

## **BENS REVERSÍVEIS NAS CONCESSÕES PÚBLICAS: A INVIABILIDADE DE UMA TEORIA GERAL**

### **REVERSIBILITY OF ASSETS IN CONCESSIONS AND THE UNFEASIBILITY OF A GENERAL THEORY**

*Carlos Ari Sundfeld\**  
*Jacintho Arruda Câmara\*\**

#### **RESUMO**

O estudo compara as experiências de reversão de bens nas concessões públicas clássicas (reversão patrimonialista ou fechada) com aquelas nas concessões modernas (reversão funcional ou aberta), concluindo que a determinação dos bens reversíveis em cada caso não pode ser orientada por uma teoria geral da reversibilidade em direito administrativo. Tal teoria é juridicamente inviável, pois a existência, extensão e modo da reversibilidade dependem de aspectos que variam setor a setor e contrato a contrato.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Regulação. Concessão de serviço público. Reversão. Telecomunicações.

#### **ABSTRACT**

This study compares the experiences of reversion of assets in classic public concessions with those in modern concessions, concluding that the selection of reversible assets in each case cannot be oriented by a general theory of reversibility in administrative law. Such a theory is legally impossible, since the existence, extent and mode of reversibility vary according to the sector and to the type of contract involved.

#### **KEYWORDS**

Regulation. Public service concession. Reversibility. Telecommunications.

---

\* Professor Titular da FGV Direito SP (São Paulo, SP, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. *E-mail*: carlos.sundfeld@fgv.br

\*\* Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP e da Pós-graduação *Lato Sensu* da FGV Direito SP (São Paulo, SP, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. *E-mail*: jacintho.camara@fgv.br

## INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva compreender muito amplamente o instituto da reversão de bens nos contratos de concessão pública no Brasil. Para tanto, indaga inicialmente sobre as características e a utilidade da reversão nas versões mais antigas de contratos, comuns à época da implantação, em regime de monopólio, dos grandes serviços públicos (ferrovias, energia, portos, saneamento, etc.). A seguir, tomando como paradigma os serviços de telecomunicações, o estudo procura compreender as transformações recentes no uso da reversão em serviços menos regulados e explorados em regime de competição. O que se busca com esse esforço de comparação é uma visão realista sobre a reversão no direito brasileiro, que possa ser útil no combate a visões idealizadas que – por ideologia, inércia ou desinformação – acabem por ignorar transformações recentes do próprio direito positivo.

Trata-se de mais uma iniciativa para demonstrar o equívoco metodológico em se assumir a premissa de que os temas de direito administrativo, especialmente os relacionados aos contratos públicos, estariam sujeitos a um plexo uniforme de princípios. A linha de investigação aqui adotada

[...] contesta, portanto, a ideia corrente de que seria natural à generalidade dos contratos públicos um regime jurídico nuclear uniforme, necessário à realização de princípios, estes também uniformes. [Para essa linha] a tendência unificadora é um excesso de origem doutrinária, nascido de um desejo de intelectuais: o de criar ordem e harmonia no mundo do direito, em lugar da fragmentação e flutuação típicas do direito positivo construído por autoridades (legisladores ou juízes, conforme a opção pelo direito legislado ou pretoriano). Em suma, uma rebelião de intelectuais contra um direito positivo que parece incompatível com o seu gosto por sistemas (SUNDFELD; ARRUDA CÂMARA, 2013, p. 57).

Especificamente quanto à disciplina das concessões de serviço público, alguns estudos contemporâneos, atentos ao direito posto e à complexidade da regulação, têm registrado a inexistência de um modelo-padrão:

Esta diversidade substancial [dos serviços públicos objeto de concessão] reclama diplomas com fundamento fático-normativo coerente com as peculiaridades de cada um dos setores econômicos que abrigam os serviços concedidos (e/ou permitidos). *Não só a natureza das normas gerais, mas igualmente a especialização setorial proíbe soluções-padrão universais.* (MOREIRA, 2010, p. 53. Grifo nosso)

A escolha do setor de telecomunicações para demonstrar a existência da pluralidade de regimes de reversão não foi aleatória. A regulação do setor, embora preveja esse instrumento (à diferença de outros setores, em que, devido à natureza dos serviços, a concessão não o contempla), tem solução flexível, com competência ampla para, ao final da concessão, o órgão regulador fixar, segundo as contingências do momento, o nível de comprometimento do concedente com os bens atrelados à prestação do serviço. Ciente de tal característica, o estudo procura descrever o regime

jurídico da reversão na Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997) – LGT – e o modelo adotado nos atuais contratos de concessão do serviço telefônico fixo comutado – STFC. Em seguida, ele analisa a aplicação ou não da reversibilidade aos bens utilizados simultaneamente na prestação de serviços explorados em regime público (objeto de concessão) e em regime privado (objeto de autorização), e aos bens imobiliários das concessionárias. O foco nessas situações se justifica pelo forte conflito de visões que, nos últimos anos, se formou quanto à aplicação da reversibilidade.

Dúvidas relevantes sobre a matéria foram suscitadas em 2012 a partir de manifestações de instâncias da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que inicialmente adotaram a visão de que a reversibilidade já decorreria da simples utilidade, ainda que indireta, dos bens da concessionária para a manutenção ou fortalecimento da concessão<sup>1</sup>. O assunto veio a ser retomado pela agência em 2015, em momento no qual já se discutia o impacto geral da reversibilidade sobre as concessões atuais e futuras, e também sobre a própria viabilidade das autorizações relativas a outros serviços prestados pela mesma empresa. Um novo conselheiro relator abriu divergência em relação aos entendimentos anteriores da agência<sup>2</sup> e, com isso, a discussão se tornou bastante fecunda, inclusive pelo interesse geral inerente ao tema.

## 1 A REVERSÃO DE BENS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO TRADICIONAIS

O instituto da reversão de bens é vinculado ao da concessão de serviço público (DI PIETRO, 2008, p. 90).

A concessão é contrato tradicional no direito público. Por ela, o poder público delega a particular o direito de prestar o serviço e de explorá-lo economicamente. Mas a atividade não deixa de ser de titularidade pública: findo o prazo, ou extinto precocemente o contrato, a prestação do serviço retorna ao titular.

Só que a retomada, para ocorrer na prática, depende de soluções que evitem a descontinuidade do serviço quando da substituição do prestador. A transferência dos bens e direitos vinculados à concessão – a reversão – tornou-se uma das medidas mais comuns. Nas concessões tradicionais, ela normalmente se justificava quanto aos *bens necessários e insubstituíveis*, a partir da

<sup>1</sup> Essas manifestações surgiram em virtude de pedido formulado por concessionária para retirar de sua Relação de Bens Reversíveis (RBR), para fins de alienação, imóvel que integrava seu patrimônio. A procuradoria da agência (PARECER 126/2012/ICL/PGF/PFE–Anatel) e o conselheiro relator do processo (ANÁLISE 131/2012–GCRZ, de 9 mar. 2012, disponível em: <<http://goo.gl/MlyzoC>>, acesso em: 28 jan. 2016) manifestaram-se contrariamente à pretensão, por entenderem que tal bem seria indiretamente útil à concessão e, por isso, reversível.

<sup>2</sup> ANÁLISE 5/2015–GCIF (disponível em: <<http://goo.gl/86lH52>>; acesso em: 28 jan. 2016).

crença de que, sem a propriedade deles, o estado não teria como, após a retomada, exercer de fato seu poder de prestar o serviço. Por isso é que esses bens não permaneciam com o particular; por isso os contratos impunham sua reversão.

Nos serviços públicos mais convencionais, como portos, ferrovias ou geração de energia elétrica, os bens necessários à prestação constituem estruturas de enorme valor econômico. Não parece viável, em princípio, duplicá-las quando da troca dos prestadores originais. No passado, considerava-se em geral inevitável que os bens necessários ao serviço público, e insubstituíveis, ficassem sob o domínio de quem estivesse atuando como prestador, ou do próprio Estado. Então, tornou-se comum que as concessões impusessem a transferência, da antiga concessionária para a sucessora (ou para o concedente), dos direitos patrimoniais sobre os bens necessários ao serviço<sup>3</sup>.

Tratava-se de solução patrimonialista: deter direitos de propriedade sobre os bens parecia indispensável para assegurar a prestação dos respectivos serviços. Daí que a continuidade ficava dependente de esses *direitos de propriedade* serem também transferidos, quando transferida a prestação dos serviços do concessionário original, seja para o poder público, seja para um novo concessionário.

Para a reversão da propriedade, o sinalagma das concessões tem de ser concebido de modo que, ao final, o investimento na constituição dos bens reversíveis esteja plenamente amortizado. Quanto à parte eventualmente não amortizada, haverá ressarcimento à concessionária do valor correspondente, a título de indenização (MARQUES NETO, 2015, p. 197).

Além de configurar prerrogativa estatal para preservar a continuidade dos serviços públicos, a reversão, nesses contratos tradicionais de concessão, também funciona como garantia econômica das concessionárias. Isto porque, ao se prever a reversão de certos bens, também se assegura que o valor neles investido será amortizado: ou com a regular exploração do serviço no prazo contratual (e com a percepção de tarifas em valor suficiente), ou, se insuficiente, com indenização pelo concedente. A concessionária tem garantido, de uma forma ou outra, o retorno do investimento em bens reversíveis.

---

<sup>3</sup> Embora esse modelo fosse comum, mesmo com relação à experiência seria um equívoco supor que todos os bens vinculados à prestação de serviços públicos deveriam ser, por essência, reversíveis. A opção sempre foi regulatória. Por questões econômico-regulatórias, serviços como o de transporte coletivo de passageiros afastam do regime da reversibilidade certos bens, embora diretamente vinculados à prestação dos serviços, como ônibus e garagens pertencentes às concessionárias. Para não onerar o poder público com o dever de assumir (com possível indenização) esses ativos ao final da outorga, os contratos excluem da lista dos bens reversíveis os veículos empregados na prestação de serviços. No município de São Paulo a exclusão desses bens do regime de reversão foi exigida por lei: “art. 17. [...] § 4º - Não são considerados bens reversíveis para efeito desta lei: I - os veículos e frota de ônibus; II - a garagem; III - instalações e equipamentos de garagem.” (Lei 13.241, de 12 de dezembro de 2001) Também não há reversão das aeronaves quando do final das outorgas do serviço de transporte público aéreo, nem reversão das antenas, equipamentos e estúdios, no serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Ademais, não fosse a reversão, dificilmente bens afetados à prestação desses serviços públicos mais tradicionais teriam outra destinação economicamente relevante, pois, sem função, perderiam todo seu valor. A turbina de energia elétrica perde valor se não mais puder gerar energia, como também a central telefônica não mais utilizável no serviço telefônico. Portanto, a reversão também se constituiu, nesse modelo tradicional de contratação, em garantia forte dos investimentos realizados na implantação e prestação de serviços públicos<sup>4</sup>.

É possível afirmar que o regime jurídico dos bens afetados à prestação de serviços públicos era, numa concepção mais tradicional, de cunho notadamente *patrimonialista*. Ao receber a outorga para prestar certo serviço público, a concessionária também recebia, concomitantemente, o acervo de bens necessários à sua prestação ou, sendo este inexistente, assumia o dever de constituí-lo. A exploração em monopólio, com tarifas impostas a usuários cativos, era capaz de gerar rendas monopolistas, permitindo a formação de vasto acervo patrimonial, para destinação pública.

Bens empregados na prestação do serviço público constituíam, por assim dizer, *patrimônio do próprio serviço público*. Formalmente pertenceriam à prestadora; todavia, do ponto de vista contábil (para aferição do equilíbrio econômico-financeiro) seriam assumidos como ativos do serviço – e, para serem transferidos ao concedente ao final, deveriam ter seu custo amortizado.

Mas tudo isso demanda rigoroso acompanhamento da gestão patrimonial e financeira da concessionária. É fundamental que a administração pública se encarregue de planejar e monitorar os investimentos em bens reversíveis. Estes, embora do ponto de vista formal integrem o patrimônio da concessionária, acabam por constituir acervo do serviço público ao qual estão vinculados. O contrato há de ser firmado e permanentemente adaptado para que o conjunto das receitas da concessão seja suficiente para cobrir os investimentos e remunerar a concessionária.

A premissa é que as previsões de investimento e de receitas serão cumpridas durante o curso da concessão. O contrato é dotado de previsões aparentemente absolutas quanto aos investimentos necessários (normalmente arrolados em caderno de encargos da concessionária, anexo ao contrato) e às receitas proporcionadas (previsão de tarifas, fórmulas de reajuste e revisão, receitas alternativas, acessórias ou complementares).

A reversão nas concessões tradicionais pressupõe a existência de uma contabilização básica, por meio da qual o valor dos bens reversíveis seja confrontado com a previsão de receita tarifária ou de subsídio estatal à concessionária. Também é necessário que o concedente acompanhe

---

<sup>4</sup> Neste sentido, BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 761): “É perfeitamente justo e razoável que ocorra a reversão com o encerramento da concessão. Com efeito, os bens aplicados ao serviço pouca ou nenhuma significação econômica teriam para o concessionário, apresentando, pelo contrário, profundo interesse para o concedente. Realmente, a utilidade dos bens aplicados ao serviço só existe para o concessionário enquanto desfruta desta situação jurídica.”

os investimentos realizados, de modo a verificar se a variação tarifária suportará a amortização dos bens até a extinção do contrato.

É o que se observa ainda hoje em vários setores nos quais a reversibilidade da propriedade de todos os bens e equipamentos vinculados ou úteis aos serviços é adotada. Assim ocorre, por exemplo, nos contratos de concessão de energia elétrica, em que parte da tarifa se destina a cobrir investimentos em bens reversíveis<sup>5</sup>.

Nas concessões de distribuição local de gás canalizado, para citar outro setor em que há reversão patrimonial de todos os bens úteis à prestação dos serviços, também há cálculo detalhado para a definição das tarifas, de modo que estas sejam suficientes para amortizar os investimentos da concessionária<sup>6</sup>. Nas revisões tarifárias periódicas (que devem ocorrer a cada cinco anos), cabe à concessionária elaborar plano de negócios com suas projeções de investimentos (inclusive em bens)<sup>7</sup> e à agência reguladora compete elaborar estudo para apurar qual será a nova tarifa, capaz de amortizar o capital a ser investido nos respectivos ativos<sup>8</sup>. A tarifa nesse setor, como se vê, é calculada para cobrir todos esses investimentos e o regulador acompanha o quanto se projeta investir nos bens – os quais, ao final da outorga, serão todos revertidos ao poder concedente. Nesse ambiente contratual é que se prevê a reversão da propriedade de todos os bens empregados no

---

<sup>5</sup> A previsão de reversão dos bens é, nesse caso, contundente e faz referência expressa à amortização dos valores dos bens no momento em que são incorporados ao serviço. Nesse sentido, por exemplo, o disposto no contrato de concessão de distribuição de energia firmado com a Eletropaulo (Contrato de Concessão 162/98 – ANEEL-METROPOLITANA): “CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – EXTINÇÃO DAS CONCESSÕES, REVERSÃO DOS BENS VINCULADOS. [...] Segunda Subcláusula – Extinta a concessão, operar-se-á, de pleno direito, a reversão ao PODER CONCEDENTE, dos bens vinculados ao serviço, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e determinação do montante da indenização devida à CONCESSIONÁRIA, observados os valores e as datas de sua incorporação ao sistema elétrico.” Disponível em: <<http://goo.gl/bfUpTK>>, acesso em: 27 fev. 2015.

<sup>6</sup> Exemplo é o contrato de concessão entre o Estado de São Paulo e a Comgás (disponível em: <<http://goo.gl/dtLGu2>>, acesso em: 27 fev. 2015): “CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA - TARIFAS APLICÁVEIS, A PARTIR DO SEGUNDO CICLO, NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. As tarifas tetos a serem aplicadas na prestação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado serão reguladas através de uma metodologia de margem máxima de distribuição, doravante denominada Margem Máxima (MM), que dará à CONCESSIONÁRIA oportunidade de obter uma rentabilidade apropriada sobre o seu investimento. Primeira Subcláusula – A metodologia visa permitir à CONCESSIONÁRIA a obtenção de receitas suficientes para cobrir os custos adequados de operação, manutenção, impostos, exceto os impostos sobre a renda, encargos e depreciação, relacionados com a prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado, bem como uma rentabilidade razoável.”

<sup>7</sup> “CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA. [...] Sexta Subcláusula – Para fixar o valor P0 a CONCESSIONÁRIA deverá fornecer à CSPE um plano de negócios que contenha, dentre outras, as seguintes informações: 1. valor da base de ativos da empresa, de acordo com o Plano de Contas a ser publicado pela CSPE; 2. o Plano de Investimento (físico e financeiro), incluindo investimentos em reposição de ativos e novas instalações; 3. receitas e custos operacionais, não operacionais e financeiros; 4. informação relativa a custos históricos e volume de gás canalizado distribuído; 5. projeções de gás canalizado a ser distribuído; e 6. custo médio ponderado do capital projetado; (onde P0 é o valor inicial da Margem Máxima (MM)).”

<sup>8</sup> “CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA. [...] Oitava Subcláusula – A CSPE revisará a base de ativos apresentada pela CONCESSIONÁRIA para garantir que somente sejam incluídos ativos relacionados com a prestação do serviço, e que a depreciação tenha sido calculada adequadamente.”

serviço ou úteis a ele (e não apenas dos estritamente “indispensáveis”), assegurando-se a indenização caso não tenha havido amortização plena<sup>9</sup>.

Em suma, nas concessões específicas em que todos os bens da concessionária se destinam à formação de um acervo público, que possa depois ser usado ou explorado em benefício do serviço, os investimentos na sua aquisição são sempre pré-determinados, quantificados, exigidos e acompanhados pelo concedente. E isso pela razão óbvia de que a receita da concessão tem de guardar equivalência com todos esses investimentos. Assim, nenhuma dessas concessões adota o modelo de liberdade quanto aos investimentos e quanto à aquisição de patrimônio – liberdade essa que, como veremos, é justamente a tônica das concessões brasileiras de telefonia fixa.

Neste contexto de minuciosa antecipação de consequências econômicas, a concessionária fica contratualmente obrigada a constituir um acervo com os bens tais e quais, em quantidades tantas, segundo estas e aquelas especificações, e a aquisição desses bens será paga com tais e quais receitas, cujos montantes se calculam de modo a cobrir os investimentos. São, portanto, conteúdo essencial desses contratos tradicionais de concessão tanto as cláusulas que fixam e quantificam tarifas, como as cláusulas que fixam e quantificam os bens a adquirir e depois reverter. Tudo bem calculado e determinado, gerando obrigações patrimoniais pré-definidas.

Por óbvio, esse conjunto previamente estabelecido comporta alterações no curso da execução dos contratos. A expansão dos serviços, de um lado, e a constante necessidade de atualização, de outro, fazem com que os bens originalmente previstos como acervo da concessão constituam apenas uma referência em relação ao que, de fato, será transferido ao concedente quando a concessão for extinta. A eventual substituição dos bens que o contrato tiver arrolado como reversíveis (ou mesmo sua alienação, em virtude de mudança mais profunda na forma de prestação do serviço) deve gerar compensação contábil. O correspondente em dinheiro (da parte já amortizada) do bem reversível que tiver saído do acervo da concessão terá de ser contabilizado como crédito do acervo, isto é, do concedente, pois, do contrário, a concessionária estaria indevidamente se apropriando. Isso ocorre porque, aplicada a lógica da concessão tradicional nessas situações transitórias, na medida em que o bem vai sendo amortizado, sua aquisição, do ponto de vista financeiro, vai sendo processada em favor do acervo, isto é, do poder concedente. Ao se desfazer de um bem como esse, a concessionária aliena patrimônio já parcialmente amortizado para fins de reversão.

<sup>9</sup> “CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – EXTINÇÃO DA CONCESSÃO E REVERSÃO DOS BENS VINCULADOS. [...] Segunda Subcláusula – Extinta a concessão, operar-se-á, de pleno direito, a reversão, ao PODER CONCEDENTE, dos bens e instalações vinculados ao serviço, *procedendo-se aos levantamentos, avaliações e determinação do montante da indenização devida à CONCESSIONÁRIA, observados os valores contábeis e as datas de sua incorporação ao patrimônio do Estado.*”

Esse modelo tradicional, contudo, não é o único existente. Como já anunciado, a evolução da tecnologia e do próprio mercado fizeram com que novos paradigmas regulatórios fossem adotados quanto ao regime jurídico dos bens empregados na prestação de serviços públicos. É o que se percebe, de maneira contundente, na regulação do setor de telecomunicações no Brasil. Trata-se, portanto, do modelo ideal para se perceber que não existe regime jurídico único de reversibilidade de bens nas concessões públicas.

## 2 A REVERSÃO NA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

O setor de telecomunicações no Brasil passou, no fim dos anos 1990, por verdadeira revolução. De um lado, porque o Estado deixou de ser o principal operador de telecomunicações. De outro, porque o modelo de exploração monopolista foi substituído por um novo, cujo principal objetivo é a implantação da concorrência. Essas são as duas mais evidentes e profundas mudanças no setor.

A partir delas, outras relevantes modificações ocorreram. Novas fórmulas foram concebidas para enfrentar desafios inerentes à prestação de serviços públicos, pois os problemas tradicionais das concessões também foram substituídos. Uma dessas mudanças tem a ver com o regime jurídico dos bens vinculados à prestação do serviço, inclusive no que toca à reversibilidade ao poder concedente<sup>10</sup>.

O legislador e o regulador que fizeram a reforma da década de 1990 perceberam que manter o modelo patrimonialista na nova fase, a das modernas telecomunicações em competição, seria simplesmente inviável, além de representar enorme ônus ao concedente. Por isso, a regulação lançou mão de outras soluções: exploração de serviços *sem reversão*, em alguns casos – ela não existe nas autorizações e é possível, mas não obrigatória, nas concessões de telecomunicações –, ou com *reversão funcional*, sem caráter patrimonialista<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Sobre o tema, cf. SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O Serviço Telefônico Fixo e a Reversão de Bens. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 134-159.

<sup>11</sup> A LGT não aderiu a um projeto patrimonialista, de fazer das telecomunicações uma imensa fonte de bens públicos, tanto que instituiu o regime privado de prestação, no qual não há reversibilidade de bens. E o Executivo definiu por decreto que só no STFC haveria prestação em regime público, e só nele, portanto, algum patrimônio público poderia ser gerado, ao final das concessões. Mas também não se deu o monopólio do STFC ao prestador em regime público, de modo que os bens dos demais prestadores, estes em regime privado, não reverterão. Em suma, excetuando-se as empresas que já atuavam em telefonia fixa quando da LGT (as únicas que ficaram como concessionárias), todas as demais operadoras do setor possuem bens (redes e equipamentos) livres de reversibilidade. Incluem-se nesse regime de liberdade equipamentos de inegável relevância e interesse público, como redes de prestadoras de serviços de banda larga, de serviços de TV por assinatura, de serviços móveis e, também, de serviços de telefonia fixa prestados com autorização. Os diversos bens (equipamentos, imóveis, torres, etc.) que integram o patrimônio dessas prestadoras não serão transferidos ao poder público, mesmo que as respectivas outorgas sejam extintas (como ocorre ao fim do prazo



Com o desenvolvimento tecnológico, a obsolescência dos bens empregados na prestação de serviços se tornava cada vez mais frequente. Constantes substituições, com os consequentes investimentos, teriam de ser feitas até o final da concessão, pois do contrário o serviço perderia atualidade. Isso tornaria praticamente impossível que a reversão de bens ocorresse sem gerar grandes passivos para o Estado. Os investimentos na etapa final da concessão, nesse contexto, seriam fonte de significativo “endividamento” do poder público perante a concessionária (pela inviabilidade de amortizá-los no prazo ainda restante).

Outro fator vinculado à rápida evolução, não só tecnológica, mas também econômica, do setor de telecomunicações contribuiu para a criação de modelo próprio de reversão, muito mais flexível que o tradicional. Existia – e é cada vez mais provável – o risco de o próprio serviço concedido, tido como essencial no momento da outorga, ficar obsoleto no curso do contrato, substituído por novas modalidades de serviços de telecomunicações. Nesse cenário, atrelar o ônus da reversibilidade a um rol extenso e rígido de bens traria o risco de transferir ao poder concedente, ao final, acervo cuja utilidade desaparecera.

A introdução da concorrência no setor constituiu outro importante motivo para substituir o tradicional regime patrimonialista. Exigir que o próprio prestador detenha a propriedade de todos os bens seria condicionar a expansão dos serviços a investimentos que poderiam ser evitados com o compartilhamento de bens com outros prestadores.

Ao mesmo tempo que se estava celebrando as concessões do serviço telefônico fixo comutado, esse serviço era totalmente liberado para prestação em regime de ampla competição, por autorizatários. Não fazia sentido, então, que as concessões fossem oneradas com o dever de viabilizar a constituição de um vastíssimo patrimônio próprio, inicialmente de propriedade das concessionárias e depois transferido ao concedente; isso as colocaria em situação de insuportável desvantagem em relação às autorizatárias. À época em que não havia concorrência, era sim possível às concessionárias auferir rendas monopolistas e empregá-las na aquisição de vastas propriedades, transferidas depois ao poder público. Mas agora, com a competição, as concessionárias não teriam como praticar tarifas capazes de, por si, financiar esse patrimônio – e ainda ser competitivas ante os preços dos autorizatários. Em suma: as concessões de telecomunicações que têm de disputar mercado com as autorizações não são mais, como foram as do passado, meios para constituir patrimônio público.

---

das autorizações de radiofrequência). Trata-se de patrimônio privado, embora de interesse público. Estão sujeitos a condicionamentos previstos na própria legislação, mas não são incorporados ao patrimônio público.

Além disso, no novo modelo era não só possível, mas previsível, que as concessionárias fossem perdendo, para seus competidores diretos (os autorizatários de STFC) ou indiretos (os prestadores de outros serviços, como o serviço móvel pessoal), a preferência dos usuários. Assim, não fazia muito sentido que a União Federal as obrigasse a constituir (com um alto custo, primeiro para elas mesmas, depois para o concedente), e a lhe transmitir, ao final da concessão, um vasto patrimônio. Para servir a quem? Como justificar e suportar os custos correspondentes, se outros bens, de outros prestadores, estiverem atendendo melhor os usuários?

Em suma: a implantação da ampla competição na reforma das telecomunicações brasileiras inviabilizou que as concessões do serviço telefônico seguissem o modelo tradicional de reversão – um modelo patrimonialista, baseado na imposição, à concessionária, da obrigação de conservar ou formar um patrimônio pré-determinado, o qual seria transferido ao concedente ao fim do contrato. Não havia mais condições para as concessões de telefonia serem grandes fontes de aquisição de propriedades pelo poder público.

Em função disso, a LGT adotou, quanto aos bens do serviço – e, portanto, quanto à reversão –, sistema bem mais flexível do que o tradicional.

Exemplo foi a autorização da LGT para as concessionárias empregarem, no cumprimento das obrigações inerentes à concessão, bens e outros recursos de terceiros (art. 94). Por isso, aliás, entre outras razões, é que se previu a possibilidade de o contrato de concessão não indicar bens reversíveis. Essa hipótese é admitida de modo expresso pela LGT, no tópico em que é fixado o conteúdo mínimo dos contratos de concessão (art. 93). A referência a bens reversíveis não é elemento *necessário* do contrato. A LGT, portanto, ao invés de impor sempre um rígido intervencionismo estatal quanto ao patrimônio das concessionárias, admitiu até a hipótese de total flexibilidade, em que nem sequer haveria bens reversíveis.

De qualquer modo, mesmo que o contrato de concessão previsse a reversão, ao final, de algum tipo de utilidade (a rede, por exemplo), nem por isso a concessionária teria o dever de constituir patrimônio próprio, para depois transmiti-lo ao concedente. Se, em função do art. 94, I, da LGT, a concessionária tem a possibilidade legal de empregar bens de propriedade de terceiros, o que será obrigada a reverter ao concedente ao fim da concessão serão apenas os direitos de uso que tiver sobre esses bens – não, claro, sua propriedade.

Com isso, a lei possibilitou a redução do risco a ser assumido pelo poder concedente na delegação do serviço público. Sem qualquer reversão (LGT, art. 93, XI) ou com reversão de simples direitos de uso (LGT, art. 94, I), fica bem menor a probabilidade de, ao término do contrato, restar passivo econômico ao concedente, por conta da aquisição de bens reversíveis pela concessionária.

Ademais, aumentou-se a eficiência econômica do setor, na medida em que, por exemplo, as redes de telecomunicações e demais elementos passaram a poder ser utilizados por mais de um operador ou por mais de um serviço, gerando, assim, *otimização* dos recursos já existentes.

A escolha dos bens que serão atrelados à prestação do serviço público é decisão da concessionária no exercício de sua liberdade de atuação empresarial, plenamente resguardada pela LGT e pela opção mais flexível assumida pelo contrato. Escolher, por exemplo, se dada estrutura (de equipamentos ou pessoal administrativo) ficará mais bem instalada em um imóvel próprio ou alugado, num endereço ou noutro, são decisões estratégicas de cunho empresarial, que não se sujeitam à avaliação discricionária do poder concedente<sup>12</sup>.

É certo que a concessionária, de acordo com o contrato<sup>13</sup>, deve obter anuência prévia da agência para utilizar bens de terceiros indispensáveis à prestação dos serviços (cláusula 22.1, § 3º)<sup>14</sup>. Mas essa anuência não pode ser recusada por decisão arbitrária, ou seja, pela intromissão da agência na análise da conveniência empresarial de alocar seus recursos financeiros e ativos. A rejeição só poderá ocorrer se o emprego de meios de terceiros expuser a risco grave a continuidade do serviço. Para garantir a continuidade, o próprio contrato de concessão aponta o caminho preferencial que a agência deve seguir: exigir que o contrato de uso “contenha cláusula pela qual o proprietário se obriga, em caso de extinção da concessão, a manter os contratos e em sub-rogar a Anatel nos direitos deles decorrentes” (cláusula 22.1, § 4º)<sup>15</sup>.

Não cabe à agência avaliar se, do ponto de vista da eficiência empresarial, seria melhor a concessionária possuir um patrimônio composto por bens reversíveis ou não. Essa avaliação foi contratualmente inserida no risco da concessionária, tanto que a Anatel poderá, ao final da

---

<sup>12</sup> A gestão dos bens das concessionárias de serviço público em geral de há muito vem sendo reconhecida como matéria de livre disposição das empresas. Sobre o tema, é interessante a decisão do Tribunal Federal de Recursos (órgão judicial sucedido pelo Superior Tribunal de Justiça, em função da Constituição de 1988) que reconheceu o direito de concessionária de serviço público alterar a destinação de imóvel outrora vinculado ao serviço concedido. Confira-se trecho da ementa, em que os fundamentos da decisão são expostos: “A afetação de bens ao serviço verifica-se na data da reversão não abrangendo bens que, por desnecessários, ou obsoletos, ou por conveniência do concessionário, forem desvinculados do domínio da concessão. Não pode o concedente impedir que o concessionário desvincule qualquer bem utilizado na exploração do serviço de uma vez que sobre o patrimônio do concessionário não tem direito algum derivado de eventual e futura aquisição de propriedade.” (Apelação Cível n.º 41.248, Relator Ministro Carlos Madeira. Acórdão publicado na Revista de Direito Administrativo – RDA/145-64).

<sup>13</sup> O modelo de contrato de concessão de STFC que passará a ser citado como referência neste estudo e cujas cláusulas estão transcritas a seguir está disponível em: <<http://goo.gl/joS6WQ>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>14</sup> “§ 3º Em relação aos bens vinculados à concessão, a Concessionária somente poderá empregar diretamente na prestação do serviço ora concedido equipamentos, infraestrutura, 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.”

<sup>15</sup> “§ 4º 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 sub-rogar a Anatel nos direitos dele decorrentes.”

concessão, recusar a reversão de bens que considere prescindíveis ou inaproveitáveis (cláusula 23.4 do contrato)<sup>16</sup>. Se tivesse havido a opção pelo sistema patrimonialista, é óbvio que a lista de bens reversíveis teria caráter fechado. Não faria sentido (jurídico, lógico ou econômico) admitir a possibilidade de a agência refutar bens como reversíveis (e, com isso, eximir-se de assumi-los ao término da concessão) se a opção seguida fosse a de conferir a tais ativos um traço nitidamente dominial.

A reversão do próprio direito de propriedade não é fundamental para realizar o interesse público representado pela manutenção dos bens afetados aos serviços. Existem outros mecanismos na lei que o asseguram, como a reversão limitada aos direitos de uso sobre os bens indispensáveis ao serviço. Sem impor a reversão de propriedades, a legislação dotou a Anatel de instrumentos para assegurar o acesso das prestadoras de serviços públicos aos bens e equipamentos necessários ao desenvolvimento de suas respectivas atividades.

Com a ampliação, modernização e sofisticação, ocorrida desde o início do século XX, dos instrumentos jurídicos que viabilizam a constituição de direitos sobre bens, a relação de propriedade deixou de ser a única capaz de oferecer estabilidade e permanência. A legislação e a prática foram criando muitos meios para a constituição de direitos de uso sobre bens de propriedade alheia, e esses direitos se tornaram bastante efetivos e seguros. Se antes parecia indispensável que os direitos de propriedade dos bens aplicados aos serviços públicos pertencessem ao Estado (ou a suas delegadas, as concessionárias), hoje parece mais razoável e eficiente, em vários casos, garantir que o prestador tenha direitos de uso dos bens necessários, se e enquanto o forem. Assim, o *direito de uso* vem podendo substituir o *direito de propriedade*.

Com a progressiva relativização dos direitos inerentes à propriedade, a garantia de que os bens usados na prestação de serviços públicos preservariam essa condição passou a ser obtida por meio de outros instrumentos jurídicos. Está hoje muito relativizada a noção antiga segundo a qual o proprietário de um bem seria o seu senhor absoluto e, nesta condição, poderia definir livremente seu destino. Impondo cada vez mais condicionamentos públicos ao exercício dos direitos de propriedade privada, o Estado passou a interferir decisivamente na sua destinação<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> “Cláusula 23.4. Ao final da Concessão, a ANATEL procederá à avaliação dos bens referidos na cláusula 22.1, 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.”

<sup>17</sup> “Os conceitos de serviço público e de domínio público sempre caminharam em paralelo. A *publicatio* das atividades (os serviços públicos) importou também a publicização dos bens a elas necessários (bens públicos aplicados aos serviços públicos). Assim, serviço público e propriedade privada eram vistos como realidades incompatíveis. A reforma desses serviços, com a desestatização de sua prestação e a desregulação dos mercados, importou também o abandono de alguns dos elementos do chamado *regime do serviço público*. Nesse sentido específico, assistiu-se de fato a uma *privatização*, ao menos parcial, desse regime. Um exemplo disso tem-se no fato de a legislação não se preocupar mais,

Assim foi feito pela LGT, ao impor condicionamentos aos proprietários de bens utilizados em serviços públicos ou de interesse coletivo. Uma importante garantia envolve o acesso à infraestrutura de suporte a tais serviços (art. 73). Sofrem este condicionamento os prestadores de serviços de utilidade pública (de telecomunicações ou não) detentores de postes, dutos, condutos ou servidões administrativas. No caso, não foi necessário transferir a propriedade para assegurar a utilização desses recursos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações. Impôs-se, tão somente, um condicionamento sobre o livre exercício do direito de propriedade respectivo.

Na mesma linha, a LGT sujeita o titular de redes de telecomunicações a suportar a utilização de seus recursos por outrem (inclusive concorrente seu) a fim de fomentar a competição (art. 155). Caso haja a necessidade de uma concessionária de telefonia fixa usar rede de terceiro, a medida pode ser imposta pela Anatel. Não há, portanto, necessidade de a concessionária ser a proprietária da rede para que tenha acesso a esse insumo.

Quanto à contratação do uso de bens da concessionária com terceiros, a lei resguarda a continuidade do serviço, prevendo a sub-rogação da Anatel nos direitos da concessionária, caso ocorra extinção prematura da concessão (art. 117).

Para casos extremos, em que as telecomunicações em regime público necessitem de bem de terceiro cujo uso a concessionária não consiga obter contratualmente, a LGT prevê a possibilidade de instituição de servidões compulsórias ou desapropriações em favor da concessionária (art. 100).

Em síntese, no regime atual das telecomunicações brasileiras o direito de propriedade sobre os bens do serviço público não é mais elemento essencial para assegurar a continuidade e a estabilidade do setor. Em sua maior parte, os serviços de telecomunicações são livres, prestados em regime privado e com ampla liberdade quanto aos bens. Mais: as concessionárias têm liberdade para contratar e usar bens de terceiros, embora possam, em certos casos, até solicitar medidas compulsórias – seja apenas o uso forçado de rede alheia previsto no art. 155, sejam a servidão e a desapropriação do art. 100. Já o poder público pode, atuando em favor de prestadores, impor a

---

como no passado, com a titularidade da infraestrutura necessária à prestação de serviços (como o de telecomunicações). Antes, a propriedade estatal dos meios era tida como indispensável à própria existência e continuidade dos serviços, o que explica, p. ex., a reversão, em favor do Estado, ao fim da concessão, dos bens empregados no serviço. Mas, na atualidade, a técnica jurídica para garantia do suporte material dos serviços é outra: a infraestrutura pode, sem maiores problemas, ser de titularidade privada, pode inclusive ser objeto do comércio privado, mas os poderes do proprietário veem-se atingidos por condicionamentos indispensáveis à garantia do cumprimento de sua função social. Surgem então, para o proprietário dessa infraestrutura, deveres em relação aos novos prestadores — como os de dar passagem, de compartilhar o uso, de contratar, de dar conexão, etc., tudo no sentido de assegurar o acesso aos meios materiais necessários à prestação dos serviços. Como correlatos desses deveres, aparecem, então, em favor de terceiros, autênticos direitos subjetivos: de exigir o compartilhamento de infraestrutura, a interconexão, a passagem, etc.” (SUNDFELD, 2015, p. 182).

cessão de redes (art. 155), além da servidão e da desapropriação (art. 100); e, atuando diretamente nos serviços públicos, ocupar bens e assumir contratos (art. 117). É um sistema montado para realizar fins públicos com mínima intervenção estatal, que conta com salvaguardas suficientes para, em casos excepcionais, garantir a continuidade.

### 3 A REVERSIBILIDADE NAS ATUAIS CONCESSÕES

Vejamos agora a opção efetivamente adotada nos contratos de concessão do STFC.

A LGT deu à Anatel várias opções para disciplinar a gestão dos bens empregados na prestação de serviço público. É possível legitimamente adotar desde a fórmula mais tradicional, levando à rígida reversibilidade de bens detalhadamente enumerados, de propriedade das concessionárias, até a completa liberdade de atuação destas, em que esteja previamente autorizada a terceirização plena desses meios de suporte à prestação do serviço (hipótese em que não haveria a reversibilidade da propriedade de qualquer bem).

O contrato de concessão de STFC não abriu mão completamente de prever alguma forma de reversão em relação a alguns bens afetados à prestação do serviço. Fez isso, todavia, de maneira peculiar. Não há, no regime instituído contratualmente, uma lista fixa de bens, isto é, a definição prévia e absoluta quanto ao que, ao final da concessão, será revertido ao poder concedente. É uma solução de reversão funcional. A indicação dos bens sobre os quais haveria direitos reversíveis foi feita de maneira aberta<sup>18</sup>.

O primeiro aspecto importante da cláusula contratual sobre o tema é que não é qualquer bem integrante do patrimônio da concessionária, mesmo tendo relação atual ou passada com o serviço concedido, que estará sujeito à reversão. Para ter essa condição, o bem deve ser “*indispensável* à prestação do serviço ora concedido”. Logo, não basta ser útil ao serviço, direta ou indiretamente: só haverá reversão se o bem for “*indispensável*”, se sua ausência inviabilizar a execução material do serviço.

---

<sup>18</sup> O tema foi versado no Capítulo XXI do contrato original de concessão. “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.”

Quando da prorrogação das concessões, esse dispositivo se manteve, mas com a inclusão de trecho prevendo também a reversibilidade de direitos sobre bens indispensáveis ao serviço que integrem o patrimônio de controladora, controlada e coligada da concessionária, ou mesmo de terceiros: “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 01 – Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local.” (O trecho em destaque foi acrescido ao texto existente nos contratos originais.)

Vale aqui a analogia com a velha classificação jurídica feita a propósito das benfeitorias (art. 96 do atual Código Civil). Tomando-a de empréstimo, podemos classificar os bens da concessionária em necessários, úteis e voluptuários. Não se pode considerar como reversíveis *quaisquer bens*, mesmo se simplesmente úteis, e até se apenas voluptuários. Incluindo como reversíveis os bens estritamente “*indispensáveis* à prestação do serviço” de telefonia fixa, o contrato de concessão se referiu apenas aos “*necessários*” (isto é, os destinados a “conservar” especificamente o serviço de telefonia, ou a “evitar que se deteriore”, nas felizes expressões do Código Civil).

Ademais, é preciso haver relação imediata de dependência entre o bem e a “prestação” mesma do serviço. Abrangidos na reversão estão, portanto, apenas os bens com que se *prestam*, com que se *executam diretamente* os serviços; de modo que ficaram excluídos da reversão bens da concessionária com outras destinações que não esta; isto é, que não a prestação mesma dos serviços. Estão nessa categoria, e não se sujeitam à reversão, os bens sem utilização atual, os bens usados para fins de renda, os bens usados em atividades meramente administrativas, os bens usados na prestação de serviços outros que não os concedidos, etc.

Em síntese, *a reversão ficou limitada aos direitos sobre aqueles bens que, ao final do prazo da concessão, continuem efetivamente sendo instrumentos diretos, atuais e indispensáveis da execução material de serviço público de telecomunicações*. Fora disso, não há reversão, pois ela de modo algum abrange os bens todos da empresa concessionária.

Trata-se, obviamente, de condição cambiante, esta de ser instrumento direto, atual e indispensável da execução material de serviço público de telecomunicações. O que é “indispensável à prestação do serviço”? Com o avanço tecnológico constante e a reorganização da gestão da empresa, elementos que um dia foram indispensáveis podem depois se tornar dispensáveis, por não mais guardarem relação direta com a execução do serviço. De outro lado, que serviço público de telecomunicações existirá depois do final do contrato, demandando o emprego dos mesmos bens que até então estavam viabilizando o serviço de telefonia concedido?

Foi bastante clara, portanto, a intenção do contrato de usar um conceito que propiciasse abertura, que não gerasse uma lista fixa de bens reversíveis, abrindo assim uma grande flexibilidade para a ação empresarial.

Esse tipo de solução jurídica só pôde ser adotada porque não se estava cogitando de usar as rendas da concessão como fonte para a constituição de um acervo público pré-definido. Se o objetivo fosse patrimonialista, o contrato teria dito, muito simplesmente: “serão reversíveis todos os bens da concessionária que tenham sido adquiridos com recursos da concessão”. Mas a cláusula é

bem outra, de modo que não importa se a origem dos recursos usados em certo bem da concessionária foi ou não a concessão: não haverá reversão se, quando do término do contrato, esse bem não for mais (ou nunca tiver sido) diretamente indispensável à ação de prestar um serviço público de telecomunicações.

Nos atuais contratos de concessão de telefonia, o instituto da reversão não foi pensado como solução patrimonialista, mas claramente como solução funcional. A União apenas quis se assegurar de que, se ainda houvesse serviço público a prestar quando do fim dessas concessões, os meios indispensáveis estariam disponíveis.

É necessário reconhecer que, na parte final, a referida cláusula parece ter buscado adotar um critério mais definido para identificação dos bens indispensáveis à prestação do serviço objeto de concessão. Constituiriam este núcleo básico os bens arrolados no Anexo 01 do Contrato. Todavia, ao contrário do que a redação da cláusula sugeria, *o anexo não contém listagem individualizada e precisa desses bens*. Optou-se, mais uma vez, por fórmula de caráter aberto, que permite a variação quanto aos elementos integrantes, segundo um critério funcional. Deveras, os bens não foram enumerados individualmente; apenas se mencionaram como reversíveis os direitos sobre bens que cumprissem determinadas funções<sup>19</sup>.

A fórmula adotada nos contratos é compatível com o modelo de exploração econômica dos serviços de telefonia, baseado na competição. São diversos prestadores (que exploram este mesmo serviço, o STFC, em regime público ou em regime privado) disputando, por sua conta e risco, o mercado. Ao contrário de serviços públicos de outros setores mais tradicionais, não existe, em relação à telefonia, intenso dirigismo estatal sobre as decisões de gestão das empresas. As concessionárias de STFC receberam o direito de explorar esses serviços em regime de competição. Com isso, não houve qualquer compromisso por parte do poder público em assegurar-lhes demanda mínima, ou mesmo a previsão de retorno financeiro para seus investimentos. A garantia foi só da

---

<sup>19</sup> “ANEXO N.º 01 - QUALIFICAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO LOCAL - a) Infraestrutura e equipamentos de comutação e transmissão, incluindo terminais de uso público; b) Infraestrutura e equipamentos de rede externa; c) Infraestrutura e equipamentos de energia e ar condicionado; d) Infraestrutura e equipamentos de centros de atendimento e de prestação de serviço; e) Infraestrutura e equipamentos de sistema de suporte à operação; f) Infraestrutura e equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas no Plano Geral de Metas de Universalização, aprovado nos termos do art. 18, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; g) Outros indispensáveis à prestação do serviço.” O caráter aberto dessa lista de bens é ainda mais marcante em função do disposto na cláusula 23.4, que atribui à Anatel a tarefa de definir concretamente os bens cujos direitos, no momento da extinção do contrato, reverterão: “Cláusula 23.4. Ao final da Concessão, a ANATEL procederá à avaliação dos bens referidos na cláusula 22.1, 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.”



manutenção de condições preestabelecidas de atuação neste mercado: observância de um regime tarifário, obrigações de universalização definidas, e assim por diante.

Em coerência, o Estado não assumiu previamente o ônus de aceitar, quando do fim do contrato, a reversão de qualquer bem do serviço, nem, portanto, assegurou indenização pelo investimento não amortizado nesse bem<sup>20</sup>. A reversão só ocorrerá se for necessário à Administração assumir os direitos sobre aquele bem para manter um serviço público de telecomunicações<sup>21</sup>.

A reversão nas concessões de STFC é instrumento para assegurar a continuidade do serviço público, a ser aplicado apenas quando a Administração (no caso, a Anatel) julgar necessário (SUNDFELD; ARRUDA CÂMARA, 2004, p. 150)<sup>22</sup>. Ele não tem simultaneamente o papel – comum em outras concessões – de garantia, à concessionária, da amortização de investimentos realizados na constituição de um acervo pré-determinado de bens do serviço. A reversão só ocorrerá se conveniente ao concedente, não servindo autonomamente como mecanismo garantidor dos investimentos privados. Estes, atendendo à lógica do modelo competitivo, constituem risco da empresa, mesmo porque, finda a concessão, ela terá total liberdade para, agora na condição de autorizatária, continuar atuando no setor para recuperar seus investimentos, inclusive usando os bens não revertidos<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Além da prerrogativa da agência para definir os bens que serão efetivamente aceitos como reversíveis (cláusula 23.4 do contrato), também lhe cabe, na etapa final do contrato, definir e aprovar os investimentos necessários à atualização de tais bens (cláusula 23.3 do contrato). Por outro lado, para resguardar interesses da concessionária, o contrato assegurou o direito a contraditar a decisão da agência que venha a *excluir* bens da lista de reversíveis, oportunidade em que poderá demonstrar sua imprescindibilidade para o serviço (cláusula 23.4, parágrafo único, do contrato) com a consequente obrigação de reversão e de indenização da parte não amortizada. Há, portanto, o objetivo claro de não deixar que a agência, ainda que na busca da maximização do benefício financeiro futuro ao erário, deixe sem a devida proteção investimentos necessários feitos pela concessionária. O contrato previu as hipóteses de, por motivações econômico-financeiras, o concedente tentar esvaziar artificialmente o rol de bens reversíveis (e assim fugir da obrigação de indenizar) e, também, de a concessionária tentar inflá-lo (para receber indenização por bens inúteis).

<sup>21</sup> No direito francês, também se admite que determinados bens de concessionária tenham seu “retorno” ao patrimônio do poder concedente definido com base em decisão discricionária (são os denominados *biens de reprise*, que se contrapõem aos *biens de retour*, cuja reversão é prévia e obrigatoriamente definida no contrato). Sobre o tema, cf. LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*, tomo 2. Paris: LGDJ, 1984, p. 753-754.

<sup>22</sup> Também nessa linha é a correta conclusão apresentada na Análise 5/2015-GCIF: “4.2.20. Não há espaço, contudo, para erigir a valorização patrimonial da concessão como objetivo a ser buscado dentro do modelo regulatório do setor de telecomunicações por meio do instituto da reversão. *O vínculo que se estabelece com a reversão é a continuidade do serviço, não a maximização do acervo patrimonial a ser revertido à União ao término da Concessão.*” (Grifo nosso)

<sup>23</sup> É discutível, portanto, a leitura segundo a qual haveria uma lógica “patrimonial” na inclusão de bens reversíveis nas concessões de STFC. Esse objetivo não foi perseguido pelo contrato. Apenas uma categoria de bens reversíveis – que só foi inserida no contrato posteriormente – apresenta esse viés “patrimonialista”. São 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. Nesse único caso, em relação à parte desses bens, pode se falar numa relação jurídica com características patrimoniais. Isso se dá pelo fato de tais bens terem sido adquiridos com recursos oriundos do cumprimento de metas de universalização específicas que, por determinação regulamentar, tiveram que se sujeitar a acompanhamento quanto ao resultado das despesas e receitas auferidas com sua utilização (art. 13, § 1º, do Decreto 4.769, de 2003, com a redação que lhe foi dada pelo art. 3º do Decreto 6.424, de 2008, e art. 29 e 30 do Decreto 7.512, de 2011).

#### 4 OPÇÕES JURÍDICO-ECONÔMICAS QUANTO À REVERSÃO ASSUMIDAS NA LEI E NO CONTRATO

Algumas manifestações da Anatel adotaram a ideia de que, quanto maior o número de bens revertidos ao término da concessão, melhor seria para o serviço público, na medida em que se contribuiria para a modicidade tarifária no futuro, já que tais bens, mesmo não servindo inteiramente ao STFC, poderiam gerar renda (por cessão onerosa a outro fim). Partindo dessa lógica, fizeram uma nova interpretação do contrato, para nele ver expressa essa ideia, e assim ampliaram a lista de bens reversíveis, visando à publicização de boa parte do patrimônio relevante das concessionárias.

É problemática esta premissa, de que teria sido melhor se o atual contrato tivesse mandado reverter para o poder público todo o patrimônio da empresa.

Se ônus maiores tivessem sido gerados para a prestação atual de serviços públicos, maiores teriam de ser os valores das tarifas e preços necessários para amortizar os investimentos e remunerar a concessionária, e, eventualmente, maior seria o passivo a onerar o orçamento público na indenização final. Portanto, gravar mais bens com cláusula de reversibilidade teria significado, também, onerar mais os usuários atuais (pois valores mais altos teriam sido impostos), ou onerar mais o orçamento público (pois mais indenizações teriam de ser pagas). E seria irracional fazer isso apenas para a União adquirir um acervo que, no futuro, talvez não tivesse verdadeiro valor. O contrato felizmente não transformou as atuais concessões em fontes de recursos para a aquisição de patrimônio público que gerasse renda futura para a União; seria uma irracionalidade econômica.

As concessões de STFC não obrigam as concessionárias a adquirir patrimônio certo, tampouco a fazer investimentos certos. Seu regime é o da *liberdade patrimonial completa* (podem usar bens próprios ou contratar meios de terceiros, segundo sua opção) e de *liberdade de investimentos* (podem investir pouco, muito ou nada na aquisição desses bens). Logo, as concessionárias têm *liberdade de meios*. Sua vinculação é só de resultado: devem prestar os serviços com tais ou quais características, em tais ou quais locais e momentos.

Por isso mesmo é que a cláusula de reversão na concessão de STFC é tão peculiar e restrita. Revertem apenas as propriedades ou direitos (bens em sentido amplo) indispensáveis à continuidade dos serviços, tal como estiverem organizados ao fim dos contratos. O que se quis foi apenas garantir a *transferência do serviço* em funcionamento (a continuidade), não a transferência de um rico patrimônio formado no decorrer dos anos. O contrato deu liberdade à concessionária para montar e manter seus serviços do modo mais barato e rápido – o que era, e é, o grande objetivo da regulação. Esse objetivo seria contraditório com o projeto patrimonialista de viabilizar a

constituição de um valioso acervo para renda futura, pois isso, claro, oneraria o custo dos serviços durante os longos anos necessários para sua formação.

A tarifa do STFC não está atrelada a investimentos pré-definidos ou a patrimônio pré-determinado das concessionárias. A expansão, atualidade e características das redes e equipamentos empregados nos serviços não são definidas pelo poder concedente. O órgão regulador e o Executivo impõem metas (de universalização e qualidade), cabendo às concessionárias buscar os meios que reputarem mais eficientes para atingir tais objetivos. Há efetiva liberdade e, por consequência, completa assunção de riscos pelas concessionárias em relação à viabilidade econômica do empreendimento.

É incorreta, portanto, a presunção de que, apenas por elas serem concessionárias de STFC, todo o patrimônio das empresas, inclusive o imobiliário e os equipamentos empregados na prestação de outros serviços, seria reversível com o término da concessão. Como sabemos, só reverterem as propriedades da própria concessionária que, ao final da concessão, forem ainda estritamente “indispensáveis” à prestação do serviço concedido. O contrato de concessão não estabeleceu uma espécie de reversibilidade geral.

É equívoco imaginar que a hipertrofia dos bens reversíveis seja necessária ou importante para tornar mais atrativa a futura exploração de serviços em regime público, por poder contar com receita gerada pelo uso desse patrimônio para a prestação de outros serviços – tudo de modo que um grande acervo patrimonial tornasse a futura concessão do STFC mais atraente a novos prestadores. A ideia teria sustento apenas se fosse possível subsidiar a prestação do STFC com a exploração de outras modalidades de serviços de telecomunicações (como a banda larga), mas tal prática é expressamente proibida em lei (art. 103, § 2º, da LGT).

## 5 BENS VINCULADOS A MAIS DE UM SERVIÇO

Embora de maneira aberta, o contrato de concessão previu o regime de reversibilidade para alguns bens (os *indispensáveis* à prestação do serviço), mencionados no Anexo 01. Assim ocorre com equipamentos de comutação e transmissão dos serviços de telefonia fixa, bem como com terminais de uso público, classificados como reversíveis pelo contrato (Anexo 01, alínea “a”).

A questão do enquadramento desses bens como reversíveis não suscita maiores discussões quando eles são exclusivamente destinados ao objeto da concessão, isto é, ao STFC. Todavia, em muitos casos, a realidade não é essa. Com a convergência de serviços e infraestruturas, é cada vez mais frequente que equipamentos sirvam à prestação de múltiplos serviços. Em situações tais,

quando o bem for empregado para atender a outros serviços da empresa, que não o de telefonia, será cabível classificá-lo como reversível?

O fenômeno ocorre de maneira intensa em redes de telecomunicações usadas simultaneamente para a prestação do STFC e do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM (ou simplesmente serviço de banda larga). E, mais recentemente, com a implantação de redes locais de fibra ótica, também se tem observado o compartilhamento com o Serviço de Acesso Condicionado – SeAC. Vários equipamentos e redes servem simultaneamente ao serviço telefônico, ao SeAC e ao serviço de banda larga, sendo estes últimos em proporção bem maior do que o primeiro.

Tais redes possuem elevada capacidade de transmissão de dados em virtude do SCM e do SeAC, serviços em regime privado, e não do STFC, que poderia ser prestado por meio de rede com capacidade inferior de tráfego. Em vários casos, o STFC ocupa menos de 1% da capacidade da rede utilizada.

De todo modo, mesmo representando ocupação menor da capacidade da rede, é certo que, para o STFC, a utilização de tais equipamentos é necessária, pois é por seu intermédio que o serviço vem sendo efetivamente prestado. A questão toda é saber qual a correta destinação a ser dada a tais redes ao término da concessão.

O compartilhamento, nesses casos, envolve bens da mesma pessoa jurídica ou do mesmo grupo econômico, que são utilizados para a prestação de duas ou mais modalidades de serviços.

Como visto, apenas os direitos sobre bens *indispensáveis* à prestação do serviço concedido devem ser revertidos. Acontece que a empresa detentora da concessão também atua como autorizatária de serviços em regime privado, vínculo este com prazo indeterminado de duração. Nessa condição híbrida, adquire e administra bens que servem simultaneamente ao serviço em regime público e aos serviços em regime privado.

Rede que for em parte destinada à prestação em regime privado, embora também utilizada para a prestação em regime público, deverá ser, ao término da concessão, revertida ao poder concedente? O bem deve ser considerado parte da concessão, mesmo que a concessão utilize, por exemplo, menos de 1% da capacidade desse bem?

É despropositado atrelar uma sofisticada e potente infraestrutura de rede a um serviço que dela só se utilizaria em menor parcela. O natural é a atividade que mais demanda a capacidade de rede ter sua titularidade.

O lógico, o racional, é assegurar o necessário à prestação do serviço em regime público e não impor a absorção de estrutura superior àquela a ser demandada. Assim, no momento de extinção da concessão, é suficiente transferir ao poder concedente ou à nova empresa

concessionária apenas o direito de uso de parte da rede. A rede continuará vinculada à empresa que a constituiu, servindo de suporte aos serviços que continuarem sendo oferecidos pela prestadora (como os serviços de banda larga e SeAC). A reversão recairá apenas sobre a parcela *indispensável* à prestação do serviço público (STFC), constituindo-se em *direito de uso parcial da rede, na capacidade necessária*. Com isso, será assegurada a continuidade do serviço público (objetivo a ser buscado com a reversão), sem onerar indevidamente o serviço público com estrutura a ele dispensável.

O contrato de concessão, embora tenha mencionado a questão dos bens compartilhados, tratou do problema de maneira aparentemente ambígua. Tais bens não foram definidos como reversíveis. Porém, determinou-se que eles devem constar “da relação apresentada anualmente pela Concessionária” (cl. 22.1, § 7º)<sup>24</sup>.

Qual seria, então, o sentido de incluir os bens compartilhados na relação apresentada anualmente pela concessionária? O objetivo da regra é conferir à agência um instrumento apto para acompanhar o modo de concepção de prestação de serviços que a concessionária tem liberdade gerencial para implantar. Se optar pelo compartilhamento – como pode fazer – e este se tornar indispensável à prestação do serviço, a agência terá como acompanhar a solução adotada, como faz em relação aos demais bens vinculados à concessão.

Mas incluir o bem (e sua condição de compartilhado) nessa relação não torna sua propriedade reversível por inteiro. Só será reversível a parcela indispensável ao serviço em regime público, isto é o direito parcial de uso. Reverterá, nessas situações, um bem imaterial (o direito de uso sobre a infraestrutura); esse é o bem jurídico indispensável à continuidade da prestação do serviço.

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.

Já foi demonstrado que a LGT admite a utilização de infraestrutura de terceiro para a prestação de serviços públicos. Assim, não há óbice jurídico a que a ex-concessionária ceda, mediante relação jurídica estável, o direito de uso de parte de sua rede à futura prestadora do STFC

---

<sup>24</sup> “Cláusula 22.1. [...] § 7º Os bens indispensáveis à prestação do serviço e que sejam de uso compartilhado pela Concessionária, fazem parte da relação apresentada anualmente pela Concessionária.”

em regime público. Fará parte do acervo da concessão, portanto, o direito de uso sobre a rede utilizada em menor parte pelo serviço público e cuja propriedade não será da nova concessionária. Assim, preserva-se relevante diretriz do modelo jurídico adotado pela LGT: a liberdade de gestão da futura empresa que assumirá a concessão.

É relevante destacar esse ponto. O setor de telecomunicações submeteu-se a intensa reformulação a partir de 1997 visando a, basicamente, expandir o número de prestadoras e a competição. Com tais perspectivas, concebeu-se um regime flexível de reversão de bens para, justamente, evitar que os contratos onerassem desnecessariamente os serviços que seriam prestados em regime público. Num contexto de múltiplos operadores, uma nova concessionária pode ter sua própria infraestrutura de telecomunicações, assumir estratégias próprias de crescimento e, com tudo isso, simplesmente prescindir dos bens empregados anteriormente.

Em síntese: quando o emprego de rede ou equipamento pelo STFC ocorre de maneira compartilhada com outros serviços, deve haver a reversão tão somente do direito de uso parcial da referida estrutura. Deve ser revertido apenas esse direito – bem de natureza imaterial – perfeitamente identificável e suficiente para assegurar a continuidade da prestação do serviço. A reversão integral da propriedade seria desnecessariamente onerosa ao serviço público, além de proporcionar a violação da regra que proíbe o subsídio cruzado entre modalidades distintas de serviços.

## 6 BENS NÃO VINCULADOS À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

O enquadramento dos bens imóveis integrantes do patrimônio das concessionárias, como bens reversíveis ou não, deve levar em conta o contexto em que o instituto da reversão foi recepcionado nos contratos de concessão de STFC.

Em vista das cláusulas contratuais que disciplinam a matéria, duas possíveis razões poderiam, em tese, fazer de um imóvel um bem reversível. De um lado, se fosse considerado indispensável “à prestação do serviço ora concedido”; ou, de outro, se fosse possível enquadrá-lo na lista de bens contida no Anexo 01 do contrato de concessão. Mas é certo que, na lista fixada no Anexo 01 do contrato, *não consta menção expressa a imóveis*.

O fato de a propriedade de imóveis poder gerar renda futura para a União, ou para uma nova concessionária, seria suficiente para considerá-los reversíveis? A resposta é negativa.

A “manutenção da eficiência associada ao serviço adequado” ou a “contribuição patrimonial e econômica para a modicidade tarifária” não são atributos que, de acordo com a lei ou

o contrato, fazem com que um determinado bem se torne reversível<sup>25</sup>. 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.

Os bens imóveis não integram a concessão. Eles pertencem à empresa, que é também concessionária, além de autorizatória de outros serviços. No caso de imóveis adquiridos antes do processo de privatização, tem-se de reconhecer e aceitar que eles foram alienados à iniciativa privada por meio do leilão das ações que pertenciam à União. É incorreta a ideia de que tais imóveis pertencem “ao serviço” e que só estarão à disposição das empresas enquanto elas forem concessionárias. Fosse assim, tais ativos não teriam sido excluídos da lista dos bens reversíveis arrolados nos contratos de concessão. E a lista, como visto, omitiu de maneira eloquente tal acervo imobiliário.

Seria problemático considerar reversível um bem imóvel da concessionária só pelo fato de em algum momento ele ter abrigado instalações administrativas ou operacionais da empresa, hoje desativadas, bem como usar, como critério para essa classificação, o argumento genérico de que uma futura prestadora de telecomunicações poderia querer usar esse imóvel em alguma de suas atividades. O argumento não vale porque, por ele, todos os bens da concessionária, com a possível ressalva apenas da sucata, seriam vistos como indispensáveis e, com isso, reversíveis.

## 7 CONCLUSÃO

Este estudo constatou a diferença de objetivos e métodos da reversão em distintas espécies de contratos de concessão pública, diferença existente em função da variedade dos objetivos regulatórios vigentes em cada época e serviço. Portanto, a determinação do rol exato de bens reversíveis nos contratos de concessão específicos não pode ser feita a partir de uma teoria geral da reversibilidade em direito administrativo, aplicável a quaisquer casos. Tal teoria é impossível, pois a extensão e modo da reversibilidade – e até sua própria existência – dependem de aspectos que variam de setor a setor, de contrato a contrato.

Para perceber essa enorme variedade, pode-se comparar a *reversão fechada*, prevista, por exemplo, nos contratos de concessão rodoviária, que abrange toda a malha implantada pelo concessionário, malha essa cujas características já vêm impostas na concessão, com a *reversão*

<sup>25</sup> Análise 131/2012, item 3.2.55.

*aberta*, que foi adotada nas concessões de telefonia celebradas no Brasil em 1998 entre a União e as empresas então privatizadas.

As características dessa reversão aberta em telecomunicações podem ser sintetizadas como segue:

a) As concessões de STFC, com respaldo na Lei Geral de Telecomunicações – que permitiu às concessionárias o uso de equipamentos e de infraestrutura de terceiros (art. 94, I) – não contêm um rol taxativo de bens cujos direitos de propriedade deveriam pertencer às concessionárias, para poderem ser revertidos ao final dos contratos para o concedente. Portanto, nessas concessões, a reversão não foi adotada como meio de constituir patrimônio público para exploração futura, mas apenas para fins funcionais: viabilizar a continuidade, na forma em que estiverem funcionando, dos serviços que, à época da extinção das concessões, forem ainda prestados em regime público.

b) Extintas as concessões, as empresas têm o direito de continuar existindo e de prestar, como autorizatárias, os serviços que operam (as autorizações, ao contrário das concessões, não têm vigência sujeita a termo final – art. 138 da LGT), mantendo o patrimônio que lhes pertence e que foi adquirido com recursos delas e de seus acionistas. A reversão prevista nos contratos de concessão não pode alcançar todo esse patrimônio, que é privado, nem comprometer a estabilidade das empresas, cuja atuação nos serviços objeto de autorização é anterior à própria privatização, e foi ampliada desde então nos termos da lei.

c) Os contratos de concessão previram a transferência ao concedente, a título de reversão, apenas de direitos sobre os bens estritamente “*indispensáveis* à prestação do serviço” de telefonia fixa. Indispensáveis são somente aqueles cuja ausência inviabilize a execução material do serviço, por serem “necessários” (e não meramente “úteis” – conceitos do art. 96 do Código Civil). A reversão, portanto, ficou limitada aos direitos sobre os bens que, ao final do prazo da concessão, continuarem sendo instrumentos diretos, atuais e indispensáveis à própria execução material do serviço público. Ficam excluídos da reversão bens da empresa com outras destinações que não a prestação mesma do serviço (bens sem utilização atual, bens usados para fins de renda, bens usados em atividades meramente administrativas, bens usados na prestação de serviços outros que não os concedidos, etc.).

d) No caso dos bens da empresa que sejam compartilhados entre os serviços objeto de autorizações (SCM e o SeAC, por exemplo) e o serviço de STFC objeto da concessão, não há fundamento para a reversão integral do direito de propriedade, pois ele não é “indispensável” à prestação do STFC, nem integra o acervo da concessão. Nesse caso, o que deve reverter para o



concedente é apenas o direito de uso sobre a rede ou equipamento compartilhado, no modo e quantidade estritamente necessários à continuidade da execução material do STFC concedido, permanecendo a propriedade com a sua titular.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*. Tomo 2. Paris: LGDJ, 1984.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uso de espaços públicos comuns pelas redes de serviço público. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca et al. (Org.). *Estado e propriedade – Estudos em homenagem à Professora Maria Coeli Simões Pires*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan/mar. 2013.

## REVERSIBILITY OF ASSETS IN CONCESSIONS AND THE UNFEASIBILITY OF A GENERAL THEORY

### ABSTRACT

This study compares the experiences of reversion of assets in classic public concessions with those in modern concessions, concluding that the selection of reversible assets in each case cannot be oriented by a general theory of reversibility in administrative law. Such a theory is legally impossible, since the existence, extent and mode of reversibility vary according to the sector and to the type of contract involved.

### KEYWORDS

Regulation. Public service concession. Reversibility. Telecommunications.

*Recebido: 4 de fevereiro de 2016*

*Aprovado: 21 de março de 2016*