	<h1>ANÁLISE</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		5/2015-GCIF
		DATA:
		6/3/2015
CONSELHEIRO RELATOR		
IGOR VILAS BOAS DE FREITAS		

1. ASSUNTO

Recurso Administrativo interposto por Telefônica Brasil S.A., CNPJ/MF nº 02.558.157/0001-62, Concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado, em face de decisão da Superintendência de Controle de Obrigações, consubstanciada no Despacho Decisório nº 5.194/2013-COUN/SCO, de 25/10/2013.

2. EMENTA

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUPERINTENDÊNCIA DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES. BENS REVERSÍVEIS. DESVINCULAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO POR BENS DE TERCEIROS. RECURSO ADMINISTRATIVO QUE BUSCA REFORMA DE DECISÃO DISTINTA À QUE FORMALMENTE SE REPORTA. PRECLUSÃO LÓGICA. NÃO CONHECIMENTO. IMÓVEIS ADMINISTRATIVOS. BENS NÃO REVERSÍVEIS. REVISÃO DE DIRETRIZES PARA EXAME DE OPERAÇÕES QUE ENVOLVAM BENS REVERSÍVEIS. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. REVOGAÇÃO PARCIAL DO DESPACHO Nº 2.262/2012-CD, DE 21/3/2012. APROVAÇÃO DE NOVAS DIRETRIZES.

1. Recurso Administrativo interposto em face de decisão da Superintendência de Controle de Obrigações voltado, em sua fundamentação e pedido, à reforma de decisão anterior do Conselho Diretor. Conduta da interessada incompatível com o desejo de reforma do Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012. Preclusão lógica. Não conhecimento.
2. Princípio da autotutela. Art. 53 da Lei nº 9.784, de 29/1/1999, e Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. Possibilidade de revisão de aspectos da decisão consubstanciada no Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012.
3. A reversibilidade de um bem deve estar associada à sua efetiva imprescindibilidade para a prestação do serviço concedido, o que se avalia pela sua utilização atual ou perspectiva concreta de emprego no futuro.
4. Imóveis administrativos. Possibilidade de substituição pelo novo concessionário. Efeitos da reversibilidade sobre as tarifas. Reversibilidade que se mostra desnecessária para a continuidade do serviço e onerosa para o usuário.
5. A substituição de bens próprios por bens de terceiros deve estar condicionada à demonstração de ausência de risco para a continuidade da prestação do serviço público.
6. Não conhecimento do Recurso Administrativo. Revogação parcial do Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012. Aprovação de novas diretrizes para aprovação de operações que envolvam bens reversíveis. Possibilidade de reapresentação do pedido que deu início ao presente processo, a ser examinado de acordo com as novas diretrizes.

3. REFERÊNCIAS

- 3.1. Análise nº 61/2014-GCIF, de 15/8/2014;
- 3.2. Matéria para apreciação do Conselho Diretor nº 28/2014-COUN/SCO, de 9/4/2014;
- 3.3. Informe nº 58/2014-COUN1/COUN, de 19/3/2014;
- 3.4. Despacho Decisório nº 5.194/2013-COUN/SCO, de 25/10/2013;
- 3.5. Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012;
- 3.6. Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012;
- 3.7. Parecer nº 126/2012-ICL/PGF/PFE-Anatel, de 9/2/2012; e
- 3.8. Processo nº 53500.025781/2011.

4. RELATÓRIO

4.1. DOS FATOS

4.1.1. Cuida-se de Recurso Administrativo interposto por Telefônica Brasil S.A. (Telefônica), concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), em face de decisão da Superintendência de Controle de Obrigações (SCO), consubstanciada no Despacho Decisório nº 5.194/2013-COUN/SCO, de 25/10/2013, que indeferiu solicitação de desvinculação para posterior alienação de bem reversível.

4.1.2. A interessada foi intimada da referida decisão por meio do Ofício nº 543/2013-COUN1/Anatel, de 11/11/2013, recebido em 17/11/2013, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fl. 339.

4.1.3. Consoante o histórico da Solicitação de Atendimento Documental nº 090022013, a Telefônica pediu cópia dos autos em 19/11/2013. O orçamento foi enviado em 25/11/2013 e o pagamento ocorreu na mesma data. As cópias foram disponibilizadas em 26/11/2013.

4.1.4. Em 5/12/2013, foi interposto o presente Recurso Administrativo.

4.1.5. Por meio do Informe nº 58/2014-COUN1/COUN, de 19/3/2014, a SCO resumiu as razões recursais deduzidas pela interessada e concluiu que elas transcendem ao disposto no Despacho nº 5.194/2013-COUN/SCO, de 25/10/2013, vez que os argumentos da Telefônica dirigem-se primordialmente a contestar os fundamentos expostos na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, e no Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012. Dessa forma, consignou a área técnica que *dado o caráter estratégico da matéria, entende-se que é inadequada a avaliação das razões de defesa apresentadas pela concessionária, por esta Superintendência, em juízo de retratação; motivo pelo qual se propõe o encaminhamento do presente processo à apreciação do Conselho Diretor, nos termos do art. 115 do RIA.*

4.1.6. Por conseguinte, mediante o Despacho Decisório nº 1.793/2014-COUN/SCO, de 9/4/2014, o Superintendente de Controle de Obrigações conheceu do Recurso interposto e determinou o seu encaminhamento ao Conselho Diretor.

4.1.7. O processo foi trazido a este Colegiado por meio da Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 28/2014-COUN/SCO, de 9/4/2014.

4.1.8. Em 17/4/2014, mediante a Comunicação de Tramitação nº 41267, os autos foram remetidos a meu Gabinete.

4.1.9. Na Reunião do Conselho Diretor (RCD) nº 755, foi aprovada a Análise nº 61/2014-GCIF, de 15/8/2014, que propôs a prorrogação do prazo de relatoria do presente processo por cento e vinte dias, na forma do art. 127, § 3º, do Regimento Interno da Anatel (RI), aprovado pela Resolução nº 612, de 29/4/2013. Já na RCD nº 768, o referido prazo foi prorrogado por mais trinta dias.

4.2. DA ANÁLISE

Do Recurso Administrativo

4.2.1. Trata a presente Análise de Recurso Administrativo interposto em face de decisão da SCO que indeferiu pedido de desvinculação para posterior alienação de bens reversíveis de propriedade da Telefônica, consistentes em imóveis que compõem o chamado Complexo Martiniano de Carvalho, que abrigava a sede administrativa da companhia.

4.2.2. Quanto à admissibilidade do Recurso, verifica-se que foi interposto tempestivamente, consoante relato constante dos itens 4.1.2 a 4.1.4 desta Análise, e por procurador devidamente constituído, na forma do instrumento de mandato de fl. 343. Outrossim, reputo presente o interesse em recorrer, tendo em vista que a decisão ora atacada afeta interesse jurídico da Telefônica.

4.2.3. Deixo contudo de propor o conhecimento do presente Recurso Administrativo, vez que presente óbice intransponível para tanto, qual seja, o fato de que o expediente em tela, tanto em sua fundamentação como no pedido deduzido, não busca propriamente a reforma do Despacho nº 5.194/2013-COUN/SCO, de 25/10/2013, mas sim de decisão anterior do Conselho Diretor, consubstanciada no Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012. Conforme já relatado nesta Análise, tal circunstância levou a própria área técnica a não analisar as razões recursais apresentadas pela interessada, nos termos consignados no Informe nº 58/2014-COUN1/COUN, de 19/3/2014. Para ilustrar o ponto, transcrevo o resumo das alegações da Telefônica constante do referido Informe:

5.13. A concessionária alega que a Análise nº 131/2012-GCRZ traz interpretação inovadora quanto ao instituto da reversibilidade, frente à qual mantém entendimento diametralmente oposto. Destacam-se os seguintes argumentos, aduzidos pela recorrente:

5.13.1. A reversibilidade decorre da funcionalidade do bem revelada na sua imprescindibilidade para a continuidade e atualidade da prestação do STFC.

5.13.2. O entendimento da Agência tem por base a confusão entre privatização de empresas estatais e concessão de serviços públicos.

5.13.3. Há no patrimônio de uma concessionária bens privados afetos ao serviço público concedido (bens vinculados à prestação deste, porquanto essenciais e indispensáveis a ela) e bens de caráter meramente patrimonial, sem os quais o serviço público nada é afetado.

5.13.4. Dar condão de bens afetados à geração de rendas como ensejador da reversão seria pressupor que os bens patrimoniais da concessionária são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, impassíveis de oneração.

5.13.5. Os bens que não estão direta e essencialmente relacionados à prestação do serviço público não estão atrelados ao cumprimento de qualquer finalidade pública, e pois, podem ser livremente geridos pela concessionária.

5.13.6. Desde que reste assegurado que estes bens estarão, efetivamente, empregados na prestação do serviço, permanece a liberdade do concessionário para exercer a gestão dos seus bens.

5.13.7. No setor de telecomunicações se consideram vinculados e, pois reversíveis, exclusivamente os bens que sejam indispensáveis à prestação do STFC porquanto diretamente empregados na sua prestação e, bem assim, que a titularidade do bem é irrelevante para a caracterização do bem como vinculado.

5.13.8. A LGT e o contrato de concessão revelam ampla margem de liberdade para a concessionária gerir, substituir e alienar seus bens, inclusive os reversíveis, exigindo-se apenas em relação a estes, autorização da Anatel de modo a verificar se essas operações colocariam em risco a continuidade da prestação do STFC ao final da concessão.

5.13.9. Não há nada na legislação ou na regulamentação setorial que determine, *a priori*, que os bens imóveis são necessariamente reversíveis, mesmo quando nestes estejam instalados equipamentos e infraestrutura imprescindíveis à prestação do STFC.

5.13.10. Não há motivo para considerar o direito de propriedade sobre bens imóveis como elemento indispensável à prestação do serviço público concedido.

5.13.11. Os precedentes evidenciam que a Anatel exercita a abordagem funcional dos bens da concessão de STFC, isto é, nas situações que lhe são apresentadas a Agência demonstra procurar conhecer a condição do bem objeto do pleito da concessionária.

5.13.12. A Análise aprovada pelo Conselho Diretor da Anatel concluiu que são bens próprios e de partes relacionadas, vinculados à concessão que sejam indispensáveis à continuidade da prestação do serviço adequado, tendo em vista sua imprescindibilidade técnica. E acrescentou, sem a devida motivação, uma outra imprescindibilidade de natureza econômica, relacionada com a importância do bem para o valor econômico da concessão de longo prazo.

5.13.13. É incoerente a vertente patrimonial (utilidade econômica) dos bens, se nem a transferência de domínio é assegurada pela LGT.

5.13.14. O entendimento da Anatel quanto à relevância do aspecto patrimonial para a caracterização da reversibilidade de bens culmina na conclusão de que todos os bens da concessionária (praticamente) são *a priori* reversíveis.

5.13.15. Não há qualquer referência ou associação que atribua ao instituto da reversibilidade o condão de viabilizar economicamente a concessão, e pois, que impute a todo o patrimônio da concessionária o ônus de suportar e garantir economicamente a concessão.

5.13.16. A Anatel não pode, por meio do Ofício 249/2007/PBOAC/PBOA/SPB inovar o ordenamento jurídico setorial.

4.2.4. De igual forma, o pedido deduzido no presente Recurso Administrativo tampouco se dirige ao indeferimento da autorização de desvinculação para posterior alienação dos bens em questão, objeto do Despacho nº 5.194/2013-COUN/SCO, de 25/10/2013. A interessada, a esse respeito, esclarece:

A pretensão da recorrente é o reconhecimento de que (i) o Complexo Martiniano de Carvalho, antiga sede administrativa da Concessionária, não é bem reversível e, diante disso, que esta d. Agência (ii) autorize a retirada do referido Complexo da Lista de Bens Reversíveis (onde foi incluída por engano), para fins de alienação, se assim aprouver à Concessionária.

4.2.5. A definição da natureza reversível do referido Complexo Martiniano de Carvalho, no entanto, foi tratada no Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012, em que este Colegiado decidiu *reconhecer a reversibilidade de bens imóveis administrativos*. Foi também naquela decisão, e não por mero engano como alega a interessada, que foi determinada *a inclusão de todos os imóveis componentes do Complexo Martiniano de Carvalho [...] na Relação de Bens Reversíveis da Telefônica Brasil S/A*.

4.2.6. Cumpre registrar que a Telefônica foi intimada do Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012, por meio do Ofício nº 45/2011-PBOAC/Anatel, de 28/3/2012, recebido em 2/4/2012, conforme AR de fl. 285, e, na oportunidade, não esboçou inconformidade com a referida decisão no prazo regimental. Ao contrário, as petições apresentadas pela interessada em 30/4/2012 (fl. 213) e em 22/5/2012 (fls. 268-269) sugerem aceitação das determinações exaradas pelo Colegiado. Na primeira petição esclarece a interessada:

Considerando os condicionantes impostos pelo Despacho ANATEL n. 2.262/2012-CD, de 21/03/2012, para a realização da alienação do imóvel constante do processo indicado em epígrafe, encaminha-se *[sic]* os seguintes documentos:

- *Business Plan* – Integração imobiliária; e
- Plano de investimentos dos recursos advindos da venda do prédio da Martiniano.

Adicionalmente, e ainda em relação ao cumprimento [de] tais condicionantes, informa-se que (i) **a lista de bens reversíveis referente ao ano de 2012 contemplará a inclusão do bem imóvel referido anteriormente** [...] [sem grifos no original].

4.2.7. Já em 22/5/2012, a interessada volta a manifestar o acatamento das determinações e diretrizes aprovadas pelo Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012:

Refira-se, no entanto, que, considerando os condicionantes impostos pelo Despacho ANATEL n. 2.262/2012-CD, de 21/03/2012, faz-se necessário o aditamento do pedido para que a ANATEL outorgue previamente autorização para alienação de todos os itens patrimoniais constantes da lista de bens reversíveis (RBR) de 2011 correspondentes ao Complexo Martiniano de Carvalho.

Por oportuno, encaminha-se em anexo (Anexo I) a listagem consolidada dos bens objeto do presente requerimento, já atualizada de acordo com a RBR de 2011 disponibilizada para esta Agência em abril de 2012.

4.2.8. Ora, se a interessada entende que o bem não é reversível, por sua natureza, não se há de falar em pedido de autorização para sua alienação e tampouco de observância dos condicionamentos impostos pela Anatel, visto que estes somente incidem sobre as operações que envolvem bens reversíveis. A conduta da interessada, portanto, ao carrear novos documentos que supostamente serviriam para atestar o cumprimento das diretrizes fixadas pelo Conselho Diretor, pressupõe a aceitação de que o bem é reversível. Caso contrário, deveria questionar a decisão da Agência que determinou a reversibilidade de tais bens, como agora tenta fazê-lo a destempo e de forma transversa.

4.2.9. A contradição entre a conduta da interessada e o pleito por ela ora deduzido caracteriza o fenômeno processual da preclusão lógica. Em suma, consiste essa espécie de preclusão na impossibilidade de praticar ato incompatível com outro já praticado. Consoante a definição de Humberto Theodoro Júnior, preclusão lógica *é a que decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro, que se queria praticar também*¹. O conceito é desenvolvido com maior clareza na obra de Ovídio Baptista da Silva:

Preclusão lógica diz-se a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato, ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior. Por exemplo, o réu condenado pela sentença comparece a cartório e paga o valor da condenação. Depois de praticar este ato, estando ainda a fluir o prazo para recurso, volta a cartório para apelar da mesma sentença. A aceitação da sentença, expressa pela

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. v. 1, 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 533.

conduta da parte de comparecer espontaneamente ao cartório e cumprir a condenação, importa em ter-se por preclusa a oportunidade para recurso.²

4.2.10. No caso presente, é patente a aceitação dos termos do Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012, pela interessada vez que: a) não interpôs recurso tempestivamente; e b) aditou seu pedido e carreou novos documentos aos autos em observância às novas diretrizes aprovadas. Tais condutas são incompatíveis com o pedido ora deduzido, que busca descaracterizar a reversibilidade dos imóveis componentes do Complexo Martiniano de Carvalho.

4.2.11. Por conseguinte, uma vez que o Recurso em tela busca reforma de decisão diversa daquela a que formalmente se dirige e que o pedido ora deduzido mostra-se incompatível com a conduta processual pretérita da interessada, de forma a caracterizar a preclusão lógica, proponho o não conhecimento do presente Recurso Administrativo, com fundamento no art. 116 do RI.

4.2.12. A inadmissibilidade do Recurso interposto, no entanto, não impede o Conselho Diretor de rediscutir sua anterior deliberação no presente processo, especialmente no que tange aos efeitos que transcendem ao caso concreto, quais sejam, a definição da reversibilidade de imóveis administrativos e as *diretrizes para a anuência de operações envolvendo a desvinculação, alienação ou substituição de bem integrante da Relação de Bens Reversíveis ou o emprego de bens de terceiros diretamente na prestação do serviço concedido*. Trata-se aqui de exercício do poder de autotutela da Administração Pública sobre seus próprios atos, o que compreende não apenas a anulação de atos ilegais, como também sua revogação, por motivos de conveniência e oportunidade, consoante o art. 53 da Lei nº 9.784, de 29/1/1999, e a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse sentido, tomo a liberdade de trazer considerações parcialmente dissidentes das adotadas pelo Conselho Diretor naquela oportunidade acerca da aplicação do instituto da reversão nos contratos de concessão do STFC.

Do Fundamento Jurídico da Reversão nas Concessões do STFC

4.2.13. Ao longo do do presente processo, o instituto da reversão é apresentado como uma decorrência necessária do princípio da continuidade do serviço público. Nesse sentido, interessa destacar a seguinte passagem do Parecer nº 126/2012-ICL/PGF/PFE-Anatel, de 9/2/2012:

35. Tem-se, portanto, que ao fim da concessão é imperioso que existam condições factíveis para que o serviço prestado em regime público seja mantido incólume (princípio da continuidade), mantendo-se todos os requisitos de sua prestação adequada, leia-se, com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de suas tarifas.

36. Assim, a manutenção do STFC em condições adequadas, em especial com continuidade, atualidade e a preços módicos deve ser sustentada após o decurso do prazo da concessão, o que deverá ser alcançado por meio da manutenção dos bens, materiais e imateriais, dos quais resultam as receitas complementares, alternativas e acessórias auferidas pela concessionária. A concessão, portanto, é um meio para que seja possível a concretização de políticas públicas e, por conseguinte, a reversão é que permitirá que, ainda que haja a extinção da Concessão, tais valores fundamentais estatais estejam mantidos sem comprometimento de nenhuma ordem.

4.2.14. De forma semelhante, a Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, escuda-se na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, que afirma que *é assente na doutrina o princípio da continuidade do serviço público, o qual supõe a reversão como meio de dar seguimento à*

² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Porto Alegre: Fabris, 1987 (grifos no original).

prestação da atividade quando extinta a concessão do serviço. A associação entre reversão e o princípio da continuidade também é ressaltada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que identifica neste último o fundamento da primeira.³ A tradição da doutrina nesse aspecto é efetivamente longa, como demonstra o seguinte excerto em que Osvaldo Aranha Bandeira de Mello sustenta que a reversão é instrumento de tal forma vinculado à concessão de serviço público que, quando o contrato nada dispuser a respeito, deve-se considerá-la tacitamente prevista:

10 - As concessões a prazo determinado devem estabelecer, em regra, a reversão dos bens, necessários ao desempenho da atividade delegada, independente de qualquer pagamento e em bom estado de utilização, a fim de que não haja interrupção do serviço e possa ser continuado pelo concedente ou dado em concessão a terceiro. A empresa, assim, continua a existir, havendo apenas, sucessão de um para outro negociante. Aliás, em falta de disposição expressa em contrário, é de admitir-se como estipulada a reversão, pois se pressupõe, com a integral decorrência do prazo da concessão, durante o qual o concessionário auferiu as tarifas competentes, recebeu não só o pagamento da contraprestação do serviço como houve a completa amortização do capital invertido na empresa. Tal providência é *desnecessária e não convém mesmo* para as concessões a prazo indeterminado, porque a questão pode ser resolvida, segundo a oportunidade administrativa, pela encampação.⁴

4.2.15. No entanto, a legislação de telecomunicações trouxe um novo olhar a conceitos jurídicos já arraigados na tradição da doutrina. O da reversão de bens da concessão de serviços prestados no regime público é um deles. Com efeito, o ordenamento setorial contempla a figura da reversão, mas não estabelece previamente sua incidência sobre todo o acervo da Concessionária, **nem ao menos a impõe como medida a ser necessariamente adotada.** Ao contrário, **delega ao regulador a opção pela reversão e a definição de seu escopo.** A esse respeito, é pertinente a leitura dos fundamentos da reforma institucional do setor, constantes da Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, do Ministério das Comunicações:

Em se tratando de serviço de interesse coletivo, cuja existência e continuidade a própria União se comprometa a assegurar, **os bens que a ele estejam aplicados poderão (e não deverão) ser revertidos ao Poder concedente**, para permitir a continuidade do serviço público. **Mas nem sempre o princípio da continuidade do serviço público supõe a reversão dos bens que lhe estejam afetados.** Quando os bens do concessionário não forem essenciais à sua prestação, quer por obsolescência tecnológica, quer pelo esgotamento de sua própria vida útil, a reversão não deverá ocorrer, não precisando, os bens, ser reintegrados ao patrimônio do poder concedente, ao término da concessão. A não ser, é claro, que por motivos devidamente justificados, reclame o interesse público tal reversão. **Daí a facultatividade do instituto**, que o Projeto agasalhou, ao deixar que o contrato defina quais são esses bens, **visando evitar ônus financeiro desnecessário para o concedente** [sem grifos no original].

4.2.16. A conformação da cláusula de reversão nos Contratos de Concessão do STFC, portanto, é escolha do regulador, pautada por considerações de conveniência e oportunidade a serem fundamentadas em aspectos de natureza tecnológica e econômica. Nesse contexto, devem-se avaliar as vantagens da reversão como instituto voltado ao atendimento do princípio da continuidade em contraste com seus efeitos adversos, alguns já identificados há muito tempo, conforme resume Osvaldo Aranha Bandeira de Mello:

A reversão apresenta os seguintes inconvenientes: a) – ao término da concessão, deve estar todo o capital amortizado e, se o prazo não for bastante longo, as tarifas para se conseguir tal fim precisam ser bem altas; b) – acarreta limitação do capital ao estritamente

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

⁴ MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. v. 26. 1951. p. 9-10.

necessário, isto é, ao mínimo indispensável à prestação do serviço, como, ainda, a limitação do número de empregados, e a restrição de qualquer despesa considerada supérflua; c) – dificulta a renovação do aparelhamento quando próximo o termo da concessão; d) – faz com que as vantagens da reversão sejam auferidas por geração que não pagou as tarifas, compreendendo contraprestação do serviço mais amortização do capital; e) – favorece disputa entre concedente e concessionário, para compelir a este que mantenha o aparelhamento, nos últimos anos da concessão, em bom estado, dando-lhe conservação adequada, sendo, muitas vezes, aquele obrigado a medidas coercitivas para tal. Disso resultam: tarifas altas com serviço de padrão baixo e sem qualquer vantagem com a reversão, pois os materiais voltam ao poder público em condições de grande depreciação, quase inúteis.⁵

4.2.17. É nesse sentido que se situa a redação do art. 93, inciso XI, da Lei nº 9.472, de 16/7/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que determina que o Contrato de Concessão deve indicar os bens reversíveis, **se houver**. Ou seja, a incorporação da reversão aos Contratos de Concessão do STFC ocorre conforme opção a ser exercida pelo regulador, o que caracteriza uma abordagem mais moderna e inteligente, que parece ter-se apropriado de experiências pretéritas. A disciplina da reversão, portanto, deve estar expressamente prevista no ajuste, já que não deriva diretamente da Lei. Nos Contratos de Concessão do STFC em vigor, o regulador entendeu conveniente e oportuno, até a presente data, continuar exercendo a opção que lhe foi facultada pela LGT, na forma dos Capítulos XXII e XXIII e Anexo 1 dos Contratos aprovados pela Resolução nº 552, de 10/12/2010.

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 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.

4.2.19. Nesse ponto, torna-se relevante o debate acerca da utilização da reversão para outros propósitos. A Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, destaca que a reversibilidade também tem como objetivo assegurar a valorização econômica da concessão no longo prazo. Com efeito, a própria definição de bem reversível proposta naquela oportunidade contempla aspectos funcionais e econômicos, bem como a importância de tais bens *para o valor econômico da concessão de longo prazo*.

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, integrarão o rol de bens reversíveis.

⁵ *Id. Ibid.*, p. 10.

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.

4.2.22. Outro ponto a ser esclarecido quando se trata do fundamento jurídico da reversão diz respeito à distinção entre os eventos da outorga de Concessão para a exploração do STFC no regime público e a privatização das empresas componentes do chamado Sistema TELEBRÁS. Para que se esclareça esse ponto, todavia, basta uma breve digressão de caráter histórico que peço vênha para desenvolver.

4.2.23. Consoante relatado na Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, do Ministério das Comunicações, a exploração de serviços de telecomunicações antes da promulgação da LGT era realizada majoritariamente pela empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRÁS) e suas subsidiárias e, em menor medida, por outras empresas independentes:

Os serviços públicos de telecomunicações no Brasil são hoje explorados pelo Sistema TELEBRÁS – composto por uma empresa “holding”, a TELEBRÁS; por uma empresa “carrier” de longa distância de âmbito nacional e internacional, que explora também serviços de comunicações de dados e de telex (a EMBRATEL); e por 27 empresas de âmbito estadual ou local – e por quatro empresas independentes, sendo três estatais (a CRT, controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul; a SERCOMTEL, pela Prefeitura de Londrina; e a CETERP, pela Prefeitura de Ribeirão Preto) e uma privada (a Cia. de Telecomunicações do Brasil Central, sediada em Uberlândia e que atua no Triângulo Mineiro, no noroeste de S. Paulo, no sul de Goiás e no sudeste do Mato Grosso do Sul).

O Sistema TELEBRÁS detém cerca de 90% da planta de telecomunicações existente no País e atua em uma área em que vivem mais de 90% da população brasileira. A União Federal detém o controle acionário da TELEBRÁS, com pouco mais de 50% de suas ações ordinárias; da totalidade do capital, entretanto, a União detém menos de 22%. A maior parte das ações é de propriedade particular, com cerca de 25% em mãos de estrangeiros e o restante pulverizado entre 5,8 milhões de acionistas.

4.2.24. Com o objetivo de adequar a situação das diversas outorgas então existentes ao novo regime, a LGT, em seu art. 207, estabeleceu que as prestadoras do STFC deveriam pleitear a celebração de contrato de concessão junto ao órgão regulador, no prazo de sessenta dias a partir da publicação daquela Lei. Se assim não procedessem, poderiam, caso fossem concessionárias, dar prosseguimento à prestação do serviço pelos prazos remanescentes de suas outorgas, que não poderiam ser transferidas ou prorrogadas. Para aquelas prestadoras que não eram concessionárias, foi assegurado o direito de explorar o STFC até 31/12/1999.

4.2.25. O contrato que veio a ser celebrado, aprovado pela Resolução nº 26, de 27/5/1998, contemplou, entre suas cláusulas, a referente à reversão dos bens vinculados à prestação do serviço ao final da concessão. No momento de assinatura do ajuste, portanto, as prestadoras de STFC então existentes concordaram em afetar à prestação do serviço em regime público parcela de seu patrimônio preexistente - e bem assim de seus investimentos futuros - sujeitando-se portanto à reversão desse capital. A origem do patrimônio reversível, portanto, situa-se no capital que as prestadoras de STFC aceitaram vincular à concessão no momento da assinatura dos respectivos contratos. Esse capital é composto pelos ativos que já eram de propriedade dessas empresas, acrescidos dos investimentos adicionais por elas realizados no curso da concessão.

4.2.26. No caso específico das empresas componentes do Sistema TELEBRÁS, tem-se que seu patrimônio inicial foi formado pelos recursos indicados no art. 5º da Lei nº 5.792, de 11/7/1972:

Art. 5º Para a participação da União no Capital da TELEBRÁS:

I - fica o Poder Executivo autorizado a transferir para o patrimônio da TELEBRÁS:

- A totalidade das ações e créditos que a União tenha ou venha a ter em empresas de serviços públicos de telecomunicações;
- As ações e créditos resultantes da aplicação do Fundo Nacional de Telecomunicações; e
- Outros bens necessários ou úteis ao seu financiamento.

II - o Poder Executivo providenciará a abertura de crédito especial de até Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros).

4.2.27. Nos termos do art. 8º da referida Lei, a União era obrigada a, nos aumentos de capital da TELEBRÁS, subscrever ações suficientes para garantir a propriedade de, no mínimo, 51% do capital votante. Em contrapartida, estava a União autorizada a vender ações excedentes a esse limite. Foi com base nessa permissão legal que se chegou à situação descrita na Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, em que pouco mais de 20% do capital total da TELEBRÁS era detido pela União.

4.2.28. Foi essa parcela do capital social da TELEBRÁS que foi objeto de alienação no processo de privatização dessas entidades, conforme disposto no Edital nº 1/1998-MC/BNDES, de 10/6/1998. **São distintos, portanto, os eventos da concessão**, outorgada mediante a assinatura do respectivo Contrato, **e da privatização**, que ocorreu posteriormente e teve como objeto tão somente a parcela do Capital Social da TELEBRÁS detida pela União. Outrossim, a separação entre os dois eventos é reforçada pelo disposto no art. 191, parágrafo único, da LGT, que estabelece que a privatização *não afetará as concessões, permissões e autorizações detidas pela empresa*. Paralelamente, a Cláusula 7.2 do citado Edital determina que se consideram nele integrados, como se ali estivessem transcritos, os Contratos de Concessão já celebrados entre a União e as empresas cujo controle seria alienado. Com essa previsão, em conjunto com o disposto na Cláusula 4.3, inciso I⁶, resta claro que os direitos e deveres decorrentes da concessão – inclusive aqueles decorrentes da reversão – já estavam previamente estabelecidos e deveriam ser integralmente assumidos pelo novo controlador das empresas privatizadas.

4.2.29. O evento da privatização, portanto, não possui relação direta com a reversão. Esta já fora prevista nos Contratos de Concessão a que os novos controladores expressamente aderiram mediante aceitação dos termos do Edital 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

⁶ 4.3 - OBRIGAÇÕES ESPECIAIS. Além das demais obrigações previstas neste EDITAL, os PARTICIPANTES vencedores do LEILÃO de cada uma das COMPANHIAS e seus eventuais sucessores, a qualquer título, inclusive em decorrência de posterior cessão e transferência de ações, nos termos da legislação em vigor, estará(ão) obrigado(s), solidariamente, de forma irrevogável e irretroatável, a cumprir rigorosamente as seguintes obrigações especiais, exercendo para tal, se necessário, seu direito de voto nas Assembléias Gerais, de maneira a: I - cumprir integralmente os Contratos de Concessão, Termos de Autorização, Termo de Outorga de Direito de Exploração do Satélite Brasileiro e o Termo de Compromisso de Participação nas Organizações Intelsat e Inmarsat, firmados entre a ANATEL e as sociedades controladas das COMPANHIAS, conforme o caso; [...].

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.

Da Extensão da Reversibilidade

4.2.32. As questões introdutórias até aqui analisadas contribuem para o exame de questão de grande relevância para a gestão dos Contratos de Concessão, especialmente dos bens reversíveis. Trata-se aqui de definir os limites da reversibilidade sobre o patrimônio da Concessionária.

4.2.33. Nesse sentido, a Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, defende que a reversibilidade incide de forma geral e abrangente sobre o patrimônio da Concessionária, e não como exceção. O Contrato de Concessão, por conseguinte, somente admitiria divergência a respeito de reversibilidade de bens caso a Anatel venha a recusar a reversão de algum ativo. Adicionalmente, deve-se ressaltar que a reversibilidade, nos termos da referida Análise, decorre não apenas dos aspectos funcionais dos diferentes bens sobre os quais incide, mas também está associada ao aspecto patrimonial. Este, por sua vez, tem como ponto de partida *a relevância dos bens originalmente concedidos para a atratividade da concessão, e tem seu foco nos efeitos da evolução patrimonial sobre a eficiência da concessão e sobre a modicidade tarifária*. Os bens reversíveis, na visão expressa na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, são *de importância fundamental para assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço durante e após a extinção de uma concessão, visto que são os bens concedidos, tangíveis e intangíveis, que asseguram a viabilidade econômica e a competitividade das concessionárias em um mercado disputado com empresas operando no regime privado*. É nesse sentido que exsurge a definição de bem reversível constante da referida Análise:

f) Bens Reversíveis: Bens Próprios e de Partes Relacionadas, vinculados à concessão, indispensáveis à continuidade da prestação do serviço adequado, tendo em vista sua imprescindibilidade técnica e econômica, bem como sua importância para o valor econômico da concessão de longo prazo;

4.2.34. Em tal cenário, cumpre ainda acrescentar as considerações da PFE, expostas em trecho já transcrito do Parecer nº 126/2012-ICL/PGF/PFE-Anatel, de 9/2/2012, no sentido de que a reversão é instituto essencial para garantir a continuidade do serviço, pois asseguraria a modicidade tarifária após o término da concessão ao incidir não somente sobre os bens aplicados diretamente na exploração do serviço concedido, mas também sobre aqueles destinados à exploração de receitas complementares, alternativas e acessórias.

4.2.35. As posições defendidas tanto na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, como no Parecer nº 126/2012-ICL/PGF/PFE-Anatel, de 9/2/2012, compõem o que tomo a liberdade de chamar de corrente patrimonialista da reversão. Essa visão acrescenta ao requisito funcional a importância econômica dos bens da concessionária para a sustentabilidade da Concessão no longo prazo, bem como para a preservação da modicidade tarifária. A essa corrente opõe-se a chamada visão funcionalista, também alcunhada de tese da despatrimonialização da concessão⁷, que limita a reversibilidade ao aspecto funcional. Na presente seção, busco apresentar uma visão alternativa, calcada na interpretação do Contrato de Concessão e nos efeitos econômicos da maximização do capital reversível.

4.2.36. De acordo com a Cláusula 23.1 do Contrato de Concessão aprovado pela Resolução nº 552, de 10/12/2010, a reversibilidade atinge todos os bens vinculados à Concessão, definidos estes no Capítulo XXII do mesmo Contrato. A Cláusula 22.1, por sua vez define que são vinculados à Concessão *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*, em especial aqueles definidos no Anexo 1 do Contrato.

4.2.37. O foco da controvérsia parece girar em torno do que se entende por bem indispensável à prestação do serviço. E em qualquer análise que se faça dessa questão, considerações de natureza tecnológica e econômica emergem naturalmente. Para que se esclareça satisfatoriamente a dúvida, contudo, é fundamental compatibilizar os argumentos apresentados com princípios da legislação setorial. Esse será o objeto da próxima seção desta Análise.

4.2.38. Antes de avançar na crítica aos argumentos que fundamentaram a decisão ora revisitada, esta seção procurará demonstrar que o tema da reversibilidade já foi intensamente debatido tanto pela doutrina como pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, em discussões que contribuem significativamente para o entendimento da questão.

4.2.39. Na tentativa de apresentar de forma lógica a jurisprudência existente sobre reversibilidade de bens em concessões, identifica-se que uma primeira questão a ser enfrentada diz respeito à divisão do patrimônio da Concessionária entre os bens que são aplicados na prestação do serviço – e que são, portanto, reversíveis - e outros que, não obstante sua relevância patrimonial, não se revestem do atributo da reversibilidade. O tema motivou controvérsia jurídica que ganhou destaque na década de 1950, referente a bens imóveis do patrimônio da Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico, e que teve seu epílogo no julgamento do Recurso Extraordinário nº 32.865 pelo STF. Nesse ponto, peço licença para uma recapitulação histórica dos fatos, visto que, como dirá Barbosa Lima Sobrinho no parecer que trago a exame, *as coisas, passadas há tantos anos, no Brasil, são como se nunca houvessem ocorrido*⁸.

4.2.40. Conforme relato do citado parecerista, o Contrato de Concessão original da Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico, de 1868, não continha a cláusula de reversão. Esta somente veio a ser incorporada ao ajuste em 1890, como parte de uma negociação para postergar o termo final da Concessão de 1893 para 1930. A Cláusula XIX do novo ajuste apresentava a seguinte redação:

⁷ NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. *Bens reversíveis na concessão de serviços de telecomunicações: uma análise da teoria da despatrimonialização*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 jun. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48377>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁸ LIMA SOBRINHO, Barbosa; AZEVEDO, Gustavo Filadelfo. Concessão de serviço público; reversão; natureza do direito da concessionária sobre a coisa reversível. *Revista de Direito Administrativo*, v. 41, 1955, p. 441.

Findo o prazo da concessão, a Companhia ficará *ipso facto* dissolvida e reverterão para o patrimônio municipal, em bom estado de conservação, todos os bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes⁹.

4.2.41. Em 1900, houve nova prorrogação do termo final da Concessão, para 1960, tendo em vista a necessidade de substituir a tração animal pela energia elétrica¹⁰. Outros ajustes complementares foram celebrados, em 1909 e 1910, especificamente no que se refere à gestão do patrimônio da Concessionária e dos bens reversíveis.

4.2.42. O primeiro teve como origem controvérsia acerca da incidência do Imposto de Décima Urbana¹¹ sobre os bens da Companhia dedicados ao serviço concedido. Mediante a celebração do Termo, as partes acertaram que os bens dedicados ao serviço estariam isentos de tributação; já os do patrimônio privado da empresa seriam normalmente tributados. Ademais, esclareceu-se que os primeiros seriam reversíveis, ao contrário dos últimos. Para maior clareza, previu-se ainda a apresentação de uma lista de bens com a indicação das distinções previstas nas demais disposições do ajuste. O mesmo Termo ainda contemplou as hipóteses de inclusão e exclusão de bens reversíveis no acervo da Companhia. Transcrevem-se a seguir as cláusulas do referido documento relevantes para a presente discussão:

I. São isentos de impostos de décima urbana todos os prédios da Companhia, privativos de seu serviço contratual e privilegiado de transporte de passageiros e cargas, tais como usinas produtoras de energia elétrica, oficinas de construção e reparação, cocheiras, estações, depósitos de carros e de materiais, escritórios de serviços técnicos.

II. Ficam sujeitos ao mesmo imposto de décima urbana todos os prédios da Companhia, cujos fins sejam estranhos a esses mesmos serviços e de que a Companhia se utilize para outros misteres, ou que possa usufruir renda por aluguel.

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

IV. Quando o prédio tiver parte destinada a fins de serviço contratual privilegiado de Companhia e parte destinada a fins estranhos, a cada uma dessas partes se aplicarão respectivamente as disposições das cláusulas anteriores, isto é, haverá no mesmo prédio parte isenta de impostos e reversível para a Municipalidade e parte sujeita a impostos e de livre propriedade da Companhia.

.....
VI. Se, de futuro, a Companhia adquirir por qualquer título ou edificar nos terrenos que já possui ou que venha a possuir, prédios ou partes de prédios, destinados a fins de seu serviço privilegiado, tais como outras estações, usinas, cocheiras ou depósitos, a eles se aplicarão as disposições da cláusula III, isto é, ficarão isentos de impostos e reverterão para a Municipalidade.

VII. Se, ao contrário, ainda de futuro, algum ou parte de algum dos prédios atuais da Companhia, por acordo com a Prefeitura e mediante as devidas compensações, deixar de se destinar aos fins de serviços privativos e privilegiados da Companhia, como por exemplo, na hipótese de mudança ou substituição de estações, supressão ou mudança de usina, a esse prédio ou parte do prédio se aplicarão as disposições da cláusula nº II e da segunda parte da cláusula III, isto é, passará a ficar sujeito ao imposto de décima urbana e

⁹ *Id. Ibid.*, p. 441.

¹⁰ *Id. Ibid.*, p. 441-442; MORAIS, Antão de. Concessão de serviço público; reversão; fundo de amortização; publicidade dos contratos administrativos; propriedade dos bens do concessionário; permuta; dissolução de sociedade anônima. *Revista de Direito Administrativo*, v. 42, 1955, p. 458.

¹¹ Equivalente da época ao atual Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU).

não mais reverterá para a Municipalidade, ficando, portanto, de livre propriedade da Companhia.¹²

4.2.43. O Termo de 1910, por sua vez, tratou da hipótese de um determinado bem ser temporariamente afastado do serviço público concedido para ser empregado em outras atividades. Nessa hipótese, o ajuste firmado entre a então Prefeitura do Distrito Federal e a Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico estabeleceu que, enquanto afastados do serviço público, os bens estariam sujeitos à tributação, mas não perderiam sua condição de bens reversíveis:

I. Todas as vezes que prédios da Companhia, destinados a seu serviço contratual e privilegiado de transporte de passageiros e cargas, deixarem, ainda que provisoriamente, de ter esta aplicação, poderá a Companhia alugá-los ou arrendá-los, mas, enquanto isto se der, pagará o respectivo imposto predial da parte ou do todo porventura alugado ou arrendado, ficando entendido, porém, que, apesar deste destino transitório, continua o prédio temporariamente alugado ou arrendado a ser reversível para a Municipalidade, no fim do prazo das concessões da Companhia.

.....
III. Em virtude deste termo, fica desde já a Companhia Ferro-Carril do Jardim Botânico autorizada a arrendar parte do prédio da rua Cristóvão Colombo, que ocupa atualmente o terreno em que estavam edificadas os prédios ns. 29 e 31, antigos, pagando o respectivo imposto predial durante o tempo em que estiver arrendado ou alugado, continuando, porém, este prédio a reverter para a Municipalidade no fim do prazo das Concessões da Companhia.¹³

4.2.44. Em meados da década de 1950, a Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico intentou alienar bens imóveis que, consoante os Termos de 1909 e 1910, entendia serem de seu patrimônio privado e, portanto, não reversíveis. O negócio, no entanto, foi bloqueado pela Prefeitura do Distrito Federal por via oblíqua, mediante a negativa de emissão de guia para recolhimento do imposto de transmissão. A decisão fundamentou-se em parecer da Procuradoria Geral da Prefeitura do Distrito Federal, redigido pelo então Segundo Procurador Barbosa Lima Sobrinho, por diversas vezes já citado nesta Análise. Na peça, o parecerista, além de sustentar a nulidade dos Termos de 1909 e 1910 – em suma, por incompetência do Prefeito para celebrá-los e por ausência de publicação oficial – filia-se à interpretação literal da originária Cláusula XIX do Contrato de 1890:

Essa distinção [entre bens reversíveis e bens privados da empresa] é que não chegamos a compreender. Em primeiro lugar, nem a lei que aprovou o contrato nem o próprio contrato, fazem qualquer distinção entre os bens da empresa. O que a cláusula XIX do contrato de 1890 estabeleceu, com a chancela do Poder Legislativo da cidade, é que:

“Findo o prazo da concessão, a Companhia ficará *ipso facto* dissolvida, e reverterão para o patrimônio municipal, em bom estado de conservação, *todos os bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes.*”

O adjetivo determinado não exclui coisa alguma da reversão, pois que *todos* se referem a um conjunto – “A que não falta parte alguma.” Não estamos em face do substantivo *todo* com o que ele tem de aproximativo, nem do advérbio, mas de um adjetivo, com um valor indiscutível. [...] Quando se refere à totalidade de uma coisa única, “todo” pode significar uma aproximação. Mas quando significa o total de muitas, que são mencionadas a seguir, não pode abrir margem a exceções, que não estejam expressas. “Todo o mar é azul” – não quer dizer que não possa haver um mar verde, como o do Ceará. Mas se dissermos – “*todos os mares são salgados*”, não há como admitir que exista algum que não o seja, a menos que a frase não seja exata – argumento que não colhe em face da lei: há que considerá-la perfeita, dando o valor devido aos vocábulos de que se utiliza. “*Todos os*

¹² LIMA SOBRINHO, *Op. Cit.*, pp. 442-443.

¹³ *Id. Ibid.*, p. 443-444.

bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes” – não é frase que se possa interpretar como significando apenas *alguns bens*.¹⁴

4.2.45. Adicionalmente, tece considerações acerca da finalidade do instituto da reversão, que envolve também as necessidades de expansão futura do serviço concedido, o que justificaria a incidência da reversão sobre bens que, em determinado momento, não estejam sendo diretamente utilizados para a prestação do serviço:

O interesse da cláusula de reversão, sua importância e sua significação – manifestam-se principalmente, em face dos outros bens, adquiridos pela concessionária, incorporados ao serviço público, ou dele afastados, pois que eles é que completam o sistema geral do serviço, atendem às suas instalações, correspondem à previsão de uma expansão natural do serviço público.

.....

Não há também, como distinguir entre as diversas espécies de bens, quando todos eles se destinaram ao serviço da concessão, não só para o desempenho de encargos atuais, como para acudir a necessidades futuras, na expansão natural dos serviços. Distinguir entre os diversos tipos de propriedade da empresa seria desfalcá-la de meios de ação indispensáveis, correndo o risco de tornar impossível o serviço, pela privação de elementos reclamados pela sua expansão, pois não sabemos o que será mais útil para a empresa, se uma estação atual, que já não é procurada pelo público, se um terreno amplo, em que se poderia instalar uma oficina ou um depósito de carros. Nada mais falso do que pretender reduzir uma concessão aos trilhos e aos postes, deixando de lado terrenos, ou imóveis, obtidos com os recursos da concessão, resgatados provavelmente pelo fundo de amortização e adquiridos na previsão das necessidades futuras do serviço. A concessão é um conjunto de coisas, de meios, de recursos e não se deve deixar ao arbítrio da empresa a alienação de imóveis, sob a alegação de que não são, no momento, necessários, pois que isso pode levar a empresa a suprimir ou extinguir utilização vantajosa, para poder recorrer ao argumento de que se trata de propriedade dispensável e, conseqüentemente, irreversível.¹⁵

4.2.46. Ainda nesse contexto, não deixou Lima Sobrinho de reconhecer a hipótese de que determinados bens viessem a se mostrar efetivamente inservíveis à concessão, mesmo consideradas suas necessidades futuras. Em tais casos, seria admitida sua exclusão do rol dos bens reversíveis bem como sua alienação a terceiros:

Daí a conclusão a que chegamos, de acordo com o contrato: reverterem todos os bens, imóveis, móveis e semoventes. Mas se algum dos bens se torna realmente inútil? Se não há que esperar dele nenhum proveito atual ou futuro?

A hipótese pode ocorrer, não o duvidamos. [...] Deve ser a Companhia obrigada a conservar imóveis que não lhe prestam serviço, nem poderão valer, provavelmente, em futuro próximo, ou previsível?

Não vamos tão longe. Admitimos a liberação dos imóveis vinculados à concessão quando o exija o interesse público.¹⁶

4.2.47. A liberação do bem, todavia, somente poderia ser feita com a aquiescência do Poder Concedente, e mediante o pagamento das devidas compensações, uma vez que se deveria reconhecer que *a Prefeitura possui algum direito sobre a coisa reversível, e que a esse direito corresponde um valor patrimonial*¹⁷. A tese de Lima Sobrinho é a de que, se o Poder Concedente tem o direito à transferência da propriedade dos bens reversíveis ao final da Concessão sem indenização, esse direito tem um valor patrimonial, que deveria ser devidamente compensado

¹⁴ *Id. Ibid.*, p. 462-463, grifos no original.

¹⁵ *Id. Ibid.*, p. 463-464.

¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 466.

¹⁷ *Id. Ibid.*, p. 466.

pela Concessionária. A liberação dependeria ainda de uma avaliação de conveniência e oportunidade, com o objetivo de verificar o atendimento do interesse público não só na utilização atual do bem, como também de suas possibilidades de emprego futuras. Ademais, seria também necessário ponderar sobre a destinação dos valores auferidos com a venda do bem, que deveriam ser reinvestidos na melhoria do serviço concedido:

Se a Prefeitura concorda com a liberação, pelos meios regulares, cabe-lhe, também, indicar o destino para o preço da alienação, pois que nos parece que deve a importância apurada servir à própria concessão melhorando-lhe o serviço, aperfeiçoando suas instalações, aumentando seu equipamento. A alienação em proveito exclusivo dos acionistas seria desatender às origens do patrimônio da empresa, a influência da cota de amortização, para admitir um lucro, ou um benefício de natureza pessoal, incompatível com o destino da concessão, ou inconciliável com a renúncia do poder concedente à parcela que lhe cabe, no imóvel que se aliena.¹⁸

4.2.48. O ato da Prefeitura do Distrito Federal gerou reação imediata da Concessionária, que invocou o auxílio de diversos juristas que buscaram contestar os fundamentos expostos por Lima Sobrinho. A argumentação utilizada, além de defender a legalidade dos ajustes de 1909 e 1910, centrou-se na interpretação da Cláusula XIX do Contrato de 1890. Procurou-se demonstrar que não se deveria fazer leitura gramatical, mas sim entender que a menção a *todos os bens que a Companhia possuir* referia-se a todos os bens aplicados na prestação do serviço público concedido, e não a todo o universo de seu patrimônio. Do conjunto de juristas convocados pela Concessionária, cite-se, primeiramente, José Sabóia Viriato de Medeiros:

Daí se vê, claramente visto, quão chapada e redondamente errada é a exegese do ilustre Dr. 2º Procurador que o leva a dar à cláusula XIX do contrato da Companhia Ferro-Carril do Jardim Botânico uma inteligência grosseiramente literal, e o induz a concluir pela reversão, para o patrimônio municipal, findo o prazo da concessão, indiscriminadamente, sem reserva nem exceção alguma, de todos os bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes, quando o único entendimento correto e razoável que a esta cláusula se há de dar é que os bens imóveis, móveis e semoventes, a que se refere, os quais, findo o prazo da concessão, reverterem para o patrimônio municipal, são os bens da concessão, propriamente tais, isto é, os aplicados nos serviços da concessão e desta dependentes, e não os de propriedade privada da Companhia, por ela adquiridos com as suas reservas, para recompor o seu capital no fim do prazo da concessão.¹⁹

4.2.49. Ao tratar do acréscimo ou supressão de bens do patrimônio reversível, não deixou Viriato de Medeiros de atentar para a necessidade de preservação dos valores patrimoniais devidos ao Poder Concedente. Nesse aspecto, é relevante a seguinte passagem do mesmo parecer:

Quanto ao futuro: se a Companhia vier a adquirir por qualquer título, ou edificar nos terrenos que já possui ou que venha a possuir, prédios ou partes de prédios, destinados a fins do seu serviço privilegiado, tais como outras estações, usinas, cocheiras ou depósitos, tornar-se-ão eles reversíveis, ficando portanto isentos do imposto de décima urbana.

Mas hipótese inversa poderá ocorrer, a saber, que, de futuro, algum ou parte de alguns dos prédios atuais da Companhia deixe de se destinar aos fins de serviços privativos e privilegiados da Companhia, como, por exemplo, por mudança ou substituição de estações, supressão ou mudança de usina.

¹⁸ *Id. Ibid.*, p. 469.

¹⁹ MEDEIROS, José Sabóia Viriato de. Concessão de serviço público; reversão de bens imóveis. *Revista de Direito Administrativo*. v. 41, 1955, p. 513.

Nisto entretanto não pode a Companhia proceder arbitrariamente, senão de acordo com a Prefeitura, e mediante as devidas compensações, de forma que não se reduza ou diminua o valor dos bens reversíveis para a Municipalidade.²⁰

4.2.50. Castro Nunes segue a mesma trilha no que diz respeito à interpretação da Cláusula XIX do Contrato de 1890. Pontua ainda clara distinção entre patrimônio reversível e patrimônio privado da Concessionária:

[...] a concessionária possui duas ordens de bens, os do domínio concedido, vinculados à execução do serviço de carris, e outros que formam o seu domínio próprio ou privado, bens que, não interessando à prestação do serviço concedido, não reverterão com este ao poder concedente.

.....
Temos, pois, que a consulente possui, além dos integrantes do aparelhamento do serviço, e que terão de reverter à municipalidade, outros bens, alheios a essa destinação, e, portanto, irreversíveis, dos quais pode ela dispor livremente, alienando-se como qualquer particular, sem obstáculo possível por parte da administração concedente.²¹

4.2.51. De forma semelhante é o entendimento defendido por Antão de Moraes que, a respeito da Cláusula XIX do Contrato de 1890, afirma:

18 – Ora, se o fim da reversão é assegurar a *continuidade* do serviço público, só os bens destinados a esse serviço (*principio de la afectación*) ficam nela incluídos. Os que constituem o patrimônio particular da empresa são excluídos, porque não existe para a inclusão nenhuma causa jurídica. Se, independentemente da consideração do motivo determinante, todos os bens devessem ser incluídos na reversão, mesmo os que legitimamente foram separados para cobrir juros e capital, teríamos uma doação incompatível com toda a exploração econômica. [...] Não era possível que as Companhias se houvessem obrigado a entregar *todos os bens* sem nenhuma distinção. Sujeitá-las a essa inteligência extorsiva do contrato é arbitrariedade incompatível com a regra exposta de que a reversão só abrange os bens destinados à exploração do serviço.²²

4.2.52. Carlos Medeiros Silva, por sua vez, sustenta que os Termos de 1909 e 1910 não alteraram o Contrato de 1890, antes deram à Cláusula XIX deste último o seu correto entendimento. Para fundamentar seu posicionamento, disserta sobre a finalidade do instituto da reversão:

19. Os bens reversíveis são, portanto, os necessários à *continuidade dos serviços*, ou cuja vinculação impede a sua *desorganização*; os demais, estranhos ao serviço, fogem ao alcance da cláusula de reversão.

20. A fim de não privar os usuários do serviço, é que o poder concedente se reserva o direito de reversão. Permitir que a reversão compreenda bens estranhos ao serviço é desvirtuar a finalidade e a conceituação do instituto.

21. A obrigação do empresário se limita à entrega dos bens empregados no serviço. Se outros existirem não há razões para que deles se apodere o poder concedente.

22. A reversão, como renúncia que é da propriedade dos bens utilizados pelo concessionário, para execução de seus encargos, não se presume e não pode ser interpretada, ampliativamente, contra aquele que renuncia.²³

²⁰ *Id. Ibid.*, p. 520.

²¹ NUNES, Castro. Concessão de serviço público; reversão; fundo de amortização; publicidade dos atos administrativos; poder de polícia; abuso de poder. *Revista de Direito Administrativo*. v. 42. 1955. p. 452.

²² MORAIS, *Op. Cit.*, p. 464, grifos no original.

²³ SILVA, Carlos Medeiros. Concessão de serviço público; reversão; fundo de amortização; interpretação dos atos administrativos; ilegalidade e abuso de poder; instrumento público; mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*. v. 43. 1956. p. 458; grifos no original.

4.2.53. Expostos os argumentos da Prefeitura do Distrito Federal e da Concessionária, a disputa foi levada ao Poder Judiciário por meio do Mandado de Segurança nº 1.127, impetrado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e relatado pelo Desembargador Ari de Azevedo Franco. A ordem foi concedida, o que levou o Poder Público a recorrer ao STF, por meio do Recurso Extraordinário nº 32.865, relatado pelo Ministro Edgard Costa. O Recurso não foi conhecido. Não obstante, em seu Voto, o Relator confirma a interpretação da Cláusula XIX do Contrato de 1890 pretendida pela Concessionária:

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.

4.2.54. A importância desse precedente para a discussão travada nos presentes autos está no reconhecimento de que o patrimônio da Concessionária não está integralmente abrangido pela cláusula de reversão, mesmo na hipótese de que o contrato de concessão, como aquele da Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico, contivesse disposição para estabelecer a reversão de *todos os bens* da empresa. Entendimento nesse sentido, portanto, estaria em desconformidade com a própria natureza do instituto da reversão, vez que este busca assegurar ao Poder Concedente tão somente a transferência da propriedade dos bens efetivamente aplicados na fruição do serviço. Demais ativos de propriedade da Concessionária que sejam empregados em outras atividades não são, portanto, objeto de reversão.

4.2.55. A redação da Cláusula 22.1 do Contrato de Concessão do STFC, aprovado pela Resolução nº 552, de 10/12/2010, mostra-se de acordo com esse entendimento, pois limita a incidência da reversão aos bens *que sejam indispensáveis à prestação* do serviço concedido. E leia-se na íntegra: “indispensável à prestação”, em linha com tal jurisprudência, significa **imprescindível à fruição** do serviço.

4.2.56. Nesse sentido, é necessário cautela na leitura da assertiva constante da Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, de que a reversão se aplica de forma geral e abrangente sobre o patrimônio da Concessionária, constituindo exceções os casos de bens isentos desse ônus. A opção pela reversibilidade pressupõe a identificação dos bens efetivamente indispensáveis à fruição do STFC, não se aplicando àqueles que não se revestem desse caráter de imprescindibilidade.

4.2.57. Essa consideração é especialmente importante diante da constatação de que, seja pelo disposto no art. 207, § 3º, da LGT, seja pelo art. 86 da mesma Lei, com a redação dada pela

Lei nº 12.485, de 12/9/2011, é facultada às Concessionárias do STFC a exploração de outros serviços de telecomunicações. Nesse sentido, os ativos utilizados na exploração desses outros serviços que não se revelem também indispensáveis à fruição do STFC constituirão patrimônio privado da Concessionária, excluídos da reversão e livremente disponíveis. Cabe recordar que, consoante a definição exposta na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, bens reversíveis seriam aqueles *indispensáveis à continuidade da prestação do serviço adequado, tendo em vista sua imprescindibilidade técnica e econômica, bem como sua importância para o valor econômico da concessão de longo prazo*. Segundo tal entendimento, a indispensabilidade do bem estaria relacionada à contribuição do ativo específico para a geração de caixa da concessionária, como forma de sustentar a oferta do serviço objeto da concessão durante e após o término do contrato.

4.2.58. A discussão travada até o momento indica que a reversibilidade dos bens das concessionárias de telecomunicações não pode ser tratada como regra geral e abrangente, visto que se há de reconhecer a existência de um patrimônio inteiramente privado, **excluído da incidência desse instituto**, formado pelo conjunto dos ativos não indispensáveis à prestação do STFC em regime público. Ao encontro dessa interpretação vem outro precedente da jurisprudência do STF. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 65.646, relatado pelo Ministro Themístocles Cavalcanti. A lide versou sobre decreto de desapropriação de ações do capital social da Companhia Paulista de Estradas de Ferro. Pretendiam seus antigos acionistas que fossem excluídos do decreto expropriatório os bens da empresa não diretamente empregados na exploração do serviço ferroviário. A pretensão restou desatendida, diante da distinção que fez o Relator entre os institutos da encampação e da desapropriação. Na primeira, somente são atingidos os bens reversíveis. Já na desapropriação, por envolver o próprio capital social da empresa, não se pode fazer essa distinção, pois o que se objetiva é justamente a transferência para o controle estatal de todo o conjunto patrimonial da entidade. Transcreve-se a seguir o trecho do Voto do Relator em que essa distinção é enfrentada:

A divergência provém da confusão originária, não enfrentada pelos recorrentes, entre encampação e desapropriação.

A primeira tem uma origem contratual, decorre da aplicação das próprias cláusulas do contrato de concessão e dos termos em que está concebido o decreto de encampação. A segunda decorre de ato que se sobrepõe ao contrato de concessão e pode atingir, como no caso, a totalidade dos bens dos acionistas, isto é, o próprio capital da empresa.

No caso da encampação, o decreto pode abranger apenas os bens destinados à continuidade dos serviços encampados, na desapropriação é a totalidade da empresa que é atingida, **porque os bens que excedem às necessidades de exploração do serviço concedido, podem ser necessários para a própria continuidade desses serviços, porque representam bens rentáveis e que contribuem para formação do capital da empresa expropriada** [sem grifos no original].

4.2.59. O excerto aqui reproduzido esclarece a diferença entre os bens destinados à exploração do serviço e aqueles que, posto que *excedam às necessidades de exploração do serviço concedido*, podem eventualmente gerar rendas relevantes à sustentabilidade da concessionária ou da própria concessão. Estes últimos somente foram atingidos pelo ato estatal então impugnado porque se tratou de uma desapropriação do capital social, o que pressupõe a passagem de todo o patrimônio da sociedade para o controle estatal. Caso fosse utilizada a encampação, somente seriam atingidos os bens reversíveis, entendidos novamente como aqueles imprescindíveis à fruição do serviço. No entanto, como foi utilizado o mecanismo da desapropriação, foram também atingidos os bens que excedem às necessidades do serviço, mas que contribuem para a sustentabilidade da oferta, vez que constituem bens rentáveis à formação do capital da Concessionária.

4.2.60. Dessa argumentação, portanto, é possível concluir que esta última categoria de bens, aqueles que contribuem indiretamente, com a geração de rendas, para a continuidade do serviço, não são atingidos pela reversão, e somente podem ser transferidos ao domínio do Estado mediante a utilização da desapropriação ou mecanismo equivalente. Dessa forma, é de duvidosa viabilidade jurídica a pretensão de associar a indispensabilidade e, por consequência, a reversão, a bens que não sejam efetivamente imprescindíveis à prestação do serviço público. Tal extensão significaria buscar atingir, pela reversão – que em regra ocorre sem indenização - o que só poderia ser obtido com a desapropriação, que supõe, nos termos do art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, prévia e justa indenização em dinheiro.

4.2.61. Não que esta última alternativa não seja possível, vez que amparada pelo direito brasileiro e largamente utilizada no passado. Como explica o próprio Ministro Themístocles Cavalcanti no citado Voto, trata-se da **técnica da nacionalização**, que consiste na incorporação da empresa ao controle e domínio do Estado. A desapropriação, nesse caso, consistiria o instrumento a ser utilizado para essa finalidade. O que não se pode admitir é que o mesmo resultado seja obtido por aplicação extensiva da reversão que, além de não pressupor a indenização, deve incidir tão somente sobre os bens indispensáveis à fruição do serviço e não sobre todo o conjunto patrimonial da Concessionária, ainda que este venha a gerar rendimentos adicionais importantes para sua sustentabilidade.

4.2.62. A reversão, portanto, somente incide sobre os bens efetivamente necessários e diretamente empregados na operação técnica do serviço concedido. Essa vinculação funcional do bem reversível com a prestação do serviço há ainda de ser atual, ou ao menos projetada para o futuro. Em outros termos, devem reverter os bens que sejam atualmente empregados diretamente na exploração do serviço ou que se mostrem a ele indispensáveis consideradas suas necessidades de ampliação qualitativa e quantitativa.

4.2.63. Em julgado recente, que envolveu Concessionária do STFC, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) atestou a legalidade de alienação de imóvel de propriedade da prestadora que, posto tenha servido de escritório administrativo, já se encontrava desativado²⁴. Na oportunidade, o STJ afastou a pretendida qualificação do bem em questão como reversível tão somente com base no fato de não ser ele mais dedicado à prestação do STFC, a partir de interpretação da LGT e do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR), aprovado pela Resolução nº 447, de 25/10/2006. Não se cogitou de analisar a importância do imóvel alienado para o valor econômico da concessão ou mesmo para a sua sustentabilidade no longo prazo. Para melhor compreensão do tema, transcreve-se excerto da argumentação deduzida pelo Relator do referido julgado:

Portanto, segundo a legislação pertinente, somente são considerados bens reversíveis aqueles “indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público”.

Ora, o acórdão recorrido afastou a reversibilidade do bem alienado pela recorrida por entender que “escritório administrativo já desativado” não é bem essencial à prestação do serviço público de telefonia, como se afere do seguinte excerto que transcrevo:

.....
A tese da recorrente, ora agravante, de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis anteriormente apresentado. O que está desativado e fora de uso, a toda evidência, não é essencial à prestação de qualquer serviço. Se o fosse, a sua alienação certamente já teria trazido prejuízos incalculáveis à população que se servia do bem alienado.

²⁴ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 971.851-SC; Relator Ministro Castro Meira.

4.2.64. Entendeu também o STJ que a reversão não incide sobre bens que, ainda que já tenham se mostrado necessários ao serviço, não mais estejam a ele associados. Não há que se reverter o ativo que não seja mais indispensável à prestação do serviço.

4.2.65. A reversibilidade, portanto, está associada à efetiva indispensabilidade do bem à operação do serviço concedido, que se traduz na sua aplicação, atual e imediata, nessa atividade, ou ainda na necessidade, devidamente comprovada, de utilização futura. Bens que estejam fora de uso ou que estejam aplicados em atividades estranhas ao serviço concedido não devem ser considerados propriedade reversível. Conforme ressaltado no precedente acima discutido, *O que está desativado e fora de uso não é essencial a qualquer serviço.*

Dos Impactos da Reversão sobre as Tarifas

4.2.66. A definição dos limites da reversão também tem impacto sobre as tarifas do serviço concedido. No presente processo, sugeriu-se que a expansão do capital reversível favorecerá o alcance da modicidade tarifária. Esse entendimento encontra-se expresso no Parecer nº 126/2012-ICL/PGF/PFE-Anatel, de 9/2/2012, que afirma que a reversão, como pressuposto da continuidade, é indispensável para a manutenção da atualidade do serviço e de sua modicidade tarifária. Por essa razão, fala-se na *manutenção dos bens, materiais e imateriais, dos quais resultam as receitas complementares, alternativas e acessórias auferidas pela concessionária.* De forma, semelhante, a Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, também sugere uma vinculação entre os bens reversíveis e a modicidade tarifária de longo prazo (item 3.2.50). O enfrentamento dessa questão, contudo, requer exame do papel exercido pelo princípio da modicidade tarifária no ordenamento setorial de telecomunicações, bem como dos instrumentos disponíveis para garantir sua eficácia.

4.2.67. Conforme explica Fernando Vernalha Guimarães, a partir do regime da Lei nº 8.987, de 13/2/1995, o conceito de modicidade tarifária está relacionado à necessidade de garantir o acesso a um serviço essencial. Por conseguinte, uma tarifa módica, entendida como aquela que permite que a população que necessita do serviço possa a ele ter acesso, não necessariamente é aquela que cobre integralmente os custos da prestação desse mesmo serviço. Fontes adicionais de financiamento, portanto, podem ser necessárias:

Mas não se pode perder de vista que a finalidade imediata da modicidade tarifária reside em favorecer o *acesso* ao serviço público. Daí porque nem sempre que se assegura a melhor relação possível entre esses elementos integrados no sistema remuneratório da concessão se estará diante de tarifas módicas. Em muitos casos, custos elevados podem importar em tarifas elevadas, cuja dimensão numérica ultrapasse os níveis de acessibilidade do serviço público. Uma situação dessa ordem importaria infração à modicidade tarifária, pois pressupõe a fixação de tarifas em valores que dificultam o acesso ao serviço público. O remédio seria integrar no sistema remuneratório da concessão outras fontes de financiamento, de molde a reconduzir o valor tarifário a níveis que garantam o acesso generalizado ao serviço público.

Logo, a garantia da modicidade tarifária como um valor prezado na configuração do projeto de concessão pode convertê-lo em um projeto carente de sustentabilidade econômico-financeira. Assegurar a modicidade tarifária pode significar em muitos casos produzir ajustes concessórios economicamente deficitários. Nessas situações, mecanismos de subsídios serão atrelados à concessão como via a evitar infração ao princípio da modicidade das tarifas.²⁵

²⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. edição eletrônica; grifos no original.

4.2.68. Não se confunde, portanto, a tarifa módica com a tarifa razoável, que é aquela que não só cobre os custos do serviço como ainda propicia ao concessionário uma remuneração adequada de seu investimento. O autor esclarece ainda que modicidade e razoabilidade de tarifas podem ser objetivos conflitantes em determinados casos:

Fala-se em *tarifa razoável* para referir tarifas cujo valor pressuponha, no contexto da remuneração do concessionário, margens de retorno razoáveis, adequadas ao funcionamento do serviço público. Razoáveis serão as tarifas que importem não em margens de retorno excessivas ou irrisórias, mas fixadas em medida compatível com a realidade econômico-financeira do ajuste concessório, de acordo com parâmetros de economicidade e eficiência abstratamente concebidos.

Percebe-se então que a noção de razoabilidade da tarifa está voltada para dentro da concessão, sendo um conceito-referência para, na integração dos elementos implicados no sistema remuneratório da concessão, aferir-se a adequação da margem de retorno do concessionário, ao passo que modicidade da tarifa será aferida e calibrada relativamente ao usuário, sendo um aspecto que toca diretamente aos usuários do serviço. Assim, uma concessão pode pressupor margens de retorno adequadas a partir de tarifas que não atendam à modicidade, do mesmo modo que garantir tarifas módicas não assegura em todos os casos margens de retorno razoáveis. Caso a prática de tarifas módicas e razoáveis importe em retirar do projeto de concessão a condição de autossustentabilidade, devem-se buscar, como dito atrás, meios de subsidiar a prestação deficitária do serviço público.²⁶

4.2.69. É nesse ponto que ganham destaque as receitas alternativas, complementares e acessórias da concessão, que podem contribuir para a sustentabilidade econômica de um projeto que, privado dessas fontes adicionais de rendimentos, ou não seria sustentável ou redundaria em tarifas inacessíveis para a população. Essa interligação entre modicidade tarifária e receitas complementares é defendida expressamente por Vernalha Guimarães nos seguintes termos:

A complementação da receita remuneratória do concessionário por fontes alternativas tem o propósito de assegurar a modicidade tarifária, absorvendo em favor da redução no preço das tarifas todas as oportunidades lucrativas vinculadas à exploração do serviço público na concessão. Essas atividades lucrativas associadas à prestação de serviços públicos concedidos, embora não se confundam com o objeto propriamente da delegação (porquanto se configuram atividades econômicas destituídas das características do serviço público, não atraindo daí o seu regime específico), serão desempenhadas pelo concessionário (paralelamente à realização do serviço público e segundo outro regime de prestação) como um meio a ampliar suas receitas e subsidiar (mesmo que parcialmente) o custeio do serviço público concedido, alcançando-se a redução das tarifas cobradas dos usuários. A prescrição deve ser compreendida a partir do princípio da modicidade tarifária aplicável às concessões.

Em muitos casos, o lucro auferido por conta do desempenho desses negócios associados ao projeto da concessão configurará solução à execução autossustentável (sem o recurso a aportes do poder público) do serviço público. Assim, um projeto que envolva custos operacionais que ultrapassem a perspectiva de retorno financeiro oriundo da cobrança de tarifas módicas dependerá da complementação da receita do concessionário por fontes alternativas. Nesses casos, a adição de outras fontes de remuneração é condição de viabilidade econômico-financeira da concessão.²⁷

4.2.70. As receitas alternativas, portanto, permitiriam não só a cobrança de tarifas módicas, ainda que abaixo do respectivo custo, como também a própria supressão da tarifa, vez que, conforme admite Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode haver concessão remunerada tão somente por *receitas decorrentes da exploração comercial do serviço, ainda que não provenientes diretamente do pagamento efetuado pelo usuário*.²⁸

²⁶ *Id. Ibid.*; grifos no original.

²⁷ *Id. Ibid.*

²⁸ DI PIETRO, *Op. Cit.* p. 103.

4.2.71. Hipótese de tal natureza, no entanto, somente será verificada caso haja uma escolha deliberada do Poder Concedente, a partir de considerações sobre a essencialidade do serviço e das políticas públicas que regem sua prestação. Como alerta Carlos Ari Sunfeld a partir da leitura do art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, a política tarifária de cada serviço deve ser deduzida a partir das respectivas leis de regência, bem como dos contratos de concessão e demais regulamentos setoriais.²⁹ É por essa razão que se torna imperioso o conhecimento da política tarifária estabelecida em lei para os serviços de telecomunicações, bem como o papel que o princípio da modicidade tarifária desempenha nesse subsistema normativo. Nesse processo, é preciso ter cautela na transposição de conceitos e doutrinas formulados para a concessão comum para o ordenamento setorial das telecomunicações.

4.2.72. A discussão acerca da incompatibilidade entre razoabilidade e modicidade de tarifas não é estranha à estruturação do modelo regulatório das telecomunicações. Conforme se verifica no seguinte excerto da Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, do Ministério das Comunicações, o enfretamento do tema foi necessário no momento em que se buscou idealizar uma solução para a universalização do acesso aos serviços de telecomunicações:

A ideia de universalização do acesso contempla duas situações genéricas:

- serviços de telecomunicações individuais, com níveis de qualidade aceitáveis, devem ser fornecidos, a **tarifas comercialmente razoáveis**, dentro de um prazo razoável, a qualquer pessoa ou organização que os requisitar [sem grifos no original];
- outras formas de acesso a serviços de telecomunicações devem ser fornecidas, em localizações geográficas convenientes, a **tarifas acessíveis**, àquelas pessoas que não tiverem condições econômicas de pagar tarifas comercialmente razoáveis por serviços individuais [sem grifos no original].

Na primeira dessas situações, as tarifas cobrem os custos operacionais e proporcionam retorno comercialmente atrativo ao capital investido, de modo que os provedores de serviço buscarão, normalmente, satisfazer a esses clientes como parte de sua estratégia de negócios. Ou seja, a competição na exploração dos serviços fará com que os consumidores economicamente atrativos sejam atendidos satisfatoriamente, tendo acesso a serviços que supram de forma adequada suas necessidades de telecomunicações.

Já a segunda situação diz respeito àqueles casos em que o custo de prover o acesso físico seja elevado (por exemplo, em localidades remotas do interior do País, nas áreas rurais, nas periferias das grandes cidades, em regiões escassamente povoadas) ou em que os clientes potenciais disponham de renda inferior à que seria necessária para criar uma oportunidade de investimento atrativa para algum provedor de serviço. Nesse caso, o acesso a serviços de telecomunicações poderá requerer algum tipo de subsídio, que deverá ser idealizado e distribuído de modo a não criar vantagens nem desvantagens para nenhum dos operadores e, ao mesmo tempo, possibilitar o atendimento a esse objetivo social ao menor custo.

Atender a essa segunda situação é o que comumente se chama de **obrigação de serviço universal**, e financiar essa obrigação é o terceiro ponto fundamental da regulação tratada nesse item [grifos no original].

4.2.73. O princípio da modicidade tarifária no setor de telecomunicações, portanto, coloca-se com especial evidência diante do objetivo de universalização do acesso aos serviços. No entanto, os esforços de concretização desse princípio devem respeitar outro pilar fundamental da reforma institucional do setor, qual seja, a competição. Nesse sentido, o financiamento das obrigações de universalização deve ser neutro do ponto de vista competitivo, ou, em outros

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In. _____. (coord). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 320-323.

termos, não deve *criar vantagens nem desvantagens para nenhum dos operadores e, ao mesmo tempo, possibilitar o atendimento a esse objetivo social ao menor custo.*

4.2.74. A própria Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, do Ministério das Comunicações, trata de identificar possíveis fontes de financiamento dos planos de universalização compatíveis com as demais premissas do modelo, especialmente a competição. Nesse esforço, os subsídios governamentais diretos e a criação de um fundo específico de financiamento da universalização são caracterizados como fontes viáveis e harmônicas com os pressupostos do modelo. Por sua vez, a prática de subsídios cruzados internos à concessionária é considerada incompatível com a competição. No entanto, é contemplada no projeto como solução temporária, consoante a seguinte argumentação:

Portanto, muito embora o princípio da livre concorrência seja incompatível com a prática de subsídio entre serviços de telecomunicação ou entre segmentos de usuários (por exemplo, rurais e urbanos), tal prática poderá ser autorizada pela regulamentação, desde que necessária à viabilização do cumprimento dos deveres de universalização e seja instituída por ato motivado, em que se explicitem sua natureza, os recursos envolvidos, e os serviços ou segmentos onerados e beneficiados.

4.2.75. A redação da LGT expressa os fundamentos da reforma institucional consignados na Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, do Ministério das Comunicações. Primeiramente, cabe destacar o art. 6º da Lei, que afirma que *os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.* Em decorrência desse princípio, são vedadas as condutas de prática de subsídios para redução artificial de preços e tarifas, bem como o subsídio entre modalidades de serviços, nos termos dos arts. 70, inciso I, e, 103, § 2º, da LGT. Verifica-se, em um primeiro momento, portanto, que a utilização de fontes alternativas de receitas para propiciar a prática de tarifas não autossustentáveis – vale dizer, subsidiadas – encontra obstáculo na própria lei de regência do setor, que veda a utilização de subsídios cruzados entre serviços ou entre segmentos de usuários para a redução artificial das tarifas por consistir prática contrária ao princípio da livre, ampla e justa competição.

4.2.76. É justamente por essa razão – a necessidade de construção e manutenção de um ambiente competitivo – que, como salienta Carlos Ari Sundfeld³⁰, **a LGT faz menção a preços e tarifas razoáveis (arts. 2º, inciso I, e 89, inciso I) e não a tarifas módicas.** A lógica concebida sob a égide da Lei nº 8.987, de 13/2/1995, que admite a prestação do serviço público parcial ou totalmente subsidiada por outras receitas, é compatível com a exploração em regime de exclusividade. No entanto, tarifas artificialmente baixas, insuficientes para a cobertura dos respectivos custos e remuneração do capital, são incompatíveis com um ambiente competitivo.

4.2.77. Isso não quer dizer que o modelo de regulação do setor de telecomunicações tenha sido omissivo em relação à garantia do acesso aos serviços àquelas populações que, em função de sua localização geográfica ou condição socioeconômica, não tenham como arcar com *tarifas comercialmente razoáveis.* Com efeito, a LGT não deixou de prover uma solução para o conflito entre razoabilidade e modicidade de tarifas, que será equacionado no âmbito das obrigações de universalização. Essa solução, no entanto, há de ser necessariamente neutra em termos concorrenciais, consoante expresso no art. 80, § 1º, da citada Lei. Por essa razão, os mecanismos de financiamento dessas obrigações foram previstos na própria LGT, que contemplou tão somente de forma excepcional e temporária, a prática de subsídios entre modalidades de serviços, consoante a redação de seu art. 81, parágrafo único, inciso I.

³⁰ *Id. Ibid.*, p. 325, nota 17.

4.2.78. Essa discussão revela, em primeiro lugar, que os esforços para garantir amplo acesso da sociedade aos serviços de telecomunicações devem ser compatibilizados com a criação e manutenção de um ambiente de livre, ampla e justa competição. Nesse contexto, sobressai a necessidade de preservar tarifas comercialmente razoáveis, que não sejam prejudiciais à entrada de novos concorrentes. A tarifa módica, portanto, deve ser admitida enquanto for compatível com um mercado competitivo. E a solução construída pelo legislador, aplicável apenas ao serviço prestado em regime público, ao qual se imputam obrigações de universalização, foi a instituição de um fundo – no caso, o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) – para cobrir tão somente a parcela de custo que não puder ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do art. 81. Tal foi o mecanismo neutro à competição concebido e autorizado pela LGT.

4.2.79. Portanto, o princípio da modicidade tarifária, no subsistema normativo do setor de telecomunicações, deve ser ponderado com outros princípios igualmente relevantes, especialmente o da livre, ampla e justa competição. Essa ponderação é feita por meio das obrigações de universalização, que buscam igualmente garantir o acesso da população aos serviços de telecomunicações, mediante o uso de fonte de financiamento neutra do ponto de vista competitivo.

4.2.80. É por essa razão que não se vislumbra ser compatível com o modelo regulatório do setor a assertiva de que a reversão é necessária para a *manutenção dos bens, materiais e imateriais, dos quais resultam as receitas complementares, alternativas e acessórias auferidas pela concessionária* para, entre outros objetivos, garantir a preservação da modicidade tarifária. Como visto, o princípio da modicidade tarifária sofre, no ordenamento do setor de telecomunicações, uma necessária ponderação frente a outros princípios, especialmente o da livre concorrência. Conseqüentemente, há que se ter cuidado na utilização de outras receitas auferidas pela Concessionária com o intuito de favorecer a modicidade das tarifas, tendo em vista que tal conduta pode configurar a prática de subsídios cruzados incompatíveis com a premissa adotada pelo modelo de construção de um ambiente de livre, ampla e justa competição. Não se pode admitir, portanto, que o instituto da reversão seja usado para a consecução de objetivos incompatíveis com os próprios pressupostos do modelo de regulação do setor de telecomunicações.

4.2.81. Além dos aspectos jurídicos, é imprescindível analisar também as considerações de cunho econômico aportadas pela Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, tendo em mente o objetivo final desse debate: encontrar critérios capazes de orientar o corpo técnico da Agência na gestão dos bens vinculados à concessão segundo o atributo da reversibilidade. Procurou-se demonstrar, até este ponto, que tal atributo não é característica inata e atemporal de um bem, mesmo sob a ótica estritamente funcional. Quando se consideram os efeitos da evolução tecnológica, uma central telefônica tradicional, por exemplo, pode se tornar obsoleta em determinado momento ao longo do curso do contrato, sendo permitido à Agência desqualificá-la como bem reversível. É preciso avançar, contudo, na determinação de critérios objetivos que possam fundamentar o juízo discricionário da Agência sobre tal questão.

4.2.82. Nesse contexto, convém ressaltar alguns argumentos apresentados na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012. No item 3.2.21, afirma-se que os bens concedidos *asseguram a viabilidade econômica e a competitividade das concessionárias em um mercado disputado com empresas operando no regime privado*. Afirma-se mais adiante que *a Concessionária, assim como qualquer empresa com fins lucrativos, deve buscar constantemente o aprimoramento de sua eficiência operacional e administrativa, de modo que o patrimônio da concessionária, a qualquer momento, deve ser composto majoritariamente por bens reversíveis*. No item 3.2.50,

por sua vez, afirma-se que *os bens vinculados à concessão... não se restringem ao menor conjunto possível de ativos necessários para a prestação do serviço, correspondendo, na verdade, ao conjunto de todos os bens que possam ser utilizados na prestação do serviço adequado e que contribuam para a valorização econômica da concessão e, principalmente, para a modicidade tarifária de longo prazo.* (grifos no original)

4.2.83. A seguir, busco demonstrar que nem a viabilidade econômica da concessionária, nem sua eficiência operacional, nem tampouco a modicidade tarifária, dependem da maximização do estoque de bens reversíveis, como parecem sugerir as afirmações transcritas.

4.2.84. Em seções anteriores desta Análise, procurei reunir argumentos que questionam a legalidade de se aplicar o instituto da reversão com a finalidade de maximizar o valor econômico da concessão e não há por que repisá-los novamente. Pretendo me ater, inicialmente, à correlação que se sugeriu existir entre modicidade tarifária e o estoque de bens considerados reversíveis.

4.2.85. É cediço que, no modelo regulatório atual, o conjunto de ativos e serviços explorados por uma concessionária pode influenciar as tarifas do serviço prestado em regime público por dois canais: pelo reajuste tarifário, via Fator X; e pela contabilização das receitas associadas à exploração industrial da rede do STFC (remuneração das redes de acesso e de transporte vinculadas à prestação do STFC, como, por exemplo, as receitas provenientes da exploração do *backhaul* e da última milha).

4.2.86. Conforme argumentado nesta seção, receitas provenientes da exploração de outros serviços de telecomunicações não podem subsidiar as tarifas do STFC. Não houvesse outra razão, já seria questionável incluir bens associados à exploração de outros serviços pela concessionária no rol de bens reversíveis com o intuito de assegurar a modicidade tarifária do STFC, ainda que sob a vigência do mesmo contrato (vislumbrar tal possibilidade para a próxima relação contratual a ser estabelecida – o *longo prazo* – parece-me inconcebível).

4.2.87. Mas há outra razão, de natureza econômica, que pode demonstrar que, se existe, essa correlação entre estoque de ativos e modicidade tarifária é oposta à que se descreve na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012. A variação líquida do capital imobilizado da concessionária, **contabilizada a partir do balanço entre variações das contas de ativo total e alugueis**, tem implicação direta sobre a modicidade tarifária do STFC, na medida em que são importantes insumos no cálculo do Fator X. O custo de capital é composto a partir do ativo total da concessionária e inclui todo seu acervo patrimonial. E as despesas operacionais incluem, obviamente, as rubricas de alugueis.

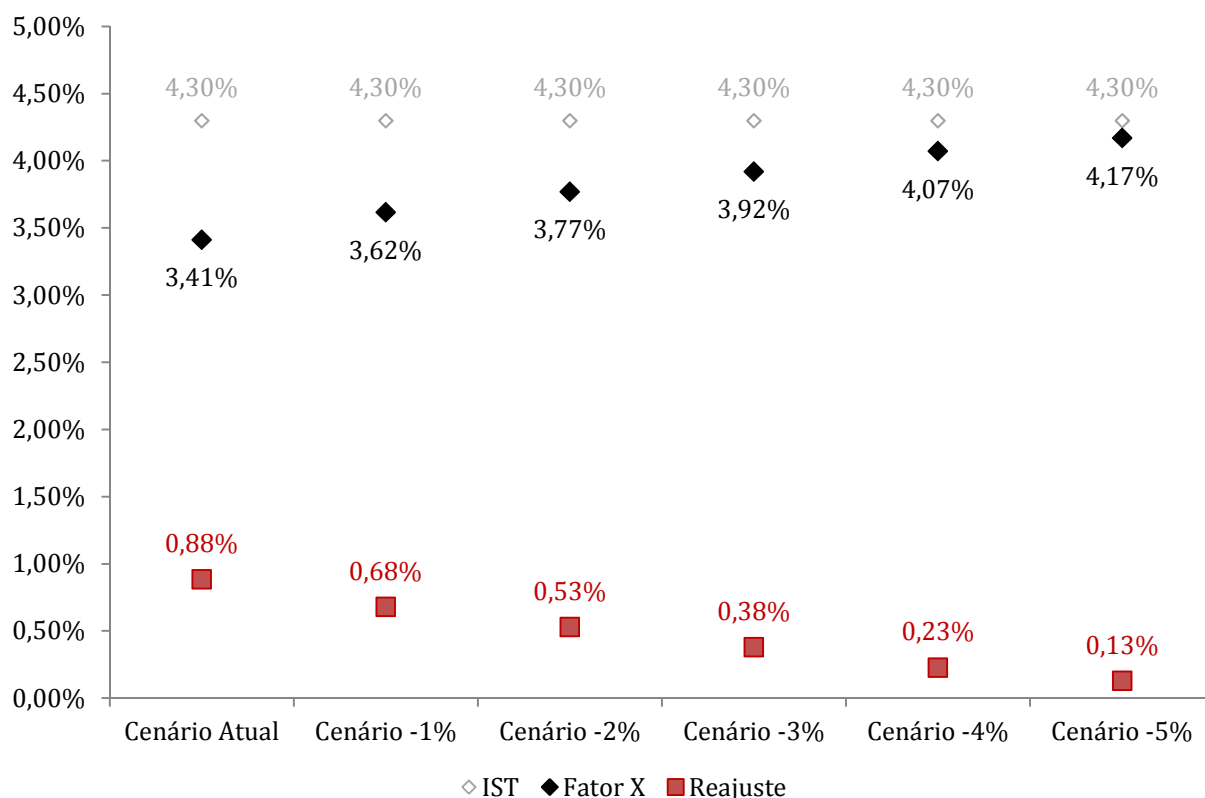
4.2.88. Assim, ao contrário do exposto na referida Análise, a redução do capital empregado na concessão, em função da alienação de ativos, que não seja compensada pelo aumento dos alugueis – situação esperada quando uma concessionária decide alienar um bem próprio e substituí-lo por bens de terceiros – resulta em ganhos de produtividade. Mantido o nível de produção, o resultado esperado, por definição, favorece (e não atenta contra) a modicidade tarifária, devido ao compartilhamento de maiores ganhos de produtividade capturados pelo Fator X.

4.2.89. É preciso reconhecer que o próprio modelo de *price cap* produz tal incentivo. Em regra, toda concessionária procurará um ponto ótimo – e não um mínimo – para seu ativo imobilizado, pois lucra tanto quanto os usuários com ganhos na produtividade dos fatores de produção. Considerando que o risco do negócio e a responsabilidade de garantir retorno ao investimento dos acionistas são do corpo diretivo da concessionária, entendo que este deve ter o poder de decidir sobre o conjunto ótimo de ativos, respeitada a regulamentação da Anatel.

Entendo que a Agência deve direcionar sua atenção à gestão do risco à continuidade dos serviços considerados essenciais, independentemente do regime jurídico em que cada serviço é prestado.

4.2.90. Assim, em condições operacionais e financeiras regulares, impor diretrizes que visem à maximização do estoque de bens reversíveis representa um entrave à produtividade da prestadora com efeito nocivo sobre as tarifas. Em situações anormais, como, por exemplo, numa venda de ativos para amparar eventuais problemas no caixa da concessionária, torna-se evidente a importância de as áreas técnicas da Anatel – notadamente a Superintendência de Competição (SCP) e a SCO – aperfeiçoarem processos internos que permitam identificar previamente a situação e decidir preventivamente.

4.2.91. Para que a argumentação não seja apenas conceitual, apresento algumas simulações de variações líquidas da conta de capital, assumindo o saldo entre reduções do capital e o aumento do aluguel como referência, de modo a verificar o impacto da variação do estoque de ativos sobre o cálculo do reajuste tarifário das concessionárias do STFC. Os resultados, resumidos no gráfico a seguir, apresentam cenários com reduções líquidas do ativo e o efeito sobre o reajuste tarifário. A variação de produtividade entre os exercícios de 2012 e 2013 foi adotada como parâmetro.



Notas:

1. Os cenários correspondem a variações líquidas entre as contas de capital e de despesas operacional (aluguel) para todas as concessionárias do STFC. Assim, o cenário de -1% indica que a redução do capital, ainda que parcialmente compensada pela elevação dos custos de alugueis, gerou uma economia para as concessionárias da ordem de 1%, e assim por diante. A variação de -1% corresponde a uma economia agregada de R\$ 1,5 bilhões para o setor.
2. Estudo baseado em dados declarados pelas concessionárias para cálculo do Fator X, validados com base em dados disponíveis no PGSAC.
3. Referências para reajuste foram normalizadas para 12 meses, de janeiro a dezembro de 2013.

4.2.92. Nota-se do gráfico que uma redução líquida média de 5% na quantidade de ativos totais das concessionárias proporciona ganho de produtividade setorial na ordem de 22,19%. A razão dessa transformação é o peso assinalado ao fator capital no portfolio de insumos considerados na apuração da produtividade setorial. Em 2013, o fator capital respondeu por 58% dos insumos que constituem a base de cálculo do índice de Produtividade Total de Fatores (IPTF) Fisher, e 80% dos insumos considerados no cálculo do DEA, ambos utilizados na composição do Fator X da Anatel.

4.2.93. Cumpre lembrar também que a proposição por manter artificialmente elevado o estoque de bens reversíveis não prejudica apenas o usuário, mas pode impor perdas desnecessárias à União, tendo em vista eventuais pedidos de indenização contra o Estado, que provavelmente seriam levados à apreciação do Judiciário caso a interpretação sobre a reversibilidade resulte em expropriação de bem privado sem a justa e devida remuneração.

4.2.94. É nessa linha que considero incoerente a submissão à reversibilidade de bens cujas características transcendem as necessidades fundamentais da operação e atualização da prestação do STFC em regime público. Sobre essa relação, insisto que a manutenção desses ativos no acervo de bens reversíveis impõe um ônus extraordinário ao Concessionário, com efeitos indesejáveis sobre as tarifas, e um risco à União, que poderia ser condenada a indenizar o administrado.

4.2.95. Tais constatações deveriam inspirar uma reflexão mais abrangente sobre as perspectivas funcional e patrimonial. Penso que a solução que melhor congrega as diretrizes legais e as expectativas de modernização, competição e modicidade das tarifas dos serviços prestados em regime público pode ser estabelecida por procedimentos que considerem tanto a vigilância do Estado sobre o acervo crítico para continuidade e atualidade do serviço concedido quanto a liberdade assegurada ao ente privado para alocar seus ativos de modo a preservar suas condições de competição num mercado em franca transformação.

4.2.96. Trata-se, a meu ver, de assegurar um acervo necessário e suficiente de ativos que compatibilize o princípio de eficiência alocativa com o da precaução na gestão dos ativos que compõem a infraestrutura de telecomunicações. Dedicarei alguns parágrafos a um paralelo com a regulação do setor financeiro. Nela busca-se um balanço entre o estímulo ao desenvolvimento do mercado e a preocupação com a carteira de ativos, em uma abordagem de gestão de riscos.

4.2.97. A estratégia atual para gestão de riscos naquele setor foi estabelecida a partir do Acordo de Basiléia, no qual requisitos de capital próprio “imobilizado” foram atribuídos às instituições financeiras com o objetivo de mitigar riscos associados às suas políticas de crédito. Respeitadas as diferenças entre os setores, é possível argumentar que ambas as regulamentações zelam, em última instância, pela contínua disponibilidade de um volume mínimo de ativos “em produção” (seja tal produção entendida como a oferta de crédito ou como a oferta de serviços de telecomunicações). E a despeito das peculiaridades de qualquer setor regulado, é fato que os condicionamentos impostos pelos reguladores são cruciais para o desempenho geral do mercado, devendo o regulador avaliar com cautela se os custos não estão a exceder os benefícios esperados.

4.2.98. Nessa linha, um estudo da OECD denominado *‘Regulação, eficiência alocativa e produtividade em países da OECD’* (tradução livre)³¹ sugere que imposições regulatórias mais leves podem efetivamente reduzir os custos associados ao ajuste do estoque de capital das

³¹ Arnold, J., Nicoletti, G., Scarpetta, S. (2008). Regulation, Allocative Efficiency and Productivity In OECD Countries: Industry and Firm-Level Evidence. Economics Department, Working Papers N° 616. OECD: Paris. Página 28 de 38 da Análise nº 5/2015-GCIF, de 6/3/2015.

empresas, incrementando a capacidade de reagir frente a mudanças do mercado através de sua capacidade produtiva, a redução do *mark-up* frente aos custos marginais e, por fim, dos custos associados à manutenção do capital. O estudo aponta que essa é uma das razões que diferenciam os padrões de investimentos e produtividade em diversos países pesquisados.

4.2.99. Acredito que parte dos conceitos subjacentes às regras de Basiléia poderiam ser usados para aprimorar nossa política de gestão da continuidade dos serviços. Aproveito para fazer referência aos conhecimentos e informações acumulados pela Anatel, desde 2007, a partir do desenvolvimento de uma metodologia de gestão de riscos associados à infraestrutura crítica de telecomunicações brasileira. Da combinação dessas bases teóricas podem surgir boas propostas de gestão da continuidade de serviços essenciais, que, ao invés de enfocarem a propriedade dos ativos, preocupem-se com sua disponibilidade para prestação dos serviços.

4.2.100. Independentemente da perspectiva sob a qual o tema é debatido, é preciso admitir que o instituto da reversibilidade previsto nos contratos de concessão do setor de telecomunicações ocupa posição acessória na relação firmada entre o administrado e a União, sendo seu uso condicionado à preservação do caráter de essencialidade do STFC. Tal juízo antecede mesmo o aspecto da continuidade de que trata a LGT, uma vez que seria inócuo tentar promover a continuidade e a atualização de um serviço que eventualmente deixe de ser essencial à população. Nesse contexto, uma reflexão minuciosa sobre o ciclo de vida do STFC poderia ajudar a elucidar os limites do acervo de bens a ser considerado reversível e em qual medida tal acervo deve ser atualizado.

4.2.101. Retornando da digressão iniciada alguns parágrafos atrás e retomando a crítica à relação entre reversibilidade e modicidade tarifária, tampouco há de se vincular a reversão a uma suposta continuidade tarifária de longo prazo, após o término das atuais concessões. Futuros contratos de concessão com o mesmo objeto, se vierem a ser celebrados com terceiros beneficiários da reversibilidade, não estarão vinculados aos atuais. Obviamente, não estamos aqui nos referindo à possibilidade de, em decorrência de uma alteração legislativa, os atuais concessionários forem autorizados a perpetuá-los ou renová-los, pois nessa situação não ocorreria a reversão de bens.

4.2.102. O atual patamar de tarifas do STFC decorre dos valores iniciais e das regras de reajuste e revisão estabelecidas no contexto de quase vinte anos atrás. A base tecnológica, os custos de produção e o nível de demanda são totalmente diferentes hoje e serão ainda mais a partir de 2025, de forma que não faz sentido defender a manutenção da relação de equilíbrio econômico-financeiro existente nos ajustes firmados em 1998. A equação financeira estabelecida em um contrato não se estende ao que lhe suceder, vez que depende das condições mercadológicas e tecnológicas do momento do ajuste e, ao menos em parte, da capacidade e do interesse da futura concessionária em agregar sinergias com outras atividades. Replicar integralmente essas condições em um contrato posterior exigiria a manutenção de características subjetivas próprias e específicas do mesmo concessionário.

4.2.103. Um novo contrato supõe uma nova equação econômico-financeira, que será gerada a partir das condições de execução do serviço que serão definidas em função da evolução da demanda e das políticas de universalização a serem estabelecidas. Não se pode pressupor que, em um setor de rápida evolução tecnológica, o cenário da prestação do STFC nos vinte anos seguintes a 2025, especialmente no que tange a custos e tecnologias disponíveis para a prestação do serviço, seja o mesmo vigente no atual período. Portanto, nada impede – ao contrário, recomenda-se – que ao desenhar os novos contratos, sejam atualizados patamares tarifários em função de uma nova avaliação dos custos da prestação do serviço ou ainda que se busquem

tarifas inferiores às atuais por meio do próprio procedimento licitatório a ser realizado, nos termos do art. 89, inciso III, da LGT.

4.2.104. Das considerações aqui expostas, é possível extrair algumas conclusões que apontam para novas diretrizes para o controle e acompanhamento da gestão de bens reversíveis. Concordamos, por razões distintas, com a conclusão apontada na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, de que, se vier a ser mantida como instrumento de apoio à continuidade do serviço prestado em regime público, a reversibilidade não deve incidir sobre um conjunto mínimo de bens, pois nessa linha coloca-se em risco a estabilidade do sistema nacional de telecomunicações e, portanto, a continuidade de serviços essenciais durante e após o término da Concessão. Entretanto, tampouco se mostra conveniente buscar a maximização do valor econômico da Concessão mediante a contínua ampliação do capital reversível, tendo em vista as consequências negativas de tal política sobre a eficiência empresarial, as tarifas do serviço e a própria capacidade da Concessionária competir com outros prestadores sujeitos a regime jurídico mais flexível. Com efeito, o que se deve gerir permanentemente é o conjunto ótimo de ativos que, empregados diretamente na fruição do serviço, mostrem-se efetivamente críticos à sua continuidade.

4.2.105. Nesse contexto, é inevitável reconhecer que, diante do caráter dinâmico da exploração de serviços de telecomunicações e da acelerada evolução tecnológica que marca o setor, determinados bens venham a se mostrar desnecessários à prestação do serviço. Não se trata aqui apenas de esgotamento de vida útil. Cuida-se de bens que, seja pela adoção de arranjos mais eficientes de alocação, seja pela introdução de novas tecnologias, não necessitam mais ser aplicados à prestação do STFC no âmbito da Concessionária, ainda que possam ser aproveitados em outras atividades, seja pela Concessionária ou por terceiros. Em tais casos, manter a reversibilidade sobre esses bens mostra-se medida prejudicial à eficiência empresarial e à própria modicidade tarifária, pois faz recair sobre a tarifa o custo de amortização de um bem que não mais é necessário à prestação do serviço.

4.2.106. Com base nessas premissas, passo a propor a revisão de pontos fundamentais da decisão consubstanciada no Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012, quais sejam, a reversibilidade de imóveis administrativos, a utilização de bens de terceiros e as diretrizes para aprovação de alterações na Relação de Bens Reversíveis (RBR).

Da Reversibilidade de Imóveis Administrativos

4.2.107. A partir dessas considerações, é possível propor um reexame de uma das questões tratadas nos presentes autos: a da reversibilidade de imóveis administrativos. A questão foi assentada no Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012, por meio do qual este Colegiado decidiu *reconhecer a reversibilidade de bens imóveis administrativos*, consoante a argumentação desenvolvida na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012.

4.2.108. Nos termos da referida Análise, a reversibilidade de um bem é atributo que decorre não somente da natureza e função do ativo, mas também de *sua relevância patrimonial e significância econômica*. Esse último aspecto, ademais, seria especialmente relevante para a definição da reversibilidade de imóveis administrativos, conforme se deduz do seguinte excerto:

3.2.55. No caso de imóveis não destinados aos processos finalísticos da prestação do serviço, o aspecto mais relevante para ser verificado na caracterização de um bem reversível não é sua imprescindibilidade para manutenção operacional da prestação do serviço (o que, de fato, nem se aplica), mas sua indispensabilidade para manutenção da eficiência associada ao serviço adequado e para a relevância de sua contribuição patrimonial e econômica para a modicidade tarifária.

3.2.56. Sendo assim, o enquadramento de imóveis administrativos como bens reversíveis, não só é perfeitamente possível, como deve se configurar como regra geral no caso do patrimônio das concessionárias.

4.2.109. Com amparo no Informe nº 13/2012-PBOAC/PBOA, de 12/1/2012, entendeu-se ainda que, no caso concreto tratado nos autos, o imóvel em questão servia de sede para atividades administrativas essenciais à concessão, razão pela qual deveria ser classificado como bem reversível também pelo aspecto funcional.

4.2.110. No decorrer desta Análise, procurei demonstrar, a partir de precedentes da jurisprudência dos Tribunais Superiores, não haver sustentação para a reversão de bens da Concessionária tão somente por sua relevância econômica ou patrimonial. Ao contrário, em todos os precedentes analisados, sempre esteve presente a preocupação de estabelecer uma vinculação finalística entre o ativo disputado e a prestação do serviço público concedido.

4.2.111. Já a partir de avaliação de cunho econômico, demonstrou-se que a maximização do acervo reversível tende a ter efeitos adversos sobre a eficiência empresarial e, conseqüentemente, a modicidade tarifária. Basicamente, a necessidade de amortizar todo o estoque reversível durante o prazo da Concessão obriga a Concessionária a repassar esse custo para o usuário, por meio de incremento tarifário. São justamente esses efeitos adversos da ampliação da incidência da reversão que suscitam análise mais aprofundada sobre a reversibilidade de determinados ativos, especialmente aqueles não diretamente empregados no desempenho de processos finalísticos próprios do serviço concedido.

4.2.112. Conforme já examinado nesta Análise, o ordenamento legislativo do setor de telecomunicações não impõe a reversão como solução obrigatória. Posto que esta somente se justifica se imprescindível à garantia da continuidade do serviço, não é a única alternativa disponível. Se a própria reversão é opção – e não obrigação – que se coloca ao regulador, também dispõe ele de ampla liberdade para, ao incorporar o instituto aos Contratos de Concessão, delinear todos os seus contornos e fixar os limites de sua incidência. Nesse mister, deverá atuar sempre em busca do resultado ótimo para o interesse público, mediante a ponderação das exigências de continuidade do serviço em contraste com os conhecidos efeitos adversos da ampliação desmesurada da incidência da reversão.

4.2.113. Nesse esforço, o regulador deve assegurar a reversibilidade dos bens que, caso não sejam transferidos ao próximo Concessionário, privariam-no da capacidade de dar continuidade à prestação do serviço de forma adequada. Os ativos que não se revestirem dessa característica, em regra, não devem ser considerados reversíveis, pois, além de provocarem oneração das tarifas em decorrência de seu custo de amortização, também constituirão ônus ao próximo Concessionário, que se verá obrigado a adquirir bens que não necessariamente se lhe mostrarão úteis para a exploração do serviço.

4.2.114. Nessa última categoria de bens inserem-se aqueles ativos que, não obstante estarem empregados em atividades e processos imprescindíveis à prestação do serviço, não se mostram necessariamente reversíveis, vez que facilmente substituíveis pelo próximo Concessionário no curto prazo. Deve-se aqui ter em mente que a transição de um Contrato de Concessão para outro se fará de forma planejada. Presume-se que o procedimento licitatório correspondente será realizado e concluído com a antecedência necessária para que o próximo Concessionário possa planejar não só sua estratégia de negócios, como também a alocação dos ativos que serão empregados na execução do serviço.

4.2.115. Nesse processo, determinados bens obrigatoriamente lhe serão transferidos da Concessão anterior, visto que insubstituíveis no curto prazo e imprescindíveis para a execução do serviço. A esse rol pertencem claramente aqueles designados no Anexo 1 do Contrato de Concessão, como *a) infraestrutura e equipamento 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*; além dos equipamentos instalados em cumprimento a obrigações de universalização e outros que se mostrarem indispensáveis à prestação do serviço.

4.2.116. Para o cumprimento de suas obrigações contratuais, o novo Concessionário também deverá dispor de outros bens que, embora indispensáveis à prestação do serviço, não se revelam insubstituíveis no curto prazo. Trata-se aqui de ativos que podem ser adquiridos ou contratados pelo novo Concessionário ainda durante a transição entre os períodos de Concessão e que, portanto, não precisam ser os mesmos já utilizados pelo Concessionário anterior. A reversão, nesses casos, não se mostra imprescindível para a continuidade da prestação do serviço público.

4.2.117. É nessa categoria de bens que se enquadram imóveis como o Complexo Martiniano. Não se nega que estes são indispensáveis à prestação do serviço concedido, vez que a operação deste não pode prescindir de atividades administrativas de suporte que, por sua vez, precisam de um local adequado para serem desenvolvidas. No entanto, não se verifica a necessidade de que, sob o comando do novo Concessionário, estas atividades sejam desenvolvidas no mesmo local já utilizado pelo Concessionário anterior. Não só é possível como também potencialmente conveniente que o novo Concessionário tenha a sua própria estrutura administrativa já devidamente constituída antes de assumir as obrigações inerentes ao Contrato de Concessão.

4.2.118. Vale ressaltar que, consoante o § 2º da Cláusula 22.1 dos Contratos de Concessão em vigor, as atividades e processos necessários à prestação do STFC integram o acervo da Concessão, mas não estão a ela vinculadas, conforme esclarecido na Análise nº 723/2010-GCJR, de 16/11/2010.³² Não há que se falar, portanto, em sua reversão, pois que só reverterem os bens vinculados, consoante a redação da Cláusula 23.1. O novo Concessionário não assumirá, conseqüentemente, as mesmas estruturas administrativas utilizadas por seu antecessor. De acordo com o que foi assentado no Informe nº 13/2012-PBOAC/PBOA, de 12/1/2012, a execução do serviço concedido demanda o desempenho de atividades e processos administrativos de suporte à gestão que estão diretamente relacionados com a sustentabilidade e o desenvolvimento do negócio, como as áreas de vendas; *marketing*; relações com investidores; contabilidade e auditoria; recursos humanos; gestão financeira; entre outros. Ainda que se mostrem indispensáveis à exploração do STFC – até porque inerentes a qualquer empresa prestadora de serviços de grande porte – não há necessidade de que, sob o comando do novo Concessionário, sejam tais atividades desempenhadas nos mesmos locais e com a utilização dos mesmos recursos utilizados pelo Concessionário anterior.

4.2.119. Por óbvio que as atividades e processos administrativos se desenvolvem sobre estruturas de suporte, que compreendem os imóveis que as abrigam. Como ressaltado no parágrafo anterior, todavia, não se observa a necessidade de que sejam mantidas as mesmas

³² Referida Análise versa sobre a aprovação dos Contratos de Concessão do STFC para o ciclo 2011-2015. Nela, o Relator da matéria acolhe a fundamentação da Superintendência de Serviços Públicos no sentido de que *as atividades e processos, apesar de integrarem o acervo da concessão, não integram o acervo dos bens vinculados à concessão*.

estruturas utilizadas pelo Concessionário anterior. Vale dizer, não causará ruptura da continuidade do serviço se tais atividades forem desempenhadas com base em estruturas próprias do novo Concessionário, inclusive em locais/imóveis distintos daqueles utilizados pelo Concessionário anterior. A reversão de tais imóveis, portanto, não se mostra indispensável à continuidade da prestação do serviço público, vez que factível sua substituição por outros – de propriedade do novo Concessionário ou por ele contratados juntos a terceiros.

4.2.120. Em tais casos, a reversão, além de se mostrar dispensável, pode ainda configurar-se ônus indesejável. Primeiramente, a reversão (ou a sub-rogação) dos imóveis administrativos utilizados pelo Concessionário anterior vincula o próximo Concessionário à aquisição (ou contratação) de tais bens, retirando-lhe a oportunidade de optar por arranjos mais eficientes. Adicionalmente, a extensão da reversibilidade aos imóveis administrativos imputa ao Concessionário o ônus de amortizar integralmente esse investimento no período da Concessão, o que tende a ser feito mediante repasse dos respectivos custos para as tarifas ou demanda de indenização junto ao Poder Concedente. A não reversão de tais ativos, por sua vez, exigirá que tão somente o custo de sua utilização, pelo período de execução do Contrato, seja coberto pelas receitas da Concessão, não se havendo ademais de falar em indenização exigível do Poder Concedente.

4.2.121. A eventual não reversibilidade de imóveis administrativos, por sua vez, tampouco representa risco na hipótese de extinção antecipada da Concessão. Nesses casos, consoante o disposto no art. 117 da LGT, a própria Anatel poderá valer-se da ocupação provisória dos bens da antiga Concessionária, bem como utilizar-se do pessoal empregado e manter a execução de contratos em andamento. Importante ressaltar que a ocupação provisória não se limita aos bens reversíveis – até porque, nos termos do art. 93, inciso II, da LGT, pode inclusive não haver bens reversíveis – e pode se estender a todos os bens que sejam necessários para manter a execução do serviço até sua assunção por um novo Concessionário ou Permissionário. Ainda que a lei assim não dispusesse, expediente semelhante ainda estaria disponível na forma da requisição administrativa, com fundamento do art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal.

4.2.122. Dessa forma, tem-se que, de um lado, a reversibilidade de imóveis administrativos não se mostra necessária. Pressupõe-se que o futuro Concessionário, ainda no período de transição para o novo Contrato, terá as condições necessárias para montar suas próprias estruturas de vendas; *marketing*; relações com investidores; contabilidade e auditoria; recursos humanos; gestão financeira; entre outros, de forma condizente com sua própria cultura organizacional e estratégia de negócios. Mesmo em uma situação anômala de extinção antecipada da Concessão, a reversão desses bens não se mostra imprescindível, tendo em vista a existência de outros mecanismos, como a ocupação provisória de que trata o art. 117 da LGT. De outro, tampouco se mostra conveniente, pois vincula o novo Concessionário a escolhas feitas por seu antecessor e imputa à Concessão o ônus da amortização de um ativo maior, com potenciais reflexos negativos sobre a tarifa do serviço ou ainda sobre o Poder Concedente, que poderá se ver obrigado a indenizar as parcelas não amortizadas do investimento.

4.2.123. Por conseguinte, proponho a revisão do item *a* do Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012, para reconhecer a inconveniência de se classificar, previamente, todos os imóveis administrativos como reversíveis. De toda sorte, a exclusão de qualquer imóvel constante da RBR dependerá de análise e aprovação prévias por parte da Anatel, que verificará sua efetiva utilização e sua imprescindibilidade para fruição do STFC.

Das Diretrizes para Aprovação de Alterações da Relação de Bens Reversíveis

4.2.124. Conforme já discutido nesta Análise, a gestão do patrimônio reversível deve buscar um equilíbrio entre a garantia da continuidade do serviço, a eficiência empresarial e a modicidade tarifária. Esse objetivo é uma decorrência do próprio modelo de regulação econômica incorporado aos Contratos de Concessão do STFC, que, derivado diretamente da LGT, insere-se em um novo contexto em que se busca maximizar a eficiência na prestação do serviço, mediante a franquia de um maior grau de liberdade ao Concessionário.

4.2.125. É no contexto desse dever de buscar maior eficiência que se legitimam modelos de regulação tarifária que impõem um fator redutor nos reajustes periódicos com o objetivo de transferir aos usuários do serviço parte dos ganhos de produtividade alcançados pela firma regulada. Essa transferência é compensada pela possibilidade de apropriação, pelo regulado, dos ganhos de eficiência excedentes ao redutor estabelecido. Em outros termos, ao mesmo tempo em que se imputa ao concessionário um dever de melhoria contínua de seus processos, permite-se, em contrapartida, que ele se beneficie mediante a internalização de parte dos ganhos econômicos resultantes do aprimoramento de suas atividades.

4.2.126. Nesse sentido, o art. 108, § 2º, da LGT determina que os *ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas* deverão ser compartilhados com os usuários. Ou seja, a própria lei de regência do setor estabelece um dever de eficiência para o Concessionário, que será operacionalizado na forma do Contrato de Concessão, mediante a inserção, na fórmula do reajuste periódico de tarifas, do Fator X. Paralelamente, o modelo também concede amplo grau de autonomia ao empresário, ao permitir-lhe o realinhamento dos valores dos diversos itens da cesta de tarifas, assim como a prática de descontos e a cobrança de tarifas abaixo daquelas fixadas pelo regulador. De forma ainda mais enfática, a autonomia empresarial é contemplada na previsão do art. 104, que prevê a possibilidade de adoção de regime de liberdade tarifária, na hipótese de estar configurada ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço.

4.2.127. A implementação de tais modelos de regulação demanda também conferir maior grau de autonomia ao empresário responsável pela prestação do serviço público no que tange à gestão de seus negócios. Os ganhos de eficiência desejados somente serão alcançados se o concessionário tiver liberdade para reorganizar seus negócios de acordo com as melhores técnicas de gestão aplicadas no mercado. Nesse ponto, peço vênias para transcrever as considerações de Marçal Justen Filho:

Amplia-se a autonomia do concessionário e desde logo se reconhece caber a ele a titularidade do risco (de êxito ou insucesso). A existência do deflator é prevista desde o momento inicial da outorga e se relaciona com a perspectiva da obtenção pelo concessionário de ganhos adicionais, não integrados na equação original. Mais do que isso, está-se diante de contratações de longo prazo, em que um dos deveres do agente privado reside em **ampliar** a eficiência do sistema. A aplicação do deflator é a via para transferir para toda a comunidade os benefícios obtidos pelo empresário.³³

4.2.128. Observa-se, portanto, que o modelo de regulação econômica do STFC é caracterizado por uma maior flexibilidade, pois presume um Concessionário com maior autonomia para atuar em um mercado competitivo, eventualmente em regime de liberdade tarifária. Esse contexto, naturalmente, limita o escopo da intervenção do Estado na gestão dos negócios da Concessionária, tanto no que diz respeito a sua estratégia de negócio, como na gestão de seus ativos.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. In.: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). *Direito do estado: novos rumos*. t. 2 (Direito Administrativo). São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 173, grifos no original.

4.2.129. Não se quer, com essa assertiva, defender a abstinência de controle regulatório, visto que os interesses da Concessionária e do Poder Concedente nem sempre estarão alinhados. Com efeito, a possibilidade de conflito de interesses se faz especialmente presente no que concerne à continuidade da prestação do serviço após o término da Concessão, vez que o interesse primário do Concessionário é a maximização de seu retorno nos limites do prazo contratual. É necessário ponderar, entretanto, que a própria estrutura de incentivos criada pelo modelo de regulação econômica da prestação do STFC pode tornar desnecessária ou mesmo inconveniente a intervenção regulatória em determinados casos.

4.2.130. A regulação tarifária do STFC, que consiste na adoção do modelo de teto de preços associado a um fator redutor decorrente dos ganhos de produtividade, tem por objetivo criar incentivos a que o empresário busque continuamente incrementos de eficiência. O que se pretende é justamente que o Concessionário aumente sua eficiência e compartilhe esses ganhos com os usuários. Intervenções regulatórias desnecessárias podem dificultar esse processo e, em última instância, comprometer o repasse de reduções tarifárias para os usuários. Portanto, é necessário conceder algum grau de liberdade ao empresário na gestão de seus negócios, inclusive na administração do patrimônio destinado à prestação do serviço público concedido. Alocações mais eficientes desses ativos permitem maior eficiência empresarial, cujos ganhos são apropriados tanto pelo Concessionário como pelos usuários, mediante o mecanismo do Fator X. Além disso, o modelo pressupõe a prestação do serviço em regime de competição, o que também obriga o empresário a buscar constantemente novos ganhos de eficiência, especialmente se for considerado que seus potenciais concorrentes na exploração do STFC atuam em regime jurídico mais flexível.

4.2.131. O que se pretende aqui demonstrar é que o próprio modelo de regulação econômica do STFC prestado em regime público já fornece incentivos suficientes para que o Concessionário atue constantemente em busca de maior eficiência. O controle da gestão dos bens reversíveis não deve prejudicar esse processo, visto que a busca constante de maior produtividade e o compartilhamento desses ganhos com os usuários são objetivos do próprio modelo. Paralelamente, não se deve substituir o juízo do empresário pelo do regulador quando se trata de decisões voltadas a garantir maior competitividade às Concessionárias. Portanto, no que tange à eficiência empresarial, que tem reflexos diretos no nível das tarifas, a preocupação do regulador deve ser a de conceder o maior grau de liberdade possível ao empresário, pois é pressuposto do modelo que este atuará sempre em busca de maior produtividade.

4.2.132. O foco de atenção do regulador, portanto, deve ser outro, qual seja, o da continuidade da prestação do serviço após o término do Contrato de Concessão, pois é justamente nesse ponto em que os interesses do Concessionário e do Poder Concedente podem não estar alinhados. Por conseguinte, é necessário que se tenha uma definição clara não somente dos bens que são diretamente aplicados na operação do serviço concedido, como também daqueles que, por seu grau de criticidade para a continuidade da prestação do serviço adequado, devem estar sujeitos ao regime de propriedade reversível.

4.2.133. O equacionamento desses dois vetores implica, de um lado, conceder liberdade para que o Concessionário possa dimensionar o capital reversível de forma ótima na busca de maior eficiência empresarial. Isso significa admitir variações não só na extensão desse capital, bem como em sua composição no que tange a bens próprios e de terceiros. De outro lado, com o objetivo de garantir a continuidade do serviço no longo prazo, é necessário haver um acompanhamento desse processo por parte do regulador, bem como a discriminação de situações em que, a partir de considerações de caráter quantitativo e qualitativo, seja imprescindível o regime de propriedade reversível. Em outros termos, deverá a Anatel estabelecer não só

quantitativos mínimos de capital reversível como também determinar quais conjuntos de bens, por sua criticidade para a continuidade do serviço, não podem estar sujeitos a regime de contratação com terceiros mediante ajustes de aluguel e outros equivalentes.

4.2.134. Nesse contexto, em esforço de revisão das diretrizes expostas nos itens 3.2.64 a 3.2.66 da Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, entendo que a principal responsabilidade da Concessionária ao solicitar a desvinculação de um bem reversível é demonstrar a prescindibilidade do ativo em questão para a exploração do serviço em face de sua utilização atual e perspectiva de emprego no futuro. Tal demonstração terá como finalidade comprovar à Anatel que a retirada do bem do acervo reversível não resultará em risco adicional à continuidade do serviço no longo prazo.

4.2.135. Outrossim, deverá a Concessionária, em caso de alienação do referido bem, depositar os valores apurados com a venda em conta vinculada, para posterior aplicação na Concessão, consoante o disposto no art. 17, do RCBR. Diferentemente do foi defendido na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, entendo não ser possível demandar a apresentação de *projetos de investimentos em bens reversíveis com seus respectivos cronograma e objetivos a serem realizados com os referidos recursos*, tendo em vista que tal exigência ultrapassa a previsão regulamentar que, nos termos do citado dispositivo, limita-se a prever a obrigatoriedade de depósito dos valores em conta vinculada até sua definitiva aplicação na Concessão.

4.2.136. No que tange à substituição de bens próprios por bens de terceiros, deve ser demonstrada a ausência de risco para a continuidade da prestação do serviço público no longo prazo. Para que esse aspecto seja devidamente examinado pela Anatel, é necessário que esta desenvolva critérios para avaliar o grau de risco à continuidade do serviço no longo prazo associado aos diversos conjuntos de bens da prestadora. Conforme bem examinado na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, a contratação de recursos junto a terceiros, embora possa ser economicamente mais eficiente, agrega risco adicional à operação do negócio em relação à utilização de bens próprios. Trata-se, efetivamente, da substituição de uma relação de direito real por uma de direito obrigacional. Não se ignora que a determinados bens, por sua relevância estratégica na operação do serviço, seja indispensável a aplicação do regime da propriedade reversível, pois sua contratação junto a terceiros poderia submeter a operação do serviço concedido a riscos inaceitáveis. Na ausência de tais riscos, entretanto, não se deve opor obstáculos desnecessários à busca de arranjos mais eficientes de alocação do capital por parte do empresário, mediante o uso da faculdade de que trata o art. 94 da LGT.

4.2.137. Para essa avaliação de risco, além da apreciação dos aspectos técnicos específicos do ativo a ser substituído, será também necessária a apresentação da documentação de que trata o art. 12 do RCBR. Nesse ponto, são especialmente pertinentes algumas inquirições sugeridas na Análise nº 131/2012-GCRZ, de 9/3/2012, como a verificação de *sobreposição das datas de vencimentos dos contratos para utilização de bens de terceiros e sua proximidade com a data de término do Contrato de Concessão*; de *riscos à continuidade do serviço, inclusive de interrupção do serviço público em caso de inadimplência da concessionária com o terceiro*; e de *indício de sobre custo e de conflito de interesse, especialmente nos contratos com terceiros que se estendam após o término do Contrato de Concessão*.

Das Considerações Finais

4.2.138. Diante do que foi exposto até o momento, algumas conclusões podem ser extraídas no que tange ao encaminhamento do presente processo.

4.2.139. Primeiramente, creio estar suficientemente demonstrada a impossibilidade de conhecimento do Recurso Administrativo interposto pela Telefônica, vez que busca reformar decisão diversa a que se refere, além de se ter identificado comportamento da interessada incompatível com o desejo de reforma da decisão que ora busca contestar.

4.2.140. O não conhecimento do Recurso, por sua vez, não constitui obstáculo intransponível à revisão da decisão consubstanciada no Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012, mediante o exercício do poder de autotutela. Os efeitos de tal decisão, ademais, transcendem os limites do presente processo, vez que ela estabelece orientações gerais a serem seguidas em operações relativas a bens reversíveis de todas as Concessionárias do STFC.

4.2.141. No esforço de reavaliação das diretrizes anteriormente aprovadas pelo Conselho Diretor, verificou-se, a partir de argumentos jurídicos e econômicos, não se mostrar adequada uma política de maximização do capital reversível. Precedentes jurisprudenciais analisados, referentes ao tema, focaram a análise da reversibilidade primordialmente em aspectos funcionais. Além disso, observou-se que a manutenção de um estoque de capital reversível acima do ponto ótimo prejudica a obtenção de maiores níveis de eficiência e, conseqüentemente, de tarifas menores e mais competitivas frente a concorrentes que atuam em regime jurídico mais flexível.

4.2.142. Dessa forma, concluiu-se que a reversibilidade de um bem deve estar associada à sua efetiva imprescindibilidade para a prestação (fruição) do serviço concedido, o que se avalia pela sua utilização atual ou perspectiva concreta de emprego no futuro. A partir desse critério, portanto, não devem ser considerados reversíveis ativos que apenas indiretamente se relacionam com o STFC por meio da geração de rendimentos complementares que contribuem para a sustentabilidade financeira da Concessionária.

4.2.143. De forma semelhante, observou-se que a reversão de imóveis puramente administrativos não se mostra necessária para a garantia da continuidade do serviço. De um lado, uma transição planejada para o próximo Contrato de Concessão permitirá ao novo Concessionário construir suas próprias estruturas administrativas, o que inclui a aquisição ou contratação dos imóveis e demais equipamentos que lhe darão suporte. De outro, eventual término antecipado da Concessão tampouco seria causa suficiente a demandar a reversão de bens imóveis alugados a atividades administrativas, vez que, em tais casos anômalos, a própria LGT confere à Anatel o poder de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis – reversíveis ou não – da antiga Concessionária, bem como fazer uso do pessoal empregado e manter os contratos já em execução com o objetivo de evitar ruptura na prestação do serviço. Além disso, a reversibilidade de imóveis administrativos representa ônus potencial a incidir sobre as tarifas do serviço, vez que demanda a amortização integral desses ativos no prazo da Concessão, e não apenas seu custo de utilização nesse mesmo período.

4.2.144. No que se refere à análise de operações que envolvam bens reversíveis pela Anatel, conclui-se pela necessidade de propor novas diretrizes, em substituição às aquelas aprovadas por meio do Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012. Para a desvinculação de bens reversíveis, a análise a ser empreendida pela Anatel deve considerar a efetiva indispensabilidade do bem para a prestação do STFC, por meio da avaliação da utilização atual do bem e de sua perspectiva de emprego futuro. Já nas operações de substituição de bens próprios por bens de terceiros, a decisão da Agência deve focar no risco que o ativo representa para a continuidade da prestação do serviço no longo prazo, de forma que a operação não será autorizada quando a contratação daquele recurso junto a terceiros representar risco superior ao aceitável.

4.2.145. Por fim, ainda quanto ao pedido inicialmente deduzido pela Telefônica no presente processo, cumpre esclarecer que, em que pese o não conhecimento de seu Recurso Administrativo, deve-se admitir a possibilidade de reapresentação de seu pedido inicial, que deverá ser analisado de acordo com as novas diretrizes a serem aprovadas.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho:

- a) não conhecer do Recurso Administrativo interposto por Telefônica Brasil S.A., em face do Despacho Decisório nº 5.194/2013-COUN/SCO, de 25/10/2013;
- b) revogar os itens *a* e *c* do Despacho nº 2.262/2012-CD, de 21/3/2012;
- c) ratificar a necessidade de solicitação de anuência prévia à Anatel para desvinculação de qualquer imóvel atualmente relacionado na Relação de Bens Reversíveis;
- d) aprovar as seguintes diretrizes a serem observadas, paralelamente ao disposto no Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução nº 447, de 19/10/2006, em operações que envolvam bens reversíveis e que dependam de anuência prévia da Anatel, nos termos do art. 101 da Lei nº 9.472, de 16/7/1997:
 - i. nas operações para desvinculação de bens reversíveis, a interessada deve demonstrar a prescindibilidade do ativo para a prestação do serviço concedido, que será analisada pela Anatel mediante avaliação da utilização atual do bem e da perspectiva de seu emprego no futuro;
 - ii. nas operações de substituição de bens próprios por bens de terceiros, a Anatel deve avaliar o risco da operação para a continuidade da prestação do serviço no longo prazo, considerando as características técnicas do ativo e seu grau de criticidade na operação do serviço, além dos seguintes aspectos:
 - a. ocorrência de sobreposição das datas de vencimentos dos contratos para utilização de bens de terceiros e sua proximidade com a data de término do Contrato de Concessão;
 - b. existência de riscos à continuidade do serviço, inclusive de interrupção do serviço público em caso de inadimplência da concessionária com o terceiro; e
 - c. indício de sobre custo e de conflito de interesse, especialmente nos contratos com terceiros que se estendam após o término do Contrato de Concessão.

É como considero.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR

IGOR VILAS BOAS DE FREITAS