

## Reversibilidade de Bens em Concessões de Telecomunicações

### *Asset reversibility in telecommunications concessions*

Caio Mario da Silva Pereira Neto  
Mateus Piva Adami  
Felipe Moreira de Carvalho<sup>1</sup>

**Resumo:** A aproximação do término dos contratos de concessão do STFC demanda maior detalhamento das discussões acerca do modo de aplicação do instituto da reversibilidade de bens. Este artigo trata dos contornos da regra de reversão aplicável ao setor de telecomunicações, indicando os limites para e as ferramentas jurídicas para sua aplicação. Especificamente, postula-se que a Lei Geral de Telecomunicações e a Constituição Federal impossibilitam a adoção de uma leitura patrimonialista, sendo necessária a adoção de soluções contratuais com o propósito de viabilizar a reversão da posse dos bens reversíveis, em parcelas restritas àquelas estritamente indispensáveis à continuidade do STFC.

**Palavras-chave:** Reversibilidade de bens; posse; bens multisserviço; STFC; Anatel

**Abstract:** The approaching term of the switched fixed telephony (STFC) concessions requires the discussions on asset reversibility to be held at a greater level of detail as to the characteristics of this legal concept. This paper outlines the asset reversibility rule applicable to the telecommunications sector and indicates the limits and legal tools for its implementation. Specifically, we argue that the Federal Constitution and the General Telecommunications Act do not allow for an interpretation centered on the estate in reversion (an interpretation we refer to as *patrimonialista*). Consequently, the implementation of this reversion rule should rely on contractual arrangements dealing with possessory rights over the assets which are essential for the continuous provision of STFC, or capacities thereof.

**Keywords:** Asset reversibility; possessory rights; multi-service assets; STFC; Anatel

---

<sup>1</sup> Caio Mario da Silva Pereira Neto é Professor de Direito Econômico da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), Mestre (LL.M.) e Doutor (JSD) em Direito pela Universidade de Yale (EUA). Mateus Piva Adami é Mestre em Direito Público pela Universidade de São Paulo (USP) e Professor do Programa de pós-graduação Lato Sensu da FGV Direito São Paulo (GVLaw). Felipe Moreira de Carvalho é bacharel em Direito pela USP. Os três atuam como advogados de Pereira Neto | Macedo Advogados, em São Paulo.

**Sumário:** 1. Introdução, 2. Breve histórico das concessões no setor de telecomunicações, 3. A reversibilidade de bens e o setor de telecomunicações, 3.a. O regime de reversibilidade de bens vinculados à prestação de serviços públicos e seu propósito, 3.b. O regime específico de reversibilidade ditado pela LGT, 3.b.1. Regime distinto, específico e de propósito diverso: Instituição de regime de reversibilidade é objeto de discricionariedade do Poder Concedente, sendo-lhe facultada a adoção de mecanismos alternativos, 3.b.2. Natureza pré-delimitada pela LGT: reversão da posse e a flexibilidade dos modelos comportados pela legislação, 3.b.3. Serviço público e atividade econômica: interpretação restritiva do primeiro em face do segundo e os impactos na delimitação da extensão da reversibilidade, 3.c. O regime de reversibilidade posto pelos atuais contratos de concessão, 3.c.1. Abrangência do regime de reversibilidade nos contratos de concessão, 3.c.2. Inexiste formatação jurídica pré-determinada para a reversão ao término das atuais concessões de STFC, mas a reversão deve sempre preservar a propriedade privada do bem, 3.c.3. Conclusão parcial: a peculiaridade do regime de reversibilidade aplicável ao STFC e as limitações que lhe são impostas, 4. Abrangência e natureza da reversibilidade no setor de telecomunicações, 4.a. Destinação dos bens como critério de abrangência da reversibilidade: bens de uso exclusivo e bens multisserviço, 4.b. Natureza da reversão: direito a obter capacidade para a continuidade da prestação, 4.c. Elementos para a definição do regime de reversibilidade aplicável às concessões vigentes, 5. Conclusão

## 1. Introdução

Com a aproximação do término das concessões do Serviço Telefônico Fixo Comutado (“STFC”)<sup>2</sup>, as discussões acerca da reversibilidade dos ativos atrelados à prestação desse serviço passam a depender de maior detalhamento. Essa discussão está atualmente pautada em chaves de análise relativamente vagas, seja quanto à aproximação do instituto, por vezes marcada por leituras doutrinárias inaplicáveis ao marco jurídico setorial, seja quanto à definição de abordagens para o deslinde dessa questão. Nesse contexto, o presente artigo busca apresentar elementos para esclarecer a natureza da regra de reversibilidade no setor de telecomunicações e delimitar a abrangência e potenciais ferramentas jurídicas para sua aplicação.

Em outros setores, a regra de reversibilidade se justifica pela necessidade de continuidade da prestação do serviço público concedido. Tradicionalmente, essa

---

<sup>2</sup> Seja pelo decurso do prazo contratual, cujo término se encontra em um horizonte inferior a uma década, seja pela reformulação do modelo de prestação desse serviço, atualmente em discussão.

necessidade implica, por explícita definição contratual, o retorno da propriedade dos ativos integrantes do acervo da concessão ao Poder Concedente, para que passe a prestar o serviço por seus próprios meios ou para que proceda a nova delegação.

Buscamos demonstrar que, no caso das concessões do STFC, o regime aplicável é menos trivial, fato refletido na própria Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (“Lei 9.472/1997” ou “Lei Geral de Telecomunicações” – “LGT”), ao prever que a reversão de bens, quando for contratualmente prevista, operará sobre a *posse* desses ativos<sup>3</sup>.

A definição mais precisa dos contornos da regra de reversibilidade é especialmente relevante tendo em conta a atual estruturação do setor de telecomunicações. Nele, diferentemente do que ocorre em outros setores delegados, as concessionárias do STFC não são sociedades de propósito específico, e operam outros serviços de telecomunicações na condição de autorizatárias. Essa peculiaridade faz com que essas sociedades operem redes multisserviço, sob diversas outorgas, sendo a reversão aplicável apenas a uma parcela de seus ativos.

Com o propósito de expor as particularidades da reversão de bens no setor, o presente artigo encontra-se estruturado da seguinte maneira: (i) a Seção 2 apresenta um breve histórico do setor de telecomunicações, com o propósito de contextualizar a discussão aqui exposta; (ii) a Seção 3 trata do instituto da reversibilidade de bens e das características que o definem no marco jurídico das telecomunicações e nos Contratos de Concessão do STFC; (iii) a Seção 4 busca esclarecer a abrangência e a natureza dos direitos decorrentes desse regime no caso específico das concessões do STFC. Ao final do trabalho, uma breve conclusão sumariza o exposto.

## **2. Breve histórico das concessões no setor de telecomunicações**

As concessões do STFC atualmente vigentes decorrem do processo de liberalização do setor de telecomunicações promovido na década de 1990. Esse processo se contrapôs ao movimento imediatamente anterior, em que a União, por intermédio da Telecomunicações Brasileiras S/A (“TELEBRAS”), assumiu progressivamente o

---

<sup>3</sup> O artigo 120, IX, da LGT faculta a concessão de serviços de telecomunicações sem o estabelecimento de regime de reversibilidade, e seu artigo 102 determina a reversão da posse desses ativos, quando contratualmente definidos: “A *extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis*.”.

controle acionário de prestadoras de telecomunicações detentoras de outorgas municipais e estaduais, estatizando e centralizando o setor<sup>4</sup>.

Nas décadas de 1950 e 60, os serviços de telecomunicações eram prestados no Brasil por força de concessões para serviços locais, outorgadas pelos municípios, e de concessões estaduais para serviços intermunicipais. Essa estrutura provocou grande descentralização no setor, fato que, no limite, inviabilizava sua adequada prestação.

Em reação a esta fragmentação, no final dos anos 60, o Governo Federal decidiu centralizar o controle dos serviços. Com isso, a Emenda Constitucional nº 01/1969 previu que os serviços de telecomunicações passariam a ser de titularidade da União (artigo 8º, inciso XV, 'a')<sup>5</sup>.

Em linha com essa determinação, a Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, autorizou a constituição da TELEBRAS, e determinou que essa sociedade de economia mista adquirisse participações acionárias nas empresas concessionárias de serviços de telecomunicações. A empresa estatal poderia ampliar essas participações até a aquisição do controle dessas sociedades, com o propósito de promover “a unificação desses serviços” (artigos 2º e 4º).

O processo de estatização e centralização dos serviços de telecomunicações conduzido pela TELEBRAS foi amplo e conduziu a um efetivo monopólio estatal em todas as esferas do setor telecomunicações, na quase totalidade do território nacional. Esse movimento se traduziu na adoção de uma estratégia de intervenção estatal no setor de telecomunicações pela via de controle societário.

Essa estratégia foi mantida quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que buscou preservar o *status quo* de subordinação das empresas de telecomunicações à TELEBRAS pela via do controle acionário. Em sua redação original, a Constituição

---

<sup>4</sup> Seguimos aqui a exposição de SUNDFELD, Carlos Ari. *A Regulamentação das Telecomunicações: Papel Atual e Tendências Futuras*, In: REDAE, n. 8, nov., dez, 2006 e jan. 2007, disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>>, acesso em 21.11.2015. Texto publicado originalmente no livro "Direito Global", coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, São Paulo, Max Limonad, 1999, pg. 157/168. Ver também, do mesmo autor: *Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações*, in Revista de Direito de Informática e Telecomunicações, v.1, n.1, jul/dez 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 55.

<sup>5</sup> De fato, a Lei nº 4.717, de 27 de agosto de 1962 (“Código Brasileiro de Telecomunicações”) já havia previsto que os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações seriam explorados pela União por intermédio de empresa pública (artigo 30, § 1º). Esses serviços de longa distância viriam a ser prestados pela Empresa Brasileira de Telecomunicações (“EMBRATEL”).

determinou que a prestação de serviços de telecomunicações se daria “*diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal*” (redação original do artigo 21, XI).

Pois bem, a liberalização do setor de telecomunicações se insere como um ponto de inflexão nessa trajetória do setor. A Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, alterou o artigo 21, XI, da Constituição e suprimiu a exigência de que as outorgas de serviços de telecomunicações fossem concedidas exclusivamente a empresas sob controle acionário estatal.

Seguiu-se à Emenda a edição de duas leis específicas para o setor de telecomunicações: a Lei nº 8.977, de 06 de maio de 1995 (“Lei do Cabo”) e a Lei nº 9.295, de 16 de julho de 1996 (“Lei Mínima de Telecomunicações”). Nesse primeiro momento da liberalização do setor, contudo, ainda não se colocava como premissa a alienação das participações da TELEBRAS em suas subsidiárias<sup>6</sup>, que apenas se materializaria com o advento da Lei Geral de Telecomunicações.

A LGT autorizou a desestatização das subsidiárias da TELEBRAS, impondo a reestruturação do setor de telecomunicações<sup>7</sup>, em duas fases. Em primeiro lugar, as subsidiárias do Grupo TELEBRAS, bem como as empresas regionais independentes de capital privado (que não haviam sido incorporadas ao Grupo), foram obrigadas a pleitear a celebração de novos contratos de concessão com a União, sob pena de suas concessões vigorarem apenas até o exaurimento de seu prazo original<sup>8</sup>.

No caso das subsidiárias do sistema TELEBRAS, a assinatura dos novos contratos de concessão foi seguida da alienação das participações estatais nas subsidiárias da TELEBRAS, por meio do Edital MC/BNDES nº 01/1998. Frise-se, desde já, que não se tratou de edital destinado à concessão à iniciativa privada dos serviços de telecomunicações – o que já havia ocorrido – mas sim da efetiva alienação do controle de empresas estatais.

Com isso, operou-se a transferência do controle dessas concessionárias do STFC, que passaram a ser sociedades integralmente privadas. Para essas empresas, sua relação com

---

<sup>6</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *A Regulamentação das Telecomunicações...*, cit. p. 3.

<sup>7</sup> LGT, artigo 186 e subsequentes.

<sup>8</sup> LGT, art. 207.

o Estado passa a se resumir ao vínculo regulatório decorrente de seu contrato de concessão, tendo sido suprimido o vínculo societário que anteriormente guardavam com a União.

Dessa breve exposição histórica, nota-se que o movimento de reestruturação e de desestatização das empresas do Grupo TELEBRAS teve dois efeitos: (i) redesenhou seu vínculo de subordinação ao Estado, por meio dos novos contratos de concessão; e (ii) colocou na condição de empresas integralmente privadas. Isso permitiu a introdução de um novo modelo regulatório, pautado pela introdução de competição e isonomia entre os prestadores, com a redução do grau de intervenção estatal no setor<sup>9</sup>.

Há, ainda, um segundo aspecto a ser tratado na presente revisão do processo de reestruturação e de desestatização que se seguiu à edição da LGT, este pouco destacado. O § 3º do artigo 207 da Lei, que determinou que fossem assinados contratos de concessão pelas concessionárias do STFC que tinham contrato então vigente, determinou também que:

“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.”

O parágrafo acima<sup>10</sup> possibilitou que as concessões para a prestação do STFC fossem outorgadas de maneira concomitante com autorizações para a exploração de serviços distintos do STFC. É o caso do Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (“SRTT”), explorado em regime privado pelas concessionárias do STFC<sup>11</sup>. Tal medida foi necessária para permitir a que a exploração desses serviços tivesse seguimento,

---

<sup>9</sup> Como se extrai da Exposição de Motivos da Lei Geral de Telecomunicações (EM nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996), a própria estratégia de desestatização tinha por propósito a adoção desse novo modelo regulatório: “As peculiaridades do setor de telecomunicações fazem com que a estratégia de desestatização esteja fortemente vinculada a questões regulatórias. De fato, a reorganização societária das empresas do Sistema TELEBRÁS e a redistribuição de suas áreas de concessão deverão ocorrer concomitantemente com o processo de desestatização, em sintonia com a ambiente regulatório inovador que se está introduzindo com a nova Lei Geral das Telecomunicações Brasileiras, consubstanciada no presente Projeto.”

<sup>10</sup> Expressamente referido pela Cláusula 18.1. do Contrato de Concessão: “Cláusula 18.1. A Concessionária é empresa constituída segundo as leis brasileiras, sob a forma de sociedade por ações, tendo por finalidade exclusiva a exploração do serviço objeto da presente concessão, ressalvados os serviços nos termos do disposto no § 3.º do art. 207 da Lei n.º 9.472, de 1997.”

<sup>11</sup> Que eventualmente seria transformado em Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, pela Resolução nº 272, de 09 de agosto de 2001, cujo artigo 68 determinou: “As autorizações para prestação de Serviço Limitado Especializado nas submodalidades de Rede Especializado e Circuito Especializado, bem como as autorizações do Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações, compreendendo o Serviço por Linha Dedicada, o Serviço de Rede Comutada por Pacote e o Serviço de Rede Comutada por Circuito, todos de interesse coletivo, poderão ser adaptadas ao regime regulatório do SCM, desde que atendidas pelas empresas interessadas as condições objetivas e subjetivas estabelecidas neste Regulamento.”

sendo transferida às empresas signatárias dos contratos de concessão. Esse expediente mitigou a então vigente exclusividade da prestação do STFC no objeto das concessionárias (art. 86 da LGT), muito antes de essa exclusividade ser abolida.

Desde o início, portanto, o vínculo de concessão decorrente dos processos de reestruturação e de desestatização do setor de telecomunicações, aplicável às concessionárias de telecomunicações, *abrange apenas uma parcela dos serviços prestados por estas operadoras*<sup>12</sup>. Isso significa que os bens destinados à continuidade do serviço público *seguiram* convivendo, na mesma rede, com bens relacionados a serviços explorados em regime privado – estes jamais sujeitos a qualquer tipo de obrigação de reversão. Mais do que isso, alguns bens passaram a ser utilizados concomitantemente para prestação de serviços em ambos os regimes.

Essa situação não alterou o regime de prestação do serviço definido pela legislação, que diferencia o regime público e o privado, mas produziu impactos diretos na própria concepção de reversão de bens, como se demonstrará adiante.

### **3. A reversibilidade de bens e o setor de telecomunicações**

A presente Seção apresenta o regime de reversibilidade de bens vinculados à prestação de serviços públicos e o aproxima do contexto do setor de telecomunicações. Partiremos de uma análise conceitual da reversibilidade e de sua aplicação em outros setores, a fim de contextualizar o referido instituto e apontar a sua aplicação de acordo com a LGT e os contratos de concessão.

---

<sup>12</sup> Sendo livre a exploração de outros serviços: “Consoante relato histórico que consignei na Análise nº 5/2015-GCIF, de 6/3/2015, são distintos os eventos da concessão da prestação do STFC e da privatização das empresas estatais que exploravam esse serviço. Naquela oportunidade, foi possível esclarecer que as redes então exploradas pelas prestadoras do STFC eram patrimônio dessas empresas, que, ao subscreverem os contratos de concessão, concordaram em afetar essa infraestrutura à prestação do serviço no regime público e, conseqüentemente, ao instituto da reversão. Como patrimônio da empresa, portanto, a rede pode ser por ela livremente utilizada para a exploração de outros serviços de telecomunicações, nos termos dos respectivos atos de outorga, respeitadas as obrigações legais, regulamentares e contratuais decorrentes da prestação do STFC em regime público.” (Voto nº 85/2015-GCIF, de 05.06.2015, p. 35).

De fato, a rede empregada pelas concessionárias do STFC é objeto de contratos de exploração industrial com outras prestadoras de serviço de interesse coletivo (i.e., para além dos prestados em regime público), conforme dispõem as cláusulas 16.3 e 16.14 do Contrato de Concessão aprovado pela Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010.

### **3.a. O regime de reversibilidade de bens vinculados à prestação de serviços públicos e seu propósito**

Os serviços públicos são a esfera da atividade econômica que o Estado assume como de sua titularidade, e estão sujeitos a um regime excepcional de exploração, distinto daquele aplicável às demais atividades econômicas<sup>13</sup>. Para a prestação desses serviços, são cabíveis modalidades distintas de exercício dessa titularidade – prestação direta ou indireta, a última sob os regimes de concessão ou permissão.

Em qualquer uma dessas modalidades, a prestação de serviços públicos (e a exploração de atividades econômicas) pressupõe um conjunto de direitos sobre os ativos que lhe são necessários. Assim, direitos sobre a infraestrutura de torres de transmissão de energia elétrica são pressuposto para a prestação desse serviço, e direitos sobre a malha ferroviária são pressuposto para a prestação dos serviços ferroviários.

A permanência da vinculação entre esse acervo de direitos e o serviço público a que servem é o objeto do instituto da reversibilidade de bens. A depender de qual é o serviço público em questão, serão estabelecidas relações variadas entre esse acervo de bens e o serviço desenvolvido, e, por conseguinte, serão adotadas modelagens variadas para o instituto da reversibilidade<sup>14</sup>.

Essa multiplicidade de modelagens possíveis torna necessário afastar concepções existentes a respeito do conteúdo da regra de reversibilidade. De uma forma geral, duas concepções têm sido aventadas, as quais comportam variações. De um lado, há uma visão que pode ser chamada de *patrimonial* ou *patrimonialista*; de outro, há uma visão *funcional*, ambas sumarizadas no seguinte excerto de texto da lavra de Floriano de Azevedo Marques Neto:

“Duas são – e ao longo do tempo têm sido – as formas de abordar o tema dos bens reversíveis. Uma chamemos de patrimonial. Outra, alcinharemos de funcional.

Na primeira, os bens reversíveis são aqueles cuja titularidade está aferrada ao fato de ser o poder público o titular do serviço público. Sendo o serviço público uma atividade reservada à prestação em regime público (excepcional em relação à regra geral de liberdade de

---

<sup>13</sup> Orientados pela Constituição Federal especialmente em seus artigos 170 e 175, respectivamente.

<sup>14</sup> “O fornecimento de utilidades materiais, em que se traduz o serviço público, pressupõe um conjunto de bens e direitos, organizados sob forma empresarial. Não é possível estabelecer generalizações absolutas a propósito da natureza desses bens. Tanto poderão ser bens móveis como imóveis, públicos como privados, tudo dependerá das circunstâncias e da natureza do serviço público a ser prestado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 328).



empresa e de iniciativa) e de titularidade do ente estatal, teríamos que os bens titularizados pela pessoa jurídica de direito privado (concessionária) ou adquiridos por força econômica das receitas auferidas com a exploração do serviço seriam, necessariamente, públicos, ainda que momentaneamente trespassados à posse (ou domínio útil) do particular.

Na segunda, funcional, o plexo de bens reversíveis estaria mais ligado à sua afetação ao serviço público. Ou seja, o traço da reversibilidade decorreria não do fato do bem integrar o patrimônio de um delegatário do poder público ou ter sido adquirido com receitas de natureza tarifária. Seria sim decorrência do seu emprego, da utilização ou, melhor ainda, de sua essencialidade (imprescindibilidade) para a prestação do serviço público.”<sup>15</sup>

A primeira dessas visões está fortemente vinculada a uma ideia de propriedade sobre ativos, que assume importância maior do que a própria necessidade de preservação do serviço público. Da titularidade sobre o serviço decorreria a necessidade de que o Estado, compreendido em sentido amplo, detivesse também direitos reais sobre os bens de algum modo vinculados à sua prestação. Assim, estariam de alguma maneira associados o serviço público e o controle patrimonial do acervo de bens necessários à sua prestação, de modo que decorreria do próprio regime de serviço público a necessidade de reversão.

A segunda visão não incorpora esse elemento patrimonial, reconhecendo haver mecanismos alternativos para o exercício da titularidade estatal sobre o serviço público. Em última instância, a visão funcional não considera necessária a projeção de direitos de proprietário sobre o acervo de bens da concessão, bastando que o Poder Concedente regule o serviço delegado e assegure mecanismos de manutenção de sua continuidade.

Para a leitura funcional, a instituição de regime de reversibilidade de bens decorre da obrigação de manutenção de serviço adequado, prevista pelo artigo 175, parágrafo único, da Constituição Federal – mais especificamente quanto ao elemento de continuidade do serviço público.

A necessidade de preservar a continuidade gera obrigações aplicáveis tanto ao concessionário – ao vedar a suspensão imotivada da prestação – quanto à Administração Pública – que não pode permitir que o serviço deixe de ser prestado, inclusive quando do término das outorgas para sua prestação indireta. A reversibilidade aparece como mecanismo para impedir essa última descontinuidade<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Marques Neto, Floriano de Azevedo. Bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações, In: Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 8, out./dez. 2004, p. 101.

<sup>16</sup> A constatação dessa ligação é unânime, mesmo sem que todos os autores deixem de associá-la à visão patrimonial. Veja-se, por exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p 770. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São

Nessa chave de análise, o emprego do mecanismo de reversibilidade de bens passa a se justificar não com fundamento em uma característica essencial do regime de serviço público, mas como resultado de uma avaliação do Poder Concedente, realizada caso a caso, cujo resultado depende de uma análise de conveniência. Ou seja: o estabelecimento de um regime de reversibilidade calcado em uma noção patrimonial passa a ser uma alternativa oferecida ao Administrador, a depender da lei de regência de uma dada concessão e do que ele venha a adotar no contrato – e não se considera mais uma necessidade.

A adoção da leitura patrimonial, em um contexto como o atual, não se presta a descrever a realidade num sem número de situações. Analisando uma série de concessões atualmente vigentes, pode-se constatar que a reversão patrimonial por vezes não é adotada, por não corresponder à alternativa considerada mais adequada pelo Poder Concedente. Mais do que isso, mesmo quando essa alternativa é adotada, sua adoção está justificada por fatores variados, mais vinculados à análise do modelo concreto que se busca estabelecer do que a uma construção patrimonialista segundo a qual a reversão patrimonial é consequência do regime de serviço público.

Para esclarecer os efeitos dessa distinção, tomemos o exemplo do serviço público ferroviário. No mais das vezes, não é viável ou econômico que sejam estabelecidas duas malhas ferroviárias alternativas para o atendimento de uma mesma região do País. Como tal, o Estado houve por bem garantir o controle patrimonial da malha para viabilizar a continuidade do serviço concedido após a extinção do respectivo contrato de concessão<sup>17</sup>.

Nessas mesmas concessões, além da malha ferroviária, o material rodante também foi eleito como bem reversível nas concessões ferroviárias vigentes. A opção do Administrador aqui, no entanto, pode ter levado em consideração outros fatores – como o alto custo de locomotivas e vagões, sua vida útil longa (que ultrapassa até mesmo o

---

Paulo: Dialética, 2003, pp. 329-331; DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Parcerias na Administração Pública*, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 90. Essa vinculação é reconhecida pela própria legislação geral de concessões. Veja-se o artigo 36 da Lei Geral de Concessões, a título exemplificativo.

<sup>17</sup> Opção que foi adotada pelo Poder Concedente para os atuais contratos de concessão ferroviária. Veja-se, por exemplo: o Contrato de Concessão relativo à Malha Paulista: “*CLÁUSULA DÉCIMA-SEXTA Com a extinção da CONCESSÃO, qualquer que seja a sua causa: 1) Retornarão à CONCEDENTE todos os direitos e privilégios transferidos à CONCESSIONÁRIA, junto com os bens de propriedade da CONCESSIONÁRIA e aqueles resultantes de investimentos por esta efetivados em bens arrendados, declarados reversíveis pela CONCEDENTE por serem necessários à continuidade da prestação do serviço concedido;*”.

curso de uma concessão) e o fato de que dificilmente poderia ser utilizado desvinculado da malha a que se encontra atrelado<sup>18</sup>. Ou seja, pode-se ter adotado a regra de reversão tomando-se em conta fatores diversos dos que motivaram o estabelecimento do regime de reversão da malha ferroviária (v.g., impossibilidade de amortização do material rodante contra consideração de que a malha é um tipo de monopólio natural).

Exemplo ainda mais contundente da variedade de regimes possíveis com relação à reversibilidade está nas concessões para a prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros municipais. Nessas, tem-se em geral que o Administrador adota a solução oposta à adotada para o material rodante: os ônibus empregados na prestação do serviço não são considerados bens reversíveis – possivelmente por possuírem vida útil comparativamente curta e poderem ser facilmente adquiridos pelo concessionário sucessor<sup>19</sup>.

Nem no caso do material rodante ferroviário, nem no caso dos ônibus empregados no serviço de transportes coletivos municipais, a adoção do regime de reversibilidade (ou sua ausência) se justifica pela mesma razão do regime aplicável à malha ferroviária – i.e. continuidade do serviço e caracterização de uma infraestrutura de difícil duplicação. Mesmo sendo ambos (ônibus e material rodante) igualmente fundamentais para a prestação dos serviços a que estão vinculados, opta-se por não instituir regime de reversibilidade em relação aos primeiros. No caso dos segundos, seria possível contemplar também a não reversão, mediante o uso do regime de autorização previsto na Lei 10.233/2001 (art. 13, V, b), que dissocia a exploração da infraestrutura da atividade do transporte de carga propriamente dito.

Vale citar, ainda, o setor de transporte aéreo de passageiros. Muito embora os serviços de transporte aéreo público regular sejam objeto de concessões, de acordo com o artigo 180 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (“Código Brasileiro de Aeronáutica”),

---

<sup>18</sup> “Com efeito, os bens aplicados para o 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.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 769).

<sup>19</sup> Confira-se, por exemplo, a Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001, que autorizou a atual delegação dos serviços de transporte coletivo municipal no Município de São Paulo e também fundamentou a delegação atualmente em curso (esta última regida pelo Decreto nº 56.232, de 2 de julho de 2015), que prevê expressamente a exclusão de ativos essenciais ao serviço público concedido do rol de bens reversíveis: “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.”

não há o estabelecimento de um mecanismo de reversão dos bens da concessionária. E não se questiona a importância das aeronaves para a realização do transporte aéreo nacional.

Essa realidade não é novidade para o próprio setor de telecomunicações, que utilizou o sistema de concessões para pautar a implantação de sistemas de TV a Cabo no âmbito da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995. Não há qualquer referência a um regime de reversibilidade ou a ele similar por esse diploma normativo.

Assim, a adoção do regime a ser aplicado aos bens atrelados a uma concessão é objeto de opção do Poder Concedente e do legislador, dependendo das características do serviço e dos bens em cada caso. Nos exemplos acima, adotou-se um regime de reversibilidade por razões distintas – ou nem se o adotou – o que ilustra a variedade de regimes admitidos e implantados no direito administrativo brasileiro.

Por não decorrer da Constituição ou da própria “natureza” do regime de serviço público, é necessário afastar a ideia de que a *instituição do regime de reversibilidade é consequência necessária do regime de serviço público*<sup>20</sup>. Com o reconhecimento da possibilidade de instituição de regimes variados para os bens associados à prestação de serviços públicos, torna-se necessário afastar também outras concepções decorrentes da equivocada visão patrimonialista acerca desse instituto.

A primeira delas é a ideia segundo a qual *a reversão se prestaria a assegurar a preservação ou aumento do patrimônio público*<sup>21</sup>. Diversamente do que postula essa visão, a reversão integral do patrimônio da concessionária ao Poder Concedente nem sempre é a solução mais alinhada ao interesse público eleito quando da elaboração do edital e da celebração do contrato de concessão.

A reversão dos ônibus, por exemplo, possivelmente implicaria ônus para o Poder Concedente municipal decorrentes de sua manutenção, guarda e disposição –

---

<sup>21</sup> Concepção essa que já foi afastada, por exemplo, pelo Tribunal de Contas da União (“TCU”): “Por fim, não vislumbro prejuízo ao erário em decorrência da transferência dos bens reversíveis das concessionárias de SMC para o patrimônio das autorizadas 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.” (TCU, Plenário, Acórdão 2275-40\_09, Rel. Augusto Nardes, j. em 30.9.2009).

notadamente de bens já deteriorados pela própria aplicação no serviço. Isso sem contar a necessidade de indenização pelo valor não amortizado dos referidos bens, caso seja esse o critério elencado no contrato de concessão.

Nesse caso, é interessante notar que esses veículos, tendo sido adquiridos pelo concessionário no início do período da concessão, são amortizados com o emprego de recursos tarifários (seja a tarifa paga diretamente pelo usuário, parcial ou integralmente subsidiada pelo Poder Concedente). Afasta-se mais uma concepção comum, portanto: de que *bens adquiridos com fundo público ou tarifário necessariamente reverterão*.

Os exemplos dos ônibus, do setor aéreo e da TV a Cabo também demonstram que a vinculação entre os ativos e os direitos necessários ao serviço público concedido e o serviço público em referência não necessariamente implica *vinculação entre a titularidade do ativo e a do serviço público*. É dizer: a titularidade sobre os serviços não se confunde com a titularidade sobre os bens necessários à sua prestação<sup>22</sup>. Concessionárias de serviços públicos em setores variados empregam bens públicos e privados para a prestação do serviço concedido – o bem necessário à prestação do serviço não é e nem será necessariamente bem público.

De maneira correlata, desse vínculo não decorre relação imediata entre a prestação do serviço e a *propriedade sobre o ativo*<sup>23</sup>. É perfeitamente possível que o concessionário (ou a Administração) empreguem bens de terceiros para a prestação de serviços públicos. Esse arranjo pode estar estruturado sobre uma variedade de títulos, incluindo qualquer tipo de vínculo contratual – como a locação, ou oneração real (como a servidão).

Afastadas essas concepções patrimonialistas, é necessário constatar que o regime jurídico da reversibilidade em nenhum momento as predica. Vejamos a Lei Geral de Concessões, sem embargo de não ser ela aplicável às outorgas de telecomunicações<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Em outras palavras, ao tratar de reversibilidade, não se está a tratar, necessariamente, de bens públicos, definidos pelo Código Civil, artigos 98 a 103. Esclareça-se que, dessa maneira, a adoção de qualquer leitura “dominial” a respeito da natureza desses bens.

<sup>23</sup> Marques Neto, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 175 e ss.

<sup>24</sup> LGT, Art. 210. “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 n°

Tudo o que faz a Lei é prever que a cláusula que trate de bens reversíveis é essencial ao contrato de concessão<sup>25</sup>. Nada impede, em nosso juízo, que o contrato trate do tema de modo a não estabelecer qualquer reversão, ou que estabeleça reversão apenas parcial, que não opere sobre a integralidade dos direitos de usar, fruir e dispor do bem atrelado à prestação do serviço público.

Parece-nos, ao invés, que a Lei 8.987/1995 deixou ao Administrador a definição do regime de reversibilidade a ser aplicado em cada contrato, considerado o propósito de manutenção da prestação do serviço público ao longo do tempo. Longe de estabelecer um parâmetro patrimonial que teria aplicação geral, a legislação de concessões se limita a prever a reversão de ativos como um mecanismo a serviço da continuidade do serviço público, que pode ou não ser adotado. Longe de militar pela corrente patrimonial, esse critério necessariamente vincula a instituição da regra de reversibilidade à preservação da continuidade do serviço público.

Ora, se a instituição do regime de reversibilidade está atrelada à necessidade de manutenção da prestação do serviço público, a abrangência dos direitos gerados pelo instituto da reversão será aquela dada estritamente pela necessidade de continuidade.

As cortes brasileiras começaram a lidar com questões relativas à reversibilidade de ativos vinculados a concessões de serviços públicos já no início do Século XX. E vêm consistentemente aplicando esse critério interpretativo fundado na razão da instituição do regime de reversibilidade. Há pelo menos dois casos relevantes que chegaram ao Supremo Tribunal Federal (“STF”) e que tratam do tema, ainda antes da Constituição Federal de 1988. Lamentavelmente, em nenhum deles o STF proferiu pronunciamento de mérito. Apesar disso, *foram mantidas decisões locais que reconheceram a necessidade de que o bem estivesse vinculado ao serviço público para que se pudesse considerá-lo reversível.*

O primeiro trata de controvérsia acerca da reversão de bem imóvel da concessionária do serviço de bondes do Rio de Janeiro. No caso, a concessionária buscou alienar bem que entendeu não estar abrangido pela regra de reversão, tendo a Prefeitura do então Distrito

---

8.666, de 21 de junho de 1993, n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n° 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.”.

<sup>25</sup> Lei de Concessões, artigo 23, X.

Federal impedido a operação. Foi apresentado parecer da lavra de Barbosa Lima Sobrinho, que sustentou a reversão abrangeria todos os bens da concessionária – e não apenas aqueles vinculados à prestação do serviço concedido<sup>26</sup>.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal deferiu a segurança pleiteada pela concessionária para afastar o óbice à alienação do imóvel, tendo recorrido ao STF o Distrito Federal. Em *obiter dictum*, o Ministro Edgard Costa afirmou a possibilidade da alienação do bem, uma vez que o imóvel alienado não estaria atrelado à prestação do serviço concedido, nem portanto vinculado a sua continuidade:

“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.”

(STF, RE 32.865, Rel. Min. Edgard Costa, j. em 28.08.1956, citado pelo Conselheiro Igor Villas Boas de Freitas na Análise nº 5/2015, GCIF, 06.03.2015)

Caso semelhante foi objeto do RE 71.727, relatado pelo Ministro Djaci Falcão e julgado em 11.12.1979. Ali discutiu-se a alienação de imóvel em que ficava instalada a fábrica de gás da concessionária de distribuição do Rio de Janeiro, que foi realizada após a construção de nova fábrica de gás em outro terreno. O STF não conheceu do recurso, pois reverter a decisão implicaria reexame de cláusula contratual.

No entanto, ficou mantido o acórdão de origem, que assim dispôs, fazendo referência à “afetação” dos bens à concessão de serviço público e reconhecendo a existência de bens da concessionária desvinculados da prestação do serviço público:

---

<sup>26</sup> O parecer do então Procurador do Distrito Federal, Barbosa Lima Sobrinho, expressa a visão que denominamos “patrimonial” no presente parecer. Pode ser consultado na Revista de Direito Administrativo nº 41, de 1955, ou na Análise nº 05/2015-GCIF, de 06.03.2015.

“Vê-se que a reversão se dirige aos bens aplicados ao serviço, inclusive os edifícios, não podendo, portanto, abranger o imóvel em causa, que fora desafetado, anos atrás, em virtude de exigência para melhor localização e aperfeiçoamento da fabricação do gás, consoante imposição contratual.

Não mais relacionado com o serviço do gás, o terreno, no qual a 1ª apelante fez construir, depois, um edifício sem qualquer vínculo ao serviço aludido e com licença da então Prefeitura do Distrito Federal, é lógico que não estava atingido pela reversão ao ser alienado à 2ª apelante, alienação com a qual concordou o Estado, cobrando, inclusive o imposto de transmissão de propriedade. Tal bem, desde que desafetado, passou a integrar o patrimônio privado da concessionária, que, como é curial, poderia ter mais bens, além daqueles utilizados no serviço concedido. Nesse sentido é o ensinamento doutrinário e jurisprudencial. Lembremo-nos, assim, que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso da Companhia Paulista de Estradas de Ferro, por V. acórdão de 13 de novembro de 1968, no Recurso Extraordinário nº 65.646 (Rev. Trim. de Jurisp., v. 47, p. 688) deixou claro que os bens particulares das concessionárias de serviço público não ficam alcançados pela encampação, embora possam ser desapropriados.”

(TJ-Guanabara, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 63.405, j. em 07.07.1970).

Muito mais recentemente, há precedente da Justiça Federal em Minas Gerais que considerou inexistir razão para que um imóvel fosse considerado bem reversível, dado que não foi demonstrada sua indispensabilidade para a continuidade do serviço prestado em regime público:

“[o]s técnicos da ANATEL, de maneira manifestamente genérica e sem apresentar a necessária fundamentação da posição alcançada pela fiscalização, concluíram pela reversibilidade do imóvel a favor da União. Importante ressaltar que os agentes públicos ao concluírem pela reversibilidade do imóvel, nos termos da legislação que disciplina as telecomunicações, é claro que, implicitamente, confirmaram a existência de um risco à comunidade decorrente da possível interrupção do serviço à comunidade usuária. Ora, se reversibilidade é sinônimo de necessidade, de funcionalidade, de atualidade, ou seja, de imprescindibilidade da prestação efetiva e permanente do serviço, a minudente demonstração do risco torna-se compulsória ao agente público em qualquer ato fiscalizatório praticado para fins de apuração de reversibilidade. No caso, no relatório de fiscalização em que se baseia a Autora não houve a mínima referência ao risco potencial ou iminente decorrente da desocupação do imóvel localizado na Avenida Afonso Pena nº 4001, desta Capital, pela concessionária.

[...]

Como visto, os técnicos da ANATEL que elaboraram o relatório da vistoria, fonte de toda a celeuma, deveriam ter descrito de maneira objetiva e pormenorizada, a razão pela qual os móveis e imóveis por eles mencionados eram imprescindíveis à continuidade dos serviços, apontando, inclusive, de onde brotaria especificamente o risco à comunidade com a interrupção dos serviços.”

(TRF1, Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, 3ª Vara Federal, Sentença no Processo nº 0002457-95.2014.4.01.3800 assinada pelo juiz federal Ricardo Machado Rabelo, j. em 25.02.2016)

Dessa forma, para que se compreenda o regime de reversibilidade no setor de telecomunicações, matéria de que trata o presente parecer, é necessário que se admita que o “mínimo denominador comum” da reversibilidade – i.e. a garantia de continuidade do serviço público – determina o acolhimento de uma perspectiva



funcional para a sua instituição e abra um leque de opções ao legislador e ao Poder Concedente ao estruturarem contratos de concessão.

De fato, a perspectiva patrimonialista de reversibilidade de bens é largamente superada no marco regulatório do setor de telecomunicações. Como destaca o Professor Carlos Ari Sunfeld:

“[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 um serviço público, o concessionário também recebia, concomitantemente, o acervo de bens necessários à sua prestação ou, sendo este inexistente, assumia o dever de constituí-lo. [...] a Lei Geral de Telecomunicações adotou um sistema muito mais flexível do que aquele tradicionalmente lembrado como referência.”<sup>27</sup>.

A LGT parte da premissa segundo a qual a preservação da continuidade do serviço público é relevante, e que o mero controle patrimonial dos bens a ele associados jamais pode ser um objetivo em si. Passa-se, a seguir, às razões para tanto.

### **3.b. O regime específico de reversibilidade ditado pela LGT**

O regime de reversibilidade posto pela Lei Geral de Telecomunicações incorpora a perspectiva funcional acima indicada – até por dicção legal expressa. É necessário compreender este regime tanto por sua especialidade quanto pelas particularidades do setor de telecomunicações. A presente seção descreve esse marco legal e demonstra que a LGT estabelece um regime que, diferente da Lei Geral de Concessões – que faculta o estabelecimento da reversão patrimonial, apesar de não o determinar – veda essa abordagem.

Para fazê-lo, apresenta três constatações: (i) a reversibilidade não é imposta como única solução para garantir a continuidade do serviço de telecomunicações; (ii) a LGT apenas autoriza a reversão da posse (não da propriedade dos bens), apesar de não pré-determinar uma formatação para a operacionalização desta reversão; e (iii) esse regime é aplicável exclusivamente aos serviços de telecomunicações prestados em regime público – o que limita necessariamente a abrangência do instituto aos bens indispensáveis ao serviço concedido.

---

<sup>27</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *O serviço telefônico fixo e a reversão de bens*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 139-141.

### **3.b.1. Regime distinto, específico e de propósito diverso: Instituição de regime de reversibilidade é objeto de discricionariedade do Poder Concedente, sendo-lhe facultada a adoção de mecanismos alternativos**

A primeira premissa de que cabe tratar nesta Seção é a característica distinta e específica do regime de reversibilidade de bens posto pela LGT, que pode ser constatado a partir do *caráter expressamente facultativo da instituição de regime de reversão para a outorga de concessões de telecomunicações*.

A LGT prevê que o contrato de concessão dos serviços de telecomunicações prestados em regime público deverá indicar “*os bens reversíveis, se houver*” (artigo 93, XI). Diferente do que faz a Lei de Concessões, portanto, a existência de cláusula que trate do regime de reversibilidade não é sequer necessária – mas facultada, tornando-se objeto de opção discricionária do Poder Concedente, do mesmo modo que a instituição desse regime<sup>28</sup>.

O Professor Carlos Ari Sunfeld<sup>29</sup> esclarece o conteúdo da disposição, que estabelece um “*regime mais aberto de gestão dos bens vinculados à prestação de serviço público*”. Nesse regime, a instituição de obrigações de reversibilidade em um dado contrato de concessão é matéria objeto de juízo de conveniência e oportunidade do Poder Concedente. E isso não ameaça a continuidade do serviço público concedido, uma vez que a Lei parte da premissa segundo a qual o direito de propriedade sobre um bem não é considerado o elemento definidor do poder para a sua gestão<sup>30-31</sup>.

---

<sup>28</sup> “*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 agasalhou, ao deixar que o contrato defina quais são esses bens, visando evitar ônus financeiro desnecessário para o concedente*” (Ministério das Comunicações, Exposição de Motivos nº 231, de 10 de dezembro de 1996).

<sup>29</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *O serviço telefônico fixo e a reversão de bens*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio: Freitas Bastos Editora, 2004, pp. 139-147.

<sup>30</sup> “*Imaginava-se, de primeiro, que, para impor a vinculação dos bens à prestação de um serviço público, seria necessária a existência do direito de propriedade. Assim, o concessionário de serviço público recebia, com a concessão, também a titularidade dos bens imprescindíveis à prestação do serviço. Caso fosse necessário constituir ou expandir o serviço, isto deveria ser feito mediante a aquisição de bens; ou seja, o concessionário seria obrigado a adquirir bens vinculados ao serviço público, que integrariam seu patrimônio. Em ambos os casos, ao término da concessão, esses bens haveriam de ser transferidos ao poder concedente. Com a aquisição da propriedade sobre tais bens, estaria assegurada a continuidade da oferta do serviço à coletividade*.”

Ao contrário, a LGT prevê mecanismos, como o de seu artigo 73<sup>32</sup>, que trata do direito de utilização de infraestruturas de serviços de interesse público por parte de prestadoras de serviços de telecomunicações (tais como postes e dutos), que possibilitam o estabelecimento de sujeições desvinculadas da titularidade da propriedade sobre o bem. Vale citar, ainda, os seguintes dispositivos:

- (i) Artigo 155, que obriga a disponibilização de redes entre prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo;
- (ii) Artigo 117, I, que prevê a ocupação provisória dos bens necessários à continuidade do STFC quando da extinção da concessão – independente da instituição de regime de reversibilidade;
- (iii) Artigo 117, II, que possibilita a manutenção de contratos firmados entre a concessionária e terceiros quando da extinção da concessão, para assegurar a continuidade do serviço;
- (iv) Artigo 100, que viabiliza a desapropriação ou a instituição de servidão sobre bem necessário (ao menos parcialmente) para a prestação do serviço de telecomunicações em regime público.

Esses mecanismos possibilitam, em tese, a garantia da continuidade do serviço pelo emprego de contratação de direitos sobre infraestrutura e capacidade de redes de terceiros, por exemplo por meio de exploração industrial de meios. Trata-se de ferramentas alternativas ao estabelecimento da reversão.

---

*Com a progressiva relativização dos direitos inerentes à propriedade, a garantia de que os bens afetados à prestação de serviços públicos preservariam esta condição passou a ser estabelecida por intermédio de outros instrumentos jurídicos. A noção segundo a qual o proprietário de um bem seria o seu senhor absoluto e que, nesta condição, poderia dele dispor livremente, está hoje esvaziada. O Estado, ao invés de assumir a propriedade de um bem para, só assim, influir em sua destinação, passou a fazê-lo por intermédio da imposição de limitações e condicionamentos ao exercício desse direito de propriedade. Assim foi feito pela LGT, ao impor uma série de condicionamentos aos proprietários de bens utilizáveis na prestação de serviços públicos.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *O serviço telefônico fixo e a reversão de bens*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio: Freitas Bastos Editora, 2004, pp. 144-145.)*

<sup>31</sup> A respeito desse ponto, é possível considerar que a instituição de regime de reversibilidade perde muito de seu sentido no setor de telecomunicações a partir da constatação de possibilidade de estabelecimento de regime de competição entre prestadores (inclusive entre aqueles do regime público e do regime privado). Ora, a reversão ao concedente dos ativos de infraestrutura (como, por exemplo, a malha ferroviária) qualificáveis como monopólios naturais se justifica como uma medida de garantia de seu acesso. No caso das telecomunicações, esse tipo de preocupação não se afigura igualmente relevante ou, ao menos, pode ser endereçada com outros remédios.

<sup>32</sup> LGT, artigo 73: “As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.”

Nesse contexto, o regime da LGT está fundamentado em uma premissa segundo a qual a titularidade sobre o bem vinculado à prestação do serviço público concedido não é o elemento central para seu acesso, utilização ou controle pelo regulador. Não é por outra razão que a Lei faculta expressamente a utilização de bens de terceiros, notadamente infraestrutura e equipamentos, na execução dos serviços objeto da concessão<sup>33</sup>.

Se é possível o emprego de bens de terceiros para a consecução das atividades inerentes à concessão do STFC, é evidente que o controle *patrimonial* sobre os ativos necessários ao serviço não é o critério adotado pela LGT para exercício da competência regulatória da Anatel<sup>34</sup>.

### **3.b.2. Natureza pré-delimitada pela LGT: reversão da posse e a flexibilidade dos modelos comportados pela legislação**

A segunda premissa para a definição do regime de reversibilidade de bens aplicável ao setor de telecomunicações diz respeito à natureza do direito revertido ao término dos contratos de concessão. 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, mas não estruturou o modo ou título pelo qual a reversão opera, nos seguintes termos:

“Art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.”

A norma é relevante por determinar que a reversão no setor de telecomunicações está limitada à posse dos bens necessários ao STFC, fato reconhecido pela doutrina:

“O conceito de reversibilidade dos bens da concessão está fundado em dois preceitos no setor de telecomunicações brasileiro, quais sejam, (i) a União (Poder Concedente) não tem a propriedade dos bens; e (ii) a União deve garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido. Quanto ao primeiro preceito, cabe destacar que o que deve ser transferido para a União ao final da concessão é apenas a posse dos bens (cf. artigo 102, da LGT) e não a sua

---

<sup>33</sup> LGT, art. 94, I.

<sup>34</sup> A própria Agência, por meio da Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006, reconhece essa realidade – que não poderia, de resto, ser afastada por norma regulamentar. Para regulamentar a utilização de bens de terceiros pela concessionária, a Resolução prevê que esta deverá ser admitida sempre que não implicar risco à continuidade do serviço. Mesmo nesses casos, no entanto, poderá ainda assim ser deferida, desde que seja estabelecido mecanismo contratual capaz de afastar esse risco (artigo 12).

propriedade, que foi adquirida pelos entes privados na privatização dos ativos do Sistema Telebras em 1998.”<sup>35</sup>

Como contraponto, uma leitura apressada permitiria argumentar que a reversão opera exclusivamente sobre a posse *uma vez que* a propriedade sobre os ativos de concessionárias de serviço público não seria privada<sup>36</sup>. Para afastar essa leitura e compreender o significado correto da norma, é necessário retomar o contexto em que foram outorgadas as atuais concessões do STFC, tal qual discutido na Seção I deste parecer.

Por terem sido alienadas as participações representativas do controle das sociedades detentoras da concessão, não operou propriamente *transferência* de propriedade no momento da concessão. A propriedade dos bens passou de sociedades de economia mista para sociedades integralmente privadas – o que não mudou o status dos bens, que sempre foram privados. Para as empresas de telecomunicações que nunca tinham integrado o Grupo TELEBRAS, por serem desde sua fundação privadas, o único liame de direito público de seus ativos era – e ainda é – o contrato de concessão.

Em qualquer desses casos – empresas privatizadas ou desde sempre privadas – os ônus de direito público aplicáveis aos bens privados das concessionárias se resumem ao regime de reversibilidade, e a reversibilidade de ativos está vinculada exclusivamente ao objeto do contrato de concessão<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil*. In: RDPE. Belo Horizonte: Fórum, n. 40, out./dez. 2012, p. 236.

<sup>36</sup> Nessa leitura, haveria apenas o retorno da posse direta ao patrimônio da União – uma vez que apenas a posse teria sido transferida ao patrimônio privado.

<sup>37</sup> “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 nº 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. 4.2.30. Em síntese, a reversão tem como fundamento jurídico o princípio da continuidade e sua aplicação concreta ao STFC decorre da conformação que lhe foi dada nos respectivos Contratos de Concessão. A LGT estabeleceu que a Concessão é o instrumento de outorga a ser utilizado no regime público, que deve ser aplicado aos serviços que, por sua essencialidade, devem ter sua prestação condicionada ao cumprimento de obrigações de universalização e continuidade. Especialmente quanto a esta última, previu a possibilidade de utilização do instituto da reversão, sem contudo fixar-lhe quaisquer contornos, que foram delegados aos Contratos de Concessão. 4.2.31. É nesse documento jurídico portanto – o Contrato de Concessão – que se deve buscar a disciplina a ser aplicada à reversão dos bens das concessionárias do STFC. Foi no momento de celebração desse ajuste que as então prestadoras do STFC manifestaram sua aquiescência ao regime jurídico ali estabelecido e concordaram em submeter à reversão parcela de seu patrimônio e de seus investimentos futuros, nos termos estabelecidos no Contrato. A reversão, portanto, ancora-se, de um lado, no princípio da continuidade aplicável aos serviços prestados em regime público e, de outro, na disciplina e alcance que lhe deu o Contrato de Concessão.” (Análise nº 5/2015, Gabinete do Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas, 06.03.2015).

A condição privada da propriedade sobre os ativos das concessionárias de STFC, combinada à previsão legal de reversão limitada à posse, situa o regime de reversibilidade das concessões do STFC em um campo diverso daquele em que estão situadas as concessões em outros serviços públicos.

Tome-se por exemplo as privatizações com concessões de serviços de energia elétrica regidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995<sup>38</sup> ou as concessões que se seguiram à privatização da Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA<sup>39</sup>. Nesses dois casos, os direitos relativos à posse dos ativos vinculados à prestação do serviço são transferidos às concessionárias, restando ao Poder Concedente um direito de propriedade “esvaziado”<sup>40</sup>, que não é transferido ao concessionário.

Independentemente do debate acerca da natureza desse direito “esvaziado” que é mantido pela Administração sobre os bens afetados a um serviço público concedido, essas conceituações não são aplicáveis aos serviços de telecomunicações. Isso porque, para estes, apenas há reversão da posse – uma vez que a propriedade já é privada. Vejamos distinção didática operada pela jurisprudência, com uma primeira referência ao regime do setor ferroviário:

“CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU. CONCESSIONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO. POSSUIDOR DIRETO.

I - É indevida a cobrança de IPTU ao concessionário de serviço público de transporte ferroviário, porquanto este não exerce a posse com animus definitivo.

II - A concessão delegada pela UNIÃO não transfere ao concessionário os poderes inerentes à propriedade. A posse é direta e existe em função da delegação, estando o delegatário proibido de alienar ou ceder o uso da linha.”<sup>41</sup>

Para bens vinculados à prestação do STFC, a solução é bastante distinta:

---

<sup>38</sup> Artigo 29, parágrafo único.

<sup>39</sup> Lei 11.483, de 31 de maio de 2007, artigo 22.

<sup>40</sup> Existe debate doutrinário acerca de qual seria o conteúdo da posição jurídica do Poder Concedente quanto a esses bens, no caso das concessões em que não opera transferência de propriedade. Há autores que fazem referência à posição da Administração como uma forma de nua-propriedade, cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 620.

<sup>41</sup> STJ, Primeira Turma, REsp 389.961, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 09.12.2003. Cumpre esclarecer que houve, alteração do entendimento jurisprudencial acerca da aplicabilidade da imunidade recíproca a serviços públicos ferroviários a partir do julgamento do RE 599.176, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 05.06.2014. Ainda assim, a concessionária permanece detentora de posse direta sem intenção de domínio e, portanto, não é sujeita passiva da obrigação tributária. No mesmo sentido: “*TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IPTU. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO PORTUÁRIO. POSSE DIRETA SEM INTENÇÃO DE DOMÍNIO DEFINITIVO. AUSÊNCIA DE SUJEIÇÃO PASSIVA. PROPRIEDADE DO ESTADO. IMUNIDADE RECÍPROCA.*” (STJ, Segunda Turma, AgRgREsp 1.096.229, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 15.12.2009).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE DANO. TELEFONE PÚBLICO. BRASIL TELECOM S/A. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À BENS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.

Nas concessões de serviço público, os bens pertencem à própria empresa concessionária, que explora o serviço em nome próprio, com seu patrimônio e por sua conta e risco.

Desse modo, sem a demonstração de prejuízo em detrimento de bens ou interesses da União, não se justifica a competência da Justiça Federal.”<sup>42</sup>

A reversão da posse, considerando que a propriedade dos bens associados ao STFC é privada, possibilita que sejam adotados inúmeros arranjos para a modelagem de concessões de serviços prestados em regime público, além de regimes diversos de reversibilidade, caso o instituto venha a ser adotado, observadas as limitações descritas até aqui.

Em qualquer caso, dada a privatização das subsidiárias da TELEBRAS, e a condição de empresas privadas dos demais agentes do setor, a Lei Geral de Telecomunicações não autoriza, sob o instituto da reversão, que o Poder Concedente venha a exigir a propriedade dos ativos de titularidade das concessionárias<sup>43</sup>. Dito de outro modo: se, para o regime geral de concessões, é possível o estabelecimento de regra patrimonial de reversão, para o regime particular da LGT, essa alternativa é vedada.

### **3.b.3. Serviço público e atividade econômica: interpretação restritiva do primeiro em face do segundo e os impactos na delimitação da extensão da reversibilidade**

A terceira premissa fundamental à adequada interpretação da abrangência e da natureza da reversibilidade de bens em telecomunicações decorre da natureza do serviço concedido – considerando que sua exploração se dá em “regime público”, em oposição às demais atividades exploradas em “regime privado”. Essa concomitância justifica a adoção, na LGT, das duas premissas de que tratamos acima, conforme veremos a seguir.

---

<sup>42</sup> STJ, Terceira Seção, CC 37.751, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 14.05.2003.

<sup>43</sup> Em análise de caso correlato – a adaptação das concessões do Serviço Móvel Celular, explorado em regime de concessão, em outorgas de SMP, exploradas em regime privado, com supressão do regime de reversibilidade – esse fato foi destacado pelo TCU: “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 privatização do sistema TELEBRAS, 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.” (TCU, Plenário, Acórdão 2275-40\_09, Rel. Augusto Nardes, j. em 30.9.2009).

A Constituição Federal de 1988 organiza os papéis da iniciativa privada e do Estado quanto à sua atuação na ordem econômica, definindo o regime geral de exploração de atividades econômicas como o de livre iniciativa. Ao lado desse regime<sup>44</sup>, a Constituição possibilita o estabelecimento de serviços públicos, com a alocação de certas atividades econômicas em sentido amplo à titularidade do Estado.

Os serviços públicos, nesse quadro, são aqueles expressamente definidos dessa forma pela legislação, observadas as diretrizes constitucionais. Em um regime que privilegia a livre iniciativa, o serviço público deve ser interpretado de forma restrita em relação à sua abrangência, a fim de não excluir indevidamente atividades econômicas do alcance da iniciativa privada<sup>45</sup>.

No caso do setor de telecomunicações, essa divisão tem relevância marcante. A partir da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, o artigo 21, XI, da Constituição passou a prever expressamente a aplicação dessa regra de organização econômica ao setor de telecomunicações<sup>46</sup>. Coube à Lei (leia-se: a LGT) organizar a maneira de prestação/exploração dos serviços de telecomunicações – mediante concessão, permissão ou autorização.

---

<sup>44</sup> Entre outros mecanismos constitucionalmente previstos, como o regime de monopólio.

<sup>45</sup> “O Estado pode interferir na ordem econômica mediante uma atuação direta, isto é: assumindo, ele próprio, o papel de produtor ou prestador de bens ou serviços. Essa modalidade de intervenção assume duas apresentações distintas: (a) a prestação de serviços públicos e (b) a exploração de atividades econômicas. Entretanto, cabe não perder de vista que a atuação direta do Estado na economia é excepcional, só autorizada nos termos constitucionais, por representar uma exclusão da livre iniciativa. Este caráter excepcional é enfatizado pela Constituição em duas normas, uma implícita e outra explícita. A primeira limita a criação de novos monopólios públicos, além daqueles que já constam da Carta• E a segunda impõe a necessidade de lei autorizativa de qualquer forma de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, cujos pressupostos são os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Além disso, a Constituição estabelece que, nessas hipóteses, o Estado-empresário estará submetido às mesmas condições que os particulares, de modo a evitar a concorrência desleal, com prejuízo maior para o princípio da livre iniciativa. [...] Do exame sistemático do texto constitucional; é possível identificar ao menos 2 (duas) ordens de limitações à intervenção disciplinadora do Estado sobre a ordem econômica e 3 (três) conjuntos de fundamentos válidos que podem desencadear essa intervenção. Os limites correspondem aos princípios da livre iniciativa (e, no seu âmbito, especialmente a livre concorrência) e da razoabilidade. Os fundamentos válidos para a disciplina consistem: (i) na reorganização da própria livre iniciativa e livre concorrência, nas hipóteses excepcionais em que o mercado privado haja se desorganizado; (ii) na valorização do trabalho humano; e (iii) nos princípios de funcionamento da ordem econômica. Veja-se cada um desses elementos separadamente.” (Barroso, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*, In: RDA, v. 226, out/dez 2001, Rio de Janeiro: Renovar, p. 187-212, disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf), pp. 17 e 19-20).

<sup>46</sup> Constituição Federal, artigo 21: “Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”.



A adoção dos dois primeiros mecanismos – concessão e permissão – indica que a prestação do serviço de telecomunicações se daria sob o regime do artigo 175 da Constituição Federal, que trata dos serviços públicos<sup>47</sup>. No caso da adoção de prestação mediante autorização, estar-se-ia diante de atividade econômica em sentido estrito explorada nos termos do artigo 170, parágrafo único da Constituição<sup>48</sup>.

A consequência prática disso é que os serviços concedidos ou permitidos são prestados em regime de direito público, incluindo aí as obrigações de prestação de serviço adequado de que trata o parágrafo único do artigo 175 (entre elas a continuidade, como definida pela legislação ordinária). Já os serviços objeto de autorização são explorados como atividades econômicas integralmente privadas, alvo de regulação setorial de fundamento diverso daquela aplicável aos serviços públicos<sup>49</sup>.

A diferença de regimes possui reflexos no objeto do regime de reversibilidade: se a obrigação de continuidade do serviço público (aplicável apenas ao serviço de telecomunicações prestado em regime público) é o que motiva a instituição do regime de reversibilidade, não haverá instituição ou incidência desse regime para atividades econômicas em sentido estrito (i.e. serviços de telecomunicação prestados em regime privado).

Sua reiteração, no entanto, é necessária. A discussão a respeito do regime de reversibilidade a incidir para as atuais concessionárias do STFC necessariamente terá que levar em conta o fato de que essas concessionárias não são (e jamais foram, conforme mencionado acima) sociedades de propósito específico<sup>50-51</sup> - elas sempre prestaram diversos serviços sob regimes distintos

---

<sup>47</sup> Constituição Federal, artigo 175: “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*”.

<sup>48</sup> Constituição Federal, artigo 170, parágrafo único: “*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*”.

<sup>49</sup> Fundamento este dado pela Constituição Federal, em seu artigo 175, parágrafo único: “*A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.*”. A intervenção regulatória do Estado na esfera das atividades econômicas em sentido estrito, diversamente, observa o artigo 174 da Constituição Federal, *verbis*: “*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*”.

<sup>50</sup> Fato que é admitido e pressuposto pela LGT que, em seu artigo 96, II, prevê dever de estabelecimento de separação contábil para as concessionárias que também explorem outros serviços de telecomunicações.

Atualmente, as concessionárias do STFC são também autorizadas de outros serviços de telecomunicações (como o Serviço de Comunicação Multimídia – “SCM”, o Serviço Móvel Pessoal – “SMP” e o Serviço de Acesso Condicionado – “SeAC”). Para cada um desses serviços, estão sujeitas a regimes regulatórios diferenciados, sendo o regime de concessão aplicável exclusivamente ao STFC, nas áreas das concessões.

E cada um desses serviços demanda a implantação ou compartilhamento de redes que lhes deem suporte. É incorreto supor, portanto, que a concessionária investirá apenas na implantação de redes voltadas exclusivamente ao suporte do STFC explorado em regime público – e tampouco há qualquer obrigação nesse sentido<sup>52</sup>. *Em verdade, tais investimentos ocorrem em bens multisserviço, que servem de suporte, simultânea e indissociavelmente, à exploração de diversos serviços*<sup>53</sup>.

Ora, se as disposições do regime público não afetam os serviços prestados em regime privado, estes não poderão ser afetados pela reversão dos bens. Não pode ser instituído regime de reversibilidade que inclua (posse e direitos sobre) bens dispensáveis à prestação do serviço concedido, e que a ele não estejam vinculados por força da preservação da continuidade do serviço público<sup>54</sup>.

A particularidade do regime jurídico aplicável às concessionárias do STFC, que também exploram serviços em regime privado, é, portanto, elemento de limitação *in concreto* da incidência de regras de reversibilidade de ativos.

Vejamos, então, como os contratos de concessão trataram da gestão dos bens da concessão.

---

<sup>51</sup> Em especial a partir da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011 (“Lei do SeAC”), que alterou o art. 86 da LGT para eliminar a exclusividade do serviço público no objeto social da concessionária – o que, para as concessões atuais, já não era aplicável por força do próprio art. 207 da LGT, conforme destacado acima.

<sup>52</sup> “Uma vez que a concessionária não é uma sociedade de propósito específico, podendo dedicar-se à exploração de outros serviços de telecomunicações, deve-se admitir que venha a fazer investimentos em capacidade de rede exclusivamente dedicados a esses serviços, pois não há norma que vincule todo investimento adicional da concessionária ao STFC.” (Voto nº 85-2015-GCIF, 05.06.2015).

<sup>53</sup> A configuração de “redes multisserviço” sob a titularidade das concessionárias do STFC será discutida em maior detalhe na Seção III deste parecer, que também tratará de propostas para viabilizar sua reversão.

<sup>54</sup> Não é por outra razão que o Contrato de Concessão do STFC incluiu previsão expressa da delimitação da abrangência da reversão em sua Cláusula 22.1. (modalidade local, aprovado pela Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010).

### **3.c. O regime de reversibilidade posto pelos atuais contratos de concessão**

Conforme discutido até aqui, a aferição da abrangência e da natureza do regime de reversibilidade posto para uma concessão depende da análise dos instrumentos contratuais específicos que a regulamentam. Para além de considerações gerais possíveis acerca do regime jurídico aplicável à ação do Estado na ordem econômica e de suas possibilidades de ação em relação a uma concessionária, dado o disposto na LGT, os demais contornos do regime de reversão decorrem diretamente do contrato.

#### **3.c.1. Abrangência do regime de reversibilidade nos contratos de concessão**

O Contrato de Concessão do STFC<sup>55</sup> atualmente vigente adota a regra de reversibilidade facultada pela Lei Geral de Telecomunicações. O Administrador exerceu, portanto, sua faculdade de estabelecer o mecanismo de reversão para garantia da continuidade do serviço delegado. Ao fazê-lo definiu algumas regras que orientam sua abrangência e natureza – que devem ser interpretadas a partir da Constituição e da LGT.

A abrangência do regime de reversibilidade é disciplinada, em especial, pelo Capítulo XXII e o Anexo I dos Contratos de Concessão. No entanto, esses itens do contrato apresentam linhas bastante gerais a respeito de quais serão os bens afetados pelo regime de reversibilidade contratualmente posto. Além disso, tratam de categorias bastante diferenciadas de direitos associados ao serviço, conforme se expõe a seguir.

A regra geral de reversão aplicável aos bens da Concessionária prevista pelo Contrato encontra-se em sua 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.”

Essa regra é complementada pelo parágrafo 2º da Cláusula 22.1., que inclui no acervo da concessão as “atividades e processos necessários à prestação do STFC em regime público, objetivando a preservação da continuidade do serviço, levando em

---

<sup>55</sup> As referências realizadas ao Contrato de Concessão do STFC são extraídas do Anexo I à Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010, que aprovou o Modelo do Contrato de Concessão do STFC na modalidade local para o quinquênio 2011-15. Sempre que for feita referência a outro instrumento contratual, esse fato será especificado.

consideração a essencialidade desses itens e as constantes mudanças tecnológicas inerentes a sua prestação”.

A Cláusula também trata do regime aplicável à utilização de bens de terceiros, dispondo que a utilização de “equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem que não seja de sua propriedade” depende de prévia autorização da Anatel, dever este que pode ser afastado pela regulamentação (§ 3º).

Pedidos de utilização de bens de terceiros somente poderão ser indeferidos nas hipóteses em que configurem risco à continuidade da concessão. Alternativamente, a Anatel poderá exigir que os contratos para utilização desses bens contenham cláusula de sub-rogação a ela dos direitos dele decorrentes (§ 4º).

Para os bens públicos cuja utilização é necessária à concessão (espectro de radiofrequências e direitos de uso de posições orbitais)<sup>56</sup> incide um regime específico. O parágrafo 1º da Cláusula 22.1. prevê que “[i]ntegram 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 art. 48 e 161 da Lei n.º 9.472, de 1997, e ainda o constante da cláusula 4.1 do presente Contrato.” – aplica-se a esses bens (autorizações) a regra de vinculação da outorga de radiofrequência ao serviço a elas associado.

O Anexo I do Contrato, por fim, traz um rol de tipos de bens que podem ser objeto de reversão:

- 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 sistemas de suporte à operação;
- f) 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 nº 9.472, de 16 de julho de 1997;
- g) Outros indispensáveis à prestação do serviço.”

---

<sup>56</sup> § 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 art. 48 e 161 da Lei n.º 9.472, de 1997, e ainda o constante da cláusula 4.1 do presente Contrato.”

Em breve síntese, portanto, o Contrato de Concessão prevê o critério geral de incidência da regra de reversibilidade para bens indispensáveis à prestação do serviço concedido. Também prevê a possibilidade de emprego de bens de terceiros, desde que não haja comprometimento da continuidade do serviço público – sendo possível a afastamento desse risco com a adoção de cláusula contratual de sub-rogação. Finalmente, prevê seis categorias de bens que podem ser sujeitas à regra de reversão, desde que sejam “indispensáveis à prestação do serviço [concedido]”.

### **3.c.2. Inexiste formatação jurídica pré-determinada para a reversão ao término das atuais concessões de STFC, mas a reversão deve sempre preservar a propriedade privada do bem**

Quanto à formatação jurídica da reversão, o Contrato também não adota solução clara e aplicável a qualquer um dos ativos sobre os quais a regra incide. A Cláusula XXIII, que trata do regime da reversão, está construída sobre a utilização dos comandos como “reverterão”, “se obriga a entregar” e “serão transferidos”, referindo-se à “devolução” e à “transferência” desses bens. Apesar de fazer remissão à Cláusula 22.1. para delimitar a abrangência, ou hipótese de incidência, desses comandos normativos, a Cláusula XXIII não define a natureza jurídica com que opera o regime de reversão.

Conforme expusemos até aqui, a noção de reversibilidade de bens não traz consigo uma formatação jurídica pré-determinada, sendo certo que seus contornos devem respeitar a legislação. A existência de uma norma contratual que determina que alguns ativos “reverterão” (Cláusula 23.1.) não indica, por si mesma, qual é o feixe de direitos a ser revertido ao Poder Concedente – ou mediante qual título<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Nesse sentido, o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis trata como intercambiáveis os conceitos de “bem” e de “direito (sobre bem)”. A respeito, veja-se o artigo 3º da Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006: “I – Alienação: operação de transferência de propriedade, mediante venda, doação ou qualquer outra operação, de bem ou direito integrante da RBR; [...] III – Bens de Terceiros: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, empregados pela Prestadora e indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público; IV – Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direitos integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público; V – Desvinculação: exclusão de bem ou direito da RBR”.

Assim também os conceitos de “entrega”, “transferência” e “devolução”, empregados pela Cláusula XXIII, não poderão ser lidos no sentido de denotarem a reversão de todos os direitos sobre um determinado bem.

De fato, como vimos, a Lei Geral de Telecomunicações prevê um mecanismo de reversão da posse dos ativos necessários à prestação dos serviços em regime público. Esses ativos, ademais, ou eram de titularidade de sociedades de economia mista privatizadas (as subsidiárias da TELEBRAS), ou foram desde sempre privados, não existindo qualquer sentido em se falar em seu retorno ou “devolução” ao patrimônio público.

O emprego de noção patrimonialista, portanto, imputaria às expressões referidas acima um significado que simplesmente não está alinhado com a Lei Geral de Telecomunicações<sup>58</sup>. Não será possível, então, que se formule interpretação da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão que parta da preconcepção patrimonialista segundo a qual a reversão implica a reintegração, ao patrimônio do concedente, da integralidade dos direitos sobre os ativos da concessionária<sup>59</sup>.

Da Cláusula XXIII, portanto, extraem-se regras principalmente procedimentais – a respeito da maneira pela qual se procederá a uma vistoria de bens (Cláusula 23.1, parágrafo único) de quais são os critérios para sua manutenção (Cláusula 23.2), e de qual é o procedimento para indenização (Cláusula 23.3) e a recusa de reversão (Cláusula 23.4).

---

<sup>58</sup> Nesse sentido, pode-se citar os seguintes autores que analisaram a questão da reversibilidade de bens especificamente nas concessões de telecomunicações: “O Estado, coerentemente com esta linha, não assumiu previamente o ônus de resgatar os bens vinculados à prestação do serviço ao término do contrato de concessão. Ou seja, não foi assegurada à concessionária a garantia de, ao cabo da concessão, ser indenizada pelo montante do investimento não amortizado para a aquisição de terminado bem (que fosse objeto de reversão). A reversão só ocorrerá se for do interesse da Administração assumir a titularidade de um determinado bem para fins de manutenção do serviço concedido. O instituto da reversão, portanto, foi introduzido nas concessões de STFC basicamente como um instrumento para assegurar a continuidade do serviço público, a ser empregado apenas no caso de a administração (ANATEL) julgar necessário emprega-lo. Não lhe foi dado simultaneamente o papel – comum em outras concessões de serviços públicos – de garantia à concessionária de amortização de investimentos realizados na constituição de um acervo de bens atrelados à prestação do serviço.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *O serviço telefônico fixo e a reversão de bens*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 150-1). “[C]omo a LGT em nenhum momento fala em expropriação do ativo, mas sim em posse do ativo (cf. art. 102 da LGT) para uma finalidade específica (a continuidade do STFC), não deveria haver confusão em relação à propriedade dos bens, que continua sendo da pessoa jurídica da concessionária ou das autorizatárias do grupo econômico.” (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil*. In: RDPE. Belo Horizonte: Fórum, n. 40, out./dez. 2012, p. 239).

<sup>59</sup> Como ocorre com potenciais hidráulicos, por exemplo, que são bens públicos da União por expressa disposição constitucional (artigo 20, VIII).

Quanto ao formato da reversão, no entanto, o Contrato não fornece qualquer determinação concreta, seja quanto à natureza dos direitos a serem transferidos ao Poder Concedente, seja quanto ao título mediante o qual essa reversão operará. Nesse ponto, a única leitura possível é de que os mecanismos de reversão empregados, sejam eles quais forem, devem retomar apenas a posse dos bens necessários à continuidade dos serviços, sem qualquer transferência de propriedade.

### **3.d. Conclusão parcial: a peculiaridade do regime de reversibilidade aplicável ao STFC e as limitações que lhe são impostas**

Esta Seção se dedicou a afastar concepções existentes a respeito do regime de reversibilidade de bens considerado de modo geral, delimitando sua abrangência a seu propósito de assegurar a continuidade do serviço público concedido. Ao fazê-lo, apontou considerações iniciais acerca da inadequação de uma perspectiva patrimonialista quanto a esse regime.

Em seguida, passou-se a tratar de premissas relevantes para a compreensão das particularidades<sup>60</sup> do regime de reversibilidade de bens aplicável aos serviços de telecomunicações prestados em regime público. Nesse sentido, demonstrou-se que:

- (i) a regra de reversibilidade de bens nas concessões é aplicada como mecanismo voltado apenas à garantia da continuidade da prestação do serviço público delegado;
- (ii) apesar de a LGT não adotar a reversibilidade de bens como único mecanismo admissível para a preservação da continuidade do serviço concedido, os atuais contratos de concessão do STFC adotaram este mecanismo;
- (iii) por força da Constituição e da LGT, o regime de reversibilidade de bens *deverá ter* sua abrangência restrita aos bens indispensáveis aos serviços de telecomunicações prestados em regime público;

---

<sup>60</sup> Ditadas por força do artigo 210 da LGT, que excepciona a aplicação da Lei Geral de Concessões às concessões de telecomunicações.

- (iv) a LGT prevê a instituição de regime de reversibilidade que abranja exclusivamente a posse desses bens;
- (v) os contratos de concessão *limitam* a abrangência da reversibilidade aos bens que sejam “indispensáveis” (à continuidade) à prestação do serviço concedido – o que jamais abarcaria bens destinados à exploração de serviços em regime privado, tais como SCM, SMP e SeAC; e
- (vi) esses contratos não estabelecem forma jurídica para que a reversão da posse se opere, abrindo diversas possibilidades de implementação.

Nesse quadro, a necessidade de adoção de uma perspectiva funcional para o instituto da reversibilidade vem sendo reconhecida no âmbito da própria Anatel. Em março de 2015, foi julgado recurso em pedido de anuência prévia para desvinculação de imóvel administrativo de titularidade de Telefônica Brasil S.A. O relator do caso, Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas, apresentou análise<sup>61</sup> em que diverge do posicionamento apresentado anteriormente pelo Conselheiro Rodrigo Zerbone, no âmbito de Consulta acerca do mesmo tema<sup>62</sup>.

Em sua análise, o Conselheiro Freitas busca afastar a visão patrimonialista segundo a qual a reversão de bens teria, entre seus propósitos, o de assegurar a valorização econômica do acervo da concessão ao longo do tempo – corrente que foi defendida pelo Conselheiro Zerbone. Para ele, a reversibilidade seria apenas justificável como medida apta a assegurar a continuidade do serviço concedido – em uma visão estritamente funcional. Para o Conselheiro Igor Freitas:

“4.2.18. A opção pela reversão está, por sua vez, obrigatoriamente vinculada à necessidade de assegurar a continuidade da prestação do serviço concedido. Nos termos do art. 83 da LGT, a concessão de serviço de telecomunicações é o instrumento de outorga pelo qual se delega a particular a exploração de serviço no regime público. Este último, por sua vez, consoante o art. 63, parágrafo único, da citada Lei, caracteriza-se pela imposição de obrigações de universalização e continuidade. Ou seja, o regime público é aplicado aos serviços que, em função de sua essencialidade, devem ter sua existência, continuidade e universalização garantidas pela União. Nesse contexto, a concessão de serviço de

---

<sup>61</sup> Análise 5/2015-GCIF.

<sup>62</sup> Análise 131/2012-GCRZ. O Conselheiro Zerbone se manifesta contrariamente à consideração de que seu entendimento seja rotulado como “patrimonial” no Voto nº 186/2015-GCRZ, de 14.12.2015, em que o Conselheiro altera o racional de sua análise, mas mantém, em nossa interpretação, uma leitura patrimonial que postula ser necessário manter a atratividade da concessão do STFC para sua eventual re-licitação: “*É defendido aqui que são reversíveis todos os bens que, na hipótese de a União assumir o serviço (para nova licitação, ao término do contrato de concessão, ou antecipadamente), sejam necessários para prestar o serviço público de forma adequada, nos vários aspectos em que a “prestação adequada” pode ser entendida: técnica, operacional e economicamente.*” (p. 31).



telecomunicações é o instrumento de outorga apto a materializar os objetivos do regime público: a universalização e a continuidade. São esses os propósitos que podem ser legitimamente perseguidos mediante a utilização da concessão. A figura da reversão, portanto, somente se justifica se estiver alinhada com o alcance desses objetivos, especificamente a continuidade da prestação do serviço, que constitui seu fundamento jurídico.

[...]

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. E isso está claro desde a Exposição de Motivos da Lei Geral, que destaca a responsabilidade que terá o regulador, ao longo da execução do contrato e à luz da evolução tecnológica, de selecionar os ativos que, a cada momento, integram o rol de bens reversíveis.

4.2.21. Outra interpretação quanto à finalidade da reversão não encontra amparo na LGT, cujo art. 93, inciso XI, admite até a possibilidade de não haver bens a serem revertidos. De forma harmônica com esse entendimento, a Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, do Ministério das Comunicações esclarece que a reversão dos bens da Concessionária é facultativa e não obrigatória. Não havendo, portanto, imposição legal de aplicação da reversão para todo o patrimônio da Concessionária, tampouco se observa haver suporte para utilização do mesmo instrumento jurídico com o objetivo de aumentar o valor econômico de um acervo a ser revertido à União ao término da Concessão.”

Na ausência de delimitação legal ou contratual dos contornos do instituto da reversibilidade de bens nas concessões do STFC para além dessas premissas postas até aqui, em linha com a perspectiva funcional atualmente posta na Anatel, a próxima Seção trabalha sobre esses pressupostos e discute os critérios a serem adotados para a definição da abrangência e da natureza da reversibilidade dos ativos nas atuais concessões de telecomunicações.

#### **4. Abrangência e natureza da reversibilidade no setor de telecomunicações**

A presente Seção aprofunda a discussão sobre a delimitação da abrangência e da natureza da reversibilidade de bens nas concessões do STFC, a partir das premissas apresentadas até aqui, com o objetivo de indicar uma solução compatível com o ordenamento jurídico para sua operacionalização.

##### **4.a. Destinação dos bens como critério de abrangência da reversibilidade: bens de uso exclusivo e bens multisserviço**

Conforme indicado anteriormente, por força dos artigos 207, § 3º, e 86, ambos da LGT, as atuais concessionárias do STFC exploram, além do serviço objeto da concessão,

também os serviços objeto de autorização. Essa situação de fato, criada pela Lei Geral de Telecomunicações e pela atuação do Poder Concedente e da Anatel, faz com que mereçam menção dois conjuntos de ativos da concessionária.

O primeiro deles, dada a dualidade de regimes jurídicos incidente sobre as concessionárias do STFC, é composto por bens integralmente sujeitos ou integralmente excluídos do âmbito de aplicação da regra de reversão sobre o patrimônio das concessionárias. A esses bens podemos denominar “bens de uso exclusivo”.

Os bens que sejam exclusivamente empregados para a prestação do STFC, como é o caso dos Terminais de Uso Público, estão integralmente sujeitos ao regime de reversão – e isso não se discute. Assim, ao término do contrato, a União tem direito a receber a integralidade de sua posse, nos termos da LGT.

Por outro lado, ainda nesse conjunto de bens de destinação específica, identificamos no patrimônio das concessionárias bens destinados unicamente à exploração de outros serviços, como SMP e SCM. Dado que esses bens não são “indispensáveis” à prestação do STFC em regime público, como requer a Cláusula 22.1 do Contrato de Concessão, nem mesmo úteis à prestação desse serviço, não há que se falar em incidência da regra de reversão em relação a eles.

Há, portanto, antes mesmo de entrarmos na discussão a respeito dos “bens multisserviço”, duas soluções opostas que se impõem para o deslinde da questão da reversibilidade: de um lado, reverterão os bens empregados apenas para a prestação do STFC – portanto inúteis para qualquer outro serviço de telecomunicações explorado em regime privado pelas concessionárias; de outro, não reverterão bens empregados exclusivamente para a prestação de SCM, SMP, SeAC, entre outros serviços de telecomunicações desenvolvidos em regime privado, que não sejam indispensáveis à prestação do STFC.

No caso do segundo conjunto, o dos “bens multisserviço”, contudo, é preciso ter em mente que o provimento do STFC muitas vezes se dá por meio de redes compartilhadas,

que utilizam sua capacidade para outras finalidades, tais como o transporte de dados em SCM. São esses os bens que denominamos de “bens multisserviço”<sup>63</sup>.

Tais bens são ativos de qualquer natureza (v.g., elementos de rede, itens de infraestrutura, elementos de suporte à operação, entre outros) que são empregados para o provimento de serviço objeto de autorização – como o SCM ou o SeAC – e para a prestação do STFC em regime público. Como são empregados para a prestação/exploração de serviços objeto de regulação sob os regimes de direito público e de direito privado, estes bens estão sujeitos a dois regimes regulatórios distintos e contrastantes.

Como é sabido, o objeto do STFC é fixado pelo Plano Geral de Outorgas e pela regulamentação da Anatel. Atualmente, o Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008 (“Plano Geral de Outorgas” ou “PGO”) definem o STFC nos seguintes termos:

“Serviço telefônico fixo comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia.” (grifo nosso)<sup>64</sup>

A definição delimita o escopo do STFC a serviço consistente na utilização de *processos de telefonia*. A especificação desse conceito é realizada pela Anatel na Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005 (“Resolução 426/2005” ou “RSTFC”), atual norma da Anatel que disciplina o provimento do STFC, nos seguintes termos (art. 3º, 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;”

Ou seja, o objeto do STFC é bastante restrito em relação à capacidade das redes detidas pelas atuais concessionárias. Por definição de seu escopo, os serviços do STFC são prestados empregando-se processos de telefonia, que são necessariamente

---

<sup>63</sup> O Conselheiro Igor Freitas, recentemente, destacou essa realidade, identificando com precisão essa questão: “4.2.152. Com efeito, apesar da forte vinculação entre a prestação do STFC e do SRTT/SCM, não é possível caracterizar esta última atividade como fonte de receita alternativa, complementar ou acessória do contrato de concessão. Apesar deste último reconhecer expressamente o direito da concessionária explorar outros serviços de telecomunicações (Cláusula 18.1), tal faculdade deriva do disposto no art. 207, § 3º, da LGT, posteriormente ampliada com a nova redação dada ao art. 86 da mesma Lei. Em outros termos, o direito da concessionária explorar outros serviços de telecomunicações foi outorgado pela Lei e não pelo contrato de concessão do STFC. Não se trata, portanto, de uma atividade vinculada ao contrato de concessão, ainda que seu desempenho requeira o uso compartilhado de elementos da mesma rede utilizada para a execução do serviço concedido.” (Voto nº 85/2015, Cons. Igor de Freitas, 05.06.2015).

<sup>64</sup> PGO, artigo 1º, § 1º.

desenvolvidos por técnicas que limitam a taxa de transferência de dados por eles utilizada a 64 kbit/s.

Por serem empregados tanto para a prestação do STFC, quanto para a exploração dos demais serviços de telecomunicações, esses bens não estão subordinados integralmente à regra da reversão pelo critério da vinculação funcional – qualquer que seja a concepção que se queira dar a esse conceito.

Ora, se admitimos que a reversão deverá operar exclusivamente sobre os bens indispensáveis à prestação do STFC, e não sobre aqueles empregados apenas para os demais serviços de telecomunicações, teremos que admitir também que o critério de vinculação funcional abrange apenas certas capacidades sobre bens.

Como consequência, torna-se necessário o estabelecimento de um critério para a determinação da associação ou não de um ativo ao regime de reversibilidade, além da determinação da natureza dos direitos que serão transferidos por resultado da aplicação da regra da reversão aos bens multisserviço que integram o acervo da concessionária.

Frise-se não ser admissível que, sob o regime da reversibilidade de ativos posto pela Lei Geral de Telecomunicações e pelos contratos de concessão, sejam transferidos ao acervo do Poder Concedente direitos de qualquer espécie sobre: (i) ativos empregados exclusivamente para a prestação de serviços objeto de autorização; ou (ii) sobre as parcelas desses bens que excedam a capacidade necessária à prestação do STFC.

A reversão de bens é hipótese excepcional em que o Poder Público exerce prerrogativa sobre o patrimônio de um agente privado, devendo ser interpretada restritivamente. Assim, a reversão é justificável apenas da perspectiva da continuidade do serviço público concedido, cuja preservação é seu propósito. Qualquer outra tentativa de acessar o patrimônio privado de concessionários deve seguir o regime geral da desapropriação.

Do exposto, a incidência em concreto da regra de reversibilidade aplicável aos contratos de concessão do STFC será limitada pela sua efetiva utilização para o serviço objeto de concessão. Nesses limites:

- (i) não haverá aplicação da regra de reversão para ativos que não sejam empregados para o STFC;

(ii) haverá aplicação da regra de reversão para ativos que sejam empregados exclusivamente para o STFC;

(iii) não haverá aplicação da regra de reversão para parcelas de capacidade de ativos multisserviço que não estejam atreladas ao STFC; e

(iv) haverá aplicação da regra de reversão para as parcelas de capacidade de ativos multisserviço que sejam utilizadas para o provimento de STFC.

Fora desses limites, a regra de reversão não é aplicável. Assim, na hipótese em que a União busque obter quaisquer direitos adicionais sobre os bens da concessionária, deverá empregar o instituto da desapropriação. A seguir, passamos a analisar a natureza do direito a ser revertido, respeitados os limites de sua abrangência aqui estabelecidos.

#### **4.b. Natureza da reversão: direito a obter capacidade para a continuidade da prestação**

A estrutura do modelo de reversão ditado pela Lei Geral de Telecomunicações, pelos contratos de concessão e pela regulamentação da Anatel está fundamentada na reversão da posse dos bens e direitos essenciais à continuidade da prestação do STFC em regime público.

Para operacionalizar a reversão nos limites acima descritos, o mecanismo pelo qual operará a reversão da posse deverá ser contratual, gravando ônus pessoal ou real sobre o bem reversível, na medida em que for necessário para a prestação do STFC. Essa alternativa possibilita a única solução para o problema da reversão dos bens multisserviço que não corresponde a expropriação, uma vez que possibilita a separação da parcela desses bens efetivamente empregada para o provimento do STFC.

Para implementá-la, o contrato mediante o qual opera a reversão deverá ter por objeto a modalidade de transferência de direitos sobre parcelas do bem multisserviço que seja mais apropriada, a depender do bem (ou acervo de bens) a respeito do qual disser respeito. Assim, poderão ser adotados instrumentos bastante díspares, entre os quais seria possível mencionar desde contratos de telecomunicações – como um contrato que envolva o provimento de capacidade de última milha (sob o regime do SCM, por exemplo), ou um contrato de exploração industrial de linhas dedicadas (EILD), ou um

conjunto desses – até contratos que estabeleçam o usufruto do Poder Concedente sobre o acervo de bens necessário ao provimento de capacidade para o atendimento do STFC na área de concessão.

Em qualquer caso, esses contratos deverão conter cláusula que estabeleça condição resolutiva da obrigação ou do ônus real na hipótese em que seja o STFC venha a deixar de ser prestado em regime público. Isso porque a situação de sujeição da antiga concessionária à União está limitada à manutenção da prestação do serviço público que foi objeto de concessão. A eventual extinção desse regime gera a extinção do fundamento da obrigação a ser assumida pela concessionária (ou do ônus sobre o bem), devendo levar, por via contratual, à sua extinção.

Ademais, e é bom frisar, o objeto dos contratos deverá ser restrito à capacidade necessária para a exploração do STFC tal qual ele é hoje definido pela regulamentação (i.e. no PGO e nos próprios contratos de concessão). É dizer, sua conceituação atual define a capacidade que integra o compromisso assumido pelas concessionárias no âmbito dos atuais contratos de concessão. Nesse caso, qualquer alteração de objeto representaria a expropriação de uma parcela de capacidade do bem destinada a outra atividade – como o SCM ou SeAC –, o que não pode ser admitido.

A adoção desses mecanismos dependerá, no entanto, em larga medida, do direito a ser revertido. Para delimitar esse acervo de direitos, parece-nos razoável a adoção dos critérios discutidos no próximo item.

#### **4.c. Elementos para a definição do regime de reversibilidade aplicável às concessões vigentes**

Tendo estabelecido quais são os limites aplicáveis tanto à abrangência quanto à natureza da reversão a operar concretamente ao término das atuais concessões do STFC, é razoável que sejam adotados os seguintes critérios para delimitação dos bens a serem objeto da reversão. Propomos que esses critérios sejam aplicados sucessivamente na avaliação do acervo de bens da concessionária, ao término de sua concessão, de modo a aferir para quais ativos é justificada a incidência do regime de reversibilidade.

Em primeiro lugar, deve-se delimitar qual o conjunto de bens exclusivos ou multisserviços essenciais para a continuidade do STFC. Em seguida, para cada bem que

seja considerado indispensável à concessão do STFC, será aferida também qual é a parcela indispensável, podendo ser então estruturadas a abrangência e a natureza do direito a ser transferido ao Poder Concedente relativamente a esse bem. Tais critérios seriam essencialmente os seguintes:

- (i) Arrolamento nas categorias de bens que podem ser objeto de reversibilidade nos termos da Cláusula 22.1 (indispensabilidade) e Anexo 1 dos Contratos de Concessão. Se o bem não estiver nessas categorias pode-se interromper a análise;
- (ii) Uma vez identificados os bens que se incluem na categoria anterior, deve-se avaliar a sua vinculação funcional ao STFC prestado em regime público – caso o bem esteja funcionalmente atrelado à prestação do STFC em regime público, poderá ser objeto de reversão;
- (iii) Deste conjunto de bens, apenas aqueles caracterizados como indispensáveis para a continuidade da prestação do STFC em regime público podem ser objeto de reversão;
- (iv) Neste subconjunto de bens, deve-se identificar aqueles que são utilizados para apenas para STFC e aqueles que servem de suporte para múltiplos serviços prestados/explorados pelas sociedades detentoras de concessão – avaliação sobre a configuração ou não de bem multisserviço; e
- (v) Dentre os bens multisserviço, deve-se identificar e segregar a parcela efetivamente empregada para a prestação do STFC em regime público - a segregação da posse sobre parcela do bem deverá ser possível em termos jurídicos e operacionais, caso contrário, não poderá incidir a regra de reversão (dado que estar-se-ia diante de expropriação, que é hipótese diversa).

O título mediante o qual operará a reversão será então determinado em função da natureza do direito necessário à garantia de continuidade do serviço.

## 5. Conclusão

Do exposto até aqui, demonstrou-se que a aplicação da regra de reversão de ativos aos contratos de concessão do STFC é objeto de um regime jurídico próprio. Esse regime pode ser adotado como um mecanismo para assegurar a continuidade do serviço público concedido ao término da concessão – e está apresentado pela Lei Geral de Telecomunicações como uma alternativa que *pode*, mas não *deve*, ser adotada pelo Poder Concedente.

A regra de reversibilidade de bens posta pelos contratos de concessão do STFC atualmente vigentes, dentro desses limites, está justificada e encontra limites na indispensabilidade de cada um dos bens privados da concessionária para a continuidade da prestação do serviço público concedido. Por conta disso, faz-se necessária a adoção de uma perspectiva *funcional* do instituto.

A Lei Geral de Telecomunicações e os contratos de concessão vigentes possibilitam a adoção dessa perspectiva funcional ao determinarem que o Poder Concedente receberá a *posse* dos bens indispensáveis à continuidade do serviço concedido ao término dos contratos de concessão. No contexto em que a propriedade dos ativos pertence às sociedades detentoras de concessão – tenham elas sido desde sempre empresas de capital privado, tenham integrado o Grupo TELEBRAS – a reversão da posse implica a preservação dos direitos de propriedade relativos aos bens reversíveis.

Essa constatação é especialmente relevante no contexto em que as concessões do STFC prestado em regime público são detidas por sociedades que também exploram uma série de outros serviços de telecomunicações. Como é evidente, assim como um ativo empregado exclusivamente para o provimento do STFC (como um Terminal de Uso Público) terá a sua posse revertida integralmente, também um elemento de rede empregado exclusivamente para o Serviço de Comunicação Multimídia não terá a sua posse revertida – sem prejuízo de integrar o patrimônio da concessionária.

Ocorre que nem todos os bens das concessionárias podem ser classificados com bens de uso exclusivo de um serviço. Ora, é natural que, dada a possibilidade de prestação de serviços diversos pela sociedade concessionária, lhe é também facultada a utilização de suas redes de telecomunicações para vários desses serviços, muitas vezes com o emprego de ativos indivisíveis. Essas redes “multisserviço” são utilizadas, em grande



proporção, para a realização de atividades que nada têm de essencial para a continuidade da prestação do STFC – limitado pelo Plano Geral de Outorgas e pela regulamentação da Anatel à capacidade de 64kbps. Em uma rede de fibras ópticas, por exemplo, trata-se de capacidade ínfima.

Por não serem *inteiramente* essenciais à prestação do STFC em regime público, tais redes não terão a sua posse revertida *inteiramente*.

Deve-se, então, delimitar de que modo a reversão da posse desses ativos será realizada. Em linha com a determinação legal de reversão da posse, ao término das concessões do STFC, deverão ser revertidos à União *direitos sobre parcelas da capacidade de transmissão necessária ao atendimento do serviço público de telefonia fixa definido nos Contratos de Concessão e do Plano Geral de Outorgas*, em estreita vinculação à essencialidade dessas capacidades à continuidade da prestação do STFC em regime público.

A abrangência e a natureza da reversão, observados esses limites, serão determinados caso a caso. Sob o instituto da reversibilidade de bens, no entanto, nunca haverá transferência à União de direitos que excedam aqueles essenciais à continuidade do serviço concedido. A implementação da reversão fora desses lindes significaria aplicação do instituto da expropriação – diverso da reversão de ativos, que é limitada única e exclusivamente ao serviço público concedido.

São Paulo, Outono de 2016

## **BIBLIOGRAFIA**

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007  
JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*, In: RDA, v. 226, out/dez 2001, Rio de Janeiro: Renovar, p. 187-212, disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf).

Working paper. Favor não citar sem a autorização dos autores.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações, In: Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 8, out./dez. 2004.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Desafios da regulação de telecomunicações no Brasil*. In: RDPE. Belo Horizonte: Fórum, n. 40, out./dez. 2012, p. 236.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida; ADAMI, Mateus Piva. Notas sobre a disciplina infralegal da reversibilidade dos bens afetados aos serviços públicos de telecomunicações: inovações e ilegalidade da Resolução da Anatel nº 447/2006. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações, Belo Horizonte, n. 6, p.89 - 109, jan./jun. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Regulamentação das Telecomunicações: Papel Atual e Tendências Futuras*, In: REDAE, n. 8, nov., dez, 2006 e jan. 2007, disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>>, acesso em 21.11.2015. Texto publicado originalmente no livro "Direito Global", coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, São Paulo, Max Limonad, 1999, pp. 157/168.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações*, in Revista de Direito de Informática e Telecomunicações, v.1, n.1, jul/dez 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 55.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O serviço telefônico fixo e a reversão de bens*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 139-141.