunicações diretamente pela concessionária obedecerão, entre outros, aos seguintes princípios, de acordo com regulamentação da Anatel: (Redação dada pela Lei n. 12.485, de 2011)

I - garantia dos interesses dos usuários, nos mecanismos de reajuste e revisão das tarifas, mediante o compartilhamento dos ganhos econômicos advindos da racionalização decorrente da prestação de outros serviços de telecomunicações, ou ainda mediante a transferência integral dos ganhos econômicos que não decorram da eficiência ou iniciativa empresarial, observados os termos dos §§ 2º e 3º do art. 108 desta Lei; (Incluído pela Lei n. 12.485, de 2011)

II - atuação do poder público para propiciar a livre, ampla e justa competição, reprimidas as infrações da ordem econômica, nos termos do art. 6º desta Lei; (Incluído pela Lei n. 12.485, de 2011)

III - existência de mecanismos que assegurem o adequado controle público no que tange aos bens reversíveis. (Incluído pela Lei n. 12.485, de 2011)”.

convergência dos serviços e da assimilação das economias de escopo com o regime regulatório da reversibilidade dos bens das concessões do STFC.

A Anatel apreciou alguns pedidos de anuência prévia para unificação, via fusão ou incorporação, de duas prestadoras de serviços diversos de telecomunicações em uma única prestadora. Como exemplo, citem-se os casos das anuências prévias para reorganização societária da Sercomtel e da Telefônica, abordadas, respectivamente, pelas Análises n. 427/2012-GCRZ³⁰⁰ (processo administrativo n. 53500.022041/2011) e n. 305/2013-GCMB³⁰¹ (processo administrativo n. 53500.005979/2012).

Na mencionada Análise n. 427/2012-GCRZ, o conselheiro relator condicionou a aprovação da reorganização societária pretendida à apresentação dos inventários de bens e a alocação contábil de todos os bens reversíveis no STFC ou na rubrica destinada aos produtos de atacado, conforme o caso. Ademais, a leitura da Análise n. 427/2012-GCRZ deixa transparecer o entendimento de serem os bens multisserviços reversíveis, tendo em vista a seguinte passagem: “Nesse caso, bens indivisíveis que fossem compartilhados por diferentes serviços, ainda que reversíveis, teriam um acompanhamento precário sobre sua remuneração e depreciação”³⁰².

Se no início da vigência da LGT outros serviços, como o SCM, valiam-se da rede mais capilarizada do STFC, com o tempo o STFC passou a valer-se da rede com maior capacidade de tráfego do SCM. A indagação a ser respondida é se essa atual utilização do STFC das redes do SCM contamina esses bens pela marca da reversibilidade.

Partindo da compreensão do critério de indispensabilidade ao STFC, esses bens compartilhados por mais de um serviço, pelo simples fato de serem empregados diretamente na prestação do STFC, seriam bens reversíveis. Essa conclusão pode ser haurida inclusive do conceito de indispensabilidade anteriormente formulado nesse trabalho.

Na Ação Ordinária n. 5013884-15.2017.4.04.7001 proposta originalmente na 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Londrina/PR³⁰³, a Sercomtel discute inúmeros temas sobre

³⁰⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Análise n. 427/2012-GCRZ de 20 de setembro de 2012. Processo Administrativo ANATEL n. 53500.022041/2011. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=284888&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=284888.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

³⁰¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). Análise n. 305/2013-GCMB de 17 de maio de 2013. Processo Administrativo ANATEL n. 53500.005979/2012. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=298279&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=298279.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

³⁰² Trecho do parágrafo 4.2.75. da Análise n. 427/2012-GCRZ de 20 de setembro de 2012. Processo Administrativo ANATEL n. 53500.022041/2011.

³⁰³ Na referida ação judicial, foi reconhecida a incompetência territorial diante da cláusula de eleição de foro prevista nos contratos de concessão (cláusula 36.1), o que ensejou a distribuição do feito para a Seção Judiciária

reversibilidade de bens, entre os quais a reversibilidade dos bens multisserviços. Na oportunidade, a Anatel, em sua peça de contestação, defendeu a reversibilidade dos bens multisserviços com a seguinte fundamentação:

A aplicação de bens utilizados para a prestação do STFC para a prestação de outros serviços em regime privado insere-se nesse cenário de complexidade do setor de telecomunicações. No entanto, embora a utilização compartilhada de ativos e elementos de rede seja possível e caracterize um uso eficiente destes, não se pode perder de vista a necessidade de assegurar-se, no que respeita à telefonia fixa prestada em regime público, a sua própria existência.

Nesse sentido, a premissa que deve orientar a aferição de reversibilidade de um bem consiste na utilização deste para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado em regime público, independentemente de esse bem servir conjuntamente a outros serviços prestados em regime privado.

De fato, um bem deve ser considerado reversível sempre que servir ao STFC, ainda que sua utilização também sirva à prestação de serviços de telecomunicações explorados em regime privado [grifos do próprio documento].

Apesar dos bens compartilhados serem utilizados no STFC e assim possuírem uma característica nitidamente de indispensabilidade para o serviço, discorda-se do posicionamento da Anatel fixada no referido processo judicial, entendendo-se que não há a reversibilidade da propriedade desses bens originalmente empregados em outros serviços de telecomunicações que posteriormente vieram a ser compartilhados com o STFC. A reversibilidade limita-se aqui ao uso desses bens.

A primeira razão para essa limitação na reversibilidade revela-se diante de esses bens possuírem uma capacidade de transmissão de informação muito superior àquela requerida pela STFC. De acordo com o art. 3, XXIII da Resolução ANATEL n. 426 de 9 de dezembro de 2005, que aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, o STFC é conceituado como o “serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia”. Na mesma Resolução, em seu art. 3, XVIII os processos de telefonia são assim descritos:

XVIII - processos de telefonia: aqueles que permitem a comunicação entre pontos fixos determinados, de voz e outros sinais, utilizando técnica de transmissão nos modos 3,1 kHz-voz ou 7 kHz-áudio ou até 64 kbit/s irrestrito, por meio de fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

do Distrito Federal, tendo recebido o n. 1014965-53.4.01.3400. Em sentença, o juízo não adentrou no mérito da questão, entendendo restar prescrita a pretensão da autora de discutir os termos da cláusula contratual por ela assinada. O processo aguarda apreciação pelo TRF1.

De outro lado, a infraestrutura do SCM é bem superior. Apenas para se ter uma ideia da disparidade de capacidade de transmissão, a Resolução n. 598 de 23 de outubro de 2012, ao aprovar o Regulamento de Obrigações de Universalização, estabeleceu no inciso I do art. 34 como meta de capacidade mínima oito Mbps de transmissão do *backhaul* para municípios de 20 mil habitantes. É fácil perceber que capacidade mínima estipulada por lei para uma dada infraestrutura de SCM é superior em 128 (ou 2⁷) vezes à capacidade máxima definida por lei para o STFC.³⁰⁴

Essa ínfima parcela de uso pelo STFC (inferior a 1%) do bem compartilhado já indica ser desarrazoada a solução jurídica de reconhecer a reversibilidade de todo o bem.³⁰⁵

Prevalecendo a solução jurídica da reversibilidade integral dos bens multiserviços, as concessionárias de STFC teriam um incentivo regulatório para desmembrar suas redes de modo a alocar o STFC em redes mais simples, evitando assim a reversibilidade ao final do contrato. Isso certamente vai na direção oposta da pretensão de obter economias de escopo com a prestação dos serviços de telecomunicações de modo unificado.

Na consulta pública n. 11/2009, referente ao modelo de contratos de STFC, aprovado pela Resolução ANATEL n. 552 de 10 de dezembro de 2010, a Telefônica apresentou a Contribuição n. 269, defendendo a não adoção da reversibilidade aos bens compartilhados, fundamentando-se também na assimetria de capacidades de tráfego, não podendo a reversão se comportar como um “toque de Midas, fazendo com que o simples emprego de um bem, ainda que em parte de sua capacidade, na prestação do serviço público torne todo o bem submetido à reversão”.

Não há, todavia, uma regra jurídica expressa apta a responder adequadamente à questão. Iniciando a busca por uma solução jurídica, convém notar que o Código Civil, no art. 1.272³⁰⁶, estabelece o regramento de propriedade de bens móveis pertencentes a diversos donos, defendendo, na hipótese de ser impossível a separação da coisa, reputar cada dono da fração proporcional ao valor da coisa (§1º) e, se uma coisa puder ser considerada como principal, o

³⁰⁴ Em sentido similar, PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. Reversibilidade de bens em concessões de telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 73-110, jul./set. 2016.

³⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149-174, p. 168.

³⁰⁶ Art. 1.272, CC: “As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração.

§ 1º Não sendo possível a separação das coisas, ou exigindo dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado.

§ 2º Se uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros”.

dono dela será dono do todo, indenizando os demais (§2º). É bem verdade que no caso dos bens multisserviços só há um proprietário, o concessionário, mas como há o compartilhamento de um mesmo bem para a prestação de dois serviços diversos – um serviço prestado sob o regime público e outro prestado sob o regime privado –, talvez possa ser pertinente utilizar-se do raciocínio do legislador quando criou o regramento do art. 1.272 do CC. Ao assim proceder, como a destinação do bem é muito mais vinculada ao serviço privado, ele seguirá o regime jurídico dos bens afetados aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime privado, não sendo marcado pela reversibilidade.

Como dito acima, não há uma resposta jurídica expressa no ordenamento jurídico, motivo pelo qual convém ainda se debruçar com maior vagar sobre regras setoriais, não parecendo satisfatório pautar uma resposta unicamente mediante o emprego da analogia com o art. 1.272 do CC.

O art. 11 do Regulamento de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução ANATEL n. 447/2006, permite o compartilhamento de bens reversíveis para prestar outros serviços de telecomunicações. Caso isso ocorra, os bens continuarão marcados pela reversibilidade.³⁰⁷

A regra exposta nesse dispositivo normativo é ligeiramente diferente do caso tratado nesse tópico do presente trabalho, apesar de ambos os casos versarem sobre bens compartilhados. Isso porque o compartilhamento previsto no mencionado enunciado normativo opera do STFC para um outro serviço, e não do outro serviço para o STFC. Isto é, a norma contida no art. 11 do Regulamento de Bens Reversíveis regula tão somente o caso de bens próprios e originalmente vinculados ao STFC serem utilizados também para prestar um outro serviço de telecomunicações. É o exemplo do uso da rede de telefonia fixa para prestar *internet* fixa.

O compartilhamento aqui analisado é outro. Trata-se do compartilhamento de bens próprios e originalmente vinculados a outro serviço de telecomunicações, como o SCM, para a prestação também do STFC. A própria literalidade do dispositivo normativo não deixa dúvidas de sua pretensão de regular apenas uma das hipóteses de compartilhamento de bens. Isso porque o texto normativo inicia mencionando os bens reversíveis. Ora, somente são bens reversíveis aqueles bens utilizados no STFC. Logo, ela somente trata desses bens, originalmente

³⁰⁷ Art. 11 do Regulamento de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução ANATEL n. 447/2006: “Os Bens Reversíveis podem ser utilizados pela Prestadora ou tornados disponíveis a terceiros para prestação de outros serviços de telecomunicações de interesse coletivo. Parágrafo único. Os bens mencionados no caput permanecem integralmente revestidos do ônus da reversibilidade, aplicando-se a eles as regras deste Regulamento”.

empregados no STFC, que foram posteriormente usados em outros serviços de telecomunicações.

Se a interpretação literal impede a compreensão da reversão dos bens compartilhados, uma interpretação sistemática a partir dos arts. 11 e 12 do mesmo Regulamento também alcança a mesma conclusão. Se o concessionário do STFC pretendesse se utilizar de um bem empregado em outro serviço de telecomunicações, deveria contratar com outra prestadora, pois à época da edição da Resolução ANATEL n. 447/2006 ainda vigorava a imposição legal de as concessionárias do STFC somente poderem prestar exclusivamente esse serviço ante a redação original do art. 86 da LGT. Caso a prestadora do STFC assim o fizesse, deveria “fazer constar, nos contratos respectivos, cláusula pela qual o contratado se obriga, em caso de extinção da concessão ou permissão, a mantê-los e a sub-rogar à Anatel os direitos e obrigações deles decorrentes, além do direito da Agência sub-rogar a outros [sic]”, conforme art. 12 da Resolução de Bens Reversíveis, aprovada pela Resolução ANATEL n. 447/2006. Como se vê, o Regulamento de Bens Reversíveis não impõe a reversibilidade da propriedade do bem para os casos de bens de terceiros compartilhados com o STFC, podendo ser factível expandir a conclusão de não ser reversível o bem próprio de uso compartilhado com o STFC.

Além disso, o parágrafo 7º da Cláusula 22.1 dos contratos de concessão assinados em 2011 contém a seguinte regra: “Os bens vinculados à prestação do serviço e que sejam de uso compartilhado pela Concessionária, fazem parte da relação apresentada anualmente pela Concessionária [sic]”. A cláusula contratual não arrola os bens multisserviços como reversíveis, mas somente destina um controle maior sobre eles. Se fosse o intuito ampliar a reversibilidade para esses bens, bastaria incluí-los no Anexo 01, tal como fora feito com o *backhaul*, como lembram Carlos Sundfeld e Jacintho Câmara:

Se o objetivo tivesse sido considerar a propriedade integral desses bens como reversível, bastaria que o contrato assim prescrevesse, determinando que, mesmo compartilhados com outros serviços ou prestadoras, eles teriam de ser revertidos ao concedente no final da concessão. Mas não foi essa a diretriz adotada. Mais uma vez se optou pela flexibilidade; o contrato preferiu criar apenas o dever instrumental de comunicação à agência a respeito da existência de bens compartilhados pela concessionária.³⁰⁸

Ademais, o texto do parágrafo não afirma serem tais bens integrantes do acervo da concessão, nem expressamente menciona sua indispensabilidade para o STFC. Em vez disso, alude apenas a uma vinculação à prestação do STFC.

³⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149-174. p. 169.

Considerando o contrato de concessão de 2011, a resolução de bens reversíveis da Anatel e a própria característica dos bens destinados originariamente em outros serviços de telecomunicações, bem como as soluções sobre reversibilidade anteriormente vistas neste trabalho, não se pode concordar com a solução de enxergar a extensão da reversibilidade para determinados bens no momento em que eles foram empregados na prestação do STFC.

Como então compatibilizar a ausência de reversibilidade dos bens multisserviços e a sua flagrante indispensabilidade desses bens para a atual prestação do STFC? Bem, a solução vai em direção de evitar enxergar somente a transmissão da propriedade como única forma de permitir a continuidade da atividade. Em outra parte desse trabalho defendeu-se a possibilidade de uso de diferentes alternativas (*e.g.* direitos reais sobre bens alheios e direitos obrigacionais) para a reversibilidade. Mantém-se aqui o posicionamento defendido. Nesse sentido, a solução mais adequada para o caso de compartilhamento de bens é permitir a reversão não da propriedade do bem, mas somente do direito de uso parcial da rede no tocante à capacidade necessária para a prestação do serviço de telefonia fixa³⁰⁹. Em suma, entende-se que os bens multisserviços não serão reversíveis em sua inteireza (sua propriedade não migrará para o ente concedente ao final da concessão), restando a reversibilidade desses bens limitada ao direito de uso relativo à capacidade de tráfego empregada no STFC.

Essa inteligência inclusive encontra guarida no art. 144-C da LGT³¹⁰, incluído pela Lei n. 13.879 de 2019. A referida Lei permitiu a alteração das concessões de STFC para autorizações, mas para tanto será necessária a contraprestação pela ex-concessionária por essa adaptação de sua outorga. A inclusão do art. 144-C na LGT pretende solucionar a questão dos bens multisserviços quando da valoração desses bens para efeito de substituição de outorgas, ao definir o valor devido por esses bens como o montante financeiro referente à proporção de seu uso para o STFC. Dessa forma, quando o dispositivo normativo do parágrafo único do art. 144-C na LGT faz expressa menção de serem esses bens multisserviços considerados reversíveis, parece que o legislador pretendeu limitar a reversibilidade desse específico tipo de bem ao direito de uso referente à proporção de sua utilização para o serviço concedido. Percebe-se assim uma adequação entre a solução legislativa proporcionada pelo parágrafo único do art. 144-C na LGT e aquela defendida linhas atrás.

³⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149-174. p. 169.

³¹⁰ Art. 144-C, LGT. “Parágrafo único. Os bens reversíveis utilizados para a prestação de outros serviços de telecomunicações explorados em regime privado serão valorados na proporção de seu uso para o serviço concedido. (Incluído pela Lei n. 13.879, de 2019)”.

Compreende-se, dessa maneira, que o dispositivo normativo do parágrafo único do art. 144-C na LGT teve como mérito esclarecer a reversibilidade dos bens multisserviços, reversibilidade essa (limitada ao direito de uso) que destoa da regra comum da reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações (direito de propriedade).

Não se pode compreender, portanto, a menção à reversibilidade contida no parágrafo único do art. 144-C na LGT como se fosse a reversibilidade ordinária da propriedade, pois isso importaria uma mudança abrupta do regramento contratual desses bens. Conforme pontuado acima, diante da ausência de regra expressa nos contratos de concessão sobre a reversibilidade de bens multisserviços, bem como da interpretação das cláusulas contratuais e dispositivos constantes no Regulamento de Bens Reversíveis (Resolução ANATEL n. 447/2006), não seria possível reconhecer a reversibilidade da propriedade dos bens multisserviços. Ao se compreender que a Lei n. 13.879 de 2019 teria inovado na regulação da matéria, os efeitos dessa Lei alcançariam contratos firmados antes de sua vigência, implicando uma vedada retroatividade de normas alcançadoras do ato jurídico perfeito, conforme o art. 5º, XXXVI da CF, e o art. 6º da LINDB.³¹¹

Por todo o exposto, entende-se que os bens multisserviços são bens reversíveis, mas que sua reversibilidade, diferentemente daquela incidente sobre outros bens, está limitada ao direito de uso proporcional a sua utilização para o STFC.

3.4 A reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações sob a perspectiva do Tribunal de Contas da União - TCU

No presente capítulo, já foram abordadas a questão dos bens imóveis e dos bens multisserviços. Dada a importância de relevante ator institucional, convém trazer à baila o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU sobre o tema da reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações.

³¹¹ A cláusula contratual da reversibilidade delimita alguns bens, criando obrigações atuais de permitir a fiscalização, por exemplo, e o dever futuro de entrega dos bens ao ente concedente. Mesmo esse dever futuro de entrega dos bens está albergado pela proteção da irretroatividade das normas. De acordo com o STF, até mesmo as retroatividades média e mínima, isto é, a possibilidade de a lei nova retroagir para abarcar os efeitos posteriores dos fatos pendentes, como os juros de parcelas não pagas e os juros de parcelas futuras, estarão resguardadas pela vedação à irretroatividade das normas. Nesse sentido, são os seguintes arestos do STF: RE 362.584/DF. Rel. Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 02/12/2002; ADIn. 493-0, Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 25/06/1992.

3.4.1 A adaptação das concessões de telefonia móvel para autorização: o primeiro caso de extinção de reversibilidade no setor de telecomunicações e sua análise pelo TCU

Antes da edição da LGT (Lei n. 9.472/97), editou-se a Lei n. 9.295/96, que organizava a telefonia móvel, cujo serviço se chamava Serviço Móvel Celular - SMC. O art. 3º dessa Lei n. 9.295/96 previu que o instrumento de outorga do SMC seria a concessão³¹². Na época, alguns contratos de concessão foram assinados, tanto com prestadoras do sistema Telebrás quanto com empresas privadas. Com a edição da LGT, o mencionado art. 3º da Lei n. 9.295/96 foi revogado, mas as concessões de SMC se mantiveram intactas ante o disposto no art. 214, III e IV da LGT³¹³. Ao se editar o Decreto n. 2.534/1998 (Plano Geral de Outorgas - PGO), não havia menção ali sobre ser o SMC um serviço prestado sob regime público. Ao revés, o art. 3º do PGO³¹⁴ determinava que todos os demais serviços de telecomunicações, o que abrange o SMC, seriam prestados sob o regime privado.

Em suma, existiam contratos de concessão de SMC assinados, e em vigor à época, que estabeleciam a reversibilidade de bens. De outro lado, a legislação impunha uma solução diversa quando da regulação setorial (serviço prestado em regime privado e destituído de dever de continuidade). Existia, portanto, uma autorização legislativa para a realização da adaptação dos contratos do SMC em autorizações. Com o respaldo dessa autorização legislativa contida no art. 214, IV da LGT, a Anatel editou a Resolução n. 318/2002, por intermédio da qual o ente regulador autorizou a transformação das concessões de Serviço Móvel Celular (SMC) em autorizações de Serviço Móvel Pessoal (SMP).

Na Consulta Pública n. 253 de 2 de outubro de 2000³¹⁵, que precedeu a Resolução ANATEL n. 318/2002, não se identificou qualquer discussão acerca da reversibilidade de bens

³¹² Art. 3º, Lei n. 9.295/96: “O Serviço Móvel Celular será explorado mediante concessão, outorgada, por licitação, pelo prazo de quinze anos, renovável por iguais períodos, observado o disposto no art. 11 desta Lei” (Revogado pela Lei n. 9.472, 16.7.1997).

³¹³ Art. 214, Lei n. 9.472/1997: “Na aplicação desta Lei, serão observadas as seguintes disposições:

I - os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei;

II - enquanto não for editada a nova regulamentação, as concessões, permissões e autorizações continuarão regidas pelos atuais regulamentos, normas e regras;

III - até a edição da regulamentação decorrente desta Lei, continuarão regidos pela Lei n.º 9.295, de 19 de julho de 1996, os serviços por ela disciplinados e os respectivos atos e procedimentos de outorga;

IV - as concessões, permissões e autorizações feitas anteriormente a esta Lei, não reguladas no seu art. 207, permanecerão válidas pelos prazos nelas previstos”.

³¹⁴ Art 3º, Decreto n. 2.534/1998: “Aos demais serviços de telecomunicações, não mencionados no art. 1º, aplica-se o regime jurídico previsto no Livro III, Título III, da Lei n. 9.472, de 1997”.

³¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. Consulta Pública n. 253 de 2 de outubro de 2000. Proposta de Regulamento do Serviço Móvel Pessoal - SMP. Disponível em: <

ou do princípio da continuidade do serviço público. Essa ausência de discussão ocorreu judicialmente, mais precisamente na Ação Popular n. 0019722-05.2002.4.05.8300 (2002.83.00.019722-9), tramitada perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF5. Nesse processo judicial, o autor pretendia a suspensão da Resolução n. 318/02 e dos Termos de Autorização de n. 001/02 a 011/02, que implementaram a adaptação dos instrumentos de concessão e de autorização do serviço móvel celular (SMC) para o serviço móvel pessoal (SMP). Para tanto, argumentava a ilegalidade contida nos atos administrativos acima mencionados em razão da ausência de previsão de reversibilidade dos bens públicos ao término da prestação do serviço em questão. O autor compreendia existir lesão ao patrimônio público em face de os bens públicos da União serem incorporados por particulares através da “substituição” dos Contratos de Concessão por Termos de Autorização.

O autor chegou a obter decisão de tutela antecipada recursal a seu favor, tendo o TRF5 determinado a reversibilidade dos bens necessários à operação do sistema, até o julgamento de mérito da demanda. O processo judicial, contudo, acabou por ser extinto sem resolução de mérito, pois o autor não procedeu a citação dos litisconsortes passivos necessários.

Se judicialmente não houve um desfecho conclusivo sobre a reversibilidade de bens no serviço de telefonia móvel, isso ocorreu perante o Tribunal de Contas da União - TCU em duas oportunidades. No primeiro momento, em razão de solicitação do Congresso Nacional e Representações do MP/TCU e de Unidade Técnica, o TCU analisou a adaptação dos instrumentos de outorga do serviço de telefonia móvel que passaram de concessão para autorização. No Acórdão n. 1.247/2005-Plenário, o TCU entendeu inexistir ilegalidade na adaptação dos instrumentos de outorga, tendo sido excluída a reversibilidade de bens nas autorizações. Pautando-se no regime privado de prestação do serviço de telecomunicações, bem como na existência de ampla competição nos serviços prestados, o TCU entendeu pela inviabilidade da manutenção do instituto nos novos contratos de prestação de serviços de telefonia móvel. Todavia, diante da perda do direito de obter patrimônio no futuro, o TCU determinou que a Anatel avaliasse os impactos financeiros sofridos pela União resultantes da adaptação dos contratos de concessão Serviço Móvel Celular (SMC) em autorizações de Serviço Móvel Pessoal (SMP), principalmente tendo em conta a extinção das cláusulas de reversibilidade de bens (item 9.2. do acórdão).³¹⁶

<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/BuscaConsultaNovo.asp?PaginaAtual=2&Registros=10&Tip o=1&Opcao=finalizadas&txtDescTemaProcesso=253> >. Acesso em: 02 dez. 2020.

³¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.247/2005-Plenário. Processo n. 015.329/2003-6. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Data da sessão: 24/08/2005.

No segundo momento, após nova solicitação, agora do Senado Federal, o TCU novamente analisou a questão da adaptação dos instrumentos de outorga do serviço de telefonia móvel, ou seja, a migração de concessão (SMC) para autorização (SMP). Nessa oportunidade, percebe-se que a Anatel respondeu àquela determinação do TCU imposta no Acórdão n. 1247/2005-Plenário acima mencionado. Todavia, a área técnica do TCU e a própria Corte de Contas entenderam ser inadequada a resposta ofertada pela Agência Reguladora. Entretanto, entendeu-se impertinente requerer uma nova resposta da Anatel. De acordo com a área técnica do TCU, a adaptação dos termos de outorga representou um distrato amigável (previsto em lei e em atos administrativos) entre concedente e concessionário, em que houve renúncias recíprocas de prerrogativas contratuais: do lado do poder concedente, renunciou-se o controle de tarifas e a cláusula de reversão de bens; do lado das concessionárias, houve a inserção da competição entre prestadoras e obrigações mais rígidas na prestação dos serviços e ampliação dos direitos dos usuários. Forte nessas razões, o ministro relator entendeu que um possível prejuízo à União devido à extinção da cláusula de reversão não poderia ser analisado apenas sob o foco da existência de bens reversíveis *versus* o valor a ser indenizado quando ocorresse o fim da concessão, sendo necessária uma análise de todos os ganhos e perdas sofridos com a alteração do regime de outorga. Além disso, o ministro relator lembrou que os bens necessários à prestação do serviço de telefonia móvel são privados, tendo eles sido “adquiridos”³¹⁷ com a desestatização do sistema Telebrás.³¹⁸ Diante dessas razões, entendeu-se adequada a adaptação de instrumentos de outorga promovida pela Anatel para os serviços de telefonia móvel.

³¹⁷ O termo adquirido está entre aspas, pois, em verdade, não houve uma transferência de bens, mas uma alteração de controle societário das companhias desestatizadas.

³¹⁸ “24. Em primeiro lugar, desconhece-se a existência de inventário do patrimônio vinculado às extintas concessões, a partir do qual poderiam ser identificados os bens reversíveis e calculados, de modo individualizado, os efeitos da depreciação e da amortização de investimentos, a fim de se apurar o valor real desses bens à época da extinção das concessões e, por conseguinte, o montante da eventual indenização a ser paga pela União.

25. Outrossim, a avaliação dos impactos financeiros da adaptação dos contratos de concessão de SMC em autorizações de SMP não se limita à quantificação dos valores da rede da concessionária e dos bens reversíveis. Diversas outras variáveis, a exemplo das mencionadas pela unidade técnica, deveriam ser consideradas nessa avaliação, para que se pudesse apurar se a reversão para o poder concedente dos bens afetados ao SMC teria sido mais vantajosa financeiramente do que a simples transferência desses bens para as autorizatárias do SMP.

26. Ressalto que, dado o tempo transcorrido desde a transmutação dos regimes, a adoção de medidas com vistas à obtenção de todas as informações necessárias à realização dos estudos, além de demandar grande esforço do órgão regulador, possivelmente resultaria infrutífera.

27. Por fim, não vislumbro prejuízo ao erário em decorrência da transferência dos bens reversíveis das concessionárias de SMC para o patrimônio das autorizatárias de SMP. A reversibilidade de bens não tinha por finalidade ressarcir ao Estado os bens adquiridos ou produzidos com recursos públicos mas, sim, garantir a continuidade da prestação dos serviços por parte dele no caso da extinção da concessão, o que não foi necessário no presente caso, pois, com a transformação das concessões de SMC em autorizações de SMP, não houve a descontinuidade da prestação dos serviços de telecomunicação.

28. Ademais, devo lembrar que os bens pertencentes às redes das extintas concessionárias de SMC da Banda ‘A’ eram privados, pois foram incluídos no valor pago por elas à época do leilão de desestatização, quando da

3.4.2 Entendimento do TCU sobre os bens reversíveis no STFC

O Tribunal de Contas da União - TCU manifestou-se em quatro oportunidades acerca dos bens reversíveis do STFC. Em apertado resumo, as considerações tecidas pela Corte de Contas vão na direção do baixo controle da Anatel sobre esses bens, afirmando não ter a Agência conhecimento detalhado sobre os bens reversíveis quando do início da concessão do STFC (contratos firmados em 1998). Após a edição da Resolução ANATEL n. 477/2006, o controle da Anatel aumentou, mas ainda se revelou insuficiente, mesmo após 20 anos da desestatização do sistema Telebrás.

A primeira menção do TCU acerca dos bens reversíveis no STFC foi realizada no Acórdão n. 2.468/2010-Plenário. Naquele caso, o TCU acompanhava a atuação da Anatel na operação de transferência do controle acionário da Brasil Telecom para a Oi-Telemar, ambas concessionárias de telefonia fixa. Ao analisar o controle da Anatel exercido sobre os bens reversíveis, o TCU concluiu que existem problemas no acompanhamento, pois as informações detidas pela Agência Reguladora eram tão somente aquelas informadas pelas próprias prestadoras.³¹⁹ Nessa oportunidade, recomendou-se à Anatel a realização periódica de ações de fiscalização e que desenvolvesse novos métodos de controle de forma a permitir uma razoável certeza de que as relações de bens reversíveis apresentadas pelas concessionárias do STFC são fidedignas e atuais.

Em auditoria posterior, o TCU avaliou a atuação da Anatel quanto à regulamentação, ao controle, ao acompanhamento e à fiscalização dos bens reversíveis previstos nos contratos de

privatização do sistema Telebrás, assim como os das concessionárias de SMC da Banda 'B', empresas privadas desde a sua constituição, por terem sido adquiridos com capital privado. Não há que se falar, portanto, em retorno financeiro em decorrência da reversão dos bens" (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.247/2005-Plenário. Processo n. 015.329/2003-6. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Data da sessão: 24/08/2005).

³¹⁹ Trecho do Relatório da Unidade Técnica do TCU que foi acompanhado na íntegra pelo voto do ministro relator: "119. Sobre o controle dos bens reversíveis das empresas de telecomunicação em geral, foi constatado que a Anatel não dispõe de informações suficientes e tempestivas. Verificou-se que houve apenas uma fiscalização para cada concessionária, desde que a Anatel foi criada em 1998, sendo que algumas ainda não foram concluídas. Dessa forma, os dados de que a Agência dispõe são basicamente aqueles apresentados pelas empresas. O controle, neste caso, se mostra precário. Ressalte-se que foi afirmado por técnicos da Anatel que está previsto um aprimoramento do regulamento, com a previsão de um novo documento, que possibilite o controle *on line* da relação de bens reversíveis. No entanto, a questão dos bens reversíveis não afeta a operação de transferência do controle acionário da Brasil Telecom, dado que as concessões serão mantidas separadamente e o controle dos bens reversíveis continuará sendo realizado de forma independente para cada concessão" (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.468/2010-Plenário, Processo n. 020.460/2008-3, Rel. Min. Raimundo Carreiro, data da sessão: 22/08/2010).

concessão do STFC e na LGT, no período de 1998 a 2014. Essa auditoria visava responder às seguintes indagações acerca da reversibilidade de bens no setor de telecomunicações:

- Questão 1. O processo de regulamentação da Anatel e a legislação vigente abrangem os aspectos necessários para o controle fidedigno dos bens reversíveis?
- Questão 2. O processo de controle e acompanhamento garante a fidedignidade e a atualidade do controle dos bens reversíveis?
- Questão 3. O processo de fiscalização garante a fidedignidade e a atualidade do controle dos bens reversíveis?

Ao final, foi proferido o Acórdão n. 3.311/2015-Plenário³²⁰ em que novamente o TCU compreendeu como inadequado o controle da Anatel exercido sob os bens reversíveis. O TCU considerou parcialmente implementada a recomendação exarada no item 9.2.1 do Acórdão n. 2.468/2010-Plenário, pois a Anatel deflagrou mais operações de fiscalização sobre bens reversíveis nas concessionárias. No entanto, procedeu diversas críticas à atuação da Agência sobre o tema. No tocante à primeira indagação, o TCU entendeu como inadequada a inexistência de definição acerca da reversibilidade de bens multisserviços³²¹ (bens compartilhados na prestação de mais de um serviço de telecomunicação) e o fato de a Anatel ter realizado modificações regulatórias sobre bens reversíveis em um procedimento estranho para tanto, como o feito com o despacho que aprovou a Análise n. 131/2012 - GCRZ³²².

Quanto à segunda indagação, o TCU considerou frágeis os procedimentos de análise e acompanhamento da alienação, substituição, desvinculação e oneração dos bens reversíveis, bem como baixo o controle da destinação dos recursos oriundos das alienações dos bens reversíveis.³²³

Por fim, o TCU ainda compreendeu que existem empecilhos regulatórios na fiscalização dos bens reversíveis, seja porque as fiscalizações da Anatel resultam em processos administrativos morosos e de baixa eficácia, seja porque há uma baixa publicidade das listas de bens reversíveis no sítio eletrônico, existindo ainda fragilidades nos instrumentos de controle das Relações de Bens Reversíveis - RBRs.³²⁴

No mesmo Acórdão n. 3.311/2015-Plenário, o TCU determinou que a Anatel encaminhasse ao TCU, no prazo de 180 dias, a apuração do valor total dos recursos obtidos por

³²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3.311/2015-Plenário. Processo n. 024.646/2014-8. Min. Rel. Benjamin Zymler. Data da sessão: 09/12/2015.

³²¹ Ibid. Parágrafo 59 do voto do Min. Relator Benjamin Zymler.

³²² Ibid. Parágrafo 65 do voto do Min. Relator Benjamin Zymler.

³²³ Ibid. Parágrafos 92 e seguintes do voto do Min. Relator Benjamin Zymler.

³²⁴ Ibid. Parágrafos 141 e seguintes do voto do Min. Relator Benjamin Zymler.

cada concessionária a partir das alienações de bens reversíveis realizadas desde 25 de janeiro de 2007 (item 9.2.1), detalhando os tipos de bens reversíveis alienados em cada ano, a comprovação dos depósitos em conta vinculada e a comprovação da aplicação dos recursos obtidos na concessão. Quando se tratar de alienação de bens imóveis, deverá a Anatel ainda encaminhar ao TCU a certidão de registro de escritura pública e a certidão emitida pelo município declarando o valor venal do imóvel para fins de ITBI ou IPTU no momento da solicitação da anuência prévia da agência (item 9.2.2). Determinou ainda a elaboração de um plano de ação com vistas a concluir a instrução e o julgamento em todas as instâncias de todos os Procedimentos Administrativos de Descumprimento de Obrigação - Pados que versem sobre bens reversíveis, instaurados entre 2010 e 2014 (item 9.2.3) e medidas de publicidade das Relações de Bens Reversíveis - RBRs (item 9.2.4). Por fim, recomendou à Anatel, entre outros pontos, a conclusão de forma tempestiva do processo de elaboração do novo regulamento dos bens reversíveis (item 9.3.1) e definir a forma como deve ser tratada a reversibilidade dos bens de uso compartilhado entre o STFC e outros serviços, os chamados bens multiserviços (item 9.3.3).

Em face do Acórdão n. 3.311/2015-Plenário proferido pela Corte de Contas, a Anatel opôs embargos de declaração visando, entre outros temas, esclarecer o conceito de bens reversíveis empregado pelo TCU e o período em que a Anatel deveria fiscalizar os bens reversíveis. Em resposta, o TCU exarou o Acórdão n. 1.809/2016-Plenário³²⁵, esclarecendo i) ser adequada a definição de bens reversíveis constante do art. 3º, IV, da Resolução ANATEL n. 477/2006 (Regulamento de Controle de Bens Reversíveis - RCBR) e ii) que a obrigação da Anatel de controlar os bens reversíveis existe desde a entrada em vigor da Lei Geral das Telecomunicações - LGT, mas a determinação do TCU proferida no Acórdão n. 3.311/2015-Plenário se limitaria ao momento posterior à entrada em vigor da Resolução ANATEL n. 477/2006.

Inconformada com as obrigações impostas pelo TCU, a Anatel apresentou pedido de reexame, pretendendo obter a dispensa das obrigações cominadas no item 9.2.1 e subitens do Acórdão n. 3.311/2015, qual seja, apuração do valor total dos recursos obtidos por cada concessionária a partir das alienações de bens reversíveis realizadas desde 25/01/2007. De acordo com a Agência Reguladora, o entendimento do TCU proferido no Acórdão n. 3.311/2015-Plenário não encontraria amparo na legislação setorial.

³²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.809/2016-Plenário. Processo n. 024.646/2014-8. Min. Rel. Benjamin Zymler. Data da sessão: 13/07/2016.

Segundo a Anatel, as determinações do TCU basearam-se na falsa premissa de que acompanhamento e controle de bens reversíveis constituem o único mecanismo de garantia da continuidade do serviço público de telecomunicações. Porém, esse mecanismo é um mero coadjuvante, existindo formas de garantir a continuidade do STFC bem mais efetivas, como: i) acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; ii) análise de sustentabilidade da concessão; iii) acompanhamento econômico-financeiro da concessionária; iv) controle de obrigações relacionadas, sobretudo, à qualidade e à universalização do serviço; e v) fomento à competição.

De acordo com a Anatel, a Agência possuiria discricionariedade para definir os contornos do controle de bens reversíveis e que as disposições do Regulamento de Bens Reversíveis (Resolução ANATEL n. 477/2006) relativas à reaplicação dos recursos oriundos da alienação de bens reversíveis constituem meras diretrizes para orientar a Anatel no controle de deveres de investimentos previstos, pois o fim último de tal sistemática é garantir a prestação e continuidade do serviço público de telecomunicações.

A Anatel argumenta ainda o efetivo emprego dos recursos advindos da alienação de bens reversíveis na concessão. No entender da Agência, como o custo total de aquisição dos bens reversíveis listados nas RBRs, sem depreciação, saltou de R\$ 99,5 bilhões para R\$ 121,6 bilhões, poder-se-ia inferir que os recursos obtidos com alienações foram reaplicados na concessão, mesmo ausente a individualização de cada uma das alienações de bens reversíveis.

A Corte de Contas, ao proferir o Acórdão n. 2.142/2019-Plenário, manifestou sua discordância perante toda a argumentação exposta pela Agência Reguladora. Para o TCU, a Anatel detinha a discricionariedade de valer-se ou não dos bens reversíveis. Entretanto, ao optar pela utilização do instituto da reversibilidade de bens, deveria a Anatel proceder ao adequado controle desses bens, tal como especificado na LGT, nos contratos de concessão e no regulamento setorial. Ao contrário, ao invés de identificar cabalmente os bens reversíveis, conforme preceitua o art. 93, XI da LGT, a Anatel trouxe uma qualificação excessivamente aberta dos bens no Anexo 01 dos Contratos, descumprindo frontalmente a LGT. Esse descumprimento segue ainda devido à adoção de frágeis controles sobre a alienação desses bens. Ainda de acordo com o TCU, o controle de bens reversíveis exigido pela LGT, contratos de concessão e regulamento, é de suma importância para os casos em que a concessão é extinta antes do termo contratual, ante a necessidade de aferição de valores das indenizações relativas à não amortização desses bens. Por fim, quanto à inferência feita pela Anatel acerca da destinação dos recursos à concessão, em razão do fato de o quantitativo de bens ter crescido ao longo do tempo, a área técnica do TCU informou ser essa inferência descabida, pois o

quantitativo patrimonial nada assegura sobre a “atualidade dos bens reversíveis, nem sobre o panorama das indenizações a serem pagas ou dos bens que estariam disponíveis para a continuidade do serviço público em caso de reversão anterior ao termo do prazo contratual”³²⁶.

Ao final, o TCU determinou que a Anatel apresentasse relação que identificasse todos os bens reversíveis do STFC, ao final do exercício de 2017, sem as falhas identificadas nas Relações de Bens Reversíveis - RBRs apresentadas pelas concessionárias. Para tanto, o TCU determinou à Anatel (i) compulsar a documentação disponível no Arquivo Nacional acerca dos bens das antigas subsidiárias da Telebrás, (ii) solicitar ao BNDES e às consultoras KPMG e Azevedo Sodré as listas de bens reversíveis elaboradas durante o processo de avaliação para a desestatização do sistema Telebrás, (iii) compulsar as demonstrações financeiras das operadoras de STFC e das demais empresas dos grupos a que pertencem, para identificar transferências ou alienações de bens do ativo imobilizado entre inúmeros outros documentos.

3.4.3 Crítica ao entendimento do TCU sobre os bens reversíveis no STFC

A partir da leitura dos acórdãos proferidos pelo TCU sobre o tema, principalmente o Acórdão n. 2.142/2019-Plenário, por ser o mais atual e ter enfrentado alguns questionamentos expostos pela Anatel, percebe-se uma certa confusão feita pela Corte de Contas.

De início, concorda-se com o TCU quanto à crítica tecida acerca do controle sobre os bens reversíveis efetivado pela Anatel ao longo dos anos. Se é verdade que a Anatel possuía a discricionariedade de adotar o instituto da reversibilidade quando da elaboração dos primeiros contratos de concessão em 1998, certo é que ao adotá-lo deveria ela obedecer aos ditames da LGT, mormente a regra contida no art. 101, que exige a anuência prévia da Anatel para a alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis. Ora, se é necessário a prévia autorização da Anatel para tais negócios jurídicos, é de bom alvitre o conhecimento detalhado acerca de quais bens são esses. Esse controle inclusive pode ser haurido diretamente dos contratos de concessão, quando o inciso I da Cláusula 16.1³²⁷ dispõe como incumbência da Anatel acompanhar e fiscalizar a conservação dos bens reversíveis.

³²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.142/2019-Plenário. Processo n. 024.646/2014-8. Min. Rel. Walton Alencar. Data da sessão: 11/09/2019.

³²⁷ Contrato de Concessão do STFC firmado em 1998: “Cláusula 16.1 - Além das outras prerrogativas inerentes à sua função de órgão regulador e das demais obrigações decorrentes do presente Contrato, incumbirá à ANATEL: I - acompanhar e fiscalizar a prestação do serviço e a conservação dos bens reversíveis, visando ao atendimento das normas, especificações e instruções estabelecidas neste Contrato e em seus anexos”.

Além disso, caso houvesse a extinção prematura das concessões, é direito do concessionário o recebimento de indenização pelas parcelas de investimentos ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido (parágrafo único do art. 102 da LGT). Tal fato impõe também o devido controle dos bens reversíveis. Desconhecendo quais bens são reversíveis e a condição de amortização ou depreciação desses bens, a Anatel não terá informações adequadas para bem precificar a indenização devida à concessionária.³²⁸

A adoção dos bens reversíveis como meio de garantir a continuidade do STFC importou excluir a discricionariedade administrativa acerca do controle dos bens reversíveis. Restava, contudo, ainda uma discricionariedade da Agência sobre o modo de efetivar esse controle. Ocorre que essa discricionariedade se esvaiu quando a Anatel editou o Regulamento de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n. 447/2006. No art. 5º do regulamento há normas expressas sobre o dever de envio de relações de bens reversíveis pelas concessionárias e os prazos para cumprimento desse dever. Além disso, há regramento acerca do procedimento de alterações nas relações de bens reversíveis. Disso tudo se conclui que inexistiu uma discricionariedade da Agência acerca do controle dos bens reversíveis; ele deve ser efetivamente exercido e nos moldes do Regulamento de Bens Reversíveis em vigor.

O problema dessa ausência de controle pela Anatel sobre bens reversíveis, mormente quando do início dos contratos de concessão, talvez possa ser explicado pelo modelo de reversibilidade de bens contido nos contratos de concessão, modelo esse dotado de cláusulas vagas que dificultam o adequado detalhamento desses bens. Além disso, a Resolução n. 447/2006 exige o depósito dos recursos advindos de alienações de bens reversíveis em conta vinculada, conforme o art. 17, e, apesar do equívoco da existência da citada regra, ela existe, devendo, portanto, ser obedecida pela Anatel e concessionárias.

Apesar de concordar com o TCU acerca da ausência de controle dos bens reversíveis efetiva pela Anatel ao longo dos tempos, discorda-se acerca de alguns fundamentos empregados no Acórdão n. 2.142/2019-Plenário e, por conseguinte, de obrigações cominadas à Anatel. O voto do ministro relator afirma ser desimportante para o deslinde da questão saber quem é o

³²⁸ Em sentido similar, o seguinte trecho do voto do ministro relator Walton Alencar do Acórdão n. 2.142/2019-Plenário do TCU: “Ora, se não se sabe quais eram os bens reversíveis em 1998 – competência legal expressa da Anatel – não há como abater da indenização requerida pela concessionária o valor correspondente a alienações, desvinculações, onerações e substituições, muito menos exigir a reversão desses bens. E sem conhecer os pormenores das mutações desse patrimônio, não terá a agência reguladora condições de questionar a relação de bens reversíveis que vier a ser apresentada pelas concessionárias ao final da concessão, nem segurança para definir o percentual ainda não amortizado desses bens, o que favorece imensamente as empresas concessionárias”.

proprietário dos bens reversíveis; entretanto, o rigor exigido em conhecer todo o histórico de bens reversíveis desde a assinatura dos primeiros contratos parece ser fruto de uma compreensão (ainda que inconsciente) de serem esses bens de titularidade pública. Para exemplificar a afirmação acerca dessa linha de raciocínio seguida pelo TCU, destacam-se os seguintes trechos do voto do ministro relator:

Pouco importa se parcela desses bens perdeu o valor que outrora ostentava; outros bens, consistentes em imóveis, torres etc., certamente mantiveram o valor e têm de ser verificados. Eles não foram doados às atuais concessionárias. A doação é o efeito prático, lamentável, da inação da agência. Agora, certamente, a agência foi leniente no cumprimento de suas obrigações definidas pela legislação e contratos em vigor.

Ao contrário do que pretende fazer crer a agência, não basta que valores equivalentes aos apurados com a alienação de bens reversíveis tenham sido investidos na prestação do serviço concedido. É preciso que os bens adquiridos possuam a qualificação de bens reversíveis ao final do contrato. Bens adquiridos com recursos derivados de bens reversíveis são bens reversíveis. Não possuindo, não se incorporarão ao acervo da concessão e permanecerão, em vez disso, sob propriedade da operadora, após a extinção do contrato de concessão, caracterizando ganho indevido das concessionárias, à custa do Erário.

Estranho que os beneficiários da inação da agência reguladora sejam exclusivamente as empresas concessionárias que, pela ausência completa de informações, tornam-se proprietários de patrimônio que não era seu, consistentes em bens vinculados ao serviço público. A ausência de acompanhamento dos bens reversíveis surtiu esse deletério efeito para o patrimônio público.

Ainda no voto do ministro Benjamin Zymler fica patente a obrigação da Anatel de cuidar do acervo de bens:

8. Do acima exposto, fica patente que toda a atuação do ente regulador foi pautado [sic] pela premissa de que os bens reversíveis só deveriam ser controlados visando garantir a prestação de um serviço adequado. Por via de consequência, foram negligenciadas as preocupações de cunho patrimonial, que, consoante exposto acima, deveriam ser igualmente prioritárias em decorrência dos elevados valores envolvidos.

Ao encarar (ainda que inconscientemente) os bens reversíveis como de titularidade pública, o acórdão do TCU passou a exigir da Anatel um cuidado sobre esses bens sob a ótica de um dever legal de cuidar de um patrimônio que será um dia de titularidade pública.

De fato, marcar bens com cláusulas de reversibilidade importa em criar uma vantagem de cunho nitidamente econômico em favor do ente concedente, motivo pelo qual exige um devido cuidado para com o acervo de bens. No entanto, os bens reversíveis são somente aqueles identificados pelo contrato de concessão, isto é, os bens indispensáveis ao STFC. Não há nos contratos de concessão qualquer menção à maximização patrimonial ou de que “bens adquiridos

com recursos derivados de bens reversíveis são bens reversíveis”, conforme pontuou o ministro relator.

Discorda-se ainda quando a Corte de Contas vincula a reversibilidade de bens ao processo de desestatização. De acordo com o voto do ministro relator, a especificação dos bens reversíveis jamais foi requerida pelas concessionárias, pois o valor venal desses bens não compunha o fluxo de caixa objeto da precificação do edital de desestatização, logo a alienação desses bens não poderia beneficiar essas empresas.³²⁹ Há problemas nessa afirmação. Em primeiro lugar, o método de fluxo de caixa descontado é apenas um método que foi utilizado para calcular o valor mínimo pelo qual a União aceitava transferir sua posição acionária que ela detinha sobre as concessionárias de STFC. Dito de outro modo, o fluxo de caixa descontado é apenas um método de precificação de *negócios*, ele nada menciona sobre os bens inseridos no *negócio*. No caso em exame, como o *negócio* é uma concessão, é nela (mais precisamente nos contratos de concessão) onde se deve buscar entender o que ela contém.

Em segundo lugar, o preço mínimo estipulado pela União a partir do método de fluxo de caixa descontado foi superado pelas proponentes no processo de desestatização (a desestatização foi realizada com ágio), simbolizando que o método de precificação de ativos naquele processo de desestatização em nada menciona especificamente o que é objeto do negócio.

Por fim, se a afirmação do TCU estivesse correta, como então compatibilizar a reversibilidade com as concessionárias que jamais compuseram o sistema Telebrás, como a Sercomtel e a CTBC (atual Algar Telecom), e que, portanto, não tiveram seus negócios precificados pelo método de fluxo de caixa descontado à época?

³²⁹ Voto do ministro relator Walton Alencar do Acórdão n. 2.142/2019-Plenário do TCU: “O motivo da não indagação a respeito dos bens reversíveis pelos licitantes é que seu valor venal jamais comporia o fluxo financeiro esperado, haja vista que, por força da LGT e dos contratos de concessão: não seriam indenizados pelo Poder Concedente; não poderiam ser alienados pelas operadoras de telefonia, a não ser que o valor auferido com sua alienação fosse integralmente utilizado na aquisição de outros bens que se incorporassem ao acervo da concessão e, igualmente, não estivessem sujeitos a indenização; e não integrariam o patrimônio das operadoras de telefonia fixa, com a extinção da concessão.

Em outros termos, o valor venal dos bens reversíveis não foi requerido pelas licitantes, porque jamais seriam livremente alienados, nem integrariam o patrimônio das empresas privatizadas após a extinção da concessão. Houvesse expectativa de serem indenizadas pela reversão desses bens, ou fosse lícito livremente deles se apropriar, ou do valor auferido com sua venda, não tenho dúvidas que as licitantes teriam requerido o inventário dos bens reversíveis e se disporiam a apresentar propostas mais elevadas na licitação.

Não impelir as concessionárias a prestar as devidas contas dos bens reversíveis – como vem fazendo a Anatel – significa, em última análise, consentir que se apropriem de parte de patrimônio bilionário, sem que tenham pago sequer 1 centavo por isso, bem assim anuir com seu enriquecimento sem causa, em detrimento do interesse público e dos reais proprietários, a partir de sucessivas violações legais e contratuais”.

Outro ponto de relevo na fundamentação do Acórdão n. 2.142/2019-Plenário do TCU é sua contraditoriedade com o entendimento do próprio TCU proferido no Acórdão n. 1247/2005-Plenário que tratava da reversibilidade de bens quando da migração da concessão do SMC para a autorização do SMP. Naquela oportunidade, consoante já mencionado, o TCU não vislumbrou “prejuízo ao erário em decorrência da transferência dos bens reversíveis das concessionárias de SMC para o patrimônio das autorizatárias de SMP”, pois a “reversibilidade de bens não tinha por finalidade ressarcir ao Estado os bens adquiridos ou produzidos com recursos públicos mas, sim, garantir a continuidade da prestação dos serviços por parte dele no caso da extinção da concessão”.

Como se vê, no caso dos bens reversíveis do STFC, o TCU adotou um posicionamento – ainda que inconsciente – de que os bens reversíveis são patrimônio público atual, merecedores de proteção e controle atual pela Anatel. Ao assim compreender, desconsiderou toda a regulação setorial e exigiu da Anatel obrigações consistentes em efetuar uma busca por todo o histórico de bens reversíveis das concessionárias de STFC, inclusive sobre as negociações envolvendo esses bens.

O equívoco constado na argumentação expedida no Acórdão n. 2.142/2019-Plenário do TCU é relevante para a definição dos bens reversíveis, pois ela pode surtir efeitos no detalhamento dos bens inseridos na cláusula de reversibilidade, maximizando assim os bens reversíveis. Além disso, tende-se a concordar com a argumentação da Anatel acerca da busca incessante sobre o histórico e negociações sobre bens reversíveis, sendo tal dever imposto pelo TCU à Anatel “inútil, na medida em que, uma vez alienado, o bem não possui mais influência sobre a continuidade do serviço”. Melhor seria que a determinação fosse limitada ao tempo atual de modo a investigar quais bens são atualmente marcados com a reversibilidade.

3.5 Conclusão parcial

O presente capítulo teve como objetivo testar a proposta de identificação apresentada no segundo capítulo para os bens reversíveis, bem como trazer o entendimento de atores institucionais, como a Anatel e o TCU, sobre o tema.

Ao analisar os bens imóveis à luz do critério de identificação proposto, percebeu-se que os imóveis podem ou não ser reversíveis. Serão reversíveis somente aqueles que tenham como objetivo guarnecer os bens empregados diretamente na prestação do serviço de telecomunicação concedido. Dessa forma, imóveis sem destinação atual e alugados para fins de renda não serão tidos como reversíveis. Além disso, os imóveis empregados unicamente para

abrigar a sede administrativa da concessionária de STFC também não serão considerados reversíveis. Esse último entendimento aqui defendido sobre imóvel da sede administrativa contrasta com o entendimento da Anatel exarado no processo n. 53500.025781/2011-31 (Análise n. 131/2012-GCRZ), apesar de já terem sido proferidos entendimentos de conselheiros da Anatel no sentido de não reconhecer essa reversibilidade.

Analisando o entendimento do TCU sobre a matéria, a Corte de Contas afirmou no Acórdão n. 1.809/2016-Plenário que a definição de bens reversíveis adotada pela Anatel é satisfatória, logo os bens imóveis podem ser considerados reversíveis. Todavia, não houve uma manifestação expressa sobre quais bens imóveis seriam ou não reversíveis. Diante do dever cominado à Anatel de analisar todas as alienações de bens imóveis, pode-se deduzir que para o TCU, em seu Acórdão n. 2.142/2019-Plenário, todos os bens imóveis seriam reversíveis, o que contradiz o entendimento aqui adotado.

Quanto aos bens multisserviços, entendeu-se que esses bens são reversíveis, mas que sua reversibilidade é diversa daquela encontrada nos demais bens do setor de telecomunicações. A reversibilidade dos bens multisserviços é limitada ao direito de uso proporcional à utilização desses bens no STFC. Essa solução se deu em face da ausência de regra expressa sobre esses bens, sendo necessária uma interpretação das regras contratuais e regulatórias sobre reversibilidade de bens, bem como do princípio da continuidade do serviço. Essa interpretação acabou por ser reforçada pelo art. 144-C da LGT e inclusive pela Lei n. 13.879 de 2019.

CONCLUSÃO

O presente estudo tratou dos bens reversíveis nas concessões de serviços de telecomunicações, tendo como objetivo principal analisar o critério de identificação dos bens reversíveis nas concessões do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, popularmente conhecido como serviço de telefonia fixa. Dito de outro modo, pretendeu-se investigar quais bens empregados na concessão do STFC são abrangidos pela cláusula contratual de reversibilidade, de modo que ao fim da concessão do STFC tais bens devam ser entregues para o ente concedente para que ele possa, direta ou indiretamente, continuar a prestar o serviço de telefonia fixa.

A presente dissertação buscou enfrentar a seguinte pergunta de pesquisa: quais bens são considerados reversíveis nas concessões de telefone fixo comutado - STFC? Partindo de decisões de relevantes atores institucionais, como a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel e o Tribunal de Contas da União - TCU, postulou-se como hipótese geral que seria bem reversível todo bem que de algum modo seja utilizado para prestar o serviço de telefonia fixa ou que agregue alguma utilidade nesse serviço concedido.

Para analisar o acerto ou desacerto dessa hipótese, partiu-se inicialmente para um estudo mais abrangente sobre bens reversíveis, como o objetivo de melhor compreender o tema. Assim, no primeiro capítulo foi analisado como os bens reversíveis são regulados pelos mais variados setores econômicos, estudando qual seu fundamento de existência e como se dá a regulamentação desses bens, isto é, sua titularidade e seu regime. Após isso, o segundo capítulo tratou do estudo do setor de telecomunicações e de como ele se valeu da reversibilidade, abordando sua previsão na Lei Geral de Telecomunicações - LGT, contratos de concessão e nas resoluções da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Nesse capítulo foi ofertada nossa proposta de identificação dos bens reversíveis. No terceiro capítulo, buscou-se testar a proposta de identificação aqui defendida em casos difíceis, como o de bens imóveis e de bens multisserviços. Além disso, abordou-se criticamente a jurisprudência do Conselho Diretor da Anatel e do Tribunal de Contas da União - TCU acerca dos bens reversíveis nas telecomunicações, principalmente sobre aqueles casos difíceis mencionados.

Ao longo da pesquisa, não foi possível confirmar a hipótese de pesquisa formulada, pois a proposta de identificação aqui apresentada possui divergências em relação a ela. Conforme mencionado, a hipótese formulada considera como reversível todo o bem utilizado para prestar o serviço de telefonia fixa ou que agregasse alguma utilidade nesse serviço concedido. Isto é, bastaria a afetação do bem ao serviço que ele seria reputado como reversível. Não foi isso que

se concluiu, pois a afetação não é suficiente para tanto, sendo necessária sua indispensabilidade para o serviço de telefonia fixa, conforme cláusula contratual firmada. Para compreender o significado do termo *indispensável* posto nos contratos de concessão, utilizou-se dos itens reputados como reversíveis e expressamente mencionados no Anexo 01 dos Contratos de Concessão do STFC. Assim, o bem será reversível quando ele for diretamente aplicado nos processos de telecomunicações da telefonia fixa (*e.g.* equipamentos de comutação, transmissão e terminais de uso público), bem como quando ele ofertar alguma utilidade direta a esses bens empregados nos processos de telecomunicações da telefonia fixa, permitindo o seu regular funcionamento (*e.g.* abrigá-los, permitir energizá-los, arrefecê-los e melhor geri-los, como *softwares*). Serão ainda reversíveis os bens utilizados diretamente para contatar os consumidores, como os centros de atendimento ao consumidor.

As alterações sofridas pelos contratos de concessão do STFC, fruto das políticas públicas setoriais, ensejaram modificações nos bens reversíveis, dotando de reversibilidade o *backhaul*, previsto na alínea “f” do Anexo 01 dos contratos de concessão do STFC firmados em 2011, bem como no Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU, aprovado pelo Decreto n. 7.512 de 30 de junho de 2011 e substituído posteriormente pelo Decreto n. 9.619 de 20 de dezembro de 2018.

Ao testar o critério aqui proposto em casos difíceis, percebeu-se ser ele adequado para solucionar o caso dos bens imóveis, quando se considerou reversíveis apenas os imóveis utilizados para abrigar ou sustentar bens empregados nos processos de telefonia fixa. Os demais bens imóveis, como terrenos baldios, imóveis locados para fins de renda e imóveis sede da administração da concessionária, não serão reversíveis. A solução aqui adotada destoa daquela apresentada pela Anatel no processo n. 53500.025781/2011-31 (Análise n. 131/2012-GCRZ) sobre os bens imóveis sede da administração da concessionária, bem como da compreensão do TCU sobre o tema, mormente aquela proferida no Acórdão n. 2.142/2019-Plenário.

Quanto aos bens multisserviços, diante de suas nuances, o critério de identificação aqui proposto foi parcialmente acolhido. Diz-se *parcialmente*, pois esses bens foram considerados reversíveis, mas com uma reversibilidade diversa daquela encontrada em outros bens. Em razão da desproporção entre a utilização desses bens para o STFC e demais serviços de telecomunicações, das cláusulas contratuais e regulatórias e da consequência prática da decisão, entendeu-se que tais bens não teriam sua propriedade reversível. Contudo, o dever de garantir a continuidade do STFC ainda subsistia, podendo ele ser protegido pela reversibilidade do direito de uso do bem proporcional a sua utilização ao STFC. Inclusive, essa solução foi referendada pelo legislador quando editou a Lei n. 13.879 de 2019, que incluiu o art. 144-C e

seu parágrafo único à LGT. O referido dispositivo versa sobre o valor devido pela extinção da reversibilidade de bens quando da substituição da concessão do STFC por autorização do STFC, estabelecendo que o valor dos bens multisserviços seria proporcional ao uso desses bens no STFC. Dessa forma, apesar de ser um dispositivo normativo criado para a adaptação das outorgas do STFC, pode ser ele compreendido como um reconhecimento legal de que bens multisserviços seriam reversíveis, mas que sua reversibilidade seria limitada ao direito de uso necessário para a prestação do STFC.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4º ed. Bel Horizonte: Fórum. 2017.

ARANHA, Marcio Iorio. **Direito das Telecomunicações e da Radiodifusão: Histórico normativo e conceitos fundamentais**. Item 2.1.1. Edição eletrônica.

AZEVEDO, Gustavo Filadelfo. Concessão de serviço público - Reversão - Natureza do direito da concessionária sobre a coisa reversível. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, p. 433-479, jul. 1955. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15171> >. Acesso em: 27 jul. 2020.

BAPTISTA, Patrícia. A funcionalização da propriedade pública problemas da perspectiva civilista sobre o regime jurídico dos bens públicos. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 31, p. 246-271, jun. 2017. ISSN 2236-3475. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/29251/20699> >. Acesso em: 28 jul. 2020.

BARTH, Anne-Kathrin; HEIMESHOF, Ulrich. What is the magnitude of fixed-mobile call substitution? Empirical evidence from 16 European countries. **Telecommunications Policy**. Vol. 38, 2014, p. 771-782.

BINDI, Alessandra. **Proprieta' e interesse pubblico tra logica dell'appartenenza e logica della destinazione**. Tese de doutorado apresentada na Universidade de Direito de "Roma Tre", 2010. Disponível em: < http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/634/1/Tesi_A_Bindi.PDF >. Acesso em 15 jul. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito público, n. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=336> >. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 287. < Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/258> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Porto: Almedina. 1996.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 105.

CARBONELL, Eliza Moreu. Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público. **Revista de Administración Pública**. Núm. 161. Mayo-agosto 2003. p. 441. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=721308> >. Acesso em: 10 ago. 2020.

CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 44. 1956. Disponível em: <

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15593/14464> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão (Continuação). **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 45; Rio de Janeiro: FGV. 1956. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15920> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2017. Tradução: Marly Peres. p. 509.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

CASTRO, Lavínia Barros de. Privatização, Abertura e Desindexação: a Primeira Metade dos anos 90 (1990 a 1994). In: GAMBIAGI, et al. (Org.). **Economia brasileira contemporânea: 1945/2010**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Concessão de serviço público - reversão de bens. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 102. 1970. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35109> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CHEVALLIER, Jacques. **O Serviço Público**. Tradução: Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico das empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 106, p. 62-80, out. 1971. ISSN 2238-5177. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/36035> >. Acesso em: 23 jul. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

DEPOORTER, Ben. W.F. **Regulation of natural monopoly**. 1999. Disponível em: < <http://encyclo.findlaw.com/5400book.pdf>. > Acesso em: 03 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DUARTE, Denianne de Araújo; SILVA, Livia Denise Rêgo. Backhaul ameaçado, consumidor atento. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 219-232, 2009.

FALLA, Fernando Garrido. Efectos económicos de la caducidad: de las concesiones de servicios. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, N. 45, 1964, págs. 231-244.

p. 235. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2113091> >. Acesso em: 10 ago. 2020.

FERNANDEZ, Tomás-Ramon. Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. **Revista de Administración Pública**, n. 150, p. 57-73. Septiembre-diciembre 1999. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17470> >. Acesso em: 20 set. 2020.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tradução: Sabino A. Gendin. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933.

FREITAS, Rafael Veras de. A reversão nos contratos de concessão e seu regime jurídico-econômico. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, ano 18, n. 70, p. 149-176, abr./jun. 2020.

FREITAS, Rafael Veras de. **Concessão de rodovias**. Belo Horizonte: Fórum. 2017.

GARCIA-TREVIJANO, José Antonio. Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español. **Revista de Administración Pública**, n. 29, 1959, págs. 11-58. ISSN 0034-7639. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112420> >. Acesso em: 29 jul 2020.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIAMBIAGI, Fábio *et al.* **Economia Brasileira Contemporânea: 1945/2010**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª ed. atualizada Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Porto: Almedina. 1999.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **Competition in Telecommunications**. London: MIT Press, 2000.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

JEZÉ, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. v. II. Tradução: Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma. 1949.

JURADO, Diego José Vera. El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público. **Revista de Administración Pública**. Núm. 109. Enero-abril 1986. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116924> >. Acesso em: 10 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LA RIVA, Ignácio M. de. El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público. **Derecho Administrativo**. Coord. Julio Pablo Comadira, Mirian M. Ivanega. Buenos Aires: Ad Hoc. 2009.

LAMOGLIA, Esteban Arimany. Situación jurídica de la administración respecto de los bienes sujetos a reversión en la concesión administrativa de servicio público. **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, N. 92, 1980, págs. 153-184p. 176. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1058845> >. Acesso em: 10 set. 2020.

LOURAL, Claudio de Almeida; LEAL, Rodrigo Lima Verde. **Desafios e oportunidades do setor de telecomunicações no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA: Brasília, 2010. p. 9. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9727 >. Acesso em: 26 ago. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARIENHOFF, Miguel. **Tratado del Dominio Público**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina. 1960.

MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de Direito Administrativo: Direito Administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. Vol. 3. 2ª ed. 2019

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Out/Dez 2004. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12788> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Entre a legalidade e o “puxadinho”: a universalização da banda larga no Brasil. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, jul./dez. 2010. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=71092> >. Acesso em: 5 ago. 2020.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; COSCIONE, Milene. A reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações de acordo com os precedentes da Anatel. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, n. 10, p. 41-60, 2014.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, jul. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45285> >. Acesso em: 06 ago. 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDEIROS, José Sabóia Viriato de. Concessão de serviço público; reversão de bens imóveis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, 1955. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15174/14060> >. Acesso em: 29 jul. 2020.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e telecomunicações. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. N. 1. 2008. ISSN: 1984-1094. Disponível em: < <https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725/503> >. Acesso: 30 jul. 2020.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo**. v. 26. 1951.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros. 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 46, dec. 2007. ISSN 2236-7284. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14130/9510> >. Acesso em: 10 ago. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros. 2010.

NOVAES, A. **A Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil**. In: CASTELAR, A.P.; FUKASAKU, Kiichiro (Orgs). A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública. Rio de Janeiro: BNDS, 2000.

NUNES, Castro. Concessão de serviço público; reversão; fundo de amortização; publicidade dos atos administrativos; poder de polícia; abuso de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 42. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15322/14205> >. Acesso em: 29 Jul. 2020.

OGUS, Anthony. **Regulation – Legal form and economic theory**. Oxford: Hart Publishing. 2004.

OLIVEIRA, João Maria de. Sistema de Indicadores de Percepção Social: serviços de telecomunicações, IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014. Disponível em: < https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140313_sips_telecomunicacoes.pdf >. Acesso em: 10 ago. 2020.

ORTIZ, Gaspar Ariño. A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes. Tradução de Ronaldo Polito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 11-25, set./dez. 2011.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Fundación de Estudios de Regulación. 1999.

PASTORIZA, Florinda Antelo. Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro. Textos para discussões 43. Rio de Janeiro: BNDES, 1996.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COLOMBAROLLI, Bruna R. **A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo**. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 38-44, nov. 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, 47(1) janeiro-abril 1996. p. 20. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf> >. Acesso em: 11 ago. 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. **Reversibilidade de bens em concessões de telecomunicações**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 73-110, jul./set. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. **Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil**. In: CASTELAR, A.P.; FUKASAKU, Kiichiro (Orgs). A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública. Rio de Janeiro: BNDS, 2000

QUINALIA, Cristiana Camarate Silveira Martins Leão. **Regimes público e privado: estudo sobre a categorização e ampliação do acesso nos serviços de telecomunicação**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do mestrado em Direito e Políticas Públicas pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. 2014. Disponível em: < <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8646/1/61200073.pdf> >. Acesso em: 30 jul. 2020.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **10 anos da lei de PPP 20 anos da lei de concessões**. Simplíssimo Livros. 2015. Edição eletrônica.

SÃO PAULO. Lei n. 13.241 de 12 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, autoriza o Poder Público a delegar a sua execução, e da outras providencias. Disponível em: < <https://www.radarmunicipal.com.br/legislacao/lei-13241> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149 - 174. Disponível em: < <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45093> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 137.

SILVA, Carlos Medeiros. Concessão de serviço público; reversão; fundo de amortização; interpretação dos atos administrativos; ilegalidade e abuso de poder; instrumento público; mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**. v. 43. 1956. p. 458. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15580/14458> >. Acesso em: 07 jan. 2020.

SCHIRATO, Victor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

SOBRINHO, Barbosa Lima. A reversão das concessões de serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 32. pp. 23-37. 1953.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Desestatização – Privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *In: Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 721-733 (também publicado na RDA vol. 202).

TSUKAMOTO, Renato Yoshi. **Privatização da Telebrás: Razões, Formas e Perspectivas**. Dissertação de Mestrado em Administração. Fundação Getúlio Vargas - FGV. São Paulo, 1999. p. 41. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2201/browse?type=author&value=Tsukamoto%2C+Renato+Yoshi> >. Acesso em: 20 ago. 2020.

VIANNA, Gaspar. **Direito das Telecomunicações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

VIANNA, Gaspar. **Privatização das Telecomunicações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nortria, 1993.