

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação – FACE

Centro de Estudos e Regulação de Mercados – CERME

ANDRÉ SARAIVA DE PAULA

**ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA: POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO AO CONTROLE DOS BENS, SERVIÇOS E DIREITOS
VINCULADOS AOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Regulação e Gestão de Negócios da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Regulação e Gestão de Negócios.

Orientador: Dr. Marcus Faro de Castro

Brasília

2011

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação – FACE

Centro de Estudos e Regulação de Mercados – CERME

ANDRÉ SARAIVA DE PAULA

**ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA: UMA POSSIBILIDADE
DE APLICAÇÃO AO CONTROLE DOS BENS, SERVIÇOS E DIREITOS
VINCULADOS AOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Regulação e Gestão de Negócios da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Regulação e Gestão de Negócios.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Marcus Faro de Castro

(Orientador)

Professor Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Professor Dr. Antônio Moura Borges

(Universidade Católica de Brasília / Membro Externo)

Brasília

2011

Dedicatória

À Maria Goreti

Agradecimento

À esposa e à família pela paciência e compreensão, apoio e carinho.

Ao Professor Doutor Marcus Faro de Castro pela orientação, paciência e ajuda.

**Aos membros da banca examinadora, Professor Dr. Antônio Moura Borges e
Professor Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira.**

**À Márcia Nalu Gonçalves e ao Tiago Mello, servidores do CERME (Centro de
Estudos em Regulação de Mercado).**

**À Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) pela oportunidade e pelo apoio
financeiro.**

Epígrafe

“De nossa parte, não usaremos frases bonitas, pois deveis saber tanto quanto nós que o justo, nas discussões entre os homens, só prevalece quando os interesses de ambos os lados são compatíveis, e que os fortes exercem o poder e os fracos se submetem”¹

¹ TUCÍDIDES. História da Guerra do Peloponeso. tradução Mario da Gama Kury. Clássicos IPRI. Brasília: Editora Universidade de Brasília/Edições Imprensa Oficial de São Paulo/ Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1987. v. 98; p. 348)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Regulação e Gestão de Negócios da Universidade de Brasília, como requisito para conclusão de curso de Mestrado em Regulação e Gestão de Negócios

Paula, Andre Saraiva de. Brasília, 2011. 154 p. Dissertação de Mestrado. Análise Jurídica da Política Econômica: Uma Possibilidade de Aplicação ao Controle dos Bens, Serviços e Direitos Vinculados aos Serviços de Telecomunicações. Centro de Estudos de Regulação de Mercados, Universidade de Brasília.

Resumo:

A reforma do Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução Anatel nº 447/2006 tem sido objeto de debates em setores relevantes do Estado brasileiro. As propostas de alteração foram também objeto da Consulta Pública nº 52/2010. Como participante deste debate, o Tribunal de Contas da União (TCU) manifestou-se pela necessidade da adoção de novos métodos, que representem uma evolução em relação a como o controle e a fiscalização relativos aos bens reversíveis de concessionárias de serviços de telecomunicação são atualmente realizados. Para este órgão, o simples aprimoramento do regulamento não é uma garantia de monitoramento mais efetivo dos bens, serviços e direitos das concessionárias. Como metodologia alternativa para avaliar o controle de bens reversíveis na telefonia fixa, o trabalho considera a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE) aplicada aos direitos de produção, tal como proposta pelo jurista Marcus Faro de Castro da Universidade de Brasília. O trabalho argumenta que a AJPE pode ser aplicada em substituição ao método atualmente adotado para o controle das concessionárias com respeito aos bens reversíveis. São apresentadas as definições jurídicas e econômicas para interesse público, serviços públicos e bens públicos, dentre outros. São detalhadas algumas noções relacionadas à AJPE como, redes de contratos, valor monetário, valor de utilidade. Como um exercício parcial de aplicação da AJPE aos serviços de telecomunicações, o trabalho especifica o direito de consumo e direito de produção (propriedade comercial) e referenciais analíticos, potencialmente úteis à discussão sobre reversão de bens de concessões de telefonia fixa.

Palavras-Chave:

Metodologia – Controle – Concessão – Bens Públicos – Serviços Públicos – Telecomunicações – Análise Jurídica Política de Produção

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Regulação e Gestão de Negócios da Universidade de Brasília, como requisito para conclusão de curso de Mestrado em Regulação e Gestão de Negócios

Paula, Andre Saraiva de. Brasília, 2011. 154 p. Dissertação de Mestrado. Análise Jurídica da Política Econômica: Uma Possibilidade de Aplicação ao Controle dos Bens, Serviços e Direitos Vinculados aos Serviços de Telecomunicações. Centro de Estudos de Regulação de Mercados, Universidade de Brasília.

Abstract

A reform of the regulatory framework governing the so-called “reversible goods” under Brazilian administrative law was approved by Anatel (the Brazilian regulatory agency for the telecommunications sector) through Anatel Resolution n^o. 447/2006. However, this new regulation has sparked debates among important Brazilian authorities. More recently, further reform proposals have been considered by means of Public Hearing no. 52 held in 2010 by Anatel. As participant of this debate, the Brazilian Court of Audit (BCA) stressed that new methods must be adopted, in order to improve the control and monitoring of reversible goods of telecommunications companies. According to the BCA, reforms of the regulation brought under Resolution no. 447/2006 are not a guarantee of more effective control of the goods, services and rights of telephone companies subject to regulatory supervision. The present work considers, as a methodology of control and supervision of “reversible assets” in the telecommunications sector, the Legal Analysis of the Economic policy (LAEP) applied to “production rights”, as elaborated by the jurist Marcus Faro de Castro, of the University of Brasília. This paper argues that the LAEP approach can be applied in lieu of the method currently adopted for the control of the public utilities with respect to reversible goods. The legal and economic definitions of public interest, public services and public goods amongst others are presented. Some concepts advanced by the LAEP approach are described, including those of contractual networks, monetary value, and utility value. As a partial exercise of the application of the LAEP approach to the services of telecommunications, the paper specifies rights claims pertinent to consumption rights and to production rights and other analytical references that are potentially useful to the discussion on asset reversibility in the context of landline telephone services.

Key Words:

Methodology – Control – Concession – Public Goods – Public Services – Telecommunications – Legal Analysis of Production Policy

Sumário

Folha de Rosto	I
Folha de Aprovação	III
Dedicatória	V
Agradecimento	VII
Epígrafe	IX
Resumo	XI
Abstract	XIII
Sumário	XV
Lista de Abreviaturas e Siglas	XIX
Lista de Figuras	XXIII
Capítulo 1 – Introdução	25
Capítulo 2 – Interesse Público, Serviços Públicos, Bens Públicos e Bens Reversíveis nas Concessões de Serviços de Telecomunicações	35
2.1. O Interesse Público	36
2.2. Conceito de Serviços Públicos	37
2.2.1. O Conceito Jurídico	37
2.2.2 O Conceito Econômico	39
2.3. Conceito de Bens Públicos	42
2.3.1 A Perspectiva Econômica	42
2.3.2. Bens Públicos sob a Ótica Jurídica	46
2.4. A Reversão nas Concessões de Serviços Públicos	50
2.4.1. Os Primeiros Diplomas Legais Prevendo a Reversão nas Concessões de Serviços Públicos	53

2.4.2. A Reversão nas Concessões de Serviços Públicos e a Influência da Doutrina Francesa	54
2.4.3. A Reversão e a Continuidade dos Serviços Públicos	56
2.4.4. Bens Reversíveis, Bens Públicos e Bens Privados nas Concessões de Serviços Públicos	57
2.4.5. A Necessidade de Previsibilidade da Reversão em Lei ou no Contrato de Concessão	59
2.4.6. A Condição Gratuita ou Onerosa da Reversão nas Concessões de Serviços Públicos	62
2.4.7. Uma Possibilidade de Classificação dos Bens Associados à Reversão nas Concessões de Serviços Públicos	65
2.5. O Conceito Tradicional de Bens Reversíveis nas Concessões de Serviços de Telecomunicações	66
Capítulo 3 – Dois Debates Relacionados ao Monitoramento, Controle e Fiscalização dos Bens Reversíveis das Concessões de Serviços de Telecomunicações: Tribunal de Contas da União e Poder Judiciário	69
3.1. Análise do Tribunal de Contas da União (TCU)	70
3.2. Litígio Judicial	74
3.2.1. O Caso de Alienação pela Brasil Telecom S/A de Suposto Bem Reversível em Joinville/SC	74
Capítulo 4 – Evolução Filosófica, Doutrinária, Pressupostos e Procedimento da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE)	81
4.1. Contexto Filosófico de Concepção da Análise Jurídica da Política Econômica	82
4.2. Estudos que Precederam à Análise Jurídica da Política Econômica	85
4.3. Algumas Considerações sobre a Noção de Economia e Agregados Contratuais	87
Capítulo 5 – Da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE) À Análise Jurídica das Políticas e Produção	91

5.1. Considerações sobre a Análise Jurídica da Política Econômica e Análise Jurídica das Políticas de Produção	91
5.2. Procedimento da Análise Jurídica das Políticas de Produção	93
Capítulo 6 – Análise Jurídica das Políticas de Produção: Um Exercício Parcial de sua Aplicabilidade ao Monitoramento dos Bens, Serviços e Direitos Vinculados às Concessões dos Serviços de Telecomunicações Prestados sob o Regime Público	97
6.1. Identificação da Política Pública	98
6.2. Especificação do Direito Fundamental Correlato	99
6.3. Normas Jurídicas como Instrumento de Coesão Social	102
6.4. Estado, Economia de Mercado e Serviços Públicos	103
6.5. Redes de Contratos dos Serviços de Telecomunicações: O Caso do Serviço Telefônico Fixo (STFC)	104
6.6. Rede de Contratos, Valores Monetários e Valores de Utilidade	108
6.7. Decomposição Analítica do Direito em Elementos Prestacionais	110
6.7.1. Decomposição Analítica do Direito de Consumo em Elementos Prestacionais	110
6.7.2. Decomposição Analítica do Direito de Produção em Elementos Prestacionais	111
6.8. Quantificação de Direitos Analiticamente Decompostos	113
6.8.1. Quantificação dos Direitos de Consumo	113
6.8.2. Quantificação dos Direitos de Produção	113
6.9. Índice de Fruição Empírica (IFE) e Padrão de Validação Jurídica (PVJ)	114
Capítulo 7 – Conclusão	117
Referências Bibliográficas	121
Anexo 1 - Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região referente à Apelação Cível Nº 2004.72.01.005445-5/SC	127

Anexo 2 - Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) referente ao Recurso Especial
Nº 971.851 - SC 135

Anexo 3 – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) referente ao Agravo
Regimental (AgRg) no Recurso Especial Nº 971.851 – SC 141

Lista de Abreviaturas e Siglas

AC - Acórdão

ADI / ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

AGU – Advocacia Geral da União

AJPE – Análise Jurídica da Política Econômica

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

AT – Ativo Total

BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social

Brasil Telecom – Nome fantasia utilizado pela concessionária Tele Centro Sul S/A

CD – Conselho Diretor

CERME - Centro de Estudos e Regulação de Mercados

CLS – “Critical Legal Studies” (Estudos Jurídicos Críticos)

CP – Consulta Pública

CRFB/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5.10.1988

CTBC - Companhia de Telecomunicações do Brasil Central

DESCs – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

DOU – Diário Oficial da União

Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações

ELP – Exigível a Longo Prazo

FACE – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação

GCJR – Gabinete do Conselheiro João Resende

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IFE – Índice de Fruição Empírico

IGQO – Índice Geral de Qualidade Operacional

IQ – Índice de Qualidade

IS – Índice de Solvência

JF – Justiça Federal

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

MC – Medida Cautelar

MiniCom – Ministério das Comunicações

MPF – Ministério Público Federal

Oi – Nome fantasia utilizado pela concessionária Telemar Norte Leste S/A

PASOO – Plano Alternativo de Serviço de Oferecimento Obrigatório

PBCP – Gerência-Geral de Competição

PBCPD – Gerência de Defesa da Competição

PBOA – Gerência-Geral de Outorga, Acompanhamento e Controle das Obrigações Contratuais

PBOAC - Gerência de Acompanhamento e Controle das Obrigações Contratuais

PC – Passivo Circulante

PFE – Procuradoria Federal Especializada

PGF – Procuradoria Geral Federal

PGMQ – Plano Geral de Metas de Qualidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no Regime Público

PGMU – Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no Regime Público

PGO – Plano Geral de Outorgas

PGU – Procuradoria Geral da União

PND – Plano Nacional de Desestatização

PST – Posto de Serviços de Telecomunicações

PSTs – Postos de Serviços de Telecomunicações

PVJ – Padrão de Validação Jurídica

RBR – Relação de Bens Reversíveis

RCBR – Regulamento de Controle de Bens Reversíveis

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RIQ – Regulamento de Indicadores de Qualidade

SC – Santa Catarina

SCM – Serviço de Comunicação Multimídia

Sefid – Secretaria de Fiscalização da Desestatização

SEFID – Secretaria de Fiscalização da Desestatização

Sercomtel - Sercomtel S.A. Telecomunicações

SICAP – Sistema Integrado de Controle e Autuação de Processos

SMP – Serviço Móvel Pessoal

SP – São Paulo

SPB – Superintendência de Serviços Públicos

SRF – Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização

STF – Supremo Tribunal Federal

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUE – Superintendência Executiva

TC – Tomada de Contas

TCU – Tribunal de Contas da União

Telemar – Telemar Norte Lesta S/A

TELESC – Telecomunicações de Santa Catarina S/A

Telesp – Telecomunicações de São Paulo S/A

TRF 1ª Região – Tribunal Regional Federal da 1ª Região

TRF 4ª Região – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UnB – Universidade de Brasília

Lista de Figuras

Figura 01 - Representação dos Direitos de Consumo e de Produção	73
Figura 02 - Representação da Coesão Social decorrente de Políticas Públicas.	75
Figura 03 – Exemplo de Redes de Contratos relativas à Contratação do STFC LOCAL	78
Figura 04 – Exemplo de Redes de Contratos relativas à Convergência de Tecnologias	79
Figura 05 – Distribuição da Competência de Verificação dos Contratos de Bens e Serviços da Concessão do STFC.	84

Capítulo 1 – Introdução

Há mais de uma década foi promulgada a Lei Geral de Telecomunicações (LGT).² Este diploma legal estruturou o setor de telecomunicações no Brasil e disciplinou os chamados “bens reversíveis” relacionados aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.³

No presente trabalho, o conceito de bens reversíveis corresponde ao conjunto de bens de natureza privada, integrantes do patrimônio da concessionária de serviço público. Estes bens, nos termos do parágrafo único do artigo 102 da LGT⁴, devem ser capazes de manter a continuidade e a atualidade do serviço ao término da concessão. Em virtude disso eles então reverterão ao poder concedente. De forma mais clara, ao término da concessão, tais bens serão transferidos do patrimônio privado para o patrimônio público como forma de manter a atualidade e a continuidade dos serviços públicos concedidos.

Atualmente, o Serviço Telefônico Fixo Comutado⁵ (STFC), mais conhecido como telefonia fixa, é o único⁶ serviço de telecomunicação prestado sob o regime público. O

² Lei Geral de Telecomunicações (LGT), foi a denominação associada à Lei nº 9.472, de 16.7.1997 – Brasil (1997).

³ Pela LGT, segundo o artigo 63, os serviços de telecomunicações podem ser prestados no regime público e privado: “Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”.

Portanto, os serviços de telecomunicações prestados em regime público são explorados mediante concessão ou permissão, com a atribuição à sua prestadora de obrigações de universalização e continuidade, que a União compromete-se a assegurar, dada a imprescindibilidade social, em todos os lugares onde for possível conforme João Carlos Mariense Escobar (Serviços de Telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005; p. 47). O serviço prestado no regime público tem assegurados, ainda, o controle (público) de tarifas. Tais serviços são subordinados ao Direito Público, aos princípios e condicionamentos que regem as atividades da Administração Pública e que disciplinam as relações entre ela e os indivíduos (ibidem, p. 29). Já os serviços de telecomunicações prestados em regime privado são explorados por particulares, mediante *autorização*. Estes, no entanto, não estão sujeitos a obrigações de universalização e continuidade, nem à prestação assegurada pela União.

⁴ Redação do Artigo 102 da LGT: “Art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.

Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

⁵ Tanto a LGT quanto o Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 73 da Anatel, de 25.11.1998, estipulam modalidades de serviços de telecomunicações. Dentre os serviços mais comuns tem-se, por exemplo, que a telefonia móvel é denominada tecnicamente de Serviço Móvel

vínculo jurídico entre o poder concedente e a iniciativa privada, neste caso, é estabelecido através de contrato de concessão. Ademais, ressalta-se que a reversibilidade de bens, segundo o diploma legal em questão, está associada apenas à concessão.⁷

É importante salientar que geralmente os bens reversíveis são analisados e estudados no âmbito do Poder Público⁸ como se fossem “bens públicos”⁹, embora não haja sinonímia.

Segundo Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁰, a Lei n° 9.472, de 16.7.1997, ao dispor sobre os bens reversíveis, traduz de forma mais flexível¹¹ a reversibilidade¹² na extinção dos contratos de concessão¹³, se comparada à Lei n°

Pessoal – SMP (anteriormente a denominação técnica era Serviço Móvel Celular – SMC). A telefonia fixa é denominada tecnicamente de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC. O serviço de banda larga recebe a denominação de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM.

⁶ Evidencia-se que pela LGT há previsão legal para outros serviços, conforme Artigo 64: “Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”.

⁷ Ver o teor do Artigo 102 da LGT que se encontra transcrito na nota de rodapé 4

⁸ Cf. Processo n° 53500 002058/2008 em trâmite na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Processo de Tomadas de Contas 020.460/2008-3 do Tribunal de Contas da União (TCU); atuação do Ministério Público Federal (MPF) no âmbito da Ação Popular n° 2004.72.01.005445-5; Acórdão referente ao recurso de agravo regimental AgRg no REsp n° 971851/SC do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo. 20 ed.; Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 858) define bens públicos como “todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”.

Ademais, na mesma obra, mais adiante o ilustre jurista arremata:

“A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público” (ibidem, p. 859).

¹⁰ O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. Temas de Direito Regulatório. Sérgio Guerra - coord.; Freitas Bastos Editora: Rio de Janeiro, 2004; pp.134-159.

¹¹ Ibidem, p. 141: “(...) a Lei Geral de Telecomunicações adotou um sistema muito mais flexível do que aquele tradicionalmente lembrado como referência”. A referência em questão é a Lei n.º 8.987, de 13.2.1995.

¹² A reversão impõe à iniciativa privada o ônus em realizar os investimentos necessários à exploração de serviços de natureza essencial à sociedade, mediante exclusividade por determinado lapso temporal, ou então, pela garantia de certa remuneração tarifária. Ao término da concessão, os investimentos realizados que garantirão a continuidade e a atualidade dos serviços passam a integrar o patrimônio do poder concedente, ou seja, reverterem para o poder público. Este mecanismo possibilita ao poder público direcionar seus recursos para outras áreas de atuação sem comprometer a prestação dos serviços que ficarão a cargo das concessionárias.

¹³ Considerando o teor do caput e do §1.º do artigo 207 da LGT, bem como, o conteúdo das cláusulas dos contratos de concessão atinentes aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público, assinados em 2.6.1998 e, também, em 22.12.2005, acredita-se que a extinção das concessões ocorrerão ao final do ano de 2025. A redação do caput e do §1.º do artigo 207 da LGT é a seguinte:

“Art. 207. No prazo máximo de sessenta dias a contar da publicação desta Lei, as atuais prestadoras do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral, inclusive as referidas no art. 187

8.987¹⁴, de 13.2.1995, que disciplina os bens reversíveis das concessões de serviços públicos em geral.

Embora a LGT possua 215 (duzentos e quinze) artigos, apenas 2 (dois) deles fazem menção aos bens reversíveis: o artigo 101¹⁵ e o 102¹⁶. Nos dispositivos legais mencionados, não há clareza quanto à definição e tampouco quanto à forma de pagamento e eventual indenização relacionada a tais bens ao término da concessão.¹⁷ Esta falta de clareza e de definição também se reproduz nos contratos de concessão.¹⁸

desta Lei, bem como do serviço dos troncos e suas conexões internacionais, deverão pleitear a celebração de contrato de concessão, que será efetivada em até vinte e quatro meses a contar da publicação desta Lei. § 1º A concessão, cujo objeto será determinado em função do plano geral de outorgas, será feita a título gratuito, com termo final fixado para o dia 31 de dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos, a título oneroso, desde que observado o disposto no Título II do Livro III desta Lei”.

¹⁴ A Lei n.º 8.987, de 13.2.1995, disciplina as concessões e permissões de serviços públicos em geral. Conseqüentemente, recebeu da doutrina pátria a denominação de Lei Geral das Concessões, como é mais conhecida. Todavia, o artigo 210 da LGT prevê que aquele diploma legal não será aplicado às concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e também as respectivas licitações destes.

“Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”.

Todavia, em nosso entendimento, não há quaisquer impedimentos, ou então, violação da LGT, caso se aplique subsidiariamente os princípios gerais da Lei n.º 8.987, adotando-os por analogia, especialmente as disposições atinentes ao detalhamento dos bens reversíveis e eventuais indenizações correlatas a esses (§§ 3.º a 6.º do artigo 42), que foram introduzidas pela Lei n.º 11.445, de 5.1.2007.

¹⁵ Redação do Artigo 101 da LGT: “Art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência”.

¹⁶ A redação do Artigo 102 da LGT se encontra transcrita na nota de rodapé 4.

¹⁷ Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara (O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. Temas de Direito Regulatório. Sérgio Guerra - coord.; Freitas Bastos Editora: Rio de Janeiro, 2004; p. 145) sustentam que: “Assim foi feito pela LGT, ao impor uma série de condicionantes aos proprietários de bens utilizáveis na prestação de serviços públicos”. Logo, a anuência prévia da Anatel para a alienação, a oneração ou a substituição de bens pelas concessionárias de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público é considerada pelos juristas como uma condicionante ao exercício do direito da propriedade. Todavia, esta condicionante não estabelece qualquer clareza quanto à estipulação de quais bens são reversíveis.

¹⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto (Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. Revista de Direito Público da Economia – RDPE; ano 1; n. 1; jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral; pp. 108-109) evidencia que: “O Contrato de Concessão do STFC, único serviço hoje explorado em regime público, tratou do regime dos bens reversíveis mais amiúde”

É bom evidenciar que o jurista assessorou a elaboração das minutas dos contratos de concessão (ibidem, p. 110): “Posso hoje testemunhar que, na elaboração das minutas dos Contratos de Concessão, quando da discussão do regime de reversão dos bens vinculados à concessão, houve de parte da direção da Anatel à época uma tríplice preocupação. De um lado, não se queria intervir na liberdade de auto-organização da concessionária, na sua decisão sobre a melhor e mais racional maneira de adquirir e gerir seus bens. De outro, desejava-se evitar que investimentos feitos pela concessionária em bens não necessários à prestação dos serviços fossem considerados em cálculos de indenizações ou como parâmetros de adequabilidade tarifária. Por fim, queria-se assegurar que o regime de reversão não servisse para engessar o acervo de bens, para impedir a sua permanente atualização, o que não seria conseguido se se fizesse uma lista exaustiva, discriminada e detalhada dos bens considerados reversíveis. Daí por que da adoção da fórmula do Anexo 01, com um arrolamento genérico e meramente indicativo”.

É oportuno salientar também que Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara (O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. Temas de Direito Regulatório. Sérgio Guerra - coord.; Freitas Bastos Editora: Rio de Janeiro, 2004, pp. 147-149) explicitam a falta de definição taxativa dos bens reversíveis associados ao STFC: “O contrato de concessão do STFC não abriu mão completamente de fixar o regime da

A prática atualmente adotada pela administração pública em relação aos bens reversíveis incorpora uma idealização: a de que basta apenas a transferência de bens do concessionário ao poder concedente para que esteja garantida a continuidade da prestação do serviço público concedido. Além dos bens, alguns serviços e direitos¹⁹ também são essenciais para se garantir a continuidade da prestação dos serviços.

Anteriormente à privatização, toda a infra-estrutura das prestadoras de serviços de telecomunicações era direcionada para a prestação do STFC (telefonia fixa). Hoje, o STFC é apenas um dos serviços oferecidos através da infra-estrutura das prestadoras (banda larga, telefonia móvel, TV a cabo dentre outros). A reversibilidade de bens se

reversibilidade em relação a alguns bens afetados à prestação do serviço. Fez isso, todavia, de maneira peculiar. Não há, no regime instituído contratualmente, uma definição absoluta em relação aos bens que, ao final da concessão, serão revertidos ao patrimônio do poder concedente. Vejamos o modelo adotado em tais contratos.

De um modo geral, é possível afirmar que a indicação dos bens reversíveis foi feita de maneira vaga. O tema foi versado no Capítulo XXI do contrato. Confira-se a cláusula em que se buscou circunscrever o universo de bens reversíveis:

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

(...)

É necessário reconhecer que, na parte final, a referida cláusula parece ter buscado estabelecer um conteúdo mínimo a respeito da indicação dos bens indispensáveis à prestação do serviço objeto de concessão. Constituiriam este núcleo básico os bens arrolados no Anexo 01 do Contrato. Todavia, ao contrário do que faz supor a leitura isolada da cláusula, o Anexo não contém listagem individualizada desses bens. Optou-se, mais uma vez, por uma fórmula de caráter aberto, que permite perfeitamente a variação quanto aos elementos integrantes da lista. Deveras, os bens não foram enumerados individualmente; menciona-se apenas que os bens que cumprissem determinadas funções estariam vinculados à concessão. Confira-se o teor do referido Anexo:

‘Anexo N. 01 - Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local

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

A tendência à tessitura aberta desta lista de bens é ainda mais marcante em função do disposto na cláusula 22.4. Referido dispositivo atribui à ANATEL a tarefa de definir concretamente quais os bens que, no momento da extinção do contrato, reverterão ao seu patrimônio. Confira-se:

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

A fórmula adotada nos contratos é perfeitamente compatível com o modelo de exploração econômica dos serviços de telefonia fixa”

¹⁹ Como exemplos tem-se: os serviços de bilhetagem e tarifação, necessários para a emissão das faturas, ou então, o direito de uso do espectro de radiofrequência, as autorizações emitidas por diferentes órgãos públicos para instalar e operar os equipamentos relacionados aos serviços de telecomunicações.

encontra associada ao STFC e não à infra-estrutura, segundo os dispositivos legais mencionados da LGT²⁰.

Com a evolução tecnológica, especialmente o surgimento da telefonia IP²¹, existe a possibilidade de o STFC tornar-se uma tecnologia obsoleta. Neste caso, o STFC tenderia a desaparecer, ou, pelo menos, uma grande parte de seus usuários tenderia a migrar para a tecnologia de telefonia IP. Todavia, a infra-estrutura associada à telefonia IP não prevê a reversibilidade de bens. Na realidade, sequer é um serviço concedido pelo poder público. Em havendo a referida substituição do STFC pela telefonia IP, corre-se o risco de a reversibilidade prevista na LGT tornar-se inócua. O instituto da reversão incidirá sobre um conjunto de bens associado a uma modalidade de serviço de telecomunicação com reduzido número de usuários, ou então, tecnologicamente ultrapassada²².

A redação dos dispositivos da LGT relacionados aos bens reversíveis possibilita presumir que, na época em que a LGT foi elaborada, acreditava-se que o STFC permaneceria como principal serviço de telecomunicação, independentemente das evoluções tecnológicas. Não obstante o número de usuários de outros serviços de telecomunicações já ter superado significativamente o número de usuários do STFC, como ocorreu, por exemplo, com a telefonia móvel²³, ainda assim, o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis aprovado em 19.10.2006, conforme a Resolução Anatel n.º 447/2006²⁴, foi desenvolvido considerando apenas o STFC e desconsiderando quaisquer avanços tecnológicos.

Hoje, a determinação jurídica sobre a existência dos bens reversíveis nos diferentes casos concretos decorre de inventário ou de relação onde estão registrados os

²⁰ Verificar o teor do artigo 101 da LGT, transcrito na nota de rodapé 14, bem como, a redação do Artigo 102 da LGT que se encontra transcrita na nota de rodapé 4.

²¹ A telefonia IP corresponde a designação para o uso das redes de dados que utilizam o conjunto de protocolos de redes (por exemplo, o Internet Protocol (IP) – protocolo de internet), de modo a permitir a transmissão e a recepção de sinais de voz em tempo real na forma de pacotes de dados. A voz é dividida em pacotes de dados e transmitidos de forma segmentada pelas redes de dados, não havendo uma obrigatoriedade de rota entre origem e destino a ser observada pelos pacotes. No STFC a voz é transmitida de forma contínua e numa conexão exclusiva entre origem e destino. Texto adaptado de Andrew S. Tanenbaum (Redes de Computadores. 4 ed. Campus: São Paulo, 2003).

²² Cumpre registrar que tanto na doutrina quanto no âmbito da Anatel ainda não há um consenso a respeito da separação ou não entre a modalidade de serviço de telecomunicação e a infra-estrutura necessária para o funcionamento do respectivo serviço. A afirmação contida no parágrafo decorre de nosso entendimento e experiência profissional.

²³ Em março de 2011 encontram-se habilitados aproximadamente no Brasil 207,6 milhões de terminais de celulares associados ao Serviço Móvel Pessoal (SMP), designação técnica da telefonia móvel, enquanto o STFC (telefonia fixa) possui 42 milhões terminais habilitados segundo Anatel (2011).

²⁴ A resolução em questão aprovou o Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis, atual diploma legal que disciplina a fiscalização, controle e monitoramento dos bens reversíveis associados aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

bens integrantes do patrimônio da prestadora de serviços de telecomunicações.²⁵ São as próprias concessionárias que indicam quais são os bens reversíveis que integram seu patrimônio. Tais inventários contêm, geralmente, o número de patrimônio, qualificação (reversível ou não), situação (onerado ou não), localização, estado de conservação, custo histórico atualizado e depreciado. Estes bens são apenas os associados à prestação do STFC. Bens necessários à prestação de outros serviços de telecomunicações oferecidos pelas concessionárias em substituição ao STFC não têm sido considerados pela Anatel como bens reversíveis.

Não obstante o Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis²⁶ ser bem mais recente que a LGT, naquele ainda persistiu a principal dificuldade: distinguir quais eram os bens reversíveis no patrimônio das concessionárias. A obrigação de elaboração de parecer de auditoria independente²⁷ voltado para este propósito se mostrou ser de execução prática inviável, motivando debates em setores relevantes do Estado brasileiro.²⁸ Destes e, também, das preocupações em aperfeiçoar a disciplina dos bens reversíveis das concessionárias de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público e, principalmente, sanar as inconsistências²⁹ existentes no regulamento

²⁵ Os artigos 4.º e 5.º do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n.º 447 da Anatel, de 19.10.2006, estipulam a entrega o inventário e da relação de bens reversíveis, respectivamente.

²⁶ Resolução Anatel n.º 447, de 19.10.2006.

²⁷ O Artigo 5.º do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n.º 447, de 19.10.2006, estabelece: “Art. 5º. Anualmente, até o dia 30 de abril, a Prestadora deve encaminhar à Anatel, para aprovação a RBR, com bens e direitos agrupados de acordo com o “Anexo – Qualificação dos Bens Reversíveis”, acompanhada de parecer de auditoria independente referente ao cumprimento do disposto neste Regulamento.

§ 1º. A Prestadora, a partir da data citada no *caput*, deve tornar disponível para a Anatel, por meio de sistema de informações com acesso eletrônico, a RBR e o Inventário, correspondentes ao exercício anterior, contendo o histórico de todas as alterações ocorridas no período.

§ 2º. Nos 36 (trinta e seis) meses anteriores à expiração do contrato de concessão ou termo de permissão, a Prestadora deve cumprir, trimestralmente, as determinações constantes do *caput* deste artigo, enviando, ainda, relatório sobre o estoque de partes e peças de reposição e expansão.

§ 3º. Na aprovação da RBR, a Anatel pode utilizar as informações sobre o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, desde a data da assinatura do contrato de concessão, em 2 de junho de 1998”.

A sigla RBR é a abreviação de Relação de Bens Reversíveis.

²⁸ Por exemplo, houve estudos de órgãos técnicos e da auditoria interna da Anatel. Questionamento encaminhado pelo órgão regulador ao Conselho Federal de Contabilidade. E, manifestação encaminhada à Anatel pela Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado (ABRAFIX). Todos estes documentos estão no Processo n.º 53500 002058/2008 em trâmite na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

²⁹ Impossibilidade de elaboração e entrega pelas concessionárias do parecer previsto no *caput* do artigo 5.º do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n.º 447. Ademais, tanto o regulamento citado como a LGT não abrangem as redes contratuais vinculadas à prestação do STFC. Empresas terceirizadas, contratos de prestação de serviços, contratos de leasing ou de locação de infraestrutura são, dentre outros, alguns dos exemplos possíveis de contratos que constituem as redes contratuais das concessionárias para prestar o STFC.

aprovado pela Resolução n.º 447, resultou a Consulta Pública n.º 52, de 20.12.2010, realizada pela Anatel.

A alteração do atual Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis foi objeto da Consulta Pública n.º 52, de 20.12.2010, durante o período de 20.12.2010 a 18.3.2011. No âmbito dessa Consulta Pública, apresentou-se uma “Proposta de Regulamento de Acompanhamento e Controle de Bens, Direitos e Serviços Vinculados à Concessão”. Pelo teor de algumas das alterações, bem como, pela nova designação do regulamento,³⁰ pretendeu-se aparentemente que a reversibilidade deixe de incidir apenas sobre bens essenciais à continuidade e a atualidade do STFC. A reversibilidade abrangeria bens, direitos e serviços vinculados à concessão.

A respeito do teor de algumas das sugestões apresentadas em relação ao texto da Consulta Pública n.º 52, de 20.12.2010, cabe destacar a manifestação do Tribunal de Contas da União (TCU) no âmbito do Acórdão AC-2468-35/2010-P, proferido em relação ao processo de Tomadas de Contas 020.460/2008-3³¹. Nesta decisão se afirma claramente que “o simples aprimoramento do regulamento (...) não é garantia de que controle será mais efetivo”.

Diante do conteúdo focalizado nos dois procedimentos – a Consulta Pública n.º 52 e o Acórdão AC-2468-35/2010-P do TCU – o presente trabalho tem como escopo a realização de uma comparação entre algumas das propostas de alteração constantes da Consulta Pública n.º 52, já mencionada anteriormente, e a proposta da metodologia Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), apresentada por Marcus Faro de Castro³².

O exercício de parcial aplicação da AJPE desenvolvido abaixo poderá agregar conhecimento ao órgão regulador, uma vez que procura oferecer elementos para que algumas das propostas da Consulta Pública n.º 52 sejam aperfeiçoadas, além de fornecer um embasamento doutrinário que objetiva conciliar tanto interesses dos usuários quanto de concessionárias de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

³⁰ O regulamento aprovado pela Resolução n.º 447 da Anatel, de 19.10.2006, é denominada de Regulamento de Controle de Bens Reversíveis. A Consulta Pública n.º. 52 propôs a aprovação do Regulamento de Acompanhamento e Controle de Bens, Direitos e Serviços Vinculados à Concessão.

³¹ Procedimento instaurado pelo TCU para acompanhar a operação de fusão entre as empresas Oi/Telemar e Brasil Telecom. No âmbito deste passou-se também a avaliar a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em relação as duas prestadoras de serviços de telecomunicações citadas, havendo manifestação a respeito do controle dos bens reversíveis destas e, também, do teor das propostas da Consulta Pública n.º 52, de 20.12.2010, antes mesmo que esta consulta fosse disponibilizada à sociedade.

³² Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009

Dessa forma, o presente trabalho apresenta três partes.

A primeira parte elabora algumas considerações a respeito do acompanhamento e controle dos bens reversíveis, correspondendo aos Capítulos 2 e 3.

O Capítulo 2 apresenta alguns conceitos relativos aos bens reversíveis das concessionárias de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público. Tanto sob o aspecto jurídico quanto econômico, analisam-se as definições de interesse público, serviço público, bem público e bens reversíveis.

O Capítulo 3, por sua vez, procura situar e detalhar o tema abordado, e para isso articula algumas considerações relacionadas a eventos administrativos e judiciais envolvendo o atual acompanhamento e controle dos bens reversíveis. São destacados alguns trechos do Acórdão AC-2468-35/2010-P do TCU e é relatado de forma resumida o trâmite da Ação Popular nº 2004.72.01.005445-5 ajuizada perante a 1.º Vara Federal e Juizado Federal Criminal da Seção Judiciária de Joinville/SC em 15.9.2004. Esta teve como autora a cidadã Marília Jusi da Silva e como réus a concessionária de serviços públicos de telecomunicações Brasil Telecom S/A, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), o Sindicato do Comércio Varejista de Joinville e, como assistente da parte Ré, a União Federal (Advocacia Geral da União/Procuradoria Geral da União – AGU/PGU). O objeto da ação questiona a alienação de bem pela concessionária.

No capítulo 4, é apresentada a concepção filosófica e a evolução doutrinária que, segundo nosso entendimento, fundamentou e permitiu ao jurista Marcus Faro de Castro elaborar e propor a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE) aplicada às políticas públicas. Também são oferecidas algumas considerações a respeito da possibilidade de aplicar este tipo de análise a algumas das propostas da Consulta Pública nº 52. Além disso, no Capítulo 4, os pressupostos e os procedimentos analíticos da AJPE são detalhados.

No Capítulo 5, são debatidos alguns conceitos e definições que se apresentam como requisitos para a aplicação da AJPE. São destacadas as especificidades que possibilitam a AJPE ser aplicada às políticas públicas.

No Capítulo 6, são indicados alguns requisitos na forma de um exercício parcial de aplicação da AJPE como uma alternativa ao controle e a fiscalização dos bens, direitos e serviços reversíveis de concessionárias de serviços de telecomunicação.

A última parte do trabalho, isto é, o Capítulo 7, oferece conclusões a respeito do tema abordado.

Por fim, destaca-se que durante a elaboração das propostas de alterações constantes da Consulta Pública nº 52/2010 pela a área técnica da Anatel, não houve qualquer influência da metodologia apresentada neste trabalho com base na metodologia Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), apresentada por Marcus Faro de Castro³³. A sugestão constante no presente trabalho não objetiva propiciar uma fundamentação às propostas de alterações existentes na Consulta Pública nº 52, mas sim demonstrar que ainda é possível aperfeiçoar o monitoramento dos bens, serviços e direitos vinculados aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

³³ op. cit.

Capítulo 2 – Interesse Público, Serviços Públicos, Bens Públicos e Bens Reversíveis nas Concessões de Serviços de Telecomunicações

Conforme destacado nas páginas anteriores, os artigos 101 e 102³⁴ da LGT são os únicos dispositivos legais aprovados pelo Congresso Nacional e sancionados pelo Presidente da República que disciplinam a reversibilidade de bens das concessões de serviços de telecomunicações. Outros instrumentos legais, como os contratos de concessão³⁵ e as resoluções da Anatel³⁶ possuem caráter administrativo e infralegal. Uma concepção presente entre juristas convencionais facilmente representaria todos os referenciais normativos relevantes para a determinação da disciplina jurídica da reversibilidade num sistema de normas hierarquizadas. A aplicabilidade da reversibilidade, nessa perspectiva convencional, torna-se um produto metódico de procedimentos formais, dedutivos.

As análises convencionais pautadas em determinados métodos e escolas da Ciência do Direito, resultam numa concepção de ordenamento jurídico onde os bens reversíveis são referidos como um conjunto de proposições relacionadas ou decorrentes do interesse público, serviços públicos e bens públicos. Estas análises jurídicas são apresentadas de forma sucinta, logicamente ordenada e concatenada.

³⁴ O teor do artigo 101 da LGT está transcrito na nota de rodapé 14, bem como, a redação do Artigo 102 da LGT se encontra transcrita na nota de rodapé 4.

³⁵ Os contratos de concessão atinentes aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público, assinados em 2.6.1998 e, também, em 22.12.2005.

³⁶ São exemplos de normas infralegais, dentre outras, editadas pela Anatel: o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução da Anatel n.º 73, de 25.11.1998; o Regulamento sobre Procedimentos de Contratação de Serviços e Aquisição de Equipamentos ou Materiais pelas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução da Anatel n.º 155, de 16.08.1999; o Regulamento para Expedição de Autorização para Prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral, aprovado pela Resolução da Anatel n.º 283, de 29.11.2001; o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, aprovado pela Resolução da Anatel n.º 426, de 9.12.2005, que revogou o antigo regulamento aprovado pela Resolução da Anatel n.º 85, de 30.12.1998; o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução da Anatel n.º 447, de 19.10.2006. Cabe também evidenciar que há diplomas infralegais anteriores à criação da Anatel que ainda disciplinam os serviços de telecomunicações. São exemplos dessa hipótese: Portaria do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) n.º 213, de 9.12.1994, que credencia o Ministério das Comunicações para emissão de documento comprobatório do emprego de tecnologia nacional em bens de informática aplicado às telecomunicações; Portaria do Ministério dos Transportes / Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (MT/DNER) n.º 368, de 16.6.1999, que estabelece a cobrança de licença a título oneroso às concessionárias de telecomunicações de serviços públicos, privados e de terceiros; Portaria do Ministério dos Transportes / Departamento Nacional de Estradas e Rodagem / Divisão de Estradas (MT/DNER/DE) n.º 944, de 24.9.2001, que estabelece a cobrança de licença a título oneroso às empresas prestadoras de serviços telefônico fixo comutado explorado no regime público, para utilização das faixas de domínio em rodovias federais; dentre outras.

Todavia, é razoável sustentar que análises jurídicas também levem em consideração um conteúdo econômico. José Luís Saldanha Sanches³⁷ ressalta a necessidade de uma interação entre as linguagens econômicas e jurídicas³⁸.

Geralmente, nas abordagens tradicionais os doutrinadores debatem e apresentam as diferentes definições que podem ser atribuídas à expressão “interesse público”. Nestas abordagens, o interesse público é considerado como ponto de partida para definir serviços públicos e bens públicos.

2.1. O Interesse Público

A expressão interesse público pode ser interpretada sob diferentes óticas. Geralmente é apresentada como sinônimo de função pública, interesse coletivo, finalidade pública ou função social. Todavia, estes termos também são genéricos e se amoldam a várias hipóteses de atuação do poder público³⁹. Calixto Salomão Filho⁴⁰ realça a dificuldade em se conceituar interesse público:

“(…) a definição de interesse público é multifacetada – ora política, ora econômica -, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos. Aliás, a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito – verdadeiro e coerente – de interesse público para fins de intervenção do Estado na Economia”.

Cabe evidenciar na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹ há associação entre função social e interesse público:

“(…) Eu tenho sempre chamado a atenção para um aspecto, um dado, que é a função social da propriedade pública, porque, normalmente, nós falamos em função social nos referindo à propriedade privada, mas, da propriedade pública a gente não fala muito em função social, porque é da natureza do bem público servir ao interesse público, ela tem uso coletivo”.

Esta transcrição exemplifica claramente como, em geral, os juristas afirmam a existência de uma associação entre a expressão “interesse público” e as expressões

³⁷ Direito Econômico: um projecto de reconstrução. Coimbra Editora: Coimbra, 2008, p. 54

³⁸ “Economia é, hoje, um terreno com muito diversas metodologias e o regresso à Economia Política constitui um imperativo para uma sociedade em que não existem consensos sobre a função do Estado nem sobre o grau mais adequado de regulação ou sobre o nível que pode ter a tributação sem que daí resulte uma ineficiência insuperável para o funcionamento da economia. Este regresso da Economia Política exige, por isso, uma intersecção entre as linguagens económicas e jurídicas”

³⁹ Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Interesse Público e Direitos do Contribuinte. Dialética, São Paulo, 2007, pp. 80-81) afirma: “Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em texto sobre o significado do termo ‘interesse público’, afirma exatamente que o mesmo que é lugar-comum no vocabulário jurídico e que ‘(…) a força do lugar-comum está, portanto, exatamente numa espécie de aceitação silenciosa. É aí que ele convence! Quanto mais temos de explicar o lugar-comum, menos força ele tem”.

⁴⁰ Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos. 2 ed.; rev. e ampl.; Malheiros Editores: São Paulo, 2008, p. 23

⁴¹ Bens Públicos e o Trespasse de Uso. Boletim de Direito Administrativo – BDA; n. 4; abril; ano XXI; 2005, p. 406

“serviços públicos” e “bens públicos”. Porém, a função social não deve ser considerada como sinônimo de interesse público. É conceito mais amplo que abrange o próprio conceito de interesse público.

2.2. Conceito de Serviços Públicos

2.2.1 O Conceito Jurídico

Primeiramente cabe assinalar que o escopo deste estudo não é a análise dos diferentes conceitos que há para serviços públicos. Desse modo, serão apresentadas apenas algumas definições para serviços públicos dos juristas e economistas pátrios que, segundo nosso entendimento, exerceram ou ainda exercem elevada influência na doutrina nacional e na jurisprudência administrativa e judicial.

Sobre a definição de serviço público, Calixto Salomão Filho⁴² aponta o seguinte:

“[A] doutrina brasileira divide-se, basicamente, em dois pólos. Alguns autores adotam um conceito formal de serviço público e outros optam pela definição material. Em defesa do conceito formal – atividade realizada sob o regime de direito público – arvora-se H.L.Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 33 ed., p. 330). Os doutrinadores brasileiros que adotam um conceito material também são significativos. Cite-se, por exemplo, C.A.Bandeira de Mello e E.Grau (v., respectivamente: Curso de Direito Administrativo, 24 ed., p.656, e A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 12 ed., p. 103)”.

Portanto, sob o conceito formal, “serviços públicos” são apenas aqueles definidos em diplomas legais. Já sob a ótica material é considerada a finalidade e o interesse existentes para a prestação do serviço. Sendo pública a finalidade ou o interesse que impõe a necessidade de prestação de certo serviço, este será considerado como sendo um serviço público, independentemente da existência ou não de definição legal que o qualifique como sendo desta natureza.

Renato Alves Bernardo da Cunha⁴³, ao discorrer sobre a concepção de serviço público, assinala:

“(…) tornaram-se mais compreensíveis os percalços enfrentados na definição de serviço público. A jurisprudência é vacilante, não estabelece os contornos do conceito. A doutrina, por seu turno, apresenta sérias divergências.

⁴² Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos. 2 ed.; rev. e ampl.; Malheiros Editores: São Paulo, 2008, p. 25, n. 9

⁴³ Serviços Públicos Essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor. SAFE: Porto Alegre, 2004, p. 32

Ainda segundo Renato Alves Bernardo da Cunha⁴⁴, a doutrina sobre serviços públicos pode ser dividida em dois grupos de autores: (i) convencionalistas; e (ii) os essencialistas. Entre os primeiros encontram-se Antônio Bandeira de Mello, Carlos Ari Sundfeld, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carmem Lúcia Rocha; e, entre os segundos, destaca-se Eros Roberto Grau.

Independentemente da divergência doutrinária apontada, pode-se dizer que, na esfera jurídica, indubitavelmente o professor Celso Antonio Bandeira de Mello é o jurista que mais influenciou os debates relativos aos serviços públicos na segunda metade do século XX e neste início do século XXI⁴⁵. Eis o seu conceito de serviço público:

“(...) serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”⁴⁶.

É digno de nota, também, que Marçal Justen Filho, outro jurista muito mencionado em trabalhos sobre regulação, não apresenta uma definição de sua autoria para serviços públicos. Ele se reporta à definição dada pelo professor Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁷.

Portanto, é possível perceber que a opção pelo conceito material de serviço público é prevalecente dentre os juristas citados. Este fato reforça nosso posicionamento referente à vinculação da expressão “interesse público” a serviços públicos e bens públicos pelas abordagens tradicionais.

Vinicius Marques de Carvalho e Ricardo Medeiros de Castro⁴⁸ também enfatizam essa vinculação a partir de construção lógica dos elementos que compõem a noção de serviços públicos⁴⁹.

⁴⁴ op. cit.

⁴⁵ Em praticamente todas as doutrinas consultadas, além de sempre estar presente o conceito de serviço público apresentado por Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nas obras que adotam posicionamento contrário ao dele, o referido conceito sempre é o primeiro a ser transcrito e analisado.

⁴⁶ Curso de Direito Administrativo. 20 ed.; Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 634.

⁴⁷ Marçal Justen Filho (Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Dialética: São Paulo, 2003, p. 20).

⁴⁸ Políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência: qual espaço de cooperação? Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 145-175, out./dez. 2009, p. 148

⁴⁹ op. cit.: “Há três elementos – material, orgânico e formal – que, com maior ou menor intensidade, interagem na constituição da noção de serviço público consagrada pela Escola Clássica. Os dois primeiros aparecem como condições da existência de um serviço público: a atividade deve satisfazer o interesse geral e ser prestada por uma coletividade pública. O último é a consequência, residindo na aplicação, nas

É oportuno salientar que Luiz Gustavo Kaercher Loureiro⁵⁰ constrói uma definição para serviço público a partir do texto constitucional⁵¹ considerando “relevantes todas as informações oferecidas pelo art. 175 que ora se articulam em um elemento (a) material, (b) formal e (c) teleológico”⁵². Este conceito, para nós, é o mais completo e não faz qualquer vinculação ou associação à concepção de interesse público.

2.2.2 O Conceito Econômico

No âmbito da Ciência Econômica, os principais estudos sobre a conceituação de serviços públicos considerados neste trabalho são de origem norte-americana.

Sob a ótica econômica, a expressão “serviços públicos” (“*public services*”) é associada à expressão “bens públicos” (“*public goods*”).

A descrição dos economistas e juristas norte-americanos para “serviços públicos” (“*public services*”) aparece geralmente associada aos serviços prestados diretamente pela a Administração Pública (por exemplo: repressão à criminalidade, arrecadação de impostos, registro e autorização para o funcionamento de empresas, concessão de cidadania dentre outros).

atividades consideradas serviços públicos, de um direito especial, exorbitante às regras de direito privado”.

⁵⁰ A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República). A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, abr./jun. 2008, p. 195

⁵¹ O artigo 175 da CRFB/1988 apresenta a seguinte redação:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

⁵² “Assim, (a) ‘serviço público’ é a atividade de produção e/ou circulação de bens ou serviços atribuída pela Constituição ao Poder Público, referente a uma determinada área econômica (b) que não está no ambiente da livre iniciativa e dotada de um regime jurídico específico caracterizado – dentre outras coisas – pela observância de uma ‘política tarifária’ e pela delegabilidade da execução da atividade à iniciativa privada por meio de específicos instrumentos que assegurem o pleno exercício da competência pública e a realização do objetivo do serviço público, qual seja, (c) contribuir para a realização das finalidades da República Federativa do Brasil (e da Ordem Econômica), por meio da prestação do serviço adequado ao usuário”.

Portanto, os “serviços públicos” (“*public services*”), na concepção norte-americana, correspondem ao “conceito restrito” das atividades administrativas segundo a transcrição acima de Renato Alves Bernardo da Cunha⁵³.

É importante salientar que a concepção de serviço público aceita predominantemente na doutrina brasileira associada, por exemplo, à prestação dos serviços de telecomunicações, serviços de fornecimento de energia elétrica, saneamento dentre outros, aproxima-se da noção de “*public utilities*”⁵⁴ (empresas de utilidades públicas) dos trabalhos jurídicos e econômicos da doutrina norte-americana.

Ademais, registra-se que o conceito de serviços de utilidade pública norte-americano (“*public utilities*”) não possui qualquer sinonímia com a definição de serviços de utilidade pública adotada no Brasil⁵⁵. São noções distintas.

⁵³ Serviços Públicos Essenciais: o principio da continuidade e o inadimplemento do consumidor. SAFE: Porto Alegre, 2004, p. 32

⁵⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto (Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, pp. 436-437)

⁵⁵ Pelo artigo 1.º da Lei n.º 91, de 21.8.1935, são declaradas sociedades de utilidade pública aquelas que atendem aos seguintes requisitos:

“Art 1º As sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente á collectividade podem ser declaradas de utilidade pública, provados os seguintes requisitos:

- a) que adquiriram personalidade jurídica;
 - b) que estão em effectivo funcionamento e servem desinteressadamente á collectividade;
 - c) que os cargos de sua directoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados”.
- Cumpra ainda apontar que o Decreto n.º 50.517, de 2.5.1961, regulamenta a declaração de utilidade pública e o Decreto-lei n.º 3.365, de 21.6.1941, prevê no seu artigo 5.º os casos de utilidade pública:
- “Art. 5.º Consideram-se casos de utilidade pública:
- a) a segurança nacional;
 - b) a defesa do Estado;
 - c) o socorro público em caso de calamidade;
 - d) a salubridade pública;
 - e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
 - f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
 - g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
 - h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
 - i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
 - j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
 - k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
 - l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
 - m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
 - n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
 - o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
 - p) os demais casos previstos por leis especiais”.

A única exceção encontrada na doutrina nacional que associa serviços de utilidade pública aos serviços concedidos foi de Renato Alves Bernardo da Cunha (Serviços Públicos Essenciais: o principio da

Nesse sentido, vale observar que Alfred Edward Kahn⁵⁶ aponta a existência de

“quatro componentes principais da regulação que combinados distinguem os serviços de utilidade pública dos serviços de outros setores da economia: controle de entrada; fixação de preço; definição de condições e qualidade do serviço; e, imposição de uma obrigação de atender a todos os pretendentes do serviço com condições razoáveis”⁵⁷.

Ademais, o economista também sustenta que,

“no entanto, há uma particularidade com os serviços de utilidade pública. A linha divisória entre eles e outros tipos de indústrias é uma zona cinzenta; e varia no tempo. Mas permanece um núcleo das indústrias, de propriedade privada e em operação neste país [Estados Unidos] em relação às quais, pelo menos em princípio, o principal garantidor de desempenho aceitável concebe-se ser (independentemente do que ocorre na verdade) não a competição ou auto-limitação, mas o controle governamental direto - sobre: a entrada (e em muitos casos a saída) das empresas no ramo de atividade, o preço e, as condições de serviço – que é exercitado pelas comissões administrativas constituídas para esta finalidade específica”⁵⁸.

Em outro estudo, Pablo T. Spiller define serviços de “utilidade pública” como:

“os setores que têm três características fundamentais: primeiro, seus produtos são consumidos amplamente; em segundo, exibem economias de escala e escopo em níveis relevantes da demanda; e, finalmente, (...) seus investimentos são caracterizados por um nível elevado de especificidade da infra-estrutura física (isto é, têm um componente elevado de investimentos imobilizados)”⁵⁹.

continuidade e o inadimplemento do consumidor. SAFE: Porto Alegre, 2004, pp. 35-36). Durante a análise da classificação dos serviços públicos o citado jurista sustenta que: “os serviços públicos propriamente ditos são os que a Administração presta diretamente à comunidade por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, sendo privativos do Poder Público, que age com atos de império, e não podem ser delegados a terceiros. Os serviços de utilidade pública são os que a Administração presta diretamente ou por delegação a terceiros, nas condições regulamentadas e sob o seu controle, mas por conta e risco dos prestados, mediante remuneração dos usuários”.

Por fim, cabe reproduzir o teor do artigo 910 da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (Decreto-Lei 5.452, de 1.5.1943) que equipara serviços públicos aos serviços de utilidade pública para fins de aplicação da legislação trabalhista:

“Art. 910 - Para os efeitos deste Título, equiparam-se aos serviços públicos os de utilidade pública, bem como os que forem prestados em armazéns de gêneros alimentícios, açougues, padarias, leiterias, farmácias, hospitais, minas, empresas de transportes e comunicações, bancos e estabelecimentos que interessem à segurança nacional”.

⁵⁶ The Economics of Regulation: principles and institutions. The MIT Press: Cambridge, 1988, p. 3

⁵⁷ Nossa tradução. O texto original é: “There are four principal components of this regulation that in combination distinguish the public utility from other sectors of the economy: control of entry, price fixing, prescription of quality and conditions of service, and the imposition of an obligation to serve all applicants under reasonable conditions” conforme Alfred Edward Kahn (ibidem, p. 3).

⁵⁸ Nossa tradução. O texto original é: “And yet there is such a thing as a public utility. The line between these and other types of industries is a shadowy area; and it shifts over time. But there remains a core of industries, privately owned and operated in this country, in which, at least in principle, the primary guarantor of acceptable performance is conceived to be (whatever it is in truth) not competition or self-restraint but direct government controls – over entry (and in many instances exit), and price, and conditions of service – exercised by administrative commissions constituted for this specific purpose” conforme Alfred Edward Kahn (ibidem, p. 10).

⁵⁹ Texto no original: “Elsewhere I have defined utilities as those sectors having three fundamental features: first, their products are consumed widely; second, they exhibit important economies of scale and scope at the relevant levels of demand; and finally, that their investments are characterized by a high level of physical specificity (i.e., have a high component of sunk investments)” Segundo Pablo T. Spiller (A

Essas duas possibilidades de concepção de serviços ou utilidades públicas são aquelas mais empregadas nos estudos e análises econômicas. Observou-se que não há uma unanimidade do conceito no âmbito econômico entre os doutrinadores.

2.3. Conceito de Bens Públicos

2.3.1 A Perspectiva Econômica

No início deste capítulo apresentou-se o nosso posicionamento no sentido de que as abordagens jurídicas mais convencionais desenvolvem de forma sucinta, logicamente ordenada e concatenada, uma associação entre a expressão *interesse público* e a concepção de *serviços públicos*. Este fato também ocorre para a noção jurídica de *bens públicos*.

Todavia, inicia-se esta seção apresentando-se a concepção econômica de bens públicos, de modo a demonstrar claramente a dificuldade e a possibilidade de conflito que pode existir ao se realizar a referida associação entre interesse público e bens públicos. É possível que a concepção econômica não corresponda à noção jurídica.

No que tange à definição para bens públicos na ótica econômica, Carlos Roberto Martins Rodrigues⁶⁰ sustenta que:

“A justificação económica para a existência de propriedade pública assenta na incapacidade do mercado para garantir o fornecimento de certos bens e, em particular, daqueles que a Economia designa bens públicos (ou serviços públicos). Um bem público, em sentido económico, é aquele que reúne duas características:

Não rivalidade no consumo – o consumo do bem por uma pessoa não diminui a disponibilidade do mesmo para consumo por outras pessoas;

Impossibilidade de exclusão do consumo – todos os que pretendem consumir o bem conseguem fazê-lo, independentemente da vontade do fornecedor; isto pode acontecer por se tecnologicamente impossível restringir o acesso ao bem em causa ou por não ser possível fazê-lo a um custo que seja compensador para o fornecedor.

O exemplo clássico de bem – na realidade, de serviço – público é a luz dos faróis. O facto de um navio utilizar a luz de um farol para determinar a sua rota não reduz em nada a possibilidade de outro navio fazer o mesmo, pelo que não há rivalidade no consumo. Por outro lado, o faroleiro não pode excluir nenhum navio da utilização do seu serviço: em particular, se pretender cobrar pelo fornecimento do serviço, não poderá evitar que os navios que se recusem a pagá-lo continuem a guiar-se pela luz do farol”.

Tribute to Oliver Williamson—Regulation: A Transaction Cost Perspective. California Management Review; University of California; Berkeley; vol. 52, n. 2; February; winter 2010, p. 148).

⁶⁰ A Crise e a evolução do conceito de serviço público. Revista de Direito Público; v.14; n.57/58; p.130-146; jan./jun.; 1981, p. 70

Depreende-se, da leitura de Carlos Roberto Martins Rodrigues que o exemplo citado advém dos trabalhos de Paul Anthony Samuelson⁶¹. Ademais, é de Samuelson e Nordhaus a definição para bens públicos sob a ótica econômica mais abrangente e clara. Eles exemplificam e contextualizam o conceito associando-o ao cotidiano:

“Enquanto as externalidades negativas, como a poluição ou o aquecimento global, dominam a maior parte das manchetes, as externalidades positivas podem muito bem ser economicamente mais significativas. Os exemplos importantes de externalidades positivas são a construção de uma rede de rodovias, a operação de um serviço nacional de meteorologia, o apoio à ciência básica, e a adoção de medidas para melhorar a saúde pública. Esses não são produtos que podem ser comprados ou vendidos em mercados. A produção adequada desses bens públicos por meio de uma empresa privada não ocorrerá porque os benefícios se disseminam amplamente entre a população, de modo que nenhuma empresa ou consumidor tem incentivo econômico para proporcionar o serviço e apropriar-se dos lucros.

O exemplo extremo de uma externalidade positiva é um bem público. Bens públicos são mercadorias (bens ou serviços) cujo custo para estendê-las a uma pessoa é zero e de cujos benefícios não se pode excluir ninguém. O melhor exemplo de um bem público é a defesa nacional. Quando uma nação protege sua liberdade e seu modo de vida, ela o faz pelos seus habitantes, queiram eles proteção ou não, paguem ou não por isto.

Pelo fato de a provisão de bens públicos ser em geral insuficiente, o governo precisa intervir para encorajar sua produção. Ao comprar bens públicos, como defesa nacional ou faróis, o governo está se comportando exatamente como qualquer outro grande gastador. Ao dirigir seu poder de compra para certas áreas, os recursos fluem para lá. Uma vez que o poder de compra é direcionado, o mecanismo do mercado assume e canaliza os recursos para as empresas que produzem faróis ou tanques”⁶².

Pelo exemplo transcrito acima, a noção de “bem público” sob a ótica econômica está vinculada à possibilidade de o bem ser consumido por um indivíduo sem diminuir a capacidade de outros indivíduos também usufruírem deste mesmo bem.

Cumprе alertar que, Floriano de Azevedo Marques Neto⁶³ questiona os exemplos clássicos do farol e da defesa nacional, apresentados por Paul Anthony Samuelson:

“A concepção de bem público manejada pelos economistas é muito próxima ao que poderíamos designar ‘utilidades de interesse público’, que não se confundem com os bens públicos tratados pelo Direito. Exemplifiquemos. Em qualquer manual básico de Economia encontraremos os exemplos clássicos de bem público (acepção do pensamento econômico): a segurança nacional e o farol náutico. Em ambos os casos, o que se denomina bem público

⁶¹ Dentre as referências bibliográficas de Carlos Roberto Martins Rodrigues há menção ao economista Paul Anthony Samuelson. Foi nos trabalhos desse economista (*The Pure Theory of Public Expenditure*. *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n. 4, nov, 1954, pp. 387-389. The MIT Press; e, *Aspects of Public Expenditure Theories*. *The Review of Economics and Statistics*, vol. 40, n. 4, nov, 1958, pp 332-338. The MIT Press), que foram empregados pela primeira vez os exemplos da defesa nacional e farol náutico como bens públicos sob a ótica econômica.

⁶² Paul Anthony Samuelson e William D Nordhaus. *Economia*. 17 ed.; tradução de Robert Brian Taylor da 17 ed. em inglês; McGraw-Hill: Rio de Janeiro, 2004, p. 30.

⁶³ *Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*. Fórum: Belo Horizonte, 2009, pp. 436-437

é a utilidade oferecida à fruição indistinta e não condicionada a toda gente, e não os bens que lhe servem de suporte.

Miguel Ragone de Mattos⁶⁴ enfatiza que a característica da não excluibilidade é que impõe a definição de um bem como bem público⁶⁵.

Na dissertação de Mestrado de Miguel Ragone de Mattos⁶⁶ também é debatido o exemplo da defesa nacional, além de ser apresentado outro exemplo de bem público show pirotécnico de fogos de artifício:

A defesa nacional não apresenta custo relacionado ao número de cidadãos protegidos. Se há mais habitantes em um dado território, todos receberão igual benefício da segurança gerada, não importando o tamanho da população dentro do território. A defesa nacional aproveita a todos os cidadãos, não podendo haver qualquer um que esteja desprovido dos benefícios do bem desde que esteja dentro do território defendido e, ao mesmo tempo, não há custo adicional na inclusão de um beneficiário adicional.

Quanto aos fogos de artifício, podemos perceber que a não excluibilidade impede que alguém possa vender ingressos para um show pirotécnico em uma cidade, já que, pagando ou não, qualquer indivíduo pode usufruir o bem (não excluível). Ao mesmo tempo, o fato de alguém olhar para os fogos em nada influencia a possibilidade de outra pessoa também maravilhar-se com a apresentação de fogos (não rival). Assim, alguns poderão usufruir dos bens, mas negar-se a contribuir”.

Percebe-se que o exemplo da não excluibilidade associada ao show pirotécnico apresentado por Miguel Ragone de Mattos apresenta as mesmas características do exemplo do concerto de música de Walter J. Wessels⁶⁷.

A partir dos exemplos acima transcritos (segurança nacional, farol náutico e fogos de artifícios) se infere que a caracterização como um “bem público” no âmbito econômico leva em consideração o fato de ser possível, ou não, excluir-se tal bem da fruição por um número indeterminado pessoas. É importante alertar que esta já não é a característica empregada no âmbito jurídico para definir “bem público”. Buscou-se deixar claro que esta noção se fundamenta na não rivalidade ou não excluibilidade do

⁶⁴ Intervenção do Estado na Economia e Erro de Fato: direito, democracia e justiça econômica. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UnB): Brasília, 2005. Orientador: Antônio de Moura Borges. 308 p.; Faculdade de Direito, p. 88

⁶⁵ “Se um bem é não excluível e não rival, temos um bem público. O consumo do bem público não prejudica o consumo de outras pessoas, ou seja, o número de consumidores não tem influência relevante sobre o custo do bem, e, ao mesmo tempo, não é possível impedir que qualquer um venha a usufruir do bem.

Note-se que, para a Economia do Bem-Estar, não se trata de uma questão de valor. A questão de ninguém poder ser excluído do consumo do bem não decorre do fato deste ser um bem público. Mas o contrário. É a não excluibilidade que leva um bem a ser público. A excluibilidade é um fato inerente ao bem, não está ligado à essencialidade ou importância do uso do bem para a sociedade. São públicos tanto bens essenciais à coletividade, como defesa nacional ou segurança pública, quanto supérfluos, como lançamento de fogos de artifício”.

⁶⁶ Ibidem, pp. 88-89.

⁶⁷ Microeconomia: teoria e aplicações. Editora Saraiva: São Paulo, 2002; tradução da edição norte-americana “Microeconomics: the easy way” por Cid Knipel Moreira e Célio Knipel Moreira; revisor técnico José Antônio Pereira de Souza, p. 179

consumo ou usufruto do bem. Para a economia, a caracterização do bem como sendo um bem público independe de qualquer vinculação ao atendimento de interesse público ou finalidade pública que seja juridicamente definida.

Como na regulação de setores da economia (energia, petróleo, transporte etc) são utilizadas concepções tanto econômicas quanto jurídicas, é preciso distinguir conceitos, como por exemplo, a definição de bens públicos no setor de telecomunicações, para evitar que concepções econômicas sejam empregadas, sem a necessária apreciação crítica, em estudos jurídicos, ou então, o reverso, definições jurídicas utilizadas descriteriosamente em pesquisas econômicas.

Prosseguindo com a análise dos bens públicos sob a ótica econômica, é preciso registrar que a caracterização de um bem como bem público não impede que este seja objeto de aproveitamento econômico. Floriano de Azevedo Marques Neto⁶⁸ aponta três objetivos que fundamentam o aproveitamento econômico dos bens públicos:

“41 O aproveitamento econômico dos bens públicos pode se pautar por três objetivos: (i) gerar receitas para o poder público; (ii) atrair os particulares para darem uma determinada utilidade ao bem, utilidade esta que seja de interesse geral; ou (iii) fomentar a utilização de um bem público ocioso, de modo a que ele cumpra sua função social correspondente a produzir riquezas para a sociedade”.

Miguel Ragone de Mattos⁶⁹ também analisa a possibilidade de aproveitamento econômico dos bens públicos. Este autor sustenta a necessidade da compulsoriedade ao invés do sistema de preços como forma de remunerar o aproveitamento econômico.

“Como os bens públicos não são rivais ou excluíveis, é útil que o sistema de preços seja substituído por uma regra de compulsoriedade. No exemplo da segurança privada em atendimento a toda uma rua, se a liberdade de recusa é impedida pelo fato do conjunto de casas formar um condomínio, a decisão da maioria pode compelir todos os moradores a pagar pelo serviço, reduzindo a possibilidade de ocorrência do ‘problema do carona’^{70 71}.

⁶⁸ Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 433

⁶⁹ Intervenção do Estado na Economia e Erro de Fato: direito, democracia e justiça econômica. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UnB): Brasília, 2005. Orientador: Antônio de Moura Borges. 308 p.; Faculdade de Direito, p. 89

⁷⁰ No que tange ao exemplo dos moradores pagar pelo serviço de segurança privada, remete-se aos casos de bolsões residências de algumas cidades do Estado de São Paulo. Algumas Associações e Administradoras de Bairros, ou então, até mesmo apenas de Associações de Ruas, assumem as obrigações como saneamento básico; construção e conservação de vias públicas, de áreas públicas de preservação e de uso comum, calçamento, segurança e educação dentre outras, que Prefeituras e o Poder Público em geral abandonaram, ou então, deixaram de realizar em certas áreas. Estas Associações e Administradoras passam a exigir de todos os moradores do bairro da rua taxas a título de manutenção sobre serviços relacionados às obrigações citadas, bem como, para a sua própria administração. Registra-se que o Poder Público, seja a esfera Municipal (Prefeitura), Estadual ou União, continuando a cobrar o IPTU. As cobranças de taxas caracterizam um verdadeiro “imposto”. Em geral, a minoria que se recusa a pagar a “taxa” é acusada de “enriquecimento ilícito”, pois, beneficiam-se dos serviços e obras realizadas pelas Associações e Administradoras. Os casos mais evidentes estão nas cidades de Cotia (SP), de Jandira (SP), de Carapicuíba (SP) e de Barueri (SP), onde verdadeiros bairros, por ação de Associações e

Floriano de Azevedo Marques Neto⁷² também enfatiza o problema do carona relacionado aos bens públicos⁷³.

Levando-se em consideração a necessidade de disciplinar o aproveitamento dos bens públicos, seja em virtude do aproveitamento econômico, ou então, para evitar a fruição desigual, é que se faz necessária a regulação por parte do Estado⁷⁴.

2.3.2. Bens Públicos sob a Ótica Jurídica

Como mencionado anteriormente, a concepção de bens públicos na ótica jurídica geralmente está associada ao interesse público ou a finalidade pública. Há quem também vincule os bens públicos aos serviços públicos. Hely Lopes Meirelles⁷⁵ sustenta:

Administradoras com ou sem aval oficial das Prefeituras destes Municípios, foram transformados em falsos condomínios, contrariando as leis vigentes, como, por exemplo, a Lei 6.766, de 1979. O Ministério Público do Estado de São Paulo moveu a Ação Civil Pública em face da Prefeitura de Cotia. Esta resultou no Acórdão nº 02160592 da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido em 27.1.2009. Ementa: Ação Civil Pública. Criação de "bolsão residencial" denominado Horizontal Park. Remoção de cancelas e/ou portões nas vias de acesso no referido bolsão. Admissibilidade. Ausência de autorização do Poder Público. Violação ao art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal. Procedência da ação. Recurso provido para este fim. Embora polêmico o exemplo, caber registrar que tanto as Associações e Administradoras quanto as Prefeitura acionadas judicialmente tem alegado o "problema do carona" em relação aos "moradores" dos condomínios que se recusam a pagar as taxas.

⁷¹ "O comportamento oportunístico conhecido como 'problema do carona', ou na sua expressão inglesa, *free rider*, pode ser definido simplesmente como a possibilidade de alguém utilizar um bem sem pagar (Ferraz, João Carlos; Paula, Germano Mendes de; Kupfer, David. 'Política Industrial' in Kupfer, David e Hasenclever, Lia (org). – Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil, 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002).

⁷² Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 438

⁷³ "Ao abordar sua concepção de 'bem público', os economistas discutem o problema dos free riders ou caronas, entendidos como aqueles que mantêm um comportamento oportunista de usufruir da utilidade sem concorrer para sua existência ou permanência. Em se tratando de gestão de bens públicos (sentido jurídico), as conseqüências negativas dos comportamentos oportunistas vão além do fenômeno do carona. O fenômeno dos caronas é uma constante na história da gestão dos bens públicos. Quando tratamos os bens de propriedade estatal como bens coletivos, comuns aos difusos, abre-se a possibilidade de fruição desigual das utilidades deles decorrentes, mas não no sentido de uma desigualdade apta a compensar hipossuficiências, mas justamente em sentido contrário.

A história da gestão do patrimônio público demonstra que quanto mais aberta for a fruição do bem, mais se favorece a apropriação privada da utilidade (não no sentido comutativo, de aquisição de propriedade, mas no sentido de fruição desigual, regressiva e patrimonialista por parte dos administrados mais influentes, sagazes ou simplesmente oportunistas)".

⁷⁴ Este fato é ressaltado em Miguel Ragone de Mattos (Intervenção do Estado na Economia e Erro de Fato: direito, democracia e justiça econômica. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UnB): Brasília, 2005. Orientador: Antônio de Moura Borges. 308 p.; Faculdade de Direito, p. 91): "Dado que os bens públicos são ofertados pelo setor de forma insuficiente para atender à demanda social, já que o sistema de preços não funciona adequadamente (em função do problema do carona), uma autoridade coletiva deve garantir a provisão desses bens, sendo essa autoridade na maioria dos casos concretos, o próprio Estado".

⁷⁵ Direito Administrativo Brasileiro. 32 ed.; atual.; Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 518

“(…) bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”.

Na obra de José dos Santos Carvalho Filho⁷⁶ encontra-se a semelhante lição:

“(…)bens públicos são todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações publicas”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁷ a questão também se encontra no mesmo sentido:

“1. Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”.

Ademais, na mesma obra, mais adiante o ilustre professor arremata:

“A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público”⁷⁸.

Ressalta-se que as atuais concessionárias de serviços de telecomunicações estão prestando estes serviços sob o regime público⁷⁹. Pelas duas primeiras transcrições acima, os bens atinentes às concessões de serviços de telecomunicações são bens privados⁸⁰. Todavia, o mesmo não pode ser dito em relação à lição de Celso Antonio

⁷⁶ Manual de Direito Administrativo. 15 ed.; rev., ampl. e atual.; Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2006; p. 923.

⁷⁷ Curso de Direito Administrativo. 20 ed.; Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p.858

⁷⁸ Ibidem, p. 859.

⁷⁹ O parágrafo único do artigo 64 da LGT traz a seguinte previsão legal:

“Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”.

⁸⁰ Floriano de Azevedo Marques Neto (Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 184) afirma:

“63. Em suma, os bens das concessionárias são bens privados sob o prisma subjetivo, com exceção feita àqueles cuja afetação se confunde com o próprio bem, sendo que estes não são transferidos para o seu domínio, atribuindo-se à concessionária apenas o domínio útil. Pelo prisma funcional, todos os bens que sejam imprescindíveis à contínua prestação dos serviços concedidos se submeterão a um regime próximo ao Direito Público, com derrogação parcial do regime geral de propriedade

Bandeira de Mello. Para este jurista, os bens das concessionárias também são bens públicos por estarem afetados a uma atividade pública⁸¹.

Thiago Marrara⁸², na obra *Bens Públicos: Domínio Urbano, Infra-estrutura*, resultado de sua dissertação de mestrado, aponta que sua proposta de pesquisa foi verificar as potencialidades sócio-econômicas de todos os bens públicos e privados que compõem o domínio urbano no Brasil. Não obstante o seu estudo ser voltado para os bens públicos relacionados ao domínio urbano e respectiva infra-estrutura associada à urbanização das cidades, é oportuno destacar que o jurista buscou compreender a lógica que disciplina os bens públicos no Código Civil brasileiro:

“(…) foi preciso compreender a própria estrutura lógica que permeia a abordagem dos bens públicos no Código Civil. Demonstrou-se que um bem ‘público’ não é necessariamente um bem imprescindível à proteção do interesse público primário, o que se explica pela adoção de um critério de titularidade. Público e privado, na sistemática do Código, são meras referências patrimoniais aos detentores de coisas ou bens”⁸³.

Pelo exposto acima, a associação entre interesse público e bens públicos é irrelevante, ou pelo menos frágil, para caracterizar um bem como bem público.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto⁸⁴, já há uma nítida evolução da doutrina na caracterização dos bens públicos. O aspecto da titularidade passa a admitir uma complementação segundo a funcionalidade do bem. O jurista apresenta um critério subjetivo (titularidade) e um critério objetivo (funcionalidade) de forma mais clara:

“128 Sob o critério conceitual do Direito Civil (subjetivo), um bem é público se uma pessoa jurídica de direito público interno detém a sua titularidade. A partir da verificação de quem é o sujeito do direito subjetivo de propriedade, estabelece-se se o bem está integrado ao patrimônio privado ou ao patrimônio público e se ele se submete ao regime de direito privado ou de direito público, respectivamente.

(…)

Este regime não se traduzirá numa total aplicação do regime público, mas na mitigação de alguns atributos do domínio da concessionária. Assim é que os bens reversíveis, malgrado não serem totalmente inalienáveis, submetem-se a algumas condições para que sejam alienados, basicamente traduzidas num regime de prévia autorização do poder concedente, condicionada à demonstração ou de que o bem pode ser substituído por outro na prestação, ou de que o mesmo bem seguirá empregado no serviço, mediante assunção pelo comprador de obrigação jurídica neste sentido”.

⁸¹ Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo. 20 ed.; Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 858) faz a seguinte afirmação: “(…) todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público”.

⁸² Bens Públicos: domínio público, infra-estrutura. Fórum: Belo Horizonte, 2007, p. 20.

⁸³ Bens Públicos: domínio público, infra-estrutura. Fórum: Belo Horizonte, 2007, p. 347-348.

⁸⁴ Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, pp. 232-235

129 Já sob o critério conceitual funcionalista (objetivo), um bem é público se estiver de alguma forma empregado à utilidade de interesse geral. Por esse critério, mais do que se verificar a titularidade do bem, importa saber a que finalidade ele se presta. Tal visão funcionalista compreende a concepção de que um bem é público em razão da função que cumpre (utilidade para a coletividade) e a concepção segundo a qual um bem é público a partir do regime derogatório do direito Privado a que está submetido. Decorre desta visão funcionalista o entendimento segundo o qual existem dois tipos de domínio por parte do Estado, os bens do domínio público e os bens do domínio privado da Administração (bens consagrados a um uso de interesse geral e bens não utilizados para uma finalidade pública específica, respectivamente)”.

Ademais, ressalta-se que, em nosso entendimento, a posição de Floriano de Azevedo Marques Neto em relação aos bens públicos sob a ótica jurídica, se não é a mais relevante das definições apresentadas, pelo menos é aquela que indica uma tentativa de aproximação do conceito de bens públicos no âmbito jurídico, da definição de bens públicos na esfera econômica. Esta demonstra uma evolução na concepção de bem público, além de romper com as análises tradicionais que se pautam exclusivamente de demonstrar a evolução histórica da noção de bem público no Direito brasileiro.

“129.1 Da perspectiva da visão funcionalista, um bem de titularidade de um particular pode acabar se submetendo ao regime de direito público na medida em que seja utilizado para uma atividade de interesse geral ou que esteja consagrado a um fim público, o que, da perspectiva do critério civilista, teria como conseqüência quase que uma desapropriação indireta do bem, constituindo este um dos maiores problemas da aplicação isolada da concepção funcionalista. Tem-se, portanto, que para consideração de um bem como público, não é suficiente a utilidade do bem para a coletividade, até mesmo pelo fato de que todos os bens se prestam a alguma finalidade coletiva (v.g., função social da propriedade).

129.2 A caracterização de um bem como público advém da essencialidade e infungibilidade do bem para o exercício de uma função de interesse geral atribuída ao Estado. É nesse sentido que consideramos serem três os requisitos para que um bem seja enquadrado como público pela sua função: (i) a utilidade do bem deve corresponder a uma atividade expressamente cometida pelo poder público (pela lei, pela Constituição ou pelas características que tornam imperativo que a atividade seja realizada pelo Estado); (ii) o bem deve ser essencial para aquela atividade; (iii) e o bem deve ser insubstituível. Tal caracterização do bem como público em virtude da função é diretamente ligada à noção de afetação, ou seja, à consagração do bem a uma utilização concernente a uma necessidade pública”⁸⁵.

Pelo posicionamento do jurista, não há qualquer incompatibilidade das atuais concessionárias de serviços de telecomunicações estarem prestando um serviço sob o regime público e os bens atinentes às concessões deste serviço de telecomunicação

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 232-235.

serem bens privados. Na transcrição acima, o jurista deixa claro quais são as hipóteses em que os bens são caracterizados como sendo bens públicos.

2.4. A Reversão nas Concessões de Serviços Públicos

O estudo dos três conceitos examinados nas seções acima (interesse público, serviços públicos e bens públicos) foi, de certo modo, uma preparação para a presente seção, que analisa a prática da reversão⁸⁶.

Pelo conceito introdutório acima, a reversão necessariamente está associada à noção de serviço público. Conforme apontam Vinícius Marques de Carvalho e Ricardo Medeiros de Castro⁸⁷, a noção de serviço público, uma “noção fundante do direito administrativo brasileiro”, é “utilizada freqüentemente como fundamento para a intervenção do Estado no domínio econômico. Esta intervenção, a princípio, se dá através do regime de concessão que impõe uma série de restrições ao livre exercício da atividade econômica pelo particular”.

Logo, uma importante motivação para se detalhar o instituto da reversão reside em determinar a forma de intervenção do Estado⁸⁸ no domínio econômico. É importante evidenciar que há doutrinadores⁸⁹ que justificam a intervenção estatal como meio legitimado de satisfação do interesse público:

“O que se pôde observar no Brasil, a partir do início da década de 1990, foi um deslocamento da relevância atribuída às modalidades de intervenção estatal. Enquanto, por um lado, se iniciou um esvaziamento das funções do Estado empresário através de um processo de privatizações de empresas estatais, por outro, constituiu-se um novo aparato regulatório formado pelas chamadas Agências de Regulação. Tais agências teriam como função garantir, lançando mão de um aparato decisório fundado no seu caráter técnico e legitimado pela sua independência em relação às injunções políticas, a satisfação do interesse público regulando setores até então afetos à prestação direta do Estado”.

É oportuno destacar que a noção de reversão existe apenas no âmbito jurídico. Não é de conhecimento deste autor qualquer estudo no âmbito econômico que trate propriamente da definição e caracterização da reversão de bens de concessionárias de serviços públicos. Em relação à reversão, “essa, poder-se-ia dizer, é mais do que uma

⁸⁶ Apenas para fins de não comprometer a discussão, registra-se que no segundo parágrafo do Capítulo 1 foi apresentada uma definição para a reversão de bens das concessionárias de serviços públicos

⁸⁷ Políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência: qual espaço de cooperação? Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 145-175, out./dez. 2009, p. 143

⁸⁸ A respeito das formas de intervenção estatal consta a seguinte lição: “Analisar as formas de intervenção estatal possibilita identificar a divisão de esferas entre o Estado intervencionista e regulamentador da atividade econômica e aquele que se limita a organizar as forças de mercado através da aplicação do direito concorrencial” (Ibidem, p. 145).

⁸⁹ Ibidem, p. 156

instituição jurídica, é uma das instituições econômicas constitucionais”⁹⁰. Salienta-se que há dispositivo legal expresso na CRFB/1988 que abrange indiretamente a reversão, conforme se pode depreender do teor do artigo 241⁹¹.

Com o advento da privatização⁹² em determinados setores da economia brasileira, o processo de regulação pelos órgãos setoriais como, por exemplo, a Anatel, passaram a admitir concepções jurídicas e econômicas na elaboração de regulamentos e normas. Todavia, há divergências significativas entre as concepções jurídicas de serviços públicos e bens públicos para a noção econômica de serviços públicos e bens públicos.

Dessa forma, nesta seção se buscará apresentar as diferentes definições para a prática da “reversão de bens” nas concessões de serviços públicos.

Nesta tarefa de análise da prática da reversão, serão consideradas apenas aquelas que foram e, de certo modo, ainda são as mais relevantes para a sua consolidação e sua elaboração doutrinária e normativa no ordenamento jurídico pátrio. Assim, recorre-se, primeiramente, às lições do professor Celso Antonio Bandeira de Mello⁹³ referentes ao “destino dos bens afetados ao serviço ao cabo da concessão – a reversão”:

“4. Em grande número de concessões de serviços públicos, mas não em todas, os bens que devem ser aplicados ao serviço e que a ele se aplicam, persistem indispensáveis a sua continuidade, mesmo após o encerramento da concessão. E que não se teria como substituí-los incontenti, por não serem fácil ou agilmente instaláveis ou preponíveis a tal destino. Isto ocorre, sobreposse, quando o serviço tem como suporte material bens implantados no solo, edificações, maquinaria de grande porte ou implementos de préstimo transcendente para o

⁹⁰ Parafraseou-se uma citação constante no estudo de (A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República). A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, abr./jun. 2008, p. 200) que não se trata especificadamente da reversão. Todavia, entende-se que corresponde perfeitamente à concepção de instituição econômica constitucional derivada de Marcus Faro de Castro (Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado. Revista de Direito Empresarial, Curitiba, n. 6, jul./dez., 2006, p. 43) conforme anotação 84 de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (op. cit., p. 200).

⁹¹ “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

⁹² “Até início das privatizações, praticamente em todos os setores de serviços públicos, havia estruturas administrativas coordenadas por uma grande empresa estatal federal com ramificações nos estados da federação, prevalecendo a tendência de coincidência entre o responsável pela regulação e a indústria que ofertava o serviço.

Não é de se estranhar, portanto, que as privatizações estiveram associadas, nesses casos, à delegação da prestação de serviço público a particulares. Isso porque tratava-se de empresas estatais que detinham monopólio no exercício da atividade e que no momento da transferência da sua propriedade para a iniciativa privada concedeu-se junto a execução do serviço. Foi o caso dos serviços de telecomunicações e energia elétrica” conforme Vinícius Marques de Carvalho e Ricardo Medeiros de Castro (Políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência: qual espaço de cooperação? Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 145-175, out./dez. 2009, p. 156).

⁹³ Celso Antonio Bandeira de Mello (Reversão dos Bens na Concessão. Revista Trimestral de Direito Público; n. 7; Malheiros Editores; pp. 7-17; 1994, p. 9).

serviço, mas carentes, total ou parcialmente, de significação econômica quando dele desligados, como ocorre, *verbi gratia*, com linhas de transmissão de energia, locomotivas, vagões etc”.

No texto transcrito, é fácil constatar que o ilustre jurista associa a reversão a um conjunto de bens materiais necessários à continuidade dos serviços públicos concedidos. Essa idéia se torna mais clara quando o jurista define a reversão propriamente:

“É esta passagem definitiva para o concedente, ao cabo da concessão, do acervo de bens aplicados ao serviço pelo concessionário que se denomina reversão”⁹⁴.

Já o ilustre o jurista Afrânio de Carvalho⁹⁵ sustenta que:

“88. os bens reversíveis da concessão devem ser, no fim do prazo desta, entregues pelo concessionário ao poder concedente em virtude de sua destinação ao serviço público. Essa entrega constitui um corolário do contrato em que o concessionário se coloca transitoriamente em lugar do concedente para a prestação de um serviço que incumbe a êste. Como, na maioria dos casos, os bens hajam surgido da outorga do concedente e, em outros, se encontram alguns que já eram do domínio dêste, a quem primitivamente tudo pertencia, a linguagem jurídica generalizou a feição devolutiva da entrega, dando-lhe o nome de reversão de bens”.

Noutro parágrafo de seu estudo, Afrânio de Carvalho deixa claro que a reversão foi introduzida no Direito Administrativo Brasileiro desde o primeiro diploma legal que disciplinou a concessões de serviços públicos:

“A reversão de bens constitui, por isso, um preceito tradicional nas leis brasileiras referentes às concessões de serviço público, de onde se traslada para os contratos, quer na esfera federal, quer nas esferas estadual e municipal. Ora debaixo de uma forma, ora de outra, ela está sempre presente na nossa legislação administrativa, havendo aparecido com caráter geral, pôsto subentendida, na primeira lei reguladora das concessões de serviço público e reaparecido com caráter especial, mas ostensiva, em cada uma das leis privativas das diferentes concessões de serviço público que sucessivamente se editaram, como a portuária, a ferroviária, a de energia elétrica e a telefônica (Lei de 29 de agosto de 1828, art. 13; Decreto n.º 24, de 1835, art. 9.º; Decreto n.º 1.746, de 1869, art. 1.º, §3.º, e Decreto n.º 24.599, de 1934, arts. 11 e 12; Decreto n.º 5.561, de 1874, art. 21, §6.º; Código de Águas, art. 165; Decreto-lei n.º 5.144, de 1942, art. 2.º, b)”⁹⁶.

Floriano de Azevedo Marques Neto⁹⁷ expõe o seguinte posicionamento a respeito da instituição da reversão:

“É fato que a reversão resulta, quando operada sobre bens integrantes do domínio do delegatário, num deslocamento do domínio do bem, que sai do patrimônio do privado e vai ou para o patrimônio do poder concedente ou para o acervo patrimonial dos bens do delegatário que o sucederá. Afinal, ao término da concessão revertem não o controle da concessionária (pessoa jurídica privada que, mesmo quando constituída exclusivamente para este fim, não é incorporada pelo poder concedente, já que segue existindo para ultimar seus passivos ou pode, por decisão dos seus sócios, passar a desenvolver outro objeto social) ou a

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Afrânio de Carvalho (Propriedade dos Bens da Concessão (Continuação). Revista de Direito Administrativo; Vol. 45; Jul./Set.; pp. 22-46; 1956, p. 22)

⁹⁶ Ibidem

⁹⁷ Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 171

integralidade dos seus bens. Revertem, isto sim, apenas aqueles bens (aqui compreendidos direitos sobre bens) sem os quais não se pode manter a continuidade da prestação do serviço público”.

Pode-se constatar que elemento comum em relação aos três juristas citados em relação à reversão é a garantia da *continuidade da prestação* do serviço público. Ademais, entende-se também que a reversão está associada invariavelmente às concessões de serviços públicos.

2.4.1. Os Primeiros Diplomas Legais Prevendo a Reversão nas Concessões de Serviços Públicos

É oportuno salientar que o estudo da reversão não é novidade na doutrina brasileira. Todavia, ao logo de nossas pesquisas a respeito do tema no ordenamento jurídico brasileiro foram encontradas apenas poucas menções às origens propriamente desta instituição. As citações abaixo, em sua maioria, objetivam demonstrar a influência do direito europeu.

Foi Afrânio de Carvalho⁹⁸ que realizou o levantamento dos primeiros diplomas que estipularam a reversão nas concessões de serviços públicos no Brasil:

“39. Quando o Brasil despontava para a vida independente, ainda não se delineara bem o contrato de concessão, pois se antepunha a obra pública ao serviço público para o qual se construía, ao passo que atualmente as posições se acham trocadas, visto como se reconhece que o objeto do contrato é a prestação do serviço, à qual a construção precede como meio para atingir um fim. Com essa ressalva, encontra-se a primeira lei geral reguladora das concessões de serviço público na lei de 29 de agosto de 1828 que ‘estabelece regras para a construção das obras públicas, que tiverem por objeto a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos’. Nessas regras, mais que seculares, estão predeterminadas as cláusulas principais dos contratos de concessão de serviço público, pois nelas se prevê a execução e a exploração de obras públicas por empresários nacionais ou estrangeiros, associados em companhias ou sobre si, a construção mediante plano e orçamento, a exploração mediante taxa, a remuneração e a amortização do capital dos empresários, o prazo dos contratos ajustado à possibilidade de amortização e a perfeita conservação das obras até o final desse prazo. A reversão dos bens ao concedente acha-se subentendida neste dispositivo:

‘Art. 13. Findo o prazo do contrato, as autoridades, a quem competir, poderão contratar a conservação das obras, reduzindo as taxas de uso, e de passagem, com quem oferecer melhores vantagens’ (Lei de 29 de agosto de 1828, art. 13).

⁹⁸ Propriedade dos Bens da Concessão. Revista de Direito Administrativo; Vol. 44; Abr./Jun.; pp. 1-25; 1956, p. 9

40. Se, na primeira lei geral, a reversão de bens ficou assim prevista sem ser nomeada, já no decreto especial seguinte ela aparece nomeada através do seu verbo, assim com também o resgate, êste através de um verbo de significado equivalente na linguagem jurídica. Com efeito, após o Decreto de 23 de outubro de 1832, que, aprovando os estatutos da Sociedade de Agricultura, Comércio e Navegação do Rio Doce, apenas ampliou os favores daquela lei, sobreveio o Dec. n.º 24, de 17 de setembro de 1835, que, autorizando o Governo a conceder privilégio exclusivo de navegação à Companhia do Rio Doce, não só empregou claramente o verbo ‘conceder’, como desdobrou as hipóteses de reversão e resgate neste dispositivo:

‘Art. 9.º As taxas, que a Companhia estabelecer em seu benefício pelo trânsito das estradas, pontes, canais, ou pela navegação que lhe é privativa, serão consideradas interesse do capital nos primeiros 40 anos, reservando-se à Nação, passado êsse prazo, o direito de remir as obras pelo valor e modo que fôr estabelecido a juízo de árbitros, ou de prorrogar o privilégio por mais outros 40 anos, findos os quais reverterão à Nação as mencionadas obras sem indenização alguma, obrigada a Companhia a entregá-las em bom estado’ (Dec. n.º 24, de 1835, art. 9.º)”.’

De certo modo, constata-se que, desde as primeiras normas jurídicas, a redação atinente à reversão nos contratos de concessão de serviços públicos prevê a gratuidade e, também, a atualidade dos bens reversíveis. Ademais, também é fácil constatar que o teor destas normas se restringe ao âmbito jurídico, não havendo qualquer relação com a Ciência Econômica, diferentemente do que ocorre hoje.

2.4.2. A Reversão nas Concessões de Serviços Públicos e a Influência da Doutrina Francesa

É oportuno enfatizar que a reversão nas concessões de serviços públicos, na forma como foi adotada e consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, adveio da influência do direito europeu, mais precisamente do direito francês⁹⁹. Este aspecto é importante, pois, permite compreender por qual razão alguns doutrinadores brasileiros desconsideraram o conteúdo econômico ao analisar a reversão nas concessões de serviços públicos. Geralmente são nos estudos de origem norte-americana que os aspectos econômicos são destacados.

Estudos de meados do século XX enfatizam a influência francesa conforme Barbosa Lima Sobrinho¹⁰⁰:

⁹⁹ Vinícius Marques de Carvalho e Ricardo Medeiros de Castro (Políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência: qual espaço de cooperação? Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 145-175, out./dez. 2009, pp. 147-148).

¹⁰⁰ A Reversão das Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Administrativo. Vol. 32; Abr./Jun.; pp. 27-37; 1953, p. 31

“Odilon Braga, depois de lembrar que os americanos não concebem a idéia de reversão, mostra que existe o sistema francês de concessão, adotado sempre no Brasil. E explica qual a diferença entre os dois sistemas: ‘No primeiro (o francês), a propriedade pode ser considerada pública a partir da outorga de concessão, mas a empresa, que é particular, exerce sobre ela, por longo prazo, um ‘direito de uso e gozo’, ou melhor, de exploração contratada; no segundo (o americano) a propriedade transfere-se à empresa, mas esta é que é ‘pública’, pelo que o Governo: ou participa do seu capital e controla a sua administração, ou explora, êle próprio, o capital privado, reduzindo-o a simples condição de financiamento, uma vez que também nomeia os encarregados de sua administração’ (Revista de Direito Administrativo, 8, pág. 37/88)”.

Ainda no mesmo estudo¹⁰¹, Barbosa Lima Sobrinho rebate os doutrinadores que sustentam ser o instituto da reversão de origem norte-americana: “(...) Outros invocam o regime dos Estados Unidos, dizendo, como Antão de Moraes, que as lições desse país, no ‘direito administrativo, tanto interessam à organização similar brasileira’, quando a verdade é que, em matéria de concessões de serviços públicos, estamos muito mais perto dos sistemas europeus que do americano. Nesse ponto, Odilon Braga é muito mais exato que Antão de Moraes, ao afirmar, no seu excelente estudo, que o ‘sistema francês de concessões sempre foi seguido no Brasil’ (Revista de Direito Administrativo, VIII, p. 37; no mesmo sentido Bilac Pinto, na Revista Forense, 130, pág. 51)”.

Afrânio de Carvalho¹⁰² também defende que o instituto da reversão adotado no Brasil advém da influência européia, refutando qualquer ligação com o direito norte-americano:

“34. Pelas expendidas, há duas doutrinas a respeito da propriedade dos bens da concessão, as quais sustentam, a primeira, a propriedade pública, do Estado, a segunda, a propriedade particular, do concessionário, a partir da outorga da concessão. De acordo com a primeira, o concessionário exerce sobre os bens da concessão apenas um direito de uso e gozo, a que se atribui um caráter ora pessoal, ora real imobiliário. De acordo com a segunda, o concessionário, exerce sobre os bens da concessão o direito de propriedade, que ora é a propriedade comum, quando a concessão se outorga por tempo indeterminado, ora a propriedade resolúvel, quando se outorga por tempo determinado, findo o qual o Estado tem direito de reversão.

35. Ambas as doutrinas procedem do direito continental europeu, podendo-se dizer que a primeira é de filiação francesa e a segunda alemã. Não tem cabimento dizer, como já foi dito com ênfase entre nós, que a tese da propriedade particular do concessionário é de procedência norte-americana, de onde teria sido importada modernamente. Embora prevaleça também nos Estados Unidos, ali se liga um sistema de direito diferente, em que o serviço da empresa particular revestida de interesse público, recebe certas franquias e, ao mesmo tempo, adequada fiscalização

¹⁰¹ Ibidem, p. 34

¹⁰² Propriedade dos Bens da Concessão. Revista de Direito Administrativo; Vol. 44; Abr./Jun.; pp. 1-25; 1956, pp. 10-11

do Estado. Aliás, por essa forma diferente, o direito americano atinge o mesmo resultado prático, pois ‘grants of franchises and contracts affecting the public interest are to be construed liberally in favor of the public’ (Willinston, On Contracts, 1956, v. III, §626)”.

2.4.3. A Reversão e a Continuidade dos Serviços Públicos

Pelo teor dos dispositivos legais acima transcritos em relação à influência européia na introdução da reversão no ordenamento jurídico brasileiro, nota-se que esta instituição tem sido justificada pela necessidade de continuidade na prestação do serviço público concedido. Este é o entendimento predominante na doutrina pátria.

Sérgio Guerra¹⁰³ ao abordar a questão salienta:

“(…) que a reversão de bens constitui um preceito tradicional nas leis brasileiras referentes às concessões de serviços públicos. Neste sentido, a normativa vigente estabelece que, extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

É de notar-se que a reversão pode ser definida como a entrega pelo concessionário ao Poder Concedente dos bens vinculados à concessão, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público, de modo a permitir a sua continuidade”.

Cabe destacar também que Hely Lopes Meirelles¹⁰⁴ preconiza que:

“(…) bens reversíveis são só 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 (cf. Carlos Medeiros Silva, RDA, vol. 43/464)”.

Ademais, é importante ressaltar que a vinculação à continuidade dos serviços públicos concedidos não deve interferir em análises e estudos que busquem determinar se a natureza da propriedade dos bens reversíveis, isto é, se eles são bens públicos ou bens privados.

Entende-se que são bens reversíveis aqueles necessários à continuidade e à atualidade dos serviços públicos concedidos. Entretanto, o fato de estes bens possibilitarem a continuidade e a atualidade dos serviços não permite qualquer conclusão a respeito da natureza de sua propriedade. Em virtude dos bens reversíveis possibilitarem a continuidade e a atualidade de serviços públicos concedidos não há

¹⁰³ A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE; ano 1; n. 1; jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. , p. 189.

¹⁰⁴ Reversão de Bens na Concessão. Estudos e Pareceres de Direito Público; Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1971, p.68

como se tecer quaisquer afirmações a respeito da natureza pública ou privada da propriedade dos bens reversíveis.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁰⁵ apresenta uma síntese do que deve ser considerado bem reversível:

“62 Dúvida, então, não pode haver de que os bens reversíveis na concessão hão de ser aqueles imprescindíveis à prestação contínua e atual do serviço público delegado, remanescendo ampla liberdade do concessionário sobre bens não reversíveis. Resta, então, verificar qual é o regime jurídico que sobre eles incide. Como dito, os bens reversíveis na concessão somente podem ser assim considerados por estarem afetos à prestação de um serviço público (são imprescindíveis à sua continuidade). Sendo assim, obedecerão a um regime jurídico bastante próximo àquele aplicável aos bens de uso especial”.¹⁰⁶

2.4.4. Bens Reversíveis, Bens Públicos e Bens Privados nas Concessões de Serviços Públicos

Como visto acima, em razão de uma construção do direito administrativo pautado nos conceitos de interesse público e de serviço público, geralmente, consideram-se bens reversíveis sinônimo de bens públicos, o que, em nosso entendimento é equivocado.

Cabe destacar, contudo, que, em meados do século XX, já havia doutrinadores que refutavam a associação dos bens reversíveis a bens públicos. Afrânio de Carvalho¹⁰⁷ já apontava que o posicionamento no sentido da propriedade privada dos bens das concessões de serviços públicos remonta de longa data na legislação brasileira:

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

¹⁰⁵ Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 183

¹⁰⁶ Constam como nota de rodapé as seguintes considerações do jurista: “Afora do caso dos bens imprescindíveis à continuidade dos serviços (bens reversíveis do patrimônio da concessionária), a apropriação por parte do poder concedente quiser deles se apoderar ao fim da concessão, transferindo-os para seu domínio, estaremos diante de hipótese de desapropriação, obrigando que seja o particular indenizado pelo efetivo valor do bem, independentemente de se demonstrar estarem ou não tais bens amortizados. Dito de outro modo como não há um direito de uso de titularidade do poder público (pois o bem não é empregado no serviço público), para assumir a propriedade destes bens não imprescindíveis o Estado terá que indenizar pelo valor de troca do bem”.

¹⁰⁷ Propriedade dos Bens da Concessão. Revista de Direito Administrativo; Vol. 44; Abr./Jun.; pp. 1-25; 1956, p. 14

Ademais, o jurista mais a frente em seu trabalho arremata:

“52. Não obstante a evidência onímoda da propriedade do concessionário, esboça-se uma corrente de opinião, presentemente fraca e minoritária, em favor da propriedade do Estado. Essa corrente de opinião ganhou alento quando a apoiou, há tempos, o relatório de uma comissão oficial encarregada do estudo preliminar de uma nova lei reguladora das concessões de serviço público prevista em sucessivas constituições federais, mas até agora não editada. Com o pêsso de sua autoridade de relator, o Sr. Odilon Braga não somente preconizou aquela tese de *lege ferenda*, como sustentou estar a mesma em vigor de *lege condita*”.^{108/09}

Pela transcrição acima, tem-se que o debate a respeito da propriedade dos bens reversíveis já é antigo no direito brasileiro. Especificadamente sobre o relatório da comissão¹¹⁰ encarregada da “nova lei reguladora das concessões”, Afrânio de Carvalho aponta:

“53. O relatório, impregnado de devoção ao interêsse coletivo, merece acatamento, quando defende o nosso sistema tradicional de concessão de serviço público, que não deve ser trocado pelo sistema americano das public utilities¹¹¹. Todavia, incorre em manifesto equívoco, quando supõe que a propriedade pública dos bens da concessão constitui uma peça mestra do sistema tradicional, cabendo, nesse caso, ao concessionário apenas o direito de uso e gôzo. Ao contrário, como ficou atrás demonstrado, nesse sistema o que mais realça é justamente a propriedade do concessionário sôbre os bens da concessão, embora resolúvel no fim do prazo desta.

54. Êsse equívoco armou-se com a falsa premissa de que a reversão e o resgate são sinais de propriedade pública, quando, na verdade, o são de propriedade particular, como atrás se tirou a limpo. Seria um contra-senso estipular a reversão de bens ao Estado no fim da concessão, se, na vigência desta, os bens já fôssem ... do Estado!”.

¹⁰⁸ A expressão tem o seguinte significado: “O.ní.mo.da adjetivo (latim *omnimodu*) 1 Que abrange todos os modos ou gêneros. 2 Que não tem limites ou restrições” (MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. 1 ed.; 11 impressão; Companhia Melhoramentos: São Paulo, 1998, p.1494).

¹⁰⁹ *Lege condita*. Entenda-se como lei feita. Constitui-se numa variação ou conjugação da expressão “*legem cõdere*: fazer a lei” segundo Gabriel Valle (Dicionário Latim-Português. IOB Thomson: São Paulo, 2004, p. 423).

¹¹⁰ Em relação à referida comissão, cabe registrar que a íntegra do trabalho cuja relatoria coube ao jurista Odilon Braga, foi publicada em quatro partes na Revista de Direito Administrativo: 1) Vol. 7; jan./mar.; 1947; pp. 33-51; 2) Vol. 8; abr./jun.; 1947; pp. 18-44; 3) Vol. 9; jul./set.; 1947; pp. 30-48; e, 4) Vol. 10; out./dez.; 1947; pp. 14-51. As críticas realizadas por Afrânio de Carvalho se referem ao teor do §23 (pp. 21-22) em contradição com §30 (p. 32) do relatório do jurista Odilon Braga, publicados na Revista de Direito Administrativo, Vol. 8; abr./jun.; 1947; pp. 18-44 (parte 2).

¹¹¹ Nos Estados Unidos, os serviços privados de utilidade pública recebem a denominação de “public utilities”. A índole jurídica da propriedade das “public utilities” é privada. Muitos doutrinadores brasileiros as comparam aos serviços públicos concedidos brasileiros. Todavia, há diferenças e tais comparações devem ser admitidas com certa cautela.

Ressalta-se que já transcorreram mais de 50 (cinquenta) anos do trabalho de Afrânio de Carvalho e, entretanto, ainda subsiste a polêmica em relação à propriedade dos bens reversíveis. Sérgio Guerra¹¹² apresenta um exemplo:

“Ressalte-se que os bens envolvidos na prestação do serviço objeto da concessão podem ser públicos ou privados, dependendo de sua origem. A esse propósito, ao discorrer sobre o regime dos bens de propriedade da empresa estatal que desempenha serviço público, mediante concessão ou permissão, doutrina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que ela possui um patrimônio próprio, embora tenha que se utilizar, muitas vezes, de bens pertencentes à pessoa pública política.

Assim, dentre os bens nele integrados, distinguem-se duas espécies. Os que estão diretamente afetados à execução do serviço público e os que não estão afetados. Nesse sentido, esclarece a respeitada administrativista que se os bens das concessionárias e permissionárias são afetados a um serviço público, eles têm que se submeter ao mesmo regime jurídico a que se submetem os bens pertencentes à União, Estados e Municípios, também afetados à realização de serviços públicos.

Se fosse possível a essas empresas alienar livremente esses bens, se esses bens pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção no serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende a necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade de sua paralisação, e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico.

No caso do serviço público, é a pessoa pública política (União, Estado ou Município) que detém a sua titularidade: a concessionária apenas o executa e não tem qualquer disponibilidade sobre ele, como também não tem a livre disponibilidade sobre os bens afetados ao serviço público”.

Assim, pelo exposto no parágrafo anterior, há de se distinguir a propriedade do bem do regime aplicável a este. Não se vislumbra qualquer impedimento a que a propriedade do bem seja privada e esteja submetida ao regime público. Este, aliás, é o nosso entendimento acerca dos bens reversíveis abrangidos por concessões dos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

2.4.5. A Necessidade de Previsibilidade da Reversão em Lei ou no Contrato de Concessão

Um ponto muito controverso relacionado à reversão é a necessidade que o evento (reversão) esteja expresso em diploma legal ou no contrato de concessão. Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹³, após algumas considerações, aponta a seguinte conclusão:

¹¹² A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE; ano 1; n. 1; jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 190

“(…) é inexato supor-se que a chamada reversão dos bens, ou seja, sua integração no patrimônio público ao cabo da concessão do serviço, resulta da teoria geral deste instituto, porquanto, salvo, explícita prescrição legal ou do ato concessivo, seu cabimento está circunscrito às hipóteses indicadas, sem embargo de serem elas, certamente, as mais comuns – como já foi dito e ora é reafirmado”.

É salutar trazer à baila a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra¹¹⁴, pois, este enfatiza quase de forma inequívoca a necessidade de previsão da reversão no contrato de concessão:

“[A] extinção da concessão e a reversão dos serviços não implicam a reversão de bens de propriedade do concessionário, ainda que empregados na prestação do serviço público, pois tal reversão não lhes é essencial ou inerente (cf. Código Brasileiro da Aeronáutica, Lei n.º 7.565/86, art. 191 e Lei n.º 9.472/97, art. 93, XI), nem está prescrita em lei. Para que a reversão dos serviços seja acompanhada de reversão de bens de propriedade do concessionário é preciso que esta seja ajustada no contrato de concessão de serviço público. Assim, Ruy Cirne Lima escrevia que, na ausência de cláusula de reversão, ‘o concessionário, findo o prazo da concessão, continua proprietário de todo o material aplicado à exploração do serviço, posto não mais o possa utilizar em tal exploração’ (Princípios de Direito Administrativo, p. 181). Igualmente, Francisco Campos sustentava que ‘a reversão só se efetua quando expressamente pactuada no contrato’ (Direito Administrativo, p. 184) e Mário Masagão lecionava que a ‘reversão decorre de cláusula contratual’ (Curso de Direito Administrativo, p. 294). Desse entendimento não se afasta José Cretella Jr. que, expressamente, adota a lição de Ruy Cirne Lima a respeito da matéria (Tratado de Direito Administrativo, vol. III, p. 166 e Dos Contratos Administrativos, p. 166). No mesmo sentido, manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, p. 246).

Nesse ponto, coincide a orientação do direito brasileiro com a consagrada no direito francês, informando André de Laubadère que o destino dos bens materiais empregados na prestação dos serviços concedidos é o determinado pelas disposições do ato de concessão (*Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, vol. III, p. 212), que compreende a convenção e os cadernos de encargos, com os demais documentos que os acompanham (ob. cit., vol. I, pp. 364 e segs.). Idêntica é a posição do direito argentino, como esclarecido por Maria Gabriela Abalos (*‘La Concesión de Servicios Públicos’*, in *Manual de Derecho Administrativo*, pp. 437-462) e por Jorge Sarmiento Garcia (*Concesión de Servicios Públicos*, pp. 141-142)”.

Considerando o exposto, recorre-se ao estudo de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas¹¹⁵ que aponta a falta de detalhamento dos bens reversíveis nos contratos de concessão dos serviços de telecomunicações:

¹¹³ Reversão dos Bens na Concessão. Revista Trimestral de Direito Público; n. 7; Malheiros Editores; 1994, p. 10

¹¹⁴ Apontamentos sobre a reversão de bens públicos na concessão de serviço público. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1999, v. 345, p. 17

¹¹⁵ Direito das Telecomunicações. Fórum: Belo Horizonte, 2008, p.141-142

“Pela Lei Geral, os bens reversíveis deveriam estar indicados no contrato de concessão. No entanto, os contratos enunciam tais bens de forma bastante abstrata. Assim, a minuta de contrato de concessão do STFC na modalidade local, por exemplo, estipula que os bens reversíveis são os seguintes: ‘Infra-estrutura e equipamentos de’: (a) ‘comutação, transmissão incluindo terminais de uso público’; (b) ‘rede externa’; (c) ‘energia e ar condicionado’; (d) ‘centros de atendimento e de prestação de serviço’; (e) ‘sistemas de suporte a operação’; e (f) ‘outros indispensáveis à prestação do serviço’. Ou seja, na prática, existe uma significativa dificuldade na identificação precisa dos bens reversíveis”.

Cabe destacar também, com certas ressalvas¹¹⁶, a lição de Sérgio Guerra¹¹⁷:

“(…) quanto à necessidade do instrumento contratual indicar os bens que reverterão ao poder Público ao término da concessão, como determina o inciso X, do art. 23 da Lei das Concessões, importa assinalar que a regra também ser prevista no edital da licitação.

É de notar-se, entretanto, que essa relação de bens constante do instrumento contratual não é taxativa, sendo certo que outros bens que venham a ser adquiridos pela Concessionária – e que efetivamente venham a ser utilizados no serviço – também serão considerados reversíveis.

Nessa ordem de considerações, pode-se asseverar que novos bens adquiridos pela Concessionária, efetivamente utilizados na prestação dos serviços, serão passíveis de reversão ao Poder Concedente”.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹⁸, ao tratar especificamente dos bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações, não se discute a obrigatoriedade de existir ou não previsão da reversibilidade na legislação ou nos contratos de concessão. Talvez essa omissão se justifique pelo jurista analisar em seu trabalho os dispositivos da LGT que disciplinam propriamente a matéria:

“(…) O regime de reversão de bens na Lei Geral de Telecomunicações (Lei federal n.º 9.472/97) é um pouco distinto do previsto na Lei Geral de Concessões (Lei federal n.º 8.987/95).

¹¹⁶ Quanto ao emprego da Lei das Concessões, Lei 8.987, de 13.2.1995, aos serviços de Telecomunicações, evidencia-se que LGT contém dispositivo legal expresso (art. 210) que prevê a inaplicabilidade da Lei das Concessões. Todavia, entendeu-se oportuno reproduzir o posicionamento doutrinário do professor Sérgio Guerra, pois, este pode fundamentar futuras interpretações em relação aos dispositivos da própria LGT, ou então, as outras normas que disciplinem a reversão de bens associadas às concessões de serviços de telecomunicações, com redação semelhante àquela do inciso X do art. 23 da Lei das Concessões. Redação do artigo 210 da LGT: “Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”. Redação do inciso X do art. 18 da Lei 8.987, de 13.2.1995 (Lei das Concessões): “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) X - a indicação dos bens reversíveis;”. Redação do inciso X do art. 23 da Lei 8.987, de 13.2.1995 (Lei das Concessões): “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) X - aos bens reversíveis”.

¹¹⁷ A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE; ano 1; n. 1; jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003., p. 190)

¹¹⁸ Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. Revista de Direito Público da Economia – RDPE; ano 1; n. 1; jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 108-109

II.1.1 Em três momentos a LGT cuida dos bens reversíveis. Primeiro no artigo 93, inciso XI, para dizer que o contrato de concessão deverá indicar os bens reversíveis, se estes houver. Significa dizer que a LGT admite que haja concessão da prestação de serviços públicos de telecomunicações que não contemple reversão de bens. Isso não é desprovido de razão. A acelerada evolução tecnológica e mesmo a obsolescência de tecnologias, traços marcantes no setor, ensejam que em algumas circunstâncias não haja conveniência ou necessidade de que a retomada dos serviços seja associada à reversão de bens. Pode haver situação em que os bens empregados na prestação, ao final da concessão, estejam tão superados ou depreciados que sua reversão não traga nenhuma utilidade para o poder concedente.

II.1.2 O segundo dispositivo versante sobre o regime de reversão de bens está no artigo 101 que trata do regime de bens reversíveis. Diz que ‘a alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência’. Segue daí a conclusão possível de que a lei não veda a alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis. Ao revés, as admite desde que previamente aprovadas pela Anatel.

II.1.3 Por fim, há o artigo 102 que prevê propriamente o regime da reversão determinando que ‘[a] extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis’. Se o caput do artigo prevê a transferência automática dos bens reversíveis, o Parágrafo único, prevê regra de indenização no caso de reversão por extinção intempestiva da concessão, deixando claro que tal indenização recairá apenas pelos investimentos não depreciados necessários a garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

Ainda no mesmo estudo, Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹⁹ ainda evidencia:

“II.2 O Contrato de Concessão do STFC, único serviço hoje explorado em regime público, tratou do regime dos bens reversíveis mais amiúde”.

Dessa forma, em relação às concessionárias de serviços públicos de telecomunicações, mesmo que fosse obrigatória a previsibilidade da reversão em lei ou contrato de concessão, não há que se discutir esta questão. Tanto na LGT, quanto nos contratos de concessão há menção à reversão de bens necessários a continuidade e a atualidade dos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

2.4.6. A Condição Gratuita ou Onerosa da Reversão nas Concessões de Serviços Públicos

Analisando os estudos e trabalhos pátrios que abordam a reversibilidade de bens relacionadas as concessões de serviços públicos, verificou-se que a grande maioria dos autores¹²⁰ sustenta que a reversão de bens é gratuita. Todavia, há entendimentos

¹¹⁹ Ibidem, p. 108-109.

¹²⁰ Barbosa Lima Sobrinho (A Reversão das Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Administrativo. Vol. 32; Abr./Jun.; pp. 27-37; 1953, p. 31); Alcino Pinto Falcão (A Cláusula de Reversão

contrários¹²¹ no sentido que a reversão é onerosa, ou então, que diploma legal ou cláusulas do contrato de concessão estipulem a condição e quais bens reverterão.

Em meados do século XX, Barbosa Lima Sobrinho¹²² lecionava que:

“(…) na essência, a reversão deve ser efetivada independentemente de indenização. É certo que há autores que dizem que a reversão só é sem indenização quando tal circunstância conste expressamente do contrato. E que, no silêncio do contrato, a reversão implica, ou acarreta, indenização. É a tese, por exemplo, de Antão de Moraes (Problemas e Negócios Jurídicos, II, 102). Êle próprio reconhece, aliás, que os dois Carvalhos de Mendonça eram defensores da reversibilidade gratuita. Também Sousa Pinto assim o entende, quando distingue a reversão do resgate e afirma que: ‘enquanto o resgate é sempre acompanhado de indenização, a regra, na reversão, é que o material seja adquirido sem qualquer retribuição, presumindo-se que a empresa concessionária, no curso do contrato, o haja amortizado’ (Revista de Direito Administrativo, 19, pág. 412)”.

No que tange à gratuidade ou onerosidade da reversão de bens na extinção das concessões, Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes¹²³ sustenta que:

“(…) de regra, tal reversão opera gratuitamente, porém não abrange bens não utilizados no objeto da concessão. Este instituto é uma decorrência direta do principio da continuidade do serviço público, pois, mesmo findo um contrato de prestação de serviço, o Estado deve garantir sua continuidade à população para não a prejudicar, sendo a reversão um dos meios disponíveis ao Poder Público para assegurar tal missão.

(…)

No geral, a reversão desses bens é gratuita, pois a remuneração fixada para a prestação do serviço é feita de forma a proporcionar não apenas lucro para o concessionário, mas também a compensação do capital investido ao longo do tempo, cuja equivalência terá percebido durante o período de exploração da concessão”.

É salutar trazer à baila o trabalho de Alcino Pinto Falcão¹²⁴ que discute a cláusula de reversão gratuita:

na Concessão de Serviço Público. Revista de Direito Público – RDP; v.4; n. 15; pp.129-137; jan./mar.; 1971, p. 134); Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo. 20 ed.; Malheiros Editores: São Paulo, 2006, p. 858); e, Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (O Direito à Informação e as concessões de rádio e televisão. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997, p.128-129).

¹²¹ João Carlos Mariense Escobar (Serviços de Telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 54-55) e Carlos S. Barros Júnior (A Concessão de Serviço Público. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo; Volume LXVIII (1.º fasc.); pp.249-266; 1973).

¹²² A Reversão das Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Administrativo. Vol. 32; Abr./Jun.; pp. 27-37; 1953, p. 31

¹²³ O Direito à Informação e as concessões de rádio e televisão. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997, pp.128-129

¹²⁴ A Cláusula de Reversão na Concessão de Serviço Público. Revista de Direito Público – RDP; v.4; n. 15; pp.129-137; jan./mar.; 1971, p.134

“4. A cláusula de reversão gratuita nada tem de rara; é encontrada nos contratos de concessão de serviço público e justificada, em geral, pela amortização que, através das tarifas, os usuários se encarregam de realizar, no curso do contrato. Certa lição pretende que a cláusula de reversão é elemento puramente natural da idéia de concessão e, por isso, há de supor-se ínsita no contrato, salvo disposição em contrário, mas essa opinião não tem gozado de boa fortuna, entre nós e na Espanha, por exemplo. Para nós, sempre acolhida a lição de Francisco Campos, que ensinava: ‘O fim da concessão restitui concedente e concessionário ao *‘statu quo ante’* – o primeiro reintegrado na plenitude do domínio público, até então ocupado em parte, e sem ser a título precário, o segundo restituído à livre disposição dos bens e propriedades que afetar, temporariamente, ao serviço público concedido. Esta, a situação das partes ao expirar o prazo da concessão, se o contrato, que entre elas faz lei, não dispõe de modo diverso’. Examinando o problema no direito espanhol, em eruditíssimo trabalho Villar Palasi assim se expressa: ‘Jèze configuró la reversión como elemento puramente natural de la idea concessional, esto es, que había de suponerse inserta em la cláusula de la concesión, salvo que expresamente se dijera lo contrario. Nuestro Consejo de Estado ha estatuído, por El contrario, que no es sino un puro elemento accidental de la idea de concesión”.

Cabe destacar também a posição de Carlos S. de Barros Júnior¹²⁵:

“(…), a reversão se opera, na forma da lei e do contrato e, na ausência de estipulação, mediante recebimento, pelo concessionário, do valor de seus bens, ainda não amortizados”.

João Carlos Mariense Escobar¹²⁶ sustenta entendimento no mesmo sentido. Para ele os “bens reversíveis, portanto, são os que devem acompanhar o serviço quando este retorna ao poder concedente. Por presumir-se que na exploração dos serviços públicos o lucro da concessionária vá além da renda do capital investido, é regra a reversão gratuita. Entretanto, cláusulas devem prever e determinar quais bens reverterão ao concedente, e em que condições, porque nem sempre a presunção é verdadeira”.

Considerando a similaridade entre a concessão de serviços públicos e a franquia pública, é salutar também o posicionamento de Marcelo Lamy¹²⁷ no que tange à gratuidade na reversão de bens no âmbito das franquias públicas:

“Conseqüência jurídica específica da franquia pública atinente a serviços públicos, é a previsão de que os bens utilizados pra a exploração da franquia, no término desta, devem ser incorporados na Administração Pública.

Não se trata de re aquisição, mas de reversão de bens.

Presume-se que o custo destes bens já foi saldado ou amortizado no decorrer da vigência da exploração”

¹²⁵ A Concessão de Serviço Público. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo; Volume LXVIII (1.º fasc.); pp.249-266; 1973, p.260.

¹²⁶ Serviços de Telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 55.

¹²⁷ Franquia Pública. Editora Juarez de Oliveira: São Paulo, 2002, p.166

Ademais, é importante trazer o teor do debate a respeito da indenização e amortização de bens reversíveis existente no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme acórdão cujo extrato foi publicado no Diário Oficial da União em 18.5.2001, relacionado ao processo de Tomadas de Contas – TC-007.369/99-9 (Pedido de reexame):

“Sabemos que a reversão processa-se mediante indenização ao particular contratado pelos bens que a Administração tem a intenção de integrar à coisa pública. Essa indenização pode-se dar após o encerramento do contrato ou no decurso deste, mediante exigência da Administração no sentido de que da composição das tarifas a serem praticadas pelo concessionário ou pelo permissionário conste a amortização dos bens colocados à disposição da prestação dos serviços.

Considerando, então, que diversas podem ser as situações ou condições de um bem que um permissionário ou concessionário coloca à disposição da prestação dos serviços públicos, há que analisar, em cada caso, a possibilidade de proceder a reversão mediante indenização, seja de uma só vez ou com a inserção da amortização do valor do bem nas tarifas. Dessa forma, se se tratar de um bem de propriedade do contratado, caberá a reversão, realizada mediante indenização ao fim do contrato ou por meio da amortização, se assim for admitido ou exigido pela Administração. No caso de o bem ser posto à disposição da prestação de serviços mediante contrato de leasing, com cláusula de transferência de propriedade, caberá também a reversão. Porém, se um bem for colocado à disposição da prestação dos serviços mediante contrato de locação ou arrendamento, entendemos não caber a reversão, pois esse bem será de propriedade de terceiro e, por isso, estará fora do alcance do Poder Público”.

Frisa-se que se entende que pelo teor do disposto no parágrafo único do artigo 102¹²⁸ da LGT, há amortização dos bens reversíveis através das tarifas exigidas pelas concessionárias de serviços de telecomunicações dos usuários. A indenização será devida apenas àqueles bens ainda não amortizados ou depreciados. Logo, considerando o entendimento da maioria dos doutrinadores¹²⁹, nas concessões atinentes aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público a regra é a gratuidade da reversão.

2.4.7. Uma Possibilidade de Classificação dos Bens Associados à Reversão nas Concessões de Serviços Públicos

Diante de todo o conteúdo apresentado até o momento, nas seções deste capítulo, cabe enfatizar aquela que, em nosso entendimento, é a melhor síntese do que venham a

¹²⁸ Verificar o teor do artigo 102 da LGT que se encontra transcrita na nota de rodapé 4.

¹²⁹ Ver nota de rodapé 120.

ser os bens associados à reversão nas concessões de serviços públicos segundo a abordagem tradicional. Para tanto, recorre-se a Floriano de Azevedo Marques Neto¹³⁰:

“53.1 Entre os bens que reverterem ao cabo da delegação (bens efetivamente aplicados aos serviços e imprescindíveis a este), podemos identificar três espécies: (i) os bens originalmente públicos ou aplicados ao serviço por instrumentos de direito público (v.g., expropriação), que se confundem com sua afetação, de modo que sua transferência para o domínio do particular demandaria aprovação legislativa e desafetação, o que não deixa de ser uma contradição em termos, pois a delegação pressupõe que o bem seguirá afetado àquela utilidade pública (por isso é que é bem reversível), espécie de que é bom exemplo a rodovia objeto de concessão rodoviária; (ii) os bens reversíveis, que são assumidos ou venham a ser adquiridos pela concessionária para ampliação ou melhoria do serviço ou ainda para substituir bens transferidos pelo poder concedente que cheguem ao fim de sua vida útil, como serve de exemplo uma turbina de uma usina geradora de energia; (iii) por fim, os direitos reais e pessoais sobre bens de terceiros, públicos ou privados, como ocorre com as servidões de passagem para linhas de transmissão de energia elétrica ou direitos de uso de subsolo para redes de telecomunicações. Ou seja, estas três espécies de bens afetados ao serviço delegado referem-se, respectivamente, a bens de propriedade do poder concedente, de propriedade do delegatário e bens de propriedade de terceiros, empregados ao serviço por algum vínculo jurídico real ou pessoal. Cada uma destas espécies de bens reversíveis, a nosso ver, tem uma caracterização diversa

2.5. O Conceito Tradicional de Bens Reversíveis nas Concessões de Serviços de Telecomunicações

Como já mencionado são escassos os trabalhos e estudos que tratam especificamente dos bens reversíveis atinentes às concessões dos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público. A seguir, apresenta-se o posicionamento dos principais doutrinadores que já se manifestaram sobre o tema.

A jurista Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes¹³¹ aponta que:

“(…) sempre é questão controversa saber exatamente quais bens deverão ser revertidos ao Poder Público por estarem afetados à prestação do serviço em tela. Em razão disso, costuma-se exigir que o próprio edital de licitação já explicita quais bens serão revertidos automática e gratuitamente e quais poderão ser revertidos com indenização, cláusula a ser inserida também no termo contratual.

Entretanto, havendo alguma omissão, os bens do concessionário diretamente vinculados ao serviço público serão revertidos em favor do Estado. Com relação aos bens públicos cedidos pelo

¹³⁰ Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 172

¹³¹ O Direito à Informação e as concessões de rádio e televisão. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997,, p.128-129.

Estado para a exploração do serviço, é patente que, finda a concessão, estes retornam ao domínio público, pois nunca foram do concessionário”.

No trabalho de João Carlos Mariense Escobar¹³², sobre os bens reversíveis na extinção dos contratos de concessão dos serviços de telecomunicações tem-se:

“A extinção da concessão transmite, automaticamente, à União, a posse dos bens reversíveis, razão pela qual toda oneração ou substituição desses bens depende de prévia aprovação da ANATEL. (...) Com o término da concessão, dá-se a reversão do serviço ao poder concedente. Essa reversão abrange os bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço, que a concessionária deve entregar, sem pagamento, ao poder concedente. Os bens não utilizados no objeto da concessão e aqueles desvinculados do serviço e sem emprego na sua execução, por não lhe serem acessórios, constituem patrimônio privado da concessionária, que deles poderá dispor livremente, ao final do contrato”.

É oportuno também reproduzir o entendimento de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas¹³³, especialmente por ressaltar a dificuldade na identificação precisa dos bens reversíveis relativos aos serviços de telecomunicações, como acima também já destacado:

“Em geral, a toda concessão estão vinculados os chamados bens reversíveis, assim considerados como aqueles bens necessários à prestação do serviço concedido. Assim, a LGT estabelece que a extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.

(...)

Pela Lei Geral, os bens reversíveis deveriam estar indicados no contrato de concessão. No entanto, os contratos enunciam tais bens de forma bastante abstrata. Assim, a minuta de contrato de concessão do STFC na modalidade local, por exemplo, estipula que os bens reversíveis são os seguintes: ‘Infra-estrutura e equipamentos de’: (a) ‘comutação, transmissão incluindo terminais de uso público’; (b) ‘rede externa’; (c) ‘energia e ar condicionado’; (d) ‘centros de atendimento e de prestação de serviço’; (e) ‘sistemas de suporte a operação’; e (f) ‘outros indispensáveis à prestação do serviço’. Ou seja, na prática, existe uma significativa dificuldade na identificação precisa dos bens reversíveis”.

Pelos textos acima transcritos constata-se que as análises se restringiram ao âmbito jurídico. Não há qualquer menção a concepções econômicas abrangidas por doutrinadores do direito. Este fato mostra nitidamente que há hoje duas formas de regulação. Uma regulação jurídica, pautada unicamente no ordenamento jurídico e outra regulação, que incorpora critérios econômicos. Em relação a esta segunda ainda não há, de acordo com nossa pesquisa, um posicionamento a respeito do instituto da reversão.

¹³² Serviços de Telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 54-55.

¹³³ Direito das Telecomunicações. Fórum: Belo Horizonte, 2008, p.141-142.

Por fim, entende-se que tanto a regulação jurídica quanto a regulação econômica devem convergir para um elemento comum de forma a disciplinar e tratar os fatos empíricos da mesma forma, ao invés de concorrerem e se distanciarem entre si como vem ocorrendo com os conceitos de serviços públicos e bens públicos.

Capítulo 3 – Dois Debates Relacionados ao Monitoramento, Controle e Fiscalização dos Bens Reversíveis das Concessões de Serviços de Telecomunicações: Tribunal de Contas da União e Poder Judiciário

Este capítulo tem como objetivo apresentar dois entendimentos normativos distintos mas convergentes, formados em setores relevantes do Estado brasileiro, relacionados ao questionamento do atual modelo adotado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em relação ao monitoramento, controle e fiscalização dos bens reversíveis das concessões de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

No primeiro caso, que envolveu pronunciamento do Tribunal de Contas da União (TCU), além de haver ocorrido a formulação, pelo tribunal, de algumas críticas relacionadas o modelo atual de controle dos bens reversíveis¹³⁴, ainda houve pronunciamento da mesma autoridade, considerando o teor das propostas de alteração da Consulta Pública nº 52, no sentido de que “o simples aprimoramento do regulamento não é garantia de que controle será mais efetivo”. No procedimento em tela (processo de Tomadas de Contas 020.460/2008-3¹³⁵), o TCU fez recomendação ao órgão regulador para que “realize periodicamente ações de fiscalização e que desenvolva novos métodos, de forma a permitir que exista razoável certeza de que as relações de bens reversíveis apresentadas pelas concessionárias do STFC são fidedignas e atuais”.

O outro exemplo de debate discutido neste capítulo se refere a um procedimento judicial associado a um bem imóvel supostamente reversível. O caso judicial selecionado questiona o controle e fiscalização dos bens reversíveis especificamente em

¹³⁴ O Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução Anatel 447/2006, disciplina a fiscalização, controle e monitoramento dos bens reversíveis associados aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

¹³⁵ Procedimento instaurado pelo TCU para acompanhar a operação de fusão entre as empresas Oi/Telemar e Brasil Telecom. No âmbito deste passou-se também a avaliar a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em relação as duas prestadoras de serviços de telecomunicações citadas, havendo manifestação a respeito do controle dos bens reversíveis destas e, também, do teor das propostas da Consulta Pública nº 52, de 20.12.2010, antes mesmo que esta consulta fosse disponibilizada à sociedade.

relação a um bem imóvel. Este é um típico caso em que foi adotada a concepção tradicional de propriedade associada aos bens reversíveis¹³⁶.

A análise das duas decisões acima mencionadas – uma administrativa, no âmbito do TCU, e outra judicial – objetiva não deixar qualquer dúvida quanto à necessidade adoção por parte da Anatel de uma nova metodologia de monitoramento, controle e fiscalização dos bens, serviços e direitos das concessões de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público¹³⁷. Na hipótese de não ser acolhida a proposta de desenvolvimento de novos métodos, como recomendado pelo TCU, espera-se pelo menos que sejam adotadas novas concepções, ou então, sejam considerados alguns estudos doutrinários, como os que serão apresentados nos capítulos seguintes deste estudo.

3.1. Análise do Tribunal de Contas da União (TCU)

A seguir, será oferecida uma análise do Acórdão AC-2468-35/2010-P do TCU, proferido no âmbito do processo de Tomadas de Contas 020.460/2008-3.

Inicialmente, cumpre destacar que o processo de Tomadas de Contas 020.460/2008-3 foi instaurado pela Secretaria de Fiscalização da Desestatização (Sefid), por determinação do Ministro Raimundo Carreiro, como parte da atividade do TCU no acompanhamento da atuação da Agência Nacional de Telecomunicações, passo a passo, relativa à operação de transferência, em 2008, do controle acionário da Brasil Telecom para a Oi-Telemar, ambas concessionárias de telefonia fixa.

A existência e o controle dos bens reversíveis foi um dos aspectos analisados pelo TCU. Especialmente sobre o controle desses bens pela Anatel, a Sefid foi clara e taxativa quanto à necessidade de adoção de uma nova metodologia.

¹³⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto (Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 387), apresenta as seguintes considerações a respeito da concepção tradicional de propriedade: “2. Todo o regime jurídico dos bens públicos, conforme vimos anteriormente, foi pautado em uma concepção tradicional de propriedade, que se estrutura sobre algumas premissas: (i) a relação jurídica entre proprietário e bem conferida àquele direitos plenos de disposição, uso, fruição e gozo; (ii) o objeto de propriedade seria predominantemente pensado como objeto dotado de materialidade; (iii) o valor da propriedade seria estipulado a partir de sua aptidão para troca, e não predominantemente em função de sua capacidade para uso”.

¹³⁷ Embora na LGT haja menção apenas a expressão “bens reversíveis”, no Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n.º 447, de 19.10.2006, conforme itens IV e XI do artigo 3.º, há menção expressa a bens, serviços e direitos. Logo, entende-se que o debate sobre a reversibilidade deve interpretar a expressão “bens reversíveis” constante da LGT de forma ampla, principalmente em razão das redes contratuais associadas aos serviços de telecomunicações, conforme discutido na seção 6.5 desse trabalho

Por meio da Decisão de 17.12.2008, constante das folhas 66 a 70 do processo de Tomadas de Contas 020.460/2008-3, o Ministro Raimundo Carreiro adotou medida cautelar, acatando proposta da Sefid constante das folhas 47 a 65 do processo em questão, no sentido de que se determinasse à Anatel que se abstinhasse de deliberar sobre a anuência prévia da operação de transferência de controle acionário de que tratam os autos. Também determinou a oitiva da Agência para que esta apresentasse esclarecimentos acerca dos procedimentos adotados para: avaliação do impacto da operação, disponibilidade de informações sobre o conjunto de bens reversíveis, acompanhamento dos aspectos econômico-financeiros das empresas envolvidas, implantação de instrumentos regulatórios que garantam um ambiente competitivo e observância de transparência no processo de anuência prévia. Após parecer da Procuradoria Federal Especializada da Agência, referente ao Anexo 22 (vinte e dois) do processo de Tomadas de Contas 020.460/2008-3, o Ministro Raimundo Carreiro proferiu outra decisão em 18.12.2008, constante das folhas 74 a 79 do processo em questão, resultando na revogação da medida cautelar.

Entretanto, como as deficiências apontadas no momento da adoção da aludida medida permaneciam, o Ministro Raimundo Carreiro determinou que houvesse acompanhamento, por parte da Sefid, das ações da Anatel e outros órgãos envolvidos com a operação de transferência de controle acionário da Brasil Telecom para a Oi-Telemar.

Foram realizadas novas diligências e inspeção junto à Anatel. No que tange aos bens reversíveis, assim se manifestou o TCU no item 3.2 do Acórdão AC-2468-35/2010-P:

“3.2. Bens Reversíveis

50. Acerca do apontamento, quando da adoção da medida cautelar, relativo à falta de informações corretas e tempestivas sobre o conjunto de bens reversíveis, houve manifestação da procuradoria especializada da Anatel, nos seguintes termos (Anexo 22, fls. 06):

“Finalmente, calha dizer que a Anatel possui absoluto controle da relação dos bens reversíveis das concessionárias. De fato, há segura fiscalização na alienação de qualquer desses bens. (...)”

51. Na Decisão de 18/12/2008, em que o Ministro Relator analisou o arrazoado apresentado pela Procuradoria da Agência e decidiu por revogar a cautelar, ficou evidente a necessidade de averiguar a afirmação apresentada, de que há controle absoluto da relação desses bens. Isto porque houve resposta, por meio do Informe 426/2008-PBOAC/PBCPD/PBOA/PBCP (fls. 40 a 44), de 5/12/2008, a uma diligência (fls. 30 a 32), de 28/11/2008, efetuada por esta Unidade Técnica, em que a Anatel afirma que não dispunha de imediato de informações agregadas básicas sobre os bens reversíveis naquele

momento. Se o controle fosse absoluto, por certo que a Agência deveria dispor dessa informação, em qualquer momento.

52. Foi realizada, em 8/4/2010, uma reunião com técnicos do Órgão Regulador para tratar da questão dos bens reversíveis. Neste encontro, foi informado de que não havia nenhum tratamento especial por parte da Anatel relativamente aos bens reversíveis das empresas Brasil Telecom e Oi-Telemar por causa da transferência de controle acionário. Os técnicos ratificaram a posição, já apresentada no arazoado da Procuradoria Especializada, de que, como se trata de mera transferência de controle acionário, a situação dos bens reversíveis continua a mesma após a operação. Também foi informado que não houve condicionamentos impostos às empresas relativos a este tema”.

Pelo texto transcrito acima se verifica que em um primeiro momento se afirma que há “absoluto controle das relações dos bens reversíveis das concessionárias”. Foi com base nessa afirmação que o TCU revogou a medida cautelar que havia sido anteriormente imposta pelo órgão de controle. Todavia, em diligência realizada junto aos órgãos técnicos foi constatado “que não havia nenhum tratamento especial por parte da Anatel relativamente aos bens reversíveis das empresas Brasil Telecom e Oi-Telemar por causa da transferência de controle acionário”.

Em relação ao procedimento de controle dos bens reversíveis adotado pela Anatel, o TCU o detalha nos seguintes termos:

“53. Sobre o controle dos bens reversíveis de todas as empresas, foi informado que estas devem apresentar anualmente dois tipos de documentos: um inventário, documento em que se acham registrados os bens e direitos integrantes do patrimônio da prestadora, contendo, no mínimo, a descrição com o número de patrimônio, qualificação (reversível ou não), situação (onerado ou não), localização, utilização, estado de conservação, custo histórico atualizado e depreciado e, no caso de bens móveis, nome do fabricante, modelo e série de fabricação; e uma relação de bens reversíveis, documento em que se acham registrados os bens reversíveis, contendo, no mínimo, a descrição, com número de patrimônio, situação (onerado ou não), localização, entidade responsável pela guarda e outras informações que os identifiquem de forma precisa. As informações de que a Agência dispõe são baseadas nestes dois documentos”.

Ademais, o órgão de controle deixa expresso no Acórdão AC-2468-35/2010-P o número de fiscalização que houve em cada concessionária desde a privatização:

“56. Destaque-se, portanto, que houve praticamente uma fiscalização para cada concessionária, desde que a Anatel foi criada. Em alguns casos, inclusive, nem a primeira fiscalização foi completada. A consequência disso é que a informação que a Agência possui é basicamente aquela apresentada por cada empresa. Assim, a Anatel não tem condições de dispor de informações tempestivas e fidedignas acerca dos bens reversíveis das empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações”.

É diante destes fatos que o TCU propõe recomendação expressa à Anatel, relacionada ao monitoramento, fiscalização e controle dos bens reversíveis associados aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público:

“60. Destarte, dada a situação atual do controle dos bens reversíveis realizado pela Anatel, esta Equipe Técnica propõe que seja recomendado à Agência que realize periodicamente ações de fiscalização e que desenvolva novos métodos, de forma a permitir que exista razoável certeza de que as relações de bens reversíveis apresentadas pelas concessionárias do STFC são fidedignas e atuais.” (grifo nosso).

Pela parte final da recomendação do TCU, órgão fiscalizador do Poder Legislativo, é fácil constatar a sinalização expressa para que a agência reguladora elabore “novos métodos”, de forma a permitir que exista razoável certeza de que as relações de bens reversíveis apresentadas pelas concessionárias são fidedignas e atuais.

É oportuno destacar também que, no item 59 do Acórdão AC-2468-35/2010-P, há manifestação da área técnica a respeito do teor da minuta da “Proposta de Regulamento de Acompanhamento e Controle de Bens, Direitos e Serviços Vinculados à Concessão, em substituição ao Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n.º 447, 19 de outubro de 2006”, objeto do Processo n.º 53500 002058/2008, que resultou na Consulta Pública n.º 52. Afirma-se no acórdão claramente que “o simples aprimoramento do regulamento (...) não é garantia de que controle será mais efetivo”. É com base nesta constatação que ao final do acórdão em questão o plenário do TCU decidiu, em relação aos bens reversíveis, recomendar à Anatel que:

“(...)”

9.2.1. dada a situação atual do controle dos bens reversíveis, realize periodicamente ações de fiscalização e que desenvolva novos métodos, de forma a permitir que exista razoável certeza de que as relações de bens reversíveis apresentadas pelas concessionárias do STFC são fidedignas e atuais”.

Cabe apontar que, em nosso entendimento, o teor da proposta objeto da Consulta Pública n.º 52 da Anatel, referente à “Proposta de Regulamento de Acompanhamento e Controle de Bens, Direitos e Serviços Vinculados à Concessão, em substituição ao Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n.º 447, 19 de outubro de 2006”, não atende às recomendações do Acórdão AC-2468-35/2010-P do TCU¹³⁸.

Logo, uma eventual aprovação da proposta com a redação divulgada na Consulta Pública n.º 52 da Anatel, provavelmente, em nossa opinião, resultará em novas diligências e inspeções por parte do Tribunal de Contas da União¹³⁹.

¹³⁸ As propostas de alteração não desenvolveram uma nova metodologia como determinado pela Sefid. Os índices propostos não possuem qualquer correlação com a fidedignidade e a atualidade das informações apresentadas pelas concessionárias a respeito dos bens reversíveis. Os novos índices propostos versam sobre a qualidade do serviço prestado e a solvência das concessionárias (aspecto contábil). Também não há a fixação de qualquer procedimento de fiscalização, ou então, de percentual dos itens das relações de bens reversíveis apresentadas pelas concessionárias à Anatel a serem fiscalizados.

¹³⁹ Desde 1997 o TCU tem realizado na Anatel quase que anualmente auditorias a respeito da atuação e da prestação de contas do órgão: Exercício 1997 - processo 004.266/1998-6; Exercício 1999 - processo 008.249/2000-9; Exercício 2001 - processo 009.013/2002-6; Exercício 2002 - processos 010.850/2003-4 e 018.613/2003-6; Exercício 2003 - processos 009.059/2004-1 e 008.545/2004-9; Exercício 2004 - processo 016.517/2005-7; Exercício 2005 - processo 016.409/2006-8; Exercício 2006 - processo 019.235/2007-9; Exercício 2007 - processo 020.368/2008-6; Exercício 2008 - processo 015.071/2009-2; Exercício 2009 - processo 020.792/2010-7;

3.2. Litígio Judicial

Após analisado de forma resumida o teor do Acórdão AC-2468-35/2010-P do TCU proferido no âmbito do processo de Tomadas de Contas 020.460/2008-3 será conveniente examinar também o que talvez seja o principal questionamento judicial relacionado à disciplina e controle dos bens reversíveis das concessionárias de serviços de telecomunicações. Tal questionamento está contido nas decisões referentes à Ação Popular nº 2004.72.01.005445-5, proposta em Joinville/SC (Caso de Alienação pela Brasil Telecom S/A de Suposto Bem Reversível em Joinville/SC), abaixo analisada.

3.2.1. O Caso de Alienação pela Brasil Telecom S/A de Suposto Bem Reversível em Joinville/SC

O caso refere-se a uma ação popular ajuizada com o fim de anular a venda de imóvel realizada pela Brasil Telecom S/A (uma concessionária de telefonia fixa) ao Sindicato do Comércio Varejista de Joinville, sob o fundamento de que deveria haver a reversão deste bem ao patrimônio público, uma vez que afetado a uma finalidade pública.

A ação, ajuizada perante a 1.º Vara Federal e Juizado Federal Criminal da Seção Judiciária de Joinville/SC em 15.9.2004, teve como autora a cidadã Marília Jusi da Silva, e como réus, a concessionária Brasil Telecom S/A, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e o Sindicato do Comércio Varejista de Joinville. A ação teve ainda, como assistente da parte Ré, a União Federal (Advocacia Geral da União/Procuradoria Geral da União – AGU/PGU). Em 20.10.2005 foi prolatada a sentença julgando a ação improcedente. Foi interposto recurso de apelação pela autora.

Além disso, em relação ao STFC houve a instauração de alguns procedimentos específicos como, por exemplo: Processo 005.056/1998-5 para acompanhamento de autorizações para prestação de STFC; Processos 005.275/1998-9 até 005.285/1998-4 sobre a desestatização de empresas do sistema Telebrás; Processo 000.415/2000-5 relativo ao relatório da auditoria realizada na Anatel para conhecer a organização, os sistemas, as atividades e as peculiaridades da agência; Processos 003.836/2000-0 e 016.730/2000-9 para acompanhamento de autorização para exploração de STFC em municípios dos setores das regiões I, II e III do Plano Geral de Outorgas (PGO); Processo 008.595/2003-2 referente a irregularidade em autorizações editadas pela Anatel em substituições a concessões de serviços públicos; Processo 008.521/2009-8 relativo a representação do Ministério Público Federal (MPF) contra a Anatel – Superintendência de Serviços Públicos (SPB); Processo 005.252/2010-5 relativo a possíveis irregularidades no Contrato de Concessão Pública - PBOA/SPB 121/2006 - ANATEL, com concessão de financiamento pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES); Processo 018.822/2010-0 referente à denúncia sobre a atuação da Anatel na fiscalização de Contrato de Concessão.

O recurso de apelação foi à 3.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação, nos termos no voto da desembargadora. Abaixo segue a ementa do acórdão:

“EMENTA

AÇÃO POPULAR. RESSARCIMENTO, À UNIÃO, DO DINHEIRO FRUTO DA VENDA DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDO PELA VIA DA PRIVATIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA.

1. Inexistência da alegada ofensa ao art. 19 da Lei da Ação Popular. Submissão ao duplo grau de jurisdição da sentença de improcedência que acabou ocorrendo por força da presente apelação cível.

2. No mérito, caso em que não há falar na reversibilidade do bem em questão (que resultaria em prejuízo ao erário resultante da sua venda), considerando que, conforme declarou a própria ANATEL e repisou o Juízo *a quo* à sentença, não se está diante de bem necessário à execução do serviço público de telefonia”.

No Anexo 1 do presente trabalho, consta a íntegra do acórdão da 3.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região.

Tanto pela ementa acima transcrita quanto pelo inteiro teor do acórdão, verifica-se que não se adentrou no mérito da questão sobre se o bem imóvel era ou não “afeto” aos serviços de telecomunicações. Com base no teor das afirmações da Anatel, isto é, no termo de fiscalização¹⁴⁰, considerou-se que o aspecto da reversibilidade não estava presente no bem imóvel em questão (ponto ressaltado no item 2 da ementa). Pela ausência da reversibilidade não haveria que se falar em dano ao erário público. Assim, entendeu-se que a ação popular era instrumento impróprio para a defesa de interesses particulares (ponto destacado no item 1 da ementa).

No âmbito da 3.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, não se discutiu adequadamente a reversibilidade. Não houve qualquer definição de quais bens são ou não reversíveis. Na realidade, houve decisão de caráter processual¹⁴¹.

¹⁴⁰ “(...) o bem imóvel corresponde a mero escritório administrativo já desativado, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A. Ausente, assim, pelo menos sob o aspecto da reversibilidade, qualquer ilegalidade na avença retro mencionada”.

¹⁴¹ “(...) Comprovada a condição de bem particular do imóvel objeto da presente ação que, por não se configurar necessário à prestação do serviço de telefonia, não se submete à reversão prevista nos arts. 100 e 102 da Lei n.º 9.427/97, afastado o cabimento da ação popular, nos moldes em que prevista, pela Lei n.º 4.717/65, para a defesa do patrimônio público, hipótese em que merece ser mantida a sentença de desprovimento ora vergastada”.

Inconformada com o teor das decisões em 1.^a e 2.^a instâncias, a parte autora apresentou, em 14.3.2007, as peças relativas ao Recurso Especial e Recurso Extraordinário. O Recurso Especial nº 971851 – SC não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No Anexo 2, consta a íntegra do acórdão do STJ. A ementa é a que segue abaixo:

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

1. A despeito da oposição de embargos declaratórios, os dispositivos legais tidos por violados, à exceção dos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97, não foram examinados pela Corte de origem. Falta do necessário prequestionamento. Súmula 211/STJ.
2. Quanto aos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97, o exame da controvérsia reclama reexame de matéria fática, diligência vedada pela Súmula 7/STJ. Enquanto a autora popular defende que o bem alienado continua sendo bem reversível, ainda que fora de uso, o aresto recorrido, com base em laudo da Anatel, afasta a reversibilidade do imóvel ao argumento de não se tratar de bem necessário à execução do serviço público de telefonia.
3. Não se conhece do recurso especial pela divergência quando o recorrente não demonstra o dissídio de forma analítica, limitando-se à simples transcrição de ementas.
4. Recurso especial não conhecido”.

Pelo teor dos itens 1 e 2 da ementa transcrita está evidente que o STJ não se pronunciou sobre a definição de quais bens são ou não reversíveis. Novamente houve decisão de caráter eminentemente processual, segundo itens 3 e 4 da ementa.

Todavia a autora interpôs Agravo Regimental em relação ao teor do acórdão do Recurso Especial REsp nº 971851. O acórdão referente ao Agravo Regimental se encontra no Anexo 3 desse trabalho. A ementa desse é segue abaixo:

“EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO.

1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os **"equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público"**(grifo nosso).
2. A tese de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço.
3. O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95.

4. No caso, como se afere do acórdão recorrido, o contrato de concessão originalmente firmado não previa o imóvel objeto da ação popular como bem reversível.

5. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 447/2006, os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária no curso do contrato de concessão deverão ser informados anualmente à Anatel por meio da Relação de Bens Reversíveis - RBR, sujeita à aprovação da Agência, que poderá incluir neste rol outros bens não informados pela Prestadora.

6. Na espécie, ainda que tenha sido adquirido após o início da vigência do contrato de concessão, o imóvel alienado continuou à margem do rol dos bens reversíveis, já que a Anatel, como bem reconhece o aresto recorrido, em fiscalização realizada nos bens da Brasil Telecom, expressamente afastou a reversibilidade do imóvel controvertido nesta ação popular.

7. Agravo regimental não provido”.

Nesse acórdão, inclusive pelo teor da própria ementa transcrita, verifica-se que se adentrou na questão da definição dos bens reversíveis. O STJ se fundamenta na Resolução nº 447, de 19.10.2006, que aprovou o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis.

A respeito dessa menção pelo STJ ao citado regulamento cumpre registrar que, na época em que o bem imóvel foi alienado, ou então, quando a lide foi proposta (15.9.2004), ainda não havia sido editada a Resolução nº 447. Essa resolução é posterior ao fato e à propositura da lide, isto é, de 19.10.2006.

É no mínimo estranho que o STJ para não dar provimento ao Agravo Regimental relacionado Recurso Especial REsp nº 971851, se utilize de embasamento legal inexistente na época em que ocorreram os fatos.

Com o trânsito em julgado do Recurso Especial REsp nº 971851 em 31.8.2009, houve a remessa do processo ao Supremo Tribunal Federal (STF) na mesma data, devido ao Recurso Extraordinário que havia sido interposto pela autora.

O Recurso Extraordinário (RE 602931), foi distribuído também 9.9.2009 ao Ministro Joaquim Barbosa, a quem coube a relatoria. Em 27.8.2010 o Ministro-Relator negou seguimento ao recurso. Em 16.9.2010 foi apresentado agravo regimental pela parte autora. Até o momento (encerramento do presente trabalho de mestrado) o agravo regimental ainda não havia sido julgado.

O caso em questão é relevante, pois, até o momento, segundo nossa pesquisa, a Ação Popular nº 2004.72.01.005445-5 foi a única ação judicial que questionou a alienação de bens por uma concessionária, sob a alegação de se tratar de “bem reversível”. Embora mais de 6 (seis) anos tenham transcorrido desde a propositura da citada Ação Popular, verifica-se que o litígio chegou ao STF. Não obstante a ação ter

percorrido todas as etapas recursais possíveis, a análise sobre a reversibilidade ou não do bem alienado pela concessionária ocorreu apenas na 1.^a instância. Cumpre evidenciar também que o Ministério Público Federal com suas manifestações manteve-se de certo modo inerte perante a questão. Em segunda instância, aliás, parte do parecer do Ministério Público Federal¹⁴², que consta dos autos da ação popular em questão, é citado no acórdão de julgamento do mérito da apelação cível:

“Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM S/A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A. Ausente, assim, pelo menos sob o aspecto da reversibilidade, qualquer ilegalidade na avença retro mencionada”.

Vê-se que tanto a Anatel quanto o Ministério Público Federal ignoraram o fato que os bens alienados pela concessionária, sejam eles reversíveis ou não, resultam em evidente receita para a prestadora. Contudo, nenhum desses órgãos fez qualquer menção à destinação de tais receitas decorrentes da alienação de bens pelas concessionárias.

O artigo 101 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) prevê que, no caso de alienação de bens reversíveis, deverá ser solicitada prévia autorização à Anatel. Aspecto interessante no caso em questão é que houve a alienação previamente e, somente em virtude do questionamento judicial de uma cidadã é que a Anatel se manifestou a respeito da reversibilidade do bem. Até então, a Agência se encontrava inerte. Ademais, mesmo provocada judicialmente, após o procedimento de fiscalização específico para

¹⁴² No que tange ao parecer do Ministério Público Federal, entende-se que o item 9, também reproduzido no acórdão da 3.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região merece destaque. Esse fulmina qualquer hipótese de caracterizar o bem alienado como reversível:

“9. Nesse diapasão, não há que se falar, no condão dos arts. 100 e 102 da Lei n.º 9.472/97, na reversibilidade do bem em questão (que resultaria em prejuízo ao erário resultante da sua venda), considerando que, conforme declarou a própria ANATEL e repisou o Ilm.º. juízo *a quo* à sentença, não se está diante de bem necessário à execução do serviço público de telefonia: Como se observa, sempre que o bem for considerado afetado ao serviço público objeto de uma concessão, finda esta, ele retoma ou passa ao domínio do ente público titular do serviço público concedido, em nome do princípio da continuidade deste serviço delegado. Vale dizer, independentemente de quem o presta, se o Estado, ou se paraestatais ou, ainda, pessoas jurídicas de direito privado, o serviço público, que é o caso da telefonia fixa, não pode ser interrompido. Em consequência, sempre que o bem integrante do patrimônio da pessoa jurídica de direito privado que executa o serviço público delegado estiver afetado à execução deste, será ele inalienável. Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM S/A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A. Ausente, assim, pelo menos sob o aspecto da reversibilidade, qualquer ilegalidade na avença retro mencionada”.

avaliar o bem em litígio, não houve, na época, qualquer outra ação por parte da Anatel em relação à caracterização dos bens reversíveis, ou então, no sentido de caracterizar quais bens poderiam ser alienados.

O impacto que a alienação de bens estava produzindo nas receitas da concessionária também não foi analisado na época da venda. A este respeito, é razoável supor que, dependendo da elevação da receita propiciada pela alienação de bens, poderia haver redução tarifária.

Como já mencionado acima, o Ministério Público Federal também mesmo provocado, manteve-se silente em relação a estas questões.

Este caso demonstra, em nosso entendimento, claramente que, mesmo havendo um relevante aspecto econômico na questão considerada, ainda predomina, nos órgãos públicos, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, a observância da ótica de análises e avaliações normativas eminentemente formalistas, que buscam apenas identificar se o bem é reversível ou não (de acordo com a abstrata definição de lei ou regulamento), ou então, verificar se estão presentes os requisitos tradicionais dos atos administrativos.

Cumprе destacar que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal, alegando questões de ordem meramente processual, esquivaram-se de analisar o cerne da questão, isto é, se o bem era (ou deveria ser normativamente considerado) reversível ou não.

Capítulo 4 – Evolução Filosófica, Doutrinária e Pressupostos da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE)

No capítulo anterior deste estudo, foi indicada a existência de conflitos, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, relacionados à metodologia atualmente adotada pela Anatel para fins de controle e fiscalização de bens reversíveis. Não parece que os argumentos, expendidos tanto pelo TCU como pela justiça (em primeira e em segunda instâncias) tenham sido adequados para analisar fatos relevantes ao deslinde da controvérsia. Procurando apontar meios que auxiliem a superar as limitações das análises “formalistas” acima resumidas, neste capítulo se busca apresentar e descrever os fundamentos doutrinários e conceituais de uma metodologia alternativa, desenvolvida por Marcus Faro de Castro¹⁴³.

A eventual adoção de uma nova metodologia em substituição ao atual método de controle e acompanhamento dos bens reversíveis pela Anatel requer tanto um embasamento filosófico quanto doutrinário. Sem dúvida, a Anatel, ou então, qualquer outro órgão regulador deve explicitar e ser transparente em relação aos procedimentos regulatórios e ao atual método empregado para o controle e monitoramento dos bens reversíveis, ou outro que venham substituí-lo.

Não se tem a pretensão de que as metodologias apresentadas e debatidas tanto neste capítulo quanto no próximo já sejam implantadas de imediato pela Agência Nacional de Telecomunicações. Entretanto, parece plenamente possível que novas concepções doutrinárias, tais como as apresentadas por Marcus Faro de Castro¹⁴⁴, ainda possam ser inseridas em algumas propostas de análise dos casos referentes a bens reversíveis, ou então, pelo menos, que sejam consideradas no aperfeiçoamento destas.

É pautando-se nesta finalidade, de tornar mais transparente o processo de escolha de uma nova metodologia para o monitoramento dos bens reversíveis, ou pelo menos, de aperfeiçoar as atuais propostas de alteração, que se detalharão os métodos apresentados por Marcus Faro de Castro¹⁴⁵. De modo a não deixar quaisquer dúvidas em

¹⁴³ Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009

¹⁴⁴ Ibidem

¹⁴⁵ Ibidem

relação à metodologia alternativa desenvolvida por Marcus Faro de Castro, detalhar-se-á a seguir a evolução filosófica e doutrinária além dos pressupostos desta nova metodologia que pode conter elementos úteis para a construção de um modelo de análise alternativo aplicável ao controle dos bens reversíveis das concessionárias de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

4.1. Contexto Filosófico de Concepção da Análise Jurídica da Política Econômica

Antes de descrever a AJPE propriamente dita, será conveniente apresentar o contexto doutrinário que permitiu sua concepção. As observações abaixo partem do pressuposto de que o jurista Marcus Faro de Castro sofreu influência da doutrina filosófica norte-americana do século XX¹⁴⁶. Em relação à ciência do direito e filosofia jurídica no século XX, nos Estados Unidos, aponta Martin Golding¹⁴⁷:

“A ciência do direito e a filosofia jurídica norte-americanas do século XX podem ter seu começo assinalado por volta de 1880, com a publicação do livro *The Common Law* de Oliver Wendell Holmes. Nesse livro, e em seu amplamente lido artigo de 1897, ‘*The Path of the Law*’, Holmes levanta, com variados graus de ênfase, quatro temas que subsequentemente dominaram a ciência do direito e a filosofia jurídica norte-americanas: (1) a relação entre direito e moralidade, (2) a natureza de regras e conceitos jurídicos, (3) a natureza do processo de tomada de decisões judiciais, e (4) a relação da ciência do direito com as ciências sociais”.

Cumprir destacar que a ênfase aos quatro temas citados, representou, na época, uma ruptura de paradigma, pois, segundo Golding, “quando Holmes começou a escrever, essa tradição era compreendida sobretudo na forma que tomou nos *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769) de Blackstone. Um exame [da jurisprudência] de 1787 a 1890 mostrará Blackstone como o mais citado escritor nas várias cortes dos Estados Unidos”¹⁴⁸. E Blackstone foi influenciado pelas idéias jusnaturalistas, muito prestigiadas nos séculos XVII e XVIII na Europa. No século XIX, os juristas John Austin e Christopher Columbus Langdell ofereceram meios formalistas e positivistas para proteger as instituições para cuja estabilização Blackstone havia inicialmente contribuído.

Vale a pena mencionar que também o direito civil do continente europeu, nos séculos XVII e XIX, foi influenciado pelas idéias jusnaturalistas e pelo formalismo

¹⁴⁶ O autor citado fez doutoramento nos Estados Unidos, na Universidade de Harvard, e foi orientado pelo professor Roberto Mangabeira Unger.

¹⁴⁷ Filosofia e Teoria do Direito. Tradução Ari Marcelo Sólón. SAFE: Porto Alegre, 2010, p. 103

¹⁴⁸ Ibidem, p. 104-105.

jurídico delas derivado, por via das elaborações de Savigny e seus sucessores, como, indicado em Karl Larenz¹⁴⁹.

Nota-se, portanto, estreita ligação entre o direito natural de Blackstone, relacionado à propriedade, e o direito civil que trata desta matéria. Registra-se que, Marcus de Faro Castro¹⁵⁰ faz menção à temática, nos seguintes termos:

“Ocorre que as revoluções liberais praticamente sepultaram o papel das crenças e valores tradicionais enquanto principais fontes de significado moral da política e meios de legitimação do poder. Pode-se dizer que os juristas do liberalismo clássico, na esteira dessas revoluções, ao erigirem a dogmática da liberdade individual irrestrita de contratar e da propriedade individual absoluta, concebidas a priori, alijaram quase que por completo as preocupações com o todo social e as relações que o constituem. Tais relações ficaram, na verdade, relegadas ao direito das sucessões e ao direito de família, mais ou menos como resíduos de um passado feudal, incoerentemente adjuntos a instituições de caráter essencialmente individualista”.

Contudo, vale lembrar que os trabalhos de Oliver Wendell Holmes romperam com os paradigmas relacionados aos direitos naturais e também aos formalismos positivistas que os sucederam (Austin e Langdell), alimentando em seguida os escritos dos autores chamados “realistas” (*legal realists*) e assim resultando numa nova forma de pensar o direito norte-americano. De fato, no direito estadunidense, desde as primeiras décadas do século XX, tornou-se mais fácil considerar aspectos utilitaristas, conseqüencialistas ou mesmo econômicos nos litígios. Essa transição, ocorrida no direito estadunidense, deveu-se, em certa medida, à influência das ideias de Holmes, conforme indica Martin Golding¹⁵¹.

É oportuno destacar também outro artigo publicado em 1908 que também se mostrou bastante influente no desenvolvimento da filosofia jurídica norte-americana. Trata-se do artigo com o título “Mechanical Jurisprudence”, de autoria de Roscoe Pound¹⁵².

Conforme José Guilherme Giacomuzzi¹⁵³, “Pound trouxe à cena o problema do Poder (Público) e conectou-o à idéia de coletivismo. E novamente outra dicotomia –

¹⁴⁹ Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 1-96).

¹⁵⁰ A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. *Notícia do Direito - Nova Série - Brasília*, n. 14, p. 112

¹⁵¹ Filosofia e Teoria do Direito. Tradução Ari Marcelo Sólón. SAFE: Porto Alegre, 2010, p. 108-109

¹⁵² *Ibidem*, p. 115.

¹⁵³ As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n. 2., 2005, p. 173.

individualismo *versus* coletivismo”.

Entende-se que a proposta da AJPE pautada na identificação e quantificação de determinados interesses, na forma como apresentada por Marcus Faro de Castro¹⁵⁴, conforme se demonstrará mais adiante, se compatibiliza com as preocupações de juristas de finais do século XIX e início do século XX acima apontados. Os “fins” do direito, tal como aparecem nas duas obras anteriormente citadas, devem ser entendidos em termos de “interesses” e da teoria dos interesses sociais, em dois juristas influentes conforme observa Martin Golding¹⁵⁵:

“Pound identificou sua abordagem do direito como uma ‘engenharia social’. Embora essa frase possa soar manipulativa e potencialmente malevolente, ela realmente reflete a noção de justiça como ‘ajustamento de relações e ordenação de condutas de tal modo a propiciar uma distribuição de bens de existência (...). A teoria dos interesses sociais, que ele começou a desenvolver já em 1913, foi desenhada para dar coerência aos julgamentos políticos exigidos e ao sopesamento e ao balanceamento que eram inerentes a eles. Interesses sociais são interesses individuais (reclamações, demandas, desejos – a influência de William James, mas também de Bentham, pode ser aqui detectada) em sua forma mais geral, e são distinguíveis dos interesses públicos, interesses afirmados em nome da sociedade organizada como uma entidade jurídica. Pound nomeia seis classes de interesses sociais, sob as quais surgem subclasses: segurança geral, segurança de instituições sociais, moral geral, conservação de recursos sociais, progresso geral e vida individual.

Uma eventual adoção da AJPE enquanto instrumento de avaliação jurídica de políticas públicas, tal como, por exemplo, o monitoramento do controle dos bens reversíveis dos serviços de telecomunicações, representa uma ruptura com os paradigmas tradicionais de análise jurídica formalista, fixados na cultura jurídica a partir de doutrinas oitocentistas. Esta mudança de perspectiva e de estratégia analítica, que pode ser aplicada à regulação do setor de telecomunicações no Brasil, é certamente similar à quebra de paradigma que o realismo jurídico implicou no desenvolvimento da ciência jurídica norte-americana.

É preciso apontar, também, que a AJPE aborda em primeiro plano os “interesses”, tal qual proposto por Roscoe Pound e outros juristas. Os direitos são decorrência sobretudo dos interesses¹⁵⁶. Por isso, em nosso entendimento, a metodologia da AJPE,

¹⁵⁴ Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009

¹⁵⁵ Filosofia e Teoria do Direito. Tradução Ari Marcelo Sólon. SAFE: Porto Alegre, 2010, p. 117-118

¹⁵⁶ Ver também o trabalho de Marcus Faro de Castro (“Jurisdição, economia e mudança social”. 2010. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 143-173).

se aplicada ao monitoramento dos bens reversíveis dos serviços de telecomunicações, representará uma ruptura com as análises tradicionais que se pautam primeiramente em direitos (em sua acepção jusnaturalista, de caráter metafísico, ou em acepções positivistas e dogmáticas).

Reforça ainda nosso entendimento em relação à influência do realismo jurídico norte-americano na propositura da AJPE a conexão que esse movimento teve com outro, conhecido como “Critical Legal Studies - CLS” (Estudos Jurídicos Críticos). Sobre este movimento e um de seus principais expoentes¹⁵⁷ conforme Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli¹⁵⁸ afirmam:

“O realismo jurídico e o movimento dos Estudos Jurídicos Críticos (Critical Legal Studies, CLS) podem reivindicar, no mundo anglo-saxónico, a paternidade de uma teoria crítica do direito. Os CLS herdeiros dos realistas e do movimento Law and Society radicalizam o projecto dos primeiros e acusam os segundos de fugirem ao debate político. (...)”

Unger pronuncia-se a favor do que ele próprio qualifica de «superliberalismo», pois o que se pretende, entre outras coisas, é dotar os indivíduos de direitos subjectivos que acresçam aos direitos clássicos (os direitos-liberdades). Esses direitos inscrevem-se na perspectiva de uma «democracia radical», que aspira a levar à prática uma autocrítica permanente da sociedade.”.

Mais recentemente, o jurista Marcus Faro de Castro passou a indicar a vinculação parcial e indireta da perspectiva por ele elaborada à literatura que tem sido designada por “Direito e Desenvolvimento”¹⁵⁹.

4.2. Estudos que Precederam a Análise Jurídica da Política Econômica

No estudo de Marcus Faro de Castro¹⁶⁰, segundo nosso entendimento, é possível constatar que o jurista, certamente foi influenciado pelo movimento “Critical Legal Studies - CLS” (Estudos Jurídicos Críticos). Neste artigo são realçados os elementos contraditórios que podem resultar das decisões do Poder Judiciário e autoridades do Executivo:

“Por um lado, é muito fácil reconhecer que decisões judiciais podem ter um impacto sobre a economia que seja vista com reservas por autoridades do Executivo. É muito fácil argumentar, por exemplo, que o reparo judicial a uma medida de política econômica pode ter o efeito de contribuir para uma queda da receita, ou para o desenvolvimento de um fluxo

¹⁵⁷ Trata-se de Roberto Mangabeira Unger.

¹⁵⁸ História da Filosofia do Direito. Tradução Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. Título original: *Historie de la Philosophie du Droit*, pp. 380-382

¹⁵⁹ Sobre a referida vinculação, ver Marcus Faro de Castro (Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, ISSN 1982-9965, 2009, p. 23, nota 12). Para uma breve caracterização da literatura da linha “Direito e Desenvolvimento”, ver o trabalho de Mariana Mota Prado (What is Law and Development? Revista Argentina de Teoria Jurídica, Vol. 11, n. 1, 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1907298>).

¹⁶⁰ Julgar a Economia. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 68, n. 1, jan/mar, 2002

financeiro inesperado. Não obstante, por outro lado, é também verdade que decisões tomadas por autoridades do Executivo podem causar injustiças extremas, ainda que tais decisões respeitem uma determinada interpretação de textos legais infraconstitucionais relevantes”¹⁶¹.

Outro trabalho importante a ser destacado é outro trabalho de Marcus Faro de Castro¹⁶². Neste, segundo nosso entendimento, ao serem apresentadas as insuficiências da ciência econômica, entende-se que já se está semeando o início da elaboração da AJPE, que explicita uma metodologia que correlaciona a ciência econômica e as ciências jurídicas.

Evidencia-se também que Marcus Faro de Castro¹⁶³, ao tratar de “economia e sociedade”, oferece nitidamente uma introdução à economia e aos “agregados contratuais”, conforme se detalhará mais pormenorizadamente na seção 2.4 abaixo.

Já no estudo de Marcus Faro de Castro¹⁶⁴, segundo nosso entendimento, é fácil constatar que, ao empregar a expressão “bem possível”, na realidade, o jurista se refere aos interesses que resultam em direitos, conforme haviam ressaltado juristas anteriores, tais como, por exemplo, Roscoe Pound. Além disso, de forma não tão explícita, o autor substitui a rigidez institucional pela plasticidade e a mobilidades sociais, como proposto por Unger no segundo momento do “Critical Legal Studies - CLS”. Por outro lado, Marcus Faro de Castro¹⁶⁵ também defende a proteção dos interesses dos indivíduos que originam contratos. O texto preconiza que à elaboração de diplomas legais, isto é, à “produção normativa nos regimes democráticos”, devem se incorporar critérios que produzam resultados concretos para a sociedade, ao invés de estipularem regras que imponham a obrigatoriedade de observância incondicional do contrato para fins abstratos sem qualquer compromisso com a realidade:

“Diante disso tudo, as normas e princípios de interesse público, incidentes sobre a organização dos investimentos privados, mediante regras adotadas pela regulação pública, ou resultantes da alocação de recursos orçamentários estatais via empresas públicas ou processos licitatórios, tornam-se um fator central na obtenção da ordem social e na estruturação produtiva da economia. As interconectividades contratuais que estabelecem múltiplos vínculos entre a economia real e a economia monetária, tanto em sua dimensão local quanto na internacional, tornam-se outra área decisiva para o estabelecimento da ordem social aliada a condições de produtividade dinâmica da economia. Tendo em vista a penetração da opinião pública, protegida pelo direito de privacidade, e suas conseqüências

¹⁶¹ Castro (2002, p. 191).

¹⁶² Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Uma abordagem Pós-Neo-Clássica. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 74, p. 10-18, ago/set, 2005 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/index.htm>. Acesso em: 10 dez. 2010

¹⁶³ Ibidem, pp.8-9

¹⁶⁴ Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado. Revista de Direito Empresarial, Curitiba, n. 6, jul./dez., p.41-62, 2006

¹⁶⁵ Ibidem

sobre a produção normativa nos regimes democráticos, cada vez mais os investimentos, privados ou públicos, necessitarão incorporar critérios que produzam resultados, inclusive preços, que se aproximam das expectativas e fantasias de consumo da sociedade. Nesse sentido, cria-se uma demanda para que as decisões de investimento (público ou privado), uma vez reguladas juridicamente as interconexões contratuais entre a economia real e a monetária em suas dimensões nacional e internacional, sejam feitas em termos que convirjam para a imaginação social do bem possível”¹⁶⁶.

Ainda como parte da construção dos pressupostos da AJPE, Marcus Faro de Castro¹⁶⁷ apresenta uma nova concepção de como a economia pode ser considerada estruturada. Entende-se que esta nova concepção é plenamente compatível com o terceiro tipo de direito proposto por Roberto Mangabeira Unger, no segundo momento do “Critical Legal Studies - CLS”, isto é, os direitos de mercado (*market rights*)¹⁶⁸. Lembra-se apenas que estes devem permitir que cada indivíduo tenha acesso aos recursos econômicos de um país, sem que o direito de propriedade constitua um obstáculo. Ao propor a propriedade como contrato, Marcus Faro de Castro indica meios que possibilitam aos indivíduos e grupos o acesso aos recursos econômicos:

“[U]ma vez concebida a economia como rede de contratos voluntários entrecruzados, torna-se também necessário caracterizar a propriedade, em si mesma, como sendo formada, em cada caso, por diferentes conjuntos de contratos, ou agregados contratuais. A descrição da ‘propriedade’ como ‘contrato’ pode ser derivada da dificuldade com que se depara a doutrina civilista ao procurar justificar a distinção entre os chamados ‘direitos reais’ e os ‘direitos pessoais’”¹⁶⁹.

Por fim, no trabalho de Marcus Faro de Castro¹⁷⁰, a AJPE é apresentada de forma integral, em uma formulação mais consolidada, que inclui diferentes remissões a exemplos práticos¹⁷¹.

4.3. Algumas Considerações sobre a Noção de Economia e Agregados Contratuais

¹⁶⁶ Marcus Faro de Castro (Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado. Revista de Direito Empresarial, Curitiba, n. 6, jul./dez., p.41-62, 2006, p. 59-60).

¹⁶⁷ A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. Notícia do Direito (Nova Série); Brasília, n. 14, p. 111-132, 2007

¹⁶⁸ Cf. Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli (História da Filosofia do Direito. Tradução Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. Título original: Historie de la Philosophie du Droit , p. 382).

¹⁶⁹ Marcus Faro de Castro (A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. Notícia do Direito - Nova Série - Brasília, n. 14, p. 111-132, 2007, p. 118).

¹⁷⁰ Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009

¹⁷¹ Destaca-se apenas que neste artigo, especificadamente na nota de rodapé 10 (dez), há menção expressa a dois trabalhos anteriores, isto é, ao artigo intitulado “A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica”, e ao artigo intitulado “Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Uma Abordagem Pós-Neo-Clássica”.

Em relação aos pressupostos da AJPE, cabe explicitar a visão da economia como sendo formada de agregados (ou redes) de contratos. Para cumprir esta tarefa, Marcus Faro de Castro¹⁷² recorre a Eduardo Takemi Kataoka¹⁷³. Segundo este último autor:

“Estamos cercados de pluralidades contratuais mesmo nas relações mais comuns de nossa vida. (...)”

Quando alçamos para as atividades empresariais, isso se torna ainda mais marcado. Os negócios tornam-se cada vez mais sofisticados, assim como as operações econômicas abrangem um conjunto cada vez maior de bens também cada vez mais complexos”.

Um dos principais exemplos fornecidos por Eduardo Takemi Kataoka, segundo nosso entendimento, é:

“As estruturas econômicas e a mentalidade dos atores do tráfico jurídico mudaram. De uma produção manufatureira, passou-se para a produção em massa e desta para a produção flexível do pós-fordismo. Mas não só.

Os bens se sofisticaram, sendo exemplo marcante os pacotes de turismo, envolvendo venda de passagem aérea de terceiros, transporte terrestre (traslados), hospedagem, prestação de serviços (passeios), etc”¹⁷⁴.

A partir da discussão de Kataoka resta clara a validade do entendimento segundo o qual, na atualidade, a economia se estrutura por meio de agregados ou redes de contratos. Esta condição também é constatada nos serviços de telecomunicações.

A respeito deste conjunto de contratos que se tem empregado amplamente nos mais diversos setores da sociedade, Eduardo Takemi Kataoka sustenta que “as fontes da coligação negocial adequadas a uma construção verdadeiramente científica da teoria são: a) a autonomia privada; b) a lei; e c) a boa-fé”¹⁷⁵.

Noutra passagem de sua obra, Eduardo Takemi Kataoka afirma:

“As transformações fáticas da economia, juntamente com uma repersonalização do Direito, devem refletir sobre o modo pelo qual a Ciência Jurídica trata do contrato. Afinal, se o direito dos contratos trata da realidade contratual (econômica), é preciso que as normas jurídicas estejam adaptadas à realidade prática que a circunda”¹⁷⁶.

Diante de tais considerações, cumpre apontar que, em nosso entendimento, a sucessão contínua de novos acontecimentos ou fatos implicam no desuso ou rápida

¹⁷² Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009

¹⁷³ A Coligação Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

¹⁷⁴ Ibidem, p. 2.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 8.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 43-44.

desatualização de determinados diplomas legais e também de arranjos contratuais. Especialmente quando os setores da economia envolvem operações muito dinâmicas, como é o caso do setor de telecomunicações, que sempre se encontra subordinado às novas implantações decorrentes de evoluções tecnológicas. Em sentido convergente com esta percepção, observa Eduardo Takemi Kataoka:

“Como destacamos até aqui, o Direito nasce dos fatos e a eles precisa adequar-se.

(...)

A atipicidade contratual – *rectius* a possibilidade de realizar negócios não previstos em lei – protege o interesse fundamental da livre iniciativa econômica. A criatividade dos agentes gera novos bens passíveis de serem objeto de contratação.

Ocorre que tais bens podem ser tão diferentes daqueles existentes à época da formação da teoria geral dos contratos, que esta passa a ser insuficiente para dar conta das relações surgidas. A estrutura econômica do século XIX baseava-se em trocas instantâneas ou, no máximo, de curta duração.

Isso provocou uma necessidade nova no que concerne ao modo de estruturar a teoria contratual. Os fatos revoltaram-se contra o Direito, para parafrasear autor célebre. Novas regulamentações jurídicas surgem a todo momento para dar conta deste novo rol de problemas que derivam da realidade prática”¹⁷⁷.

É diante destas considerações que se entende que a redação dos artigos 101¹⁷⁸ e 102¹⁷⁹ da LGT, se interpretados atualmente, não contemplam só os bens das concessionárias em relação a incidência do instituto da reversibilidade. A reversibilidade devem incidir sobre bens, serviços e direitos que garantam a continuidade dos serviços públicos concedidos.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 54.

¹⁷⁸ Artigo 101 da LGT se encontra transcrita na nota de rodapé 14

¹⁷⁹ A redação do Artigo 102 da LGT se encontra transcrita na nota de rodapé 4

Capítulo 5 – Da Análise Jurídica da Política Econômica à Análise Jurídica das Políticas de Produção

No Capítulo anterior, buscou-se contextualizar, segundo nosso entendimento, o processo contínuo de aprimoramento doutrinário que influenciou a elaboração da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), da qual é parte integrante a Análise Jurídica da Política Produção.

Dessa forma, neste capítulo, como mencionado, busca-se detalhar a Análise Jurídica da Política Produção propriamente, de modo a permitir um exercício parcial de sua aplicação aos serviços de telecomunicações no próximo capítulo.

5.1. Considerações sobre a Análise Jurídica da Política Econômica e Análise Jurídica das Políticas de Produção

No item 6 do trabalho de Marcus Faro de Castro¹⁸⁰, sustenta-se que “na perspectiva da AJPE, alcançar a justiça econômica importa em promover não apenas a efetividade, mas a fruição equânime dos direitos humanos e fundamentais. Equanimidade traduz *fairness* e demanda a formação de um juízo parcialmente orientado para o contexto empírico e prático, porém não escravizado às circunstâncias e ao senso comum”.

É partindo das considerações acima que o jurista estabelece uma relação entre a Análise Jurídica da Política Econômica e a Análise Jurídica das Políticas de Produção.

“Nesse sentido, para que seja possível ao jurista trabalhar em prol da fruição equânime de direitos fundamentais e ao mesmo tempo fixar a sua importância econômica, a AJPE considera importante distinguir, dentre os direitos fundamentais e os direitos humanos, os que, de um lado, do ponto de vista da organização da economia, se relacionam mais à produção, e, de outro, os que estão na órbita do consumo. Isso permite classificar os chamados ‘direitos sociais, econômicos e culturais’ (DESCs) genericamente como ‘direitos de consumo’ - não importando se forem aplicáveis ao consumo de um indivíduo ou de um grupo. Outros direitos (exemplarmente, o direito de propriedade e a liberdade de contratar) são vistos como centralmente implicados nas esferas da produção e da troca econômica. Estes, portanto, são classificados genericamente como ‘direitos de produção’.

¹⁸⁰ Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009, p. 49

Além disso, quanto ao direito de propriedade, a AJPE reconhece a necessidade de distinção entre: i) o direito de propriedade civil, sob o qual se protegem práticas de consumo; e ii) o direito de propriedade comercial, em que se focaliza a proteção do chamado ‘consumo produtivo’, para fins precipuaemente comerciais e para obtenção de lucro. Assim, a propriedade civil é tratada como um ‘direito de consumo’, ao passo que a propriedade comercial é descrita como um ‘direito de produção’¹⁸¹.

Cabe detalhar pormenorizadamente as considerações apresentadas no último parágrafo acima transcrito, em relação às concessionárias de serviços públicos que, na realidade, corresponde ao caso das prestadoras de serviços de telecomunicações sob o regime público.

As concessionárias em questão pertencem ao campo da propriedade com função primária de produção. Isto significa que os valores investidos, ao serem aplicados por estas, são direcionados para fins precipuaemente comerciais e para obtenção de lucro. Deve estar claro que, mesmo prestando um serviço no regime público, conforme art. 63¹⁸², da Lei nº 9.472, de 19.7.1997, mais conhecida como da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), ainda assim, a concessionária possui fins comerciais. O regime público não impede as concessionárias de objetivarem lucro e outros fins comerciais.

Todavia, considerando o teor das observações de Marcus Faro de Castro acima transcritas, a função primária de produção das concessionárias de serviços de telecomunicações, prestados sob o regime público, deve ser “compatível com a efetividade dos direitos de consumo – que inclui os DESCs e a propriedade civil (esta última na medida em que for um meio para efetivar a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos)”¹⁸³.

Cabe apontar que, em nosso entendimento, a referida compatibilidade com os direitos de consumo está representada pela obrigatoriedade de universalização e de continuidade, conforme parágrafo único do artigo 63 da LGT, bem como, pela obrigatoriedade de atualidade e continuidade prevista no parágrafo único do artigo 102¹⁸⁴, também da LGT. Tais obrigações, em nosso entendimento, amoldam-se

¹⁸¹ Marcus Faro de Castro (Ibidem, p.49-51).

¹⁸² O dispositivo em questão apresenta a seguinte redação:

“Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”.

¹⁸³ Marcus Faro de Castro (Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009, p.51).

¹⁸⁴ O dispositivo em questão apresenta a seguinte redação:

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

perfeitamente à noção DESCs apresentada por Marcus Faro de Castro, relacionada aos direitos econômicos, sociais e culturais.

É importante enfatizar que diferentes dispositivos da Constituição fundamentam o direito à informação como um direito fundamental¹⁸⁵. Logo, além de um direito econômico, social e cultural estar envolvido na atividade do usuário dos serviços de telefonia, se está também diante de um direito fundamental.

Por fim, enfatiza-se que estas obrigações acabam por resultar em “determinação empírica da presença de interesses públicos” nos contratos, nos termos empregados pelo jurista.¹⁸⁶ Além da previsão tanto em diplomas legais, como na redação dos contratos de concessão, há procedimentos de fiscalização para averiguar, por exemplo, o cumprimento das metas de universalização que, se não forem atendidas, podem resultar em sanção administrativa à concessionária.

5.2. Procedimento da Análise Jurídica das Políticas de Produção

Ao final do item 5 do estudo de Marcus Faro de Castro¹⁸⁷ há uma síntese do procedimento relativo à AJPE:

“A fim de recapitular as etapas do trabalho de análise jurídica da política econômica, elas estão indicadas a seguir:

- a) Identificação de política pública ou econômica (ou componente de política pública ou econômica) sujeita a controvérsias;
- b) Especificação de direito fundamental correlato;
- c) Decomposição analítica do(s) direito(s);

Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

¹⁸⁵ “Informação (direito à). O direito à informação é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e ferramenta indispensável à concretização do princípio republicano e à consolidação da cidadania.

Sem informação e transparência o povo é impedido de exercer o poder estatal, do qual é o único titular (Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único).

O direito à informação compreende (a) o direito de informar, (b) o direito de se informar, (c) o direito de ser informado, ou o direito à verdade.

(...)

Dispositivos constitucionais pertinentes: art. 5º, IV, V, IX, X, XIV, XXXIII, LXXII, 21, XII, a, 220 e 221. Legislação infraconstitucional: Leis nº 8.159/91, 9.507/97 e 11.111/05” (Weichert, 2011).

¹⁸⁶ Ver Marcus Faro de Castro (A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. *Notícia do Direito - Nova Série - Brasília*, n. 14, p. 111-132, 2007) e Marcus Faro de Castro (Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009).

¹⁸⁷ Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009, p. 46-47

- d) Quantificação de direitos analiticamente decompostos;
- e) Elaboração de índice de fruição empírica (IFE);
- f) Escolha ou elaboração de ‘padrão de validação jurídica’ (PVJ);
- g) Avaliação de resultados em termos de verificação da efetividade ou falhas ou ausência de efetividade;
- h) Na hipótese de falha ou ausência de efetividade, elaboração de recomendação de reformas”.

O teor do texto acima transcrito deixa claro quais são as etapas que devem ser seguidas para que a AJPE seja aplicada.

Conforme apontado por Marcus Faro de Castro¹⁸⁸, os procedimentos da AJPE referentes aos direitos de consumo são adaptados para uma abordagem da propriedade comercial, resultando na Análise Jurídica das Políticas de Produção.

As adaptações realizadas acabam por resultar na construção de uma modelagem associada aos direitos de consumo e aos direitos de produção¹⁸⁹.

Cabe apontar que, em relação ao setor de telecomunicações, já houve as prestações (no sentido em que o termo é empregado sob a AJPE) a que as concessionárias passaram fazer jus para que possibilitasse a fruição do seu direito de propriedade comercial caracterizada pela competitividade do investimento¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Ibidem

¹⁸⁹ “O ponto de partida da análise deve ser, nesse caso, uma situação persistente de baixa lucratividade do empreendimento. Não há dúvida de que, numa economia de mercado, essa é uma circunstância destinada a gerar desconfortos, controvérsias.

O passo seguinte deve ser o da ‘decomposição analítica do direito’.

(...)

Além disso, as ‘prestações’ a que o titular da propriedade comercial faz jus, sob a perspectiva da AJPE, devem ser vistas como convergentes para realizar o fim de alavancar a competitividade do investimento. Isso poderia significar, por exemplo: i) a isenção parcial de algum tributo, concedida para compensar um ‘atraso’ nos investimentos em pesquisa e desenvolvimento; ii) o crédito ofertado por um banco estatal a uma taxa vantajosa; iii) uma renda assegurada por contratos de fornecimento celebrados com o Estado; iv) barreiras legais a novos investimentos (barreiras à entrada), tais como exigência de capital nacional, por oposição ao estrangeiro etc.

As etapas subseqüentes da análise seriam as mesmas já descritas em relação aos ‘direitos de consumo’ (ver seção anterior). Ou seja, após (1) a identificação de situação controvertida (nesse caso, a situação de baixa rentabilidade de uma empresa comercial) em relação à taxa de juros, e após (2) a designação do direito subjetivo correspondente (nesse caso, necessariamente o ‘direito de propriedade comercial’) e (3) a decomposição do direito em elementos prestacionais, seguem-se (4) a quantificação das prestações, que são mensuradas empiricamente, (5) a reunião dessas medidas em um índice de fruição empírica (IFE), (6) elaboração de um ‘padrão de validação jurídica’ (PVJ), (7) avaliação de resultados e, (8) na hipótese de discrepância entre o IFE e o PVJ, a elaboração de recomendações de reforma. O conjunto de políticas novas ou reformas que tornem o empreendimento competitivo será correspondente à diferença entre o PVJ e o IFE para cada caso” conforme Marcus Faro de Castro (Ibidem, p.55-56).

¹⁹⁰ Como exemplo, tem-se a concessão de crédito às concessionárias pelo Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) e, a previsão de barreiras à entrada conforme artigos 9.º e 10.º do Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2.4.1998. Os dispositivos em questão apresentam a seguinte redação:

O setor de telecomunicações no Brasil hoje corresponde a uma economia de mercado. As empresas que atuam nesse segmento têm suas ações negociadas em bolsas de valores. Conseqüentemente as prestadoras de serviços de telecomunicações devem ser analisadas como propriedades comerciais, isto é, segundo uma modelagem de direitos da produção¹⁹¹.

Todavia, a natureza de serviço público de alguns serviços de telecomunicações obriga a observância de direitos associados aos consumidores.

Na doutrina jurídica, de acordo com a pesquisa realizada para o presente trabalho, um procedimento que possibilita estudar economias de mercado, como o setor de telecomunicações brasileiro, conciliando direitos de produção e de consumo, é a AJPE.

No próximo capítulo tenta-se exemplificar como a AJPE pode ser empregada no controle dos bens reversíveis associados às concessionárias de serviços públicos de telecomunicações no Brasil.

“Art 9º A desestatização de empresas ou grupo de empresas, citadas no art. 187, da Lei nº 9.472, de 1997, implicará, para a respectiva Região, a imediata instauração, pela Agência Nacional de Telecomunicações, de processo licitatório para:

I - relativamente às Regiões I, II e III, expedição, em cada Região, para um mesmo prestador, de autorizações para exploração do serviço local e do serviço de longa distância nacional de âmbito intra-regional;

II - relativamente à Região IV, expedição, para um mesmo prestador, de autorizações para exploração do serviço de longa distância nacional de qualquer âmbito e do serviço de longa distância internacional.

§ 1º Uma mesma empresa poderá deter autorizações em mais de uma Região dentre as previstas no inciso I deste artigo.

§ 2º Fica vedada a qualquer empresa, sua coligada, controlada ou controladora deter qualquer autorização dentre as previstas no inciso I simultaneamente com aquelas referidas no inciso II deste artigo.

§ 3º A obtenção de autorização prevista neste artigo por concessionária do serviço a que refere o art. 1º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência do seu contrato de concessão a outrem, no prazo máximo de dezoito meses, contado a partir da data de expedição da autorização”.

“Art 10. A partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores do serviço a que se refere o art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 68 e 136 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 1º A prestação do serviço, a que se refere o art. 1º, objeto de novas autorizações, por titular de autorização conferida em atendimento ao art. 9º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2002 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se a autorizada houver cumprido integralmente as obrigações de expansão e atendimento que, segundo o compromisso assumido em decorrência da licitação, deveria cumprir até 31 de dezembro de 2002.

§ 2º A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003”.

¹⁹¹ Marcus Faro de Castro (Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009, p. 49-51)

Capítulo 6 – Análise Jurídica das Políticas de Produção: Um Exercício Parcial de sua Aplicabilidade ao Monitoramento dos Bens, Serviços e Direitos Vinculados às Concessões dos Serviços de Telecomunicações Prestados sob o Regime Público

O artigo 101 da LGT¹⁹² estipula que alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Este dispositivo resultou na edição do Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis (RCBR), aprovado pela Resolução Anatel nº 447, de 19.10.2006.

Como já mencionado, ocorreu entre 21.12.2010 e 18.3.2011 a Consulta Pública nº 52, de 20.12.2010, referente à “Proposta de Regulamento de Acompanhamento e Controle de Bens, Direitos e Serviços Vinculados à Concessão”.

No capítulo 4 deste estudo, quando se apresentaram as concepções filosóficas, doutrinárias e os pressupostos associados à AJPE, afirmou-se de forma expressa que não é a pretensão deste estudo que a AJPE, ou então a Análise Jurídica da Política Produção já sejam implantadas de imediato pela Agência Nacional de Telecomunicações. Esta hipótese implicaria em desconsiderar totalmente o teor das propostas de alteração objeto da Consulta Pública nº 52.

Contudo, entende-se ser plenamente possível *aperfeiçoar* algumas das propostas constantes da Consulta Pública nº 52. A nosso ver, há forte correlação entre algumas delas e a Análise Jurídica da Política Produção proposta por Marcus Faro de Castro¹⁹³.

Este capítulo pretende fazer uma demonstração parcial da correlação mencionada. Evitou-se de fazer um estudo completo, pois, dados das concessionárias teriam que ser utilizados. Por se tratar de um trabalho acadêmico, não há sentido em classificar o presente estudo em sigiloso, ou então, em se restringir o acesso há apenas alguns profissionais.

Contudo, esse exercício parcial de aplicabilidade da abordagem analítica da AJPE aos serviços de telecomunicações já possibilita indicar a necessidade de aprimoramento da Consulta Pública nº 52.

¹⁹² Verificar o teor do artigo 101 da LGT, transcrito na nota de rodapé 13.

¹⁹³ Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009

6.1. Identificação da Política Pública

De modo a possibilitar a aplicação da Análise Jurídicas das Políticas de Produção, primeiramente, cumpre analisar as ações do órgão regulador em relação aos bens, serviços e direitos da concessão que objetivam garantir o exercício do direito à informação. Estas se constituem em políticas públicas de telecomunicações¹⁹⁴. Elas abrangem a organização da exploração dos serviços de telecomunicações. Este entendimento é reforçado pelo teor do artigo 1.º do Decreto nº 4.733, de 10.6.2003¹⁹⁵.

Considerando o trabalho de Marília Lourido dos Santos¹⁹⁶, a respeito das ações da Anatel voltadas para a garantia da atualidade e da continuidade dos serviços de telecomunicações ao término da concessão, pode-se dizer que, “(...) inúmeras são as atividades regulamentares das quais lança mão o Estado com o fito de concretizar as normas constitucionais, de sorte que a maior parte constitui o que se denomina como política pública, em geral constituída mediante a forma legal de planos ou programas de arcabouço normativo”.

Embora ações do órgão regulador possam ser consideradas como políticas públicas, a atividade da regulação não implica na possibilidade irrestrita de intervenção do Estado no direito de fruição da propriedade comercial da concessionária. No Capítulo 2 deste trabalho, através da menção a vários doutrinadores pátrios, buscou-se demonstrar que o entendimento predominante é no sentido de que os bens das concessionárias de serviços públicos devem ser considerados bens de natureza privada.

O controle e monitoramento dos bens reversíveis das concessionárias de serviços de telecomunicações pela Anatel, indubitavelmente, caracteriza a adoção de uma política pública que almeja garantir o exercício do direito à informação através da continuidade e a atualidade do serviço público em questão. Assim, essa política pública

¹⁹⁴ A respeito de políticas públicas, cumpre apontar a lição de Marília Lourido dos Santos (Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas. SAFE: Porto Alegre, 2006, p. 76): “Com efeito, a adoção de políticas públicas denota uma atuação estatal centrada nas funções de coordenação e fiscalização, voltadas para a realização de certos fins e valores definidos legalmente, ainda que essa definição se dê de forma vaga e indeterminada quanto ao modo de sua realização”.

¹⁹⁵ O dispositivo em questão apresenta a seguinte redação:

“Art. 1º As políticas públicas de telecomunicações, abrangendo a organização da exploração dos serviços de telecomunicações e, entre outros aspectos, a indústria e o desenvolvimento tecnológico, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, obedecerão aos objetivos e às diretrizes estabelecidos neste Decreto”.

¹⁹⁶ Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas. SAFE: Porto Alegre, 2006, p.

visa proteger à fruição do direito de consumo dos usuários de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

Todavia, as políticas públicas de telecomunicações também devem respeitar o direito à fruição da propriedade comercial pela concessionária, que deseja organizar livremente seu investimento.

A anuência prévia estipulada no artigo 101 da LGT, ao ser objeto de políticas públicas de telecomunicações, envolve uma “situação controvertida” que deve equilibrar os interesses de fruição da propriedade (comercial) e de fruição dos direitos de consumo que podem estar associados ao controle dos bens, direitos e serviços vinculados aos serviços de telecomunicações.

6.2. Especificação do Direito Fundamental Correlato

Para que se possa aplicar a AJPE ao controle dos bens, direitos e serviços vinculados aos serviços de telecomunicações, é preciso identificar quais são os direitos fundamentais relacionados à fruição do direito de consumo dos usuários de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

Logo, em relação às propostas de alteração previstas na Consulta Pública nº 52, de 20.12.2010, além da consideração dos direitos de fruição da propriedade comercial pela concessionária, representados segundo nosso entendimento pela previsão legal da anuência prévia estipulada no artigo 101 da LGT, devem ser também identificados os direitos associados aos usuários dos serviços de telecomunicações.

O direito que cabe aos usuários é o direito à informação. Esse se encontra previsto em diferentes dispositivos da CRFB/1988 (artigo 5º, incisos IV, V, IX, X, XIV, XXXIII, LXXII, artigo 21, inciso XII, alínea “a”, artigo 220 e artigo 221), conforme definição dada por Marlon Alberto Weichert em Dicionário de Direitos Humanos¹⁹⁷.

Para que não seja afetado o direito dos cidadãos de se comunicarem entre si e terem acesso a informações de diversas espécies e para inúmeras finalidades¹⁹⁸ é

¹⁹⁷ O Dicionário de Direitos Humanos em questão se encontra disponível on-line para acesso através do sitio da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU): <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>

¹⁹⁸ “O direito à informação compreende (a) o direito de informar, (b) o direito de se informar, (c) o direito de ser informado, ou o direito à verdade” conforme Marlon Alberto Weichert (Dicionário de Direitos Humanos. acesso através do sitio da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU): <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>).

Em relação ao STFC, mais especificadamente à reversibilidade, interessa-nos as duas primeiras ênfases. A continuidade e a atualidade devem possibilitar os usuários dos serviços de telecomunicações prestados

necessária a adoção de uma política pública de telecomunicações. Essa deve almejar a garantia do exercício do direito à informação através da continuidade e da atualidade do serviço público em questão. É preciso que haja a continuidade dos serviços para que as informações possam ser transmitidas para diferentes locais, ou então, sejam acessadas em diferentes instantes e lugares.

É digno de nota que a LGT, ao elencar os princípios que devem ser observados durante a elaboração de resoluções pela Anatel, remete-se a princípios constitucionais relacionados à continuidade dos serviços públicos contratados pelos usuários dos serviços de telecomunicações¹⁹⁹.

Políticas públicas e resoluções da Anatel relacionadas ao controle, monitoramento e fiscalização dos bens reversíveis pretendem viabilizar o exercício do direito à informação ao término da concessão dos serviços públicos de telecomunicações.

Logo, é preciso avaliar se haverá comprometimento do acesso à informação – isto é, se haverá uma limitação da fruição empírica do direito à informação – em virtude da livre disposição do patrimônio pelas concessionárias.

No que tange ao direito das concessionárias de serviços de telecomunicações prestados sob o regime público, têm elas o direito de propriedade, do qual são titulares. A proteção a tal direito se encontra expressa no inciso XXII do artigo 5.º da CRFB/1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade”.

Evidencia-se que, no inciso II do artigo 170 também da CRFB/1988, ao se tratar dos princípios gerais da atividade econômica, há novamente menção ao direito de propriedade. Contudo, neste caso há especificação expressa quanto à natureza da propriedade, indicando-se que ela é privada:

sob o regime público que ao final da concessão esteja garantido aos usuários informarem e serem informados. A última ênfase, isto é, direito à verdade, relaciona-se mais diretamente aos serviços de radiodifusão.

¹⁹⁹ Essa remissão se encontra na parte final do artigo 5.º da LGT:

“Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada”.

Logo, da exposição acima, tem-se que tanto a fruição da propriedade quanto a fruição do consumo específico (acesso à informação) têm respaldo constitucional e, conseqüentemente, ambos (o direito à informação pelo usuário, considerado pela AJPE como “direito de consumo”, e a “propriedade civil” dos bens das concessionárias - propriedade comercial da empresa de telefonia - como direito de produção) podem ser considerados como direitos fundamentais. Abaixo segue uma síntese destes direitos.

Fruição de Direitos de Consumo	Fruição de Direitos de Produção
Direito à Informação Art. 5.º, IV, V, IX, X, XIV, XXXIII, LXXII; Art. 21, XII, “a”; Art. 220 e Art. 221, da CRFB/1988	Direito à Propriedade Art. 5.º, inciso XXII e Art. 170, inciso II da CRFB/1988

Figura 01 – Representação dos Direitos de Consumo e de Produção.

Recorre-se ao trabalho de Marília Lourido dos Santos²⁰⁰ para explicar como pode se materializar a ação estatal através de políticas públicas relacionadas a tais normas fundamentais:

“Quando se trata de direitos fundamentais, tem-se que os mesmos possuem entre si uma relação de interdependência, de modo que assegurar os direitos sociais e econômicos importa em resguardar também a possibilidade de gozo dos direitos individuais. Ressalte-se que enquanto os direitos individuais demandam uma atitude omissiva do Estado, uma espécie de não interferência no regime de liberdades individuais, os direitos sociais demandam uma necessária postura ativa do Estado, isto é, implicam em uma imposição a este de realizar prestações positivas a seus cidadãos, como pressuposto para o exercício de seus direitos sociais. Tais prestações positivas materializam-se sob diferentes formas, que compreendem desde a prestação direta de serviços públicos até o exercício do poder de regulação da economia, passando pelo exercício do poder de polícia e da adoção de políticas públicas, dentre outras. Entretanto, com o processo de ‘redução do Estado’, através do qual a prestação de muitos serviços públicos foi atribuída a entes privados, ganharam relevância as atividades regulamentadoras, como as exercidas pelas agências reguladoras (ANEEL, por exemplo)”.

As considerações acima, evidentemente, podem ser aplicadas igualmente à Agência Nacional de Telecomunicações.

²⁰⁰ Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas. SAFE: Porto Alegre, 2006, pp. 73-74

6.3. Normas Jurídicas como Instrumento de Coesão Social

Na seção anterior foram especificados os direitos fundamentais que, segundo nosso entendimento, podem estar correlatos ao controle dos bens, direitos e serviços vinculados aos serviços de telecomunicações. Estes direitos devem ser estruturados de modo a se obter uma coesão social. A fruição de um direito não deve impedir ou restringir a fruição de outro direito²⁰¹.

Do que se disse acima decorre o entendimento de que as propostas de alteração previstas na Consulta Pública nº 52, de 20.12.2010, devem tomar como referência a necessidade de compatibilidade de fruição entre os direitos de consumo e produção. A AJPE indica meios úteis para se buscar a consiliação de tais direitos. Esta foi uma das razões que nos motivou a estudar o emprego da AJPE como uma alternativa para o controle dos bens, direitos e serviços vinculados aos serviços de telecomunicações.

Ora, a elaboração de normas pelos órgãos reguladores de setores que apresentam uma economia de mercado, como é hoje a hipótese do setor de telecomunicações, deve buscar compatibilizar a fruição dos direitos de consumo com a fruição dos direitos de produção. As normas jurídicas devem promover esta compatibilização. Isto implica em que, ao se disciplinar relações de consumo e comerciais, como ocorre com o teor das propostas de alteração previstas na Consulta Pública nº 52, é preciso avaliar todas as conseqüências que possam advir de novas regulamentações. Estas devem buscar uma coesão de toda a ordem social empírica, abrangendo as esferas do consumo e da produção (estando incluídas nesta última as relações de troca). Não basta apenas buscar uma compatibilização de regulamentos específicos com a hierarquia das normas jurídicas formais, associadas a representações abstratas (e não empíricas) do sistema normativo, tais como a consagrada “pirâmide de Kelsen”.

²⁰¹ Marcus Faro de Castro (Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009, p. 26) aponta que “controvérsias sobre a realidade social e possibilidades de reformas favorecedoras da fruição adquirem relevância. Assim, a percepção de que determinadas políticas públicas ou econômicas limitam as possibilidades de fruição de direitos torna-se, em tese, fundamento para exigir que tais políticas sejam sempre estruturadas de modo a promover, e não prejudicar, a efetividade do exercício de direitos fundamentais e direitos humanos”. Além disso, conforme Marcus Faro de Castro (Ibidem, pp. 51-52) tem-se: “(...) há o desafio consistente em que o controle do Estado, exercido sobre esse tipo de propriedade, assim como acontece no caso de concessionárias de serviço público, deve ser de molde a tornar a função de produção dessas organizações compatível com a efetividade dos direitos de consumo – o que inclui os DESCs e a propriedade civil (esta última na medida em que for um meio para efetivar a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos). A diferença doutrinária entre “direito público” e “direito privado” deve estar referida a contextos concretos e à determinação empírica da presença de interesses públicos e de interesses privados nos contratos”.

Abaixo há uma ilustração da concepção de coesão social a partir das políticas públicas e das normas jurídicas derivadas destas.

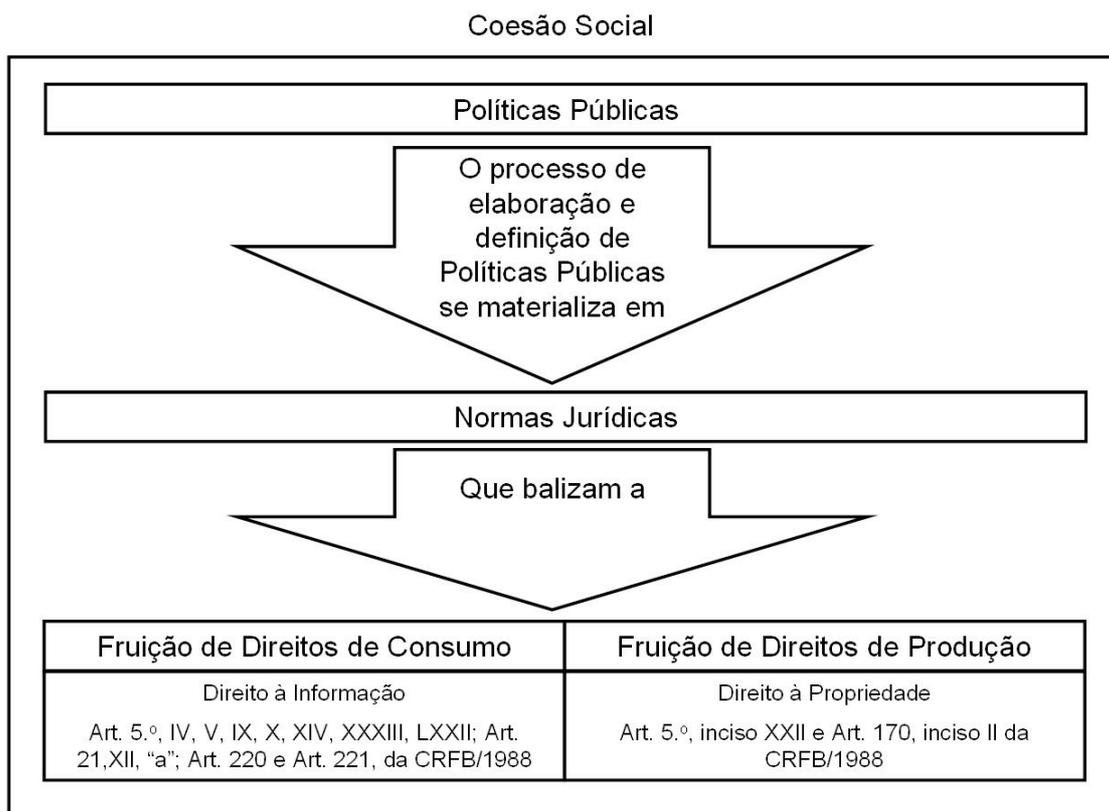


Figura 02 – Representação da coesão social decorrente de Políticas Públicas.

6.4. Estado, Economia de Mercado e Serviços Públicos

No capítulo 2 deste trabalho já se apresentou a definição de serviços públicos sob a ótica econômica e jurídica em suas versões convencionais. Todavia, agora que se busca neste capítulo demonstrar a possibilidade de aplicação da AJPE ao controle dos bens, serviços e direitos dos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público, é preciso indicar de forma clara características dos serviços públicos e sua feição constitucional.

Renato Alves Bernardo da Cunha²⁰² sustenta que:

“(…) a qualificação de determinada atividade como serviço público é uma escolha política, expressa na Constituição. A Carta Política de 1988 peca por omitir a definição de serviço público, mas indica o seu regime jurídico e quais atividades serão assim consideradas, dentro do rol de atribuições dos entes federativos.

‘Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

²⁰² Serviços Públicos Essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor. SAFE: Porto Alegre, 2004, p. 34

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado’.

Assim, os serviços públicos são exercidos em regime de privilégio do Estado, sendo de titularidade exclusiva do Poder Público, embora este possa delegar tão-somente a execução. Portanto, dispõe de um regime jurídico peculiar, jamais se confundindo com a exploração direta da atividade econômica, prevista no art. 173, CF, que só será exercida diretamente pelo Estado em casos excepcionais (imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo), mas sempre se sujeitando ao regime de Direito Privado”.

Diante de tais considerações é necessário destacar uma relevante percepção da AJPE em relação ao tema conforme Marcus Faro de Castro²⁰³:

“(…) perante a AJPE, perde importância a oposição entre promover a privatização de serviços públicos e manter tais serviços sob o comando direto do Estado (ou indireto, tipicamente via contrato de concessão). Para a AJPE, tanto o investimento que permanece na órbita do controle estatal quanto o investimento privado podem ter o efeito de limitar a fruição de direitos fundamentais. (...) [O] essencial é que a organização da economia – seja por meio da propriedade privada submetida à regulação por agências independentes ou sujeita à disciplina da concessão, seja ainda por meio de investimentos administrados diretamente pelo Estado, como é usualmente o caso da polícia, coleta de impostos e outros serviços – reste configurada de modo a conciliar o crescimento econômico e a transformação da realidade com a equânime fruição de direitos fundamentais e direitos humanos”.

A AJPE tem, portanto, como já dito, a preocupação de oferecer meio para que se possa coordenar a fruição de direitos de consumo e de produção segundo a concepção de economia de mercado. O setor de telecomunicações brasileiro hoje é uma economia de mercado. Ademais, a AJPE busca avaliar políticas públicas de modo a possibilitar a fruição equânime dos direitos de consumo e de produção.

6.5. Redes de Contratos dos Serviços de Telecomunicações: O Caso do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)

O direito brasileiro adota como pressuposto a existência de dois ramos distintos e antagônicos: direito público e direito privado. Essa é uma lição constante em qualquer obra de introdução ao estudo do direito. Ao direito público se associa o direito

²⁰³ Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009, p. 52

administrativo e constitucional. Enquanto ao direito privado se vincula o direito civil e empresarial.

Contudo, do ponto de vista empírico, em diversos setores da economia, como é o caso dos setores de telecomunicações, de energia elétrica, de gás natural, isto é, de setores regulados de uma forma geral, sempre houve uma sobreposição de instituições representadas pelo direito administrativo e pelo direito civil. No Brasil, como as empresas que atuavam nesses setores até meados de 1990 eram basicamente empresas públicas ou sociedades de economia mista, o caráter privado era colocado em segundo plano. Prevalecia o caráter público associado ao direito administrativo.

Com a privatização, houve uma ascensão das categorias do direito privado, até então relativamente desconsideradas nesses setores regulados. Quanto mais assumem as características de mercado, mais instituições representadas sob categorias do direito civil passam a ser utilizadas. Os contratos administrativos ou licitações para a aquisição de bens e serviços dão lugar para os contratos privados como locação, leasing, alienação e aquisição direta de bens e serviços dentre outros. Nos termos da AJPE, os contratos de caráter público são substituídos por redes de contratos privados, porém com conteúdos de interesse público inseridos tipicamente por lei, ato administrativo ou decisões judiciais.

Como já visto acima, a moderna teoria contratual favorece a substituição da concepção de um único contrato por redes de contratos²⁰⁴. A respeito das redes de contratos como base da cooperação social conforme Marcus Faro de Castro²⁰⁵ sustenta:

“Um dos elementos doutrinários centrais a serem ressaltados na construção de referenciais jurídicos de análise da política econômica corresponde à caracterização da economia como rede de contratos voluntários entrecruzados.

A operação da política econômica afeta a economia como um todo, inclusive o funcionamento das empresas, a estruturação e a estabilidade da propriedade, a duração e a sustentação das relações de produção e das práticas de consumo. Mas a política econômica não existe de modo separado dos processos político e judicial. Portanto, considerando-se que, na democracia, a lei e as políticas públicas como um todo repousam sobre o elemento imponderável, e em tese incoercível, do consentimento autônomo dos cidadãos, a economia contemporânea pode ser vista como sendo essencialmente uma rede de relações sociais com um forte componente

²⁰⁴ Claudia Lima Marques (Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4.^a ed.; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 334) define a cadeia de fornecimento como “um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores”.

²⁰⁵ A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. Notícia do Direito - Nova Série - Brasília, n. 14, 2007, pp. 114-115

fiduciário. Em outras palavras, a economia pode ser vista como uma rede ou sistema de contratos voluntários entrecruzados, com temporalidades de cumprimento diferenciadas, e com componentes fortes de fídúcia política e de fídúcia econômica, relacionando juridicamente indivíduos, grupos sociais e o Estado mediante o concurso dos processos eleitoral, legislativo, administrativo e judicial”.

Ademais, os contratos de concessão firmados em 2006 com as concessionárias também estipulam a possibilidade de emprego por estas de bens, direitos e serviços de terceiros.

Logo, pelo teor do regulamento vigente, são plenamente válidas as modalidades de contratos mencionadas para as redes de contratos relativas ao suporte tecnológico da prestação do STFC.

Salienta-se que a continuidade da prestação do STFC requer tanto suporte tecnológico quanto suporte administrativo. Logo, não se vislumbra qualquer impedimento para que a reversibilidade também possa incidir sobre bens, direitos e serviços relativos ao suporte administrativo da prestação do STFC. Ou seja, em sendo o recurso administrativo necessário para a continuidade do STFC, entende-se que este recurso está sujeito à reversibilidade.

É importante esclarecer que em nenhuma ocasião se restringiu a incidência da reversibilidade apenas aos recursos tecnológicos. Quando se verifica o teor da Relação de Bens Reversíveis (RBR) fornecida à Anatel por qualquer das concessionárias, conforme previsto na Resolução Anatel n.º 447/2006, há menção apenas aos recursos tecnológicos. Em tese, não haveria por que excluir da incidência da reversibilidade os recursos administrativos das concessionárias, visto que há uma analogia relevante deles com o apoio de infraestrutura.

Quando se analisa o arranjo comercial, isto é o vínculo comercial existente entre as modalidades de Serviço Telefônico Fixo Comutado estipuladas pelo órgão regulador, tem-se um exemplo de rede de contratos.



Figura 03 – Exemplo de Redes de Contratos relativas à Contratação do STFC LOCAL.

Geralmente quando um usuário contrata com alguma concessionária o Serviço Telefônico Fixo Comutado LOCAL, ele está também contratando a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado NACIONAL e INTERNACIONAL. Este fato já foi evidenciado por outros doutrinadores, tais como Claudio Luiz Bueno de Godoy²⁰⁶ e Carlos Nelson de Paula Konder²⁰⁷.

Para Claudio Luiz Bueno de Godoy a menção a redes de contratos de prestação de serviços de telecomunicações ocorre quando o jurista analisa a co-responsabilidade:

“(…) prestação de serviços telefônicos, operados por uma empresa, mas que viabilizam ligações de responsabilidade de outra, quando se venha a discutir não só a exigência das tarifas mas também algum dano que o serviço tenha causado. Ou ainda serviços de seguro oferecidos e indicados, em uma mesma proposta, a quem adquira um telefone celular, pela operadora de telefonia, por isso que co-responsável pelo pagamento da respectiva indenização securitária”.

Ainda a respeito das redes contratuais, é oportuno apresentar a hipótese em que a rede de contratos decorre da *convergência de serviços* de telecomunicações.



Figura 04 – Exemplo de Redes de Contratos relativas à Convergência de Tecnologias.

²⁰⁶ Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais. Saraiva: São Paulo, 2009; 3ª. ed, p. 154.

²⁰⁷ Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147

Nesta hipótese, uma mesma empresa pode ser a detentora de todas as autorizações e concessão dos serviços de telecomunicações, ou então, deter apenas um ou algumas autorizações e contratar a prestação de serviços de outras prestadoras de serviços de telecomunicações.

De modo a restringir a análise deste estudo, serão consideradas apenas as redes de contratos associadas ao controle dos bens, serviços e direitos relativos aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público.

6.6. Redes de Contratos, Valores Monetários e Valores de Utilidade

Nas seções anteriores, apresentaram-se algumas das possíveis redes de contratos que podem ser associados aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público, além de se enfatizar que a relação entre o Poder Concedente e Concessionárias pode envolver e alcançar outros agentes pertencentes a estas redes de contrato. A intervenção estatal, no caso do controle dos bens reversíveis, em virtude das redes de contratos hoje existentes, alcança terceiros não diretamente envolvidos nos contratos de concessão.

Ocorre que nem sempre é fácil identificar e quantificar esse alcance da intervenção estatal no patrimônio de terceiros. Esta é uma das razões para se adotar AJPE como metodologia alternativa para controle dos bens reversíveis. A AJPE, a partir da quantificação monetária e quantificação da utilidade, possibilita que meios de troca ou de pagamento recíprocos, convencionais ou juridicamente impostos por políticas públicas sejam quantificados. Para cada agregado contratual serão identificados interesses públicos e privados que são especificados como quantificação monetária e de utilidade.

Marcus Faro de Castro²⁰⁸ aponta que, “para fins de análise jurídica, pode-se considerar que os contratos constitutivos da rede de relações negociais estruturantes da economia, e que impulsionam a sua transformação, possuem, tipicamente, três espécies de cláusula:

- (a) a cláusula designativa da utilidade;
- (b) a cláusula monetária ou financeira; e

²⁰⁸ A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. *Notícia do Direito* (Nova Série); Brasília, n. 14, 2007, p. 115

(c) a cláusula de proteção da autonomia da vontade das partes sob critérios de responsabilidade ética”.

No âmbito deste estudo, serão consideradas apenas as duas primeiras apenas como forma de delimitar o escopo do trabalho.

No que tange a cláusula valorativa e também a cláusula monetária, que serão as únicas consideradas neste estudo como já evidenciado, vale a pena destacar as seguintes considerações de Marcus Faro de Castro²⁰⁹:

“A cláusula valorativa e a cláusula monetária correspondem a critérios abstraídos de conjuntos de cláusulas efetivas ou formais, presentes em quaisquer contratos economicamente relevantes. A cláusula valorativa pode designar como utilidade uma coisa ou quantidade de coisas, relacionadas entre si ou não, ou uma conduta, isto é, um conjunto de comportamentos e atitudes, devidos por tempo certo ou indeterminado. Assim, a cláusula valorativa designa ‘coisas’ tipicamente em contratos de compra e venda, e ‘condutas’ em negócios jurídicos tais como os contratos de trabalho, os contratos de prestação de serviços, os mandatos, entre outros. Por seu turno, a cláusula monetária é designativa de recursos monetários (unidades monetárias) e/ou financeiros (unidades de índices financeiros, conversíveis em moeda) transacionados no contrato”.

É oportuno salientar a distinção entre cláusula valorativa e cláusula monetária, pois, conforme Alexandre Araújo Costa²¹⁰, “(...) toda norma jurídica tem fundamento em alguns valores, toda regra caracteriza uma tentativa de impor comportamentos que sejam adequados a um certo conjunto de valores”.

Considerando que as políticas públicas produzem normas jurídicas que incidirão sobre a fruição de direitos de consumo e direitos de produção, é importante identificar quais os valores que estariam associados a cada um destes direitos. Há certos valores associados à fruição dos direitos de consumo e, também há certos valores associados à fruição dos direitos de produção.

A expressão utilizada acima, “certos valores associados à fruição dos direitos” corresponde às expressões “cláusulas valorativas e cláusulas monetárias” empregadas por Marcus Faro de Castro²¹¹. Logo, a última frase do parágrafo anterior pode ser reescrita da seguinte forma: Há certas cláusulas valorativas e cláusulas monetárias associadas à fruição dos direitos de consumo e, também há certas cláusulas valorativas e cláusulas monetárias associadas à fruição dos direitos de produção.

²⁰⁹ Ibidem, p. 115

²¹⁰ Introdução ao Direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. SAFE:Porto Alegre, 2001, p. 69

²¹¹ A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. Notícia do Direito (Nova Série); Brasília, n. 14, 2007

6.7. Decomposição Analítica do Direito em Elementos Prestacionais

Definidas as redes de contratos a serem consideradas, bem como, o que se entende por valores monetários e valores de utilidade, é preciso se proceder à decomposição analítica dos direitos de consumo e de produção em elementos prestacionais.

Sobre a decomposição analítica de direitos, Marcus Faro de Castro²¹² sustenta:

“Especificadas a política ou reforma de política e apontado o direito envolvido, o jurista passa então – com base na consideração de que as políticas públicas adquirem as formas de conteúdos de interesse público inseridos em contratos organizados em redes ou agregados contratuais – a analisar os componentes prestacionais decorrentes dos contratos, privados ou públicos, e ‘pactos sociais’. O entendimento aí é que tais componentes prestacionais em conjunto dão conteúdo ao fato empírico da fruição do direito em questão. O trabalho de identificação dos componentes prestacionais correspondentes à fruição empírica do direito tem o nome de decomposição analítica de direitos”.

6.7.1. Decomposição Analítica do Direito de Consumo em Elementos Prestacionais

Para fins do presente trabalho, a decomposição em elementos prestacionais do direito de consumo associado à continuidade dos serviços se pautará no teor das propostas de alteração contidas na Consulta Pública nº 52 da Anatel.

Considerando o disposto no Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR) aprovado pela Resolução nº 447, de 19.10.2006, nesse exercício parcial, como elemento prestacional, nos termos da AJPE a ser aplicado ao controle dos bens, direitos e serviços vinculados ao STFC, deverá ser a verificação se nos contratos das redes do suporte tecnológico e do suporte administrativo há cláusula que atende ao artigo 12 do referido regulamento:

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

Por exemplo, se a concessionária do STFC houver alienado alguns bens móveis e imóveis e firmado contratos de locação destes mesmos bens, tem-se que um possível elemento prestacional será a verificação por parte do órgão regulador se nestes contratos²¹³ de locação há ou não a cláusula conforme previsto no RCBR.

²¹² Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., 2009, p. 41

²¹³ Por exemplo, verificar se há a referida cláusula no contrato referente ao Procedimento Administrativo nº 53.500.015.675/2006 que tem por objeto contrato de prestação de serviços entre a concessionária

A referida cláusula também deve estar presente nos contratos de prestação de serviços relativos ao suporte administrativo. A identificação dos elementos prestacionais ocorrerá do mesmo modo como descrito acima em relação aos contratos de suporte tecnológico.

A verificação deve ser considerada um elemento prestacional para a fruição do direito à informação por parte do usuário. Sustenta essa posição o fato de que, na ausência de tal providência (a verificação), introduz-se um risco de que o serviço prestado com base no investimento já realizado poderá enfrentar dificuldades financeiras e/ou técnicas e/ou administrativas, conforme o tipo de ativo cuja reversibilidade seja posta em causa. Tais dificuldades podem afetar características do serviço tais como qualidade, modicidade e outras, com impacto sobre a fruição empírica do direito à informação.

6.7.2. Decomposição Analítica do Direito de Produção em Elementos Prestacionais

Prosseguindo com essa indicação parcial de aplicabilidade da AJPE ao controle dos bens, direitos e serviços vinculados ao STFC, tem-se que a decomposição em elementos prestacionais do direito de produção considerará, consoante sugerido por Marcus Faro de Castro²¹⁴, o acesso ao crédito, que tem reflexos sobre a rentabilidade do investimento produtivo. Tal rentabilidade é aferida em comparação com a taxa de juros, entendida como a rentabilidade de ativos financeiros. Ao mesmo tempo, os bens, serviços e direitos das concessionárias de serviços de telecomunicações são considerados como propriedades comerciais. Para Marcus Faro de Castro²¹⁵, estas precisam ser competitivas, isto é, serem capazes de gerar lucro de modo a atraírem investimentos. Nas palavras de Castro (*idem, ibidem*):

“De fato, para que a propriedade comercial seja capaz de gerar lucro continuamente, sua rentabilidade há de estar comparada à taxa de juros (a rentabilidade de ativos financeiros). A existência prolongada de um diferencial muito grande entre a rentabilidade de ativos financeiros (o que inclui a de ativos transacionados nas bolsas de valores e outros mercados financeiros organizados) e o retorno sobre o investimento em uma fábrica de sapatos, por exemplo, tende a tornar esta última pouco competitiva, ou seja, com baixa capacidade relativa de mobilizar cooperativamente interesses. Persistindo a diferença, a fábrica, diante da competição econômica,

Telecomunicações de São Paulo S/A (Telesp) e a empresa Telsul Serviços S/A ou a empresa Relacom – Serviços de Engenharia e Telecomunicações Ltda.

²¹⁴ Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009

²¹⁵ *Ibidem*, pp.52-53

tenderá a declinar como empreendimento comercial e a desaparecer. Outros empreendimentos e outras massas de capital ou articulações de idéias estratégicas atrairão os interesses antes configurados de maneira cooperativa sob a forma institucional da fábrica de sapatos de baixa rentabilidade”.

Isto significa que a fruição dos direitos de produção deverá resultar, em cada caso, em lucro, se o segmento da economia, como é o caso do setor de telecomunicações, estiver sendo explorado economicamente de maneira compatível com a fruição do direito de propriedade comercial pela iniciativa privada. Esta é a razão pela qual, em relação à fruição dos direitos de produção (direito de propriedade comercial) das concessionárias de serviços de telecomunicações, o elemento prestacional escolhido foi a taxa de juros das linhas de crédito utilizadas nos investimentos. Resta especificar qual taxa de juros deve ser considerada para a finalidade analítica aqui proposta.

Quanto a isto, cabe destacar que, entre 2006 e 2007, o BNDES liberou quantia significativa de recursos a título de financiamento voltado para a realização de investimentos em modernização e expansão das redes para a prestação de serviços de telecomunicação.

Apenas a título de exemplo, desde a privatização do setor de telefonia, o BNDES, considerando o período entre a privatização e o ano de 2007, havia aprovado R\$ 21,6 bilhões²¹⁶ em crédito às concessionárias de serviços de telecomunicações. Em relação aos contratos de financiamento firmados entre 2006 e 2007, cumpre registrar que o BNDES aprovou R\$ 2 bilhões à Telefônica, R\$ 2,4 bilhões à Oi (ex-Telemar) e R\$ 2,1 bilhões à prestadora de serviços de telecomunicações Brasil Telecom²¹⁷.

Pelas condições do financiamento, as contratantes tinham 30 (trinta) meses de carência e mais 60 (sessenta) meses para amortizar o empréstimo. Ademais, as contratantes deveriam pagar juros de 4,5% ao ano, acima da variação da Taxa de Juro de Longo Prazo (TJLP)²¹⁸. Logo, esta (TJLP) será a taxa de juros escolhida para a análise do caso em tela (elemento prestacional associado à fruição do direito de produção).

²¹⁶ Conforme matéria disponível no site *Observatório do Direito à Comunicação* (“http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=1642”) sob o título “BNDES aprova financiamento de R\$ 2 bilhões para Telefônica”, em 11.10.2007. Acesso em 10/07/2011.

²¹⁷ Verificar matéria publicada na Folha.com, em 6.10.2006, às 22h08, sob o título: “Brasil Telecom diz que dinheiro do BNDES vai para infra-estrutura e serviços”, de autoria de Patrícia Zimmermann. Ver a matéria “BNDES aprova crédito de R\$ 2,4 bilhões à Telemar. Recursos serão usados na expansão e na modernização das redes fixa e móvel”, publicada na Folha de São Paulo de 7.11.2006, por Pedro Soares. E, por fim, verificar a matéria “BNDES aprova financiamento de R\$ 2 bilhões para Telefônica”, escrita por Cristina, em 11.10.2007, na Folha de São Paulo.

²¹⁸ Press Release da Oi de 6.11.2006, sob o título “Telemar obtém financiamento de 2,4 Bilhões no BNDES”.

6.8. Quantificação de Direitos Analiticamente Decompostos

Na seção anterior, foi indicado como poderia se proceder à decomposição em elementos prestacionais do direito de consumo e de produção. Em caráter exemplificativo, foram tomadas, como tais elementos a “verificação” de bens reversíveis (no caso do direito de consumo do usuário) e o acesso ao crédito do BNDES (no caso do direito de produção das concessionárias). Todavia, tais elementos precisam ser quantificados. Abaixo serão oferecidas algumas possíveis quantificações.

6.8.1. Quantificação dos Direitos de Consumo

Da Consulta Pública nº 52 consta a indicação da competência dos órgãos da Anatel que verificarão a cláusula de sub-rogação prevista no artigo 12 do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução n.º 447, de 19.10.2006.

As propostas de alteração objeto da Consulta Pública nº 52, ao estipularem a delegação de competência de verificação ao Superintendente de Serviços Públicos e ao Conselho Diretor da Anatel tomam como referência os valores de contratos de bens ou serviços vinculados à concessão:

Distribuição de Competência Referente a Bens ou Serviços Vinculados à Concessão de Serviços de Telecomunicações Prestados sob o Regime Público	
Superintendência de Serviços Públicos (SPB)	Conselho Diretor da Anatel
valores inferiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)	valores superiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)
Previsão legal no Parágrafo Segundo (§ 2º) do Artigo 21	Previsão legal no Caput do Artigo 21

Figura 05 – Distribuição da Competência de Verificação dos Contratos de Bens e Serviços da Concessão do STFC

A proposta da Consulta Pública nº 52 deve ser aprimorada no sentido de estabelecer um percentual dos contratos firmados pelas prestadoras a ser verificado pelos órgãos mencionados.

Nesse ponto, uma eventual adoção da abordagem analítica da AJPE implicaria em avaliar se o quantitativo de contratados verificados atingiu ou não o percentual definido.

6.8.2. Quantificação dos Direitos de Produção

A respeito do elemento prestacional associado à fruição dos direitos de produção é necessário identificar a oferta de crédito direcionado, tomando-se como referência da

TJLP. Outro elemento prestacional a ser adotado, nesse exercício parcial, seria a quantificação decorrente de um tratamento tributário favorecido como, por exemplo, uma isenção tributária.

É oportuno destacar que há na Consulta Pública nº 52 proposta de alteração supostamente associada à capacidade financeira das prestadoras. Essa proposta leva em consideração informações que constam das demonstrações contábeis:

- Ativo Total (AT);
- Passivo Circulante (PC);
- Exigível a Longo Prazo (ELP).

Neste caso, se procederia ao cálculo do Índice de Solvência (IS) para cada contrato conforme proposto na Consulta Pública nº 52 da Anatel:

$$IS = \frac{AT}{PC + ELP}$$

A opção pela adoção do Índice de Solvência (IS) decorre do teor da proposta do Informe nº 210/2010-PBOAC/PBOA²¹⁹, de 2.7.2010, especificadamente na folha 209 do Processo nº 53500 002058/2008.

Todavia, com base na abordagem analítica da AJPE, essa proposta deveria levar consideração a taxa de juros associada à oferta de crédito direcionada e também o tratamento tributário que favorece as concessionárias²²⁰. Somente dessa forma, poderia se admitir que o Índice de Solvência (IS) pudesse quantificar elementos prestacionais relacionados aos direitos de produção.

6.9. Índice de Fruição Empírica (IFE) e Padrão de Validação Jurídica (PVJ)

²¹⁹ O Informe Técnico nº 210/2010-PBOAC/PBOA, de 2.7.2010, foi produzido pela Gerência de Acompanhamento e Controle das Obrigações Contratuais (PBOAC). Destaca-se que pelo documento obtido pelo Sistema não se visualizou no documento o registro da Anatel (SICAP) associado ao documento em questão. Este documento se encontra acostado nas folhas 185 a 198 do Processo nº 53500 002058/2008. Consultado a partir do Sistema de Acompanhamento de Consulta Pública (SACP), segundo o endereço: “<http://sistemas.anatel.gov.br/sis/SistemasInterativos.asp>”, informando-se o número da Consulta Pública (“52”) em: “Veja no “link” abaixo o material de apoio para análise da consulta”, selecionando “Autos da CP 52 Volume 3”. Já os anexos do citado Informe Técnico se encontram no volume 4 do Processo nº 53500 002058/2008, mais especificadamente nas folhas 201 a 214. Estes também estão disponíveis no Sistema de Acompanhamento de Consulta Pública (SACP), no endereço já mencionado. Todavia, deve ser selecionada a opção “Autos da CP 52 Volume 4”.

²²⁰ Marcus Faro de Castro (Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009, pp.52-53)

Nesse trabalho se está realizando um exercício parcial de modo a indicar como a AJPE pode ser aplicada ao controle, monitoramento e fiscalização dos bens reversíveis do setor de telecomunicações.

Por se tratar de uma indicação parcial, não cabe detalhar Índice de Fruição Empírica (IFE) e Padrão de Validação Jurídica (PVJ). A definição destes requereria a análise de dados relevantes das concessionárias como, por exemplo, informações contábeis, não disponíveis em sua totalidade.

Esse trabalho de cunho acadêmico não objetiva quebrar o sigilo, ou então, comprometer quaisquer das prestadoras de serviços de telecomunicações sob o regime público. Assim, apenas em um estudo completo seria possível esse detalhamento.

Capítulo 7 – Conclusões

Após a realização do presente trabalho, que incluiu um estudo aprofundado dos autos do Processo nº 53500 002058/2008, referente à Consulta Pública nº 52, de 20.12.2010, entende-se que ainda é possível se aprimorar algumas das propostas de alteração do atual Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis.

A abordagem tradicional pautada apenas em conceitos econômicos ou jurídicos nem sempre claramente complementares ou convergentes entre si, como os apontados no Capítulo 2, não conduz a resultados aceitáveis. No caso da análise jurídica (convencional), tem-se que essa procede à revelia da realidade empírica e se mantém distanciada de todos questionamentos referentes à fruição empírica de direitos subjetivos.

O Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução Anatel nº 447, de 19.10.2006, disciplina uma realidade idealizada prevista apenas no diploma legal.

Neste trabalho, no capítulo 3, apresentou-se um exemplo típico de discussão infrutífera que envolveu diversos órgãos judiciais. A Ação Popular nº 2004.72.01.005445-5 transcorreu todas as instâncias do Poder Judiciário (Vara Federal, Tribunal Regional Federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Todavia, o cerne da questão (insuficiência do método de controle dos bens reversíveis), não foi enfrentado adequadamente.

Na decisão do TCU, conforme Acórdão AC-2468-35/2010-P também se sustenta que a metodologia atual de controle, monitoramento e fiscalização dos bens reversíveis considera uma realidade idealizada.

Foi considerando este cenário que este trabalho sugeriu uma abordagem analítica alternativa fundamentada²²¹. Essa abordagem alternativa busca compatibilizar a dinâmica empresarial relacionada as concessionárias de serviços telecomunicações

²²¹ Marcus Faro de Castro (Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009)

prestados sob o regime público, sem, entretanto, comprometer os direitos dos usuários destes serviços.

Como já mencionado anteriormente no âmbito deste trabalho, não se tem a pretensão de que os procedimentos analíticos apresentados e debatidos por Marcus Faro de Castro²²² -- isto é, a AJPE e a Análise Jurídica da Política de Produção -- sejam implantadas de imediato pela Agência Nacional de Telecomunicações. No presente trabalho se faz apenas uma indicação parcial de como a AJPE poderia ser aplicada ao controle, monitoramento e fiscalização dos bens reversíveis.

A partir do detalhamento teórico dos procedimentos analíticos constantes no trabalho de Marcus Faro de Castro²²³ se verificou que a AJPE permite um equilíbrio entre a fruição do direito de consumo e a fruição do direito de produção. Aquele, seria associado aos usuários dos serviços telecomunicações prestados sob o regime público, enquanto este, seria vinculado às concessionárias que prestam estes serviços.

Acredita-se que a AJPE proposta por Marcus Faro de Castro²²⁴ poderia ser aplicada integralmente em substituição ao atual controle dos bens reversíveis das concessionárias. Contudo, esta opção implicaria em aperfeiçoar algumas das propostas da Consulta Pública nº 52.

Dessa forma, neste trabalho, foi possível identificar com clareza algumas das redes de contratos relacionadas aos serviços de telecomunicações prestados sob o regime público. Ademais, também foi possível associar algumas das propostas de alteração objeto da Consulta Pública nº 52 à quantificação dos direitos de consumo e de produção necessários a aplicação da AJPE.

Contudo, não foi possível incorporar à análise a elaboração dos Índices de Fruição Empírica (IFE) e do Padrão de Validação Jurídica (PVJ). Esses referenciais necessitam ser detalhados em um estudo completo que envolveria o acesso e a utilização de dados de concessionárias que, à princípio, são sigilosos (faturamento e débitos associados aos serviços prestados hoje, bem como, previsões futuras relacionadas a esses).

²²² Ibidem

²²³ Ibidem

²²⁴ Ibidem

Diante da menção, expressa na Análise n.º 659/2010-GCJR²²⁵, de 15.10.2010, de lavra do Conselheiro-Relator do processo n.º 53500 002058/2008, da necessidade de aprimoramento da proposta, parece ainda haver espaço e oportunidade para a AJPE.

Por fim, cabe enfatizar que a adoção da metodologia alternativa proposta por Marcus Faro de Castro²²⁶ representa, além de uma inovação do setor de telecomunicações, a adoção de um instrumental com critérios pautados nas práticas recentes de avaliação de políticas públicas implementadas tanto nos Estados Unidos quanto em países da Europa.

²²⁵ A Análise n.º 659/2010-GCJR, de 15.10.2010, foi produzida pelo Gabinete do Conselheiro João Batista de Rezende (GCJR). Este documento está registrado nos sistemas interativos da Anatel sob o SICAP n.º 201090216103 e, encontra-se acostado nas fls. 217/245 do Processo n.º 53500 002058/2008. É consultado a partir do Sistema de Acompanhamento de Consulta Pública (SACP), segundo o endereço: “<http://sistemas.anatel.gov.br/sis/SistemasInterativos.asp>”, informando-se o número da Consulta Pública (“52”) em: “Veja no “link” abaixo o material de apoio para análise da consulta”, selecionando “Autos da CP 52 Volume 4”.

²²⁶ Análise Jurídica da Política Econômica. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009

Referências Bibliográficas

BARROS JÚNIOR, Carlos S. A Concessão de Serviço Público. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo; Volume LXVIII (1.º fasc.); pp.249-266; 1973

BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Tradução Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. Título original: Historie de la Philosophie du Droit.

CARVALHO, Afrânio. Propriedade dos Bens da Concessão. **Revista de Direito Administrativo**; Vol. 44; Abr./Jun.; pp. 1-25; 1956;

CARVALHO, Afrânio. Propriedade dos Bens da Concessão (Continuação). **Revista de Direito Administrativo**; Vol. 45; Jul./Set.; pp. 22-46; 1956.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: Impacto Sobre a Prestação de Serviços Públicos. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2 ed.; rev e ampl.; Fórum: Belo Horizonte, 2009; p. 143-160.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15 ed.; rev., ampl. e atual.; Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2006.

CARVALHO, Vinícius Marques de. CASTRO, Ricardo Medeiros de. Políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência: qual espaço de cooperação? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 145-175, out./dez. 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. Equidade e Jurisdição Constitucional: Notas sobre a Determinação Normativa dos Direitos Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 28., n. 111, jul./set., p. 41-56, 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. Julgar a Economia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho (TST)**, Brasília, vol. 68, n. 1, jan/mar, p. 190-203, 2002.

CASTRO, Marcus Faro de. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Uma abordagem Pós-Neo-Clássica. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, n. 74, p. 10-18, ago/set, 2005
Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/index.htm>.
Acesso em: 10 dez. 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 6, jul./dez., p.41-62, 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica. **Notícia do Direito** (Nova Série), Brasília, n. 14, p. 111-132, 2007.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, vol. 3, n. 1, jun., p.17-70, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. “Jurisdição, economia e mudança social”. 2010. **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 143-173.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Apontamentos sobre a reversão de bens públicos na concessão de serviço público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1999, v. 345, p. 17

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao Direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas**. SAFE: Porto Alegre, 2001; 319 p.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços Públicos Essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor**. SAFE: Porto Alegre, 2004, 112 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Bens Públicos e o Trespasse de Uso. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**; n. 4; abril; ano XXI; pp.405-412; 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed.; Atlas: São Paulo, 2005.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O Novo Direito de Telecomunicações**. Livraria do Advogado: Porto Alegre: Porto Alegre, 1999.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **Serviços de Telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005; 196 p.

FALCÃO, Alcino Pinto. A Cláusula de Reversão na Concessão de Serviço Público. **Revista de Direito Público – RDP**; v.4; n. 15; pp.129-137; jan./mar.; 1971;

GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. **Direito & Justiça**, ano XXVII, v. 31, n. 2., 2005, pp. 155-190

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais**. Saraiva: São Paulo, 2009; 3a. ed,

GOLDING, Martin. **Filosofia e Teoria do Direito**. Tradução Ari Marcelo Sólón. SAFE: Porto Alegre, 2010. 285 p.

GUERRA, Sérgio. A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**; ano 1; n. 1; jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral; pp.187-195;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. Dialética: São Paulo, 2003.

KAHN, Alfred Edward. **The Economics of Regulation: principles and institutions**. The MIT Press: Cambridge, 1988; vol. I (economic principles) e II (institutional issues).

KATAOKA, Eduardo Takemi. **A Coligação Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 217 p.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. **Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 1. 296 p.

LAMY, Marcelo. **Franquia Pública**. Editora Juarez de Oliveira: São Paulo 2002; 200 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. A Reversão das Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 32; Abr./Jun.; pp. 27-37; 1953;

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as concessões de rádio e televisão**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República). **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 163-200, abr./jun. 2008.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse Público e Direitos do Contribuinte**. Dialética, São Paulo, 2007; 143 p.

MARRARA, Thiago. **Bens Públicos: domínio público, infra-estrutura**. Fórum: Belo Horizonte, 2007. 360 p.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.^a ed.; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**; ano 1; n. 1; jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. pp.99-122.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas**. Fórum: Belo Horizonte, 2009. 478 p

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Direito das Telecomunicações**. Fórum: Belo Horizonte, 2008; 250 p.

MATTOS, Miguel Ragone de. **Intervenção do Estado na Economia e Erro de Fato: direito, democracia e justiça econômica**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UnB): Brasília, 2005. Orientador: Antônio de Moura Borges. 308 p.; Faculdade de Direito.

MEIRELLES, Hely Lopes. Reversão de Bens na Concessão. **Estudos e Pareceres de Direito Público**; Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1971; v. I; 387 p.; pp.55-74;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed.; atual.; Malheiros Editores: São Paulo, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. Reversão dos Bens na Concessão. **Revista Trimestral de Direito Público**; n. 7; Malheiros Editores; pp. 7-17; 1994.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed.; Malheiros Editores: São Paulo, 2006.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. 1 ed.; 11 impressão; Companhia Melhoramentos: São Paulo, 1998.

PRADO, Mariana Mota. **What is Law and Development?** Revista Argentina de Teoria Jurídica, Vol. 11, n. 1, 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1907298>

RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A Crise e a evolução do conceito de serviço público. **Revista de Direito Público**; v.14; n.57/58; p.130-146; jan./jun.; 1981;

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed.; rev. e ampl.; Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

SAMUELSON, Paul Anthony. The Pure Theory of Public Expenditure. **The Review of Economics and Statistics**, vol. 36, n. 4 (nov, 1954), pp. 387-389. Published by The MIT Press.

SAMUELSON, Paul Anthony. Aspects of Public Expenditure Theories. **The Review of Economics and Statistics**, vol. 40, n. 4 (nov, 1958), pp/ 332-338. Published by The MIT Press.

SAMUELSON, Paul Anthony; NORDHAUS, William D. **Economia**. 17 ed.; tradução de Robert Brian Taylor da 17 ed. em inglês; McGraw-Hill: Rio de Janeiro, 2004.

SANCHES, José Luís Saldanha. **Direito Econômico: um projecto de reconstrução**. Coimbra Editora: Coimbra, 2008.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. SAFE: Porto Alegre, 2006; 194 p.

SPILLER, Pablo T.; A Tribute to Oliver Williamson—Regulation: A Transaction Cost Perspective. **California Management Review**; University of California; Berkeley; vol. 52, n. 2; February; winter 2010; pp. 147-158.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. O serviço telefônico fixo e a reversão de bens. **Temas de Direito Regulatório**. Sérgio Guerra (coord.); Freitas Bastos Editora: Rio de Janeiro, 2004; 282 p.; pp.134-159.

TANENBAUM, Andrew S. **Redes de Computadores**. 4 ed. Campus: São Paulo, 2003. 968 p.

TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. tradução Mario da Gama Kury. Clássicos IPRI. Brasília: Editora Universidade de Brasília/Edições Imprensa Oficial de São Paulo/ Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1987. v. 98.

VALLE, Gabriel. **Dicionário Latim-Português**. IOB Thomson: São Paulo, 2004; 940p.

WESSELS, Walter J. **Microeconomia: teoria e aplicações**. Editora Saraiva: São Paulo, 2002; tradução da edição norte-americana “Microeconomics: the easy way” por Cid Knipel Moreira e Célio Knipel Moreira; revisor técnico José Antônio Pereira de Souza.

Anexo 1

Publicado no D.J.U. de 25/10/2006

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.72.01.005445-5/SC

RELATORA : Juíza Federal Vânia Hack de Almeida

APELANTE : MARILIA JUSI DA SILVA

ADVOGADO : George Alexandre Rohrbacher

APELADO : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : Renato Marcondes Brincas e outros

APELADO : AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES - ANATEL

ADVOGADO : Silvana Lúcia da Silva Beninca e outros

APELADO : SINDICATO DO COM/ VAREGISTA DE JOINVILLE

ADVOGADO : Alfredo Alexandre de Miranda Coutinho e outros

APELADO : UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos

EMENTA

AÇÃO POPULAR. RESSARCIMENTO, À UNIÃO, DO DINHEIRO FRUTO DA VENDA DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDO PELA VIA DA PRIVATIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA.

1. Inexistência da alegada ofensa ao art. 19 da Lei da Ação Popular. Submissão ao duplo grau de jurisdição da sentença de improcedência que acabou ocorrendo por força da presente apelação cível.

2. No mérito, caso em que não há falar na reversibilidade do bem em questão (que resultaria em prejuízo ao erário resultante da sua venda), considerando que, conforme declarou a própria ANATEL e repisou o Juízo *a quo* à sentença, não se está diante de bem necessário à execução do serviço público de telefonia.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 01 de agosto de 2006.

Juíza Federal Vânia Hack de Almeida
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.72.01.005445-5/SC

RELATORA : Juíza Federal Vânia Hack de Almeida

APELANTE : MARILIA JUSI DA SILVA

ADVOGADO : George Alexandre Rohrbacher

APELADO : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : Renato Marcondes Brincas e outros

APELADO : AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES - ANATEL

ADVOGADO : Silvana Lúcia da Silva Beninca e outros

APELADO : SINDICATO DO COM/ VAREGISTA DE JOINVILLE

ADVOGADO : Alfredo Alexandre de Miranda Coutinho e outros

APELADO : UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos

RELATÓRIO

Trata-se de apelação de sentença que julga improcedente ação popular ajuizada com o fim de anular a venda de imóvel realizada pela Brasil Telecom Telecom S/A ao Sindicato do Comércio Varejista de Joinville, sob o fundamento de que deveria haver a reversão deste bem ao patrimônio público, uma vez que afetado a uma finalidade pública. Sem condenação em honorários.

Inconformada, a autora apela, repisando os argumento expendidos na inicial no sentido da procedência da demanda.

Sobem os autos a esta Corte para análise do recurso.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Juíza Federal Vânia Hack de Almeida
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.72.01.005445-5/SC

RELATORA : Juíza Federal Vânia Hack de Almeida

APELANTE : MARILIA JUSI DA SILVA

ADVOGADO : George Alexandre Rohrbacher

APELADO : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : Renato Marcondes Brincas e outros

APELADO : AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES - ANATEL

ADVOGADO : Silvana Lúcia da Silva Beninca e outros

APELADO : SINDICATO DO COM/ VAREGISTA DE JOINVILLE

ADVOGADO : Alfredo Alexandre de Miranda Coutinho e outros

APELADO : UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos

VOTO

Controverte-se acerca da regularidade da alienação de imóvel que estaria afetado a uma finalidade pública, devendo reverter ao patrimônio público.

O Parecer do Ministério Público Federal - MPF muito bem aborda a questão posta nos autos, o qual adoto como razão de decidir, porquanto expressa meu entendimento a respeito da matéria em exame. Passo a seguir a reproduzi-lo:

III - FUNDAMENTAÇÃO

5. Ab initio, ressalte-se que, inobstante a alegada ofensa ao art. 19 da Lei da Ação Popular, referente à necessidade de submissão ao duplo grau de jurisdição da sentença de improcedência, esta acabou ocorrendo por força da presente apelação cível, hipótese de incidência do princípio pas de nulité sans grief

6. No mérito, é de se notar que a ação popular sob comento tem por objeto, basicamente, a defesa do erário público, do meio ambiente, da moralidade administrativa e do patrimônio cultural e social, o que, em última análise, se traduz na defesa, lato sensu, do patrimônio da União.

7. A corroborar essa idéia, atente-se para o excerto infra, extraído da obra Ação Popular, de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

Quid juris, em se tratando da causa de pedir na ação popular? Começando pela causa remota, devemos considerar de onde nasce, qual a origem, a etiologia do direito ao exercício dessa ação. Sabe-se que tal direito deriva da fruição, pelo cidadão, de seu pleno status civitatis, o que implica no exercício de seus direitos políticos, tanto assim que deve o autor juntar à inicial seu título de eleitor (Lei 4.717/65, art. 1º, § 3º). Autorizado a exercer seus direitos políticos, o cidadão pode, naturalmente, exigir do Estado-administrador o cumprimento de seu poder dever mais básico, que é a gestão

proba e eficiente do patrimônio público, lato sensu. E o cidadão pode fazê-lo porque, na qualidade de titular daquele direito subjetivo público, pode, perfeitamente, exigir do administrador, seu mandatário, o exato cumprimento do que lhe foi delegado. Nem por outro motivo declara a CF que "todo o poder emana do povo..." (art. 1º, parágrafo único). Nesse sentido, Rafael Bielsa identifica o autor popular como "mandante virtual da sociedade, que discute a lealdade do mandato concedido na representação política; é ele que pede o restabelecimento da legalidade que se considera alterada".

Portanto, a causa remota na ação popular está no direito subjetivo público inerente a cada cidadão, de exigir que a gestão da coisa pública seja proba, eficaz e responsável. Por ora, fica apenas gizado que essa causa de pedir remota acarretará, na seqüência, a caracterização da legitimação ativa do autor popular como sendo do tipo ordinário: ele exerce o seu direito, sem embargo de que todos os demais cidadãos eleitores também poderiam fazê-lo per se, numa sorte de legitimação concorrente e disjuntiva, de largo espectro, de resto ocorrente nas ações voltadas à proteção de interesses difusos.

Numa palavra, a causa de pedir, remota, em ação popular, reside na demonstração idônea, pelo autor, de que a lide tem por base um dos interesses difusos que os textos de regência permitem que sejam sindicados nessa sede; do mesmo modo que a causa de pedir remota, em mandado de segurança, está na afirmação do impetrante de que a controvérsia gira em torno de um indigitado direito subjetivo individual, que ele reputa líquido e certo.

Já no que tange à causa próxima, deve o autor indicar e dar ao menos um indício de prova de que um agente público ou autoridade, dentre os indicados no art. 6º e parágrafos da Lei 4.717/65, procedendo por ação ou omissão, lesou (ou está na iminência de lesar) o erário público, o meio ambiente ou o patrimônio cultural, lato sensu, ou ainda laborou contra (ou está na iminência de afrontar) a moralidade administrativa I.

8. No mesmo sentido, HEL Y LOPES MEIRELLES frisa que a ação popular destina-se à anulação de atos ilegítimos e lesivos do patrimônio público 2. In casu, outrossim, está-se diante de possível locupletamento ilícito decorrente de negócio entre particulares (a Brasil Telecom e o Sindicato do Comércio Varejista de Joinville/SC) que, como bem salientou o Ilmº. Juízo a quo à sentença, foge integralmente dos limites desta ação.

9. Nesse diapasão, não há que se falar, no condão dos arts. 100 e 102 da Lei n.º 9.472/97, na reversibilidade do bem em questão (que resultaria em prejuízo ao erário resultante da sua venda), considerando que, conforme declarou a própria ANATEL e repisou o I\IM. juízo a quo à sentença, não se está diante de bem necessário à execução do serviço público de telefonia:

Como se observa, sempre que o bem for considerado afetado ao serviço público objeto de uma concessão, finda esta, ele retoma ou passa ao domínio do ente público titular do serviço público concedido, em nome do princípio da continuidade deste serviço delegado. Vale dizer, independentemente de quem o presta, se o Estado, ou se paraestatais ou, ainda, pessoas jurídicas de direito privado, o serviço público, que é o caso da telefonia fixa, não pode ser interrompido. Em conseqüência, sempre que o bem integrante do patrimônio da pessoa jurídica de direito privado que executa o serviço público delegado estiver afetado à execução deste, será ele inalienável.

Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM SI A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM SI A. Ausente, assim, pelo menos sob o aspecto da reversibilidade, qualquer ilegalidade na avença retro mencionada.

10. No mesmo sentido, a jurisprudência pátria, ao afastar o cabimento da ação popular para a defesa de interesses particulares:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO, DO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU DO MEIO AMBIENTE. ATO LESIVO. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. AUTORIDADE OU ATO NÃO APONTADO. INTERESSES DE UMA PARCELA RESTRITA DA POPULAÇÃO E NÃO DA COLETIVIDADE. HIPÓTESE EM QUE NÃO CABE AÇÃO POPULAR.

I - Ao fazer menção a "anulação", o inciso LXXIII, do art. 5º, da Constituição, pretende abranger os atos administrativos. É possível, em tese, a propositura de ação popular também contra ato omissivo da Administração Pública, entretanto, no presente caso, além de a petição inicial ser imprecisa quanto à extensão dos atos inquinados de lesivos, estes não podem ser imputados à UNIÃO, pois não compete a ela o poder de polícia quanto aos fatos narrados pelos autores, constituindo-se, à toda evidência, em atos passíveis de serem inspecionados pelas autoridades municipais e estaduais.

II - A UNIÃO não praticou qualquer ato lesivo, pois estes são imputados a particulares, e nem sequer faltou com o seu dever de vigilância, visto que os fatos descritos na peça inicial incluem-se na competência de outros órgãos.

III - Os autores nem sequer apontam a autoridade administrativa responsável pelo ato lesivo e em que consiste tal ato.

IV - A única justificativa encontrada pelos autores para a presença da UNIÃO no presente feito foi o aforamento da área aos proprietários do BAR E RESTAURANTE ILHA DOS PESCADORES L IDA. A discussão acerca da posse direta de terreno de Marinha entre particulares não enseja a intervenção da UNIÃO no feito, pois isto não afeta, de qualquer modo, o domínio dela.

V - Os fatos descritos pelos autores não se mostram condizentes com as hipóteses de cabimento da ação popular, pois, o que eles pretendem, na verdade, é defender interesses particulares, sob a aparência de defenderem o interesse de toda a coletividade, de modo que não é legítimo o uso da ação popular. Carência de ação.

VI - Os pedidos formulados na inicial têm todas as características de interditos possessórios, pois o que os autores pretendem, realmente, é garantir a permanência do uso de servidão de área que se encontra sob posse dos proprietários do 10 réu e embargo de obras que, se acaso consumadas, impedirão a utilização que eles têm até então, o que define tal demanda como de interesse restrito àqueles nela envolvidos e não de interesse da coletividade. Improriedade da via eleita.

VII - Não há que se falar em prescrição, pois os autores não se insurgem contra a concessão de uso da área (ocorrida em 03/12/1989), mas das obras que teriam sido realizadas sem observância a posturas municipais e à preservação do meio ambiente, bem como em violação a uso comum (servidão) dos moradores das ilhas.

VIII - Inexiste previsão legal para condenação dos autores em "perdas e danos", visto que a ação popular é um instrumento legítimo de participação democrática, não podendo este remédio constitucional sofrer tal sorte de limitação. Ademais, esta ação não tem natureza dúplice como ocorre com as possessórias, não havendo que se falar em tal sorte de pedido em sede de contestação, mesmo porque, o réu nem sequer especifica em que consistiram tais "perdas e danos".

IX - Apelações e remessa necessária improvidas.

(TRF i Região, AC n.o 30057000, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Juiz Antônio Cruz, Decisão 17.12.2003, DJU 19.01.2004, p. 133)

11. Por esse motivo é que, uma vez comprovada a condição de bem particular do imóvel objeto da presente ação que, por não se configurar necessário à prestação do serviço de telefonia, não se submete à reversão prevista nos arts. 100 e 102 da Lei n.º 9.427/97, afastado o cabimento da ação popular, nos moldes em que prevista, pela Lei n.º 4.717/65, para a defesa do patrimônio público, hipótese em que merece ser mantida a sentença de desprovemento ora vergastada.

III - CONCLUSÃO

12. Por esse motivo é que o Ministério Público Federal se manifesta pelo conhecimento e desprovemento da presente apelação cível.

Confirma-se, pois, a sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Juíza Federal Vânia Hack de Almeida

Relatora

Anexo 2

RECURSO ESPECIAL Nº 971.851 - SC (2007/0178100-4)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA

RECORRENTE : MARÍLIA JUSI DA SILVA

ADVOGADO : GEORGE ALEXANDRE ROHRBACHER

RECORRIDO : SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE

ADVOGADO : ALFREDO ALEXANDRE DE MIRANDA COUTINHO

RECORRIDO : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : RENATO MARCONDES BRINCAS E OUTRO(S)

RECORRIDO : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

PROCURADOR : SILVANA LÚCIA DA SILVA BENINCA E OUTRO(S)

RECORRIDO : UNIÃO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

1. A despeito da oposição de embargos declaratórios, os dispositivos legais tidos por violados, à exceção dos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97, não foram examinados pela Corte de origem. Falta do necessário prequestionamento. Súmula 211/STJ.

2. Quanto aos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97, o exame da controvérsia reclama reexame de matéria fática, diligência vedada pela Súmula 7/STJ. Enquanto a autora popular defende que o bem alienado continua sendo bem reversível, ainda que fora de uso, o aresto recorrido, com base em laudo da Anatel, afasta a reversibilidade do imóvel ao argumento de não se tratar de bem necessário à execução do serviço público de telefonia.

3. Não se conhece do recurso especial pela divergência quando o recorrente não demonstra o dissídio de forma analítica, limitando-se à simples transcrição de ementas.

4. Recurso especial não conhecido.

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da Constituição da República e interposto contra acórdão do TRF da 4ª Região:

"AÇÃO POPULAR. RESSARCIMENTO, À UNIÃO, DO DINHEIRO FRUTO DA VENDA DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDO PELA VIA DA PRIVATIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA.

1. Inexistência da alegada ofensa ao art. 19 da Lei da Ação Popular. Submissão ao duplo grau de jurisdição da sentença de improcedência que acabou ocorrendo por força da presente apelação cível.

2. No mérito, caso em que não há falar na reversibilidade do bem em questão (que resultaria em prejuízo ao erário resultante da sua venda), considerando que, conforme

declarou a própria ANATEL e repisou o Juízo *a quo* à sentença, não se está diante de bem necessário à execução do serviço público de telefonia" (fl. 505). Os embargos de declaração opostos na seqüência foram rejeitados (fl. 537). A recorrente alega que o acórdão recorrido viola diversos dispositivos legais assim enumerados:

- a) Lei 5.070/66 (art. 2º, "i"), na medida em que o dinheiro da alienação não reverteu em favor do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.
- b) Lei 4.714/65 (arts. 2º, "b" e "c" e 7º), já que houve "desestatização da execução do serviço público, coisa inconfundível com alienação" (fl. 566).
- c) Lei 8.666/93 (art. 17), já que o prédio foi alienado sem avaliação, publicação de editais ou demonstração de interesse público relevante e previamente justificado.
- d) Lei 9.472/97 (arts. 19, XXIV; 22, XI; 40; 51; 83; 93, XI; 101 e 102), porque o bem alienado (Centro de Atendimento) continua sendo bem reversível, ainda que fora de uso. E também porque a alienação não foi decidida, nem sequer deliberada, pelo Conselho Diretor da Anatel, que tampouco expediu sua prévia autorização para alienação.
- e) Lei 9.491/97 (arts. 2º, § 1º e 4º). Defende ser cabível a ação popular em face da manifesta ilegalidade do objeto, da inexistência de motivação do ato e do desvio de finalidade.
- f) Lei 9.636/98 (art. 23, § 1º), pois "inexiste nos autos a comprovação da desnecessidade futura do imóvel em questão" (fl. 557).
- g) Lei 9.784/99 (arts. 1º; 2º, parágrafo único, I a VII, IX e XII; 50, I, IV, §§ 1º e 3º), tendo em conta a "inexistência de processo administrativo prévio à desafetação e à alienação" (fl. 560). Aduz não ser caso de inexigibilidade ou dispensa de licitação.
- h) Decreto 2.238/97 (art. 3º, III), pois o bem, componente do patrimônio da Anatel, foi alienado sem qualquer reserva ou condição.
- i) Código de Processo Civil-CPC (art. 366), já que a venda do bem público prescindiu do instrumento público exigido por lei como da "substância do ato".
- j) Lei de Introdução ao Código Civil-LICC (art. 5º), porque a alienação não se prestou a atender qualquer fim social ou exigência do bem comum.

A recorrente interpôs recurso extraordinário às fls. 573-595.

As contra-razões foram ofertadas às fls. 598-600 (União); fls. 607-615 (Sindicato do Comércio Varejista de Joinville); fls. 627-629 (Brasil Telecom S/A).

Admitido o apelo na origem (fl. 631), subiram os autos para julgamento. Relatado, decido.

O apelo não comporta admissão.

Primeiramente, à exceção dos arts. 101 e 102 da Lei Geral de Telecomunicações-LGT (Lei 9.472/97), todos os demais dispositivos indicados como malferidos não foram

examinados na origem, o que impede o conhecimento do recurso por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ, de seguinte teor:

"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Quanto aos normativos expressamente mencionados no acórdão recorrido, especificamente os arts. 101 e 102 da LGT, o exame da controvérsia, tal como proposta pela recorrente, reclama reexame de matéria fática, diligência vedada pela Súmula 7/STJ.

Enquanto a autora popular defende que o bem alienado (Centro de Atendimento da Brasil Telecom) continua sendo bem reversível, ainda que fora de uso, o aresto recorrido, por outro lado, afasta, com base em laudo da Anatel, a reversibilidade do imóvel ao argumento de não se tratar de bem necessário à execução do serviço público de telefonia, como se observa da seguinte passagem:

"9. Nesse diapasão, não há que se falar, no condão dos arts. 100-102 3 da Lei n.º 9.472/97, na reversibilidade do bem em questão (que resultaria em prejuízo ao erário resultante da sua venda), considerando que, conforme declarou a própria ANATEL e repisou o MM. juízo *a quo* à sentença, não se está diante de bem necessário à execução do serviço público de telefonia:

Como se observa, sempre que o bem for considerado afetado ao serviço público objeto de uma concessão, finda esta, ele retoma ou passa ao domínio do ente público titular do serviço público concedido, em nome do princípio da continuidade deste serviço delegado.

Vale dizer, independentemente de quem o presta, se o Estado, ou se paraestatais ou, ainda, pessoas jurídicas de direito privado, o serviço público, que é o caso da telefonia fixa, não pode ser interrompido. Em consequência, sempre que o bem integrante do patrimônio da pessoa jurídica de direito privado que executa o serviço público delegado estiver afetado à execução deste, será ele inalienável.

Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM S/A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A.

Ausente, assim, pelo menos sob o aspecto da reversibilidade, qualquer ilegalidade na avença retro mencionada" (fls. 502-503).

Quanto à alínea "c", o recurso também não ultrapassa o juízo prévio de conhecimento, já que não demonstrada de forma analítica a divergência jurisprudencial.

Quanto ao dissídio, a recorrente limitou-se à simples transcrição de ementas, a genéricas divagações entre o aresto embargado e os paradigmas, além de considerações

doutrinárias e meratórias sem nenhuma correlação objetiva com os julgados que apresentou.

Ante o exposto, **não conheço do recurso especial.**

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2008.

Ministro Castro Meira
Relator

Anexo 3

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 971.851 - SC (2007/0178100-4)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA

AGRAVANTE : MARÍLIA JUSI DA SILVA

ADVOGADO : GEORGE ALEXANDRE ROHRBACHER

AGRAVADO : SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE

ADVOGADO : ALFREDO ALEXANDRE DE MIRANDA COUTINHO

AGRAVADO : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : RENATO MARCONDES BRINCAS E OUTRO(S)

AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

PROCURADOR : SILVANA LÚCIA DA SILVA BENINCA E OUTRO(S)

AGRAVADO : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO.

1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os "equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, **indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público**" (grifo nosso).

2. A tese de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço.

3. O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95.

4. No caso, como se afere do acórdão recorrido, o contrato de concessão originalmente firmado não previa o imóvel objeto da ação popular como bem reversível.

5. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 447/2006, os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária no curso do contrato de concessão deverão ser informados anualmente à Anatel por meio da Relação de Bens Reversíveis - RBR, sujeita à aprovação da Agência, que poderá incluir neste rol outros bens não informados pela Prestadora.

6. Na espécie, ainda que tenha sido adquirido após o início da vigência do contrato de concessão, o imóvel alienado continuou à margem do rol dos bens reversíveis, já que a Anatel, como bem reconhece o aresto recorrido, em fiscalização realizada nos bens da Brasil Telecom, expressamente afastou a reversibilidade do imóvel controvertido nesta ação popular.

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) e Eliana Calmon (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de junho de 2008 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 971.851 - SC (2007/0178100-4)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA

AGRAVANTE : MARÍLIA JUSI DA SILVA

ADVOGADO : GEORGE ALEXANDRE ROHRBACHER

AGRAVADO : SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE

ADVOGADO : ALFREDO ALEXANDRE DE MIRANDA COUTINHO

AGRAVADO : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : RENATO MARCONDES BRINCAS E OUTRO(S)

AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

PROCURADOR : SILVANA LÚCIA DA SILVA BENINCA E OUTRO(S)

AGRAVADO : UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão assim ementada:

"PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

1. A despeito da oposição de embargos declaratórios, os dispositivos legais tidos por violados, à exceção dos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97, não foram examinados pela Corte de origem. Falta do necessário prequestionamento. Súmula 211/STJ.

2. Quanto aos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97, o exame da controvérsia reclama reexame de matéria fática, diligência vedada pela Súmula 7/STJ. Enquanto a autora popular defende que o bem alienado continua sendo bem reversível, ainda que fora de uso, o aresto recorrido, com base em laudo da Anatel, afasta a reversibilidade do imóvel ao argumento de não se tratar de bem necessário à execução do serviço público de telefonia.

3. Não se conhece do recurso especial pela divergência quando o recorrente não demonstra o dissídio de forma analítica, limitando-se à simples transcrição de ementas.

4. Recurso especial não conhecido".

Sustenta a agravante que o exame da alegada violação dos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97 não esbarra no revolvimento de matéria fática, razão por que deve ser afastada a incidência da Súmula 7/STJ. Aduz que "matéria de fato não se confunde com qualificação jurídica dos fatos" (fl. 663).

É o relatório.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 971.851 - SC (2007/0178100-4)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO.

1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os "equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, **indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público**" (grifo nosso).

2. A tese de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço.

3. O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95.

4. No caso, como se afere do acórdão recorrido, o contrato de concessão originalmente firmado não previa o imóvel objeto da ação popular como bem reversível.

5. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 447/2006, os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária no curso do contrato de concessão deverão ser informados anualmente à Anatel por meio da Relação de Bens Reversíveis - RBR, sujeita à aprovação da Agência, que poderá incluir neste rol outros bens não informados pela Prestadora.

6. Na espécie, ainda que tenha sido adquirido após o início da vigência do contrato de concessão, o imóvel alienado continuou à margem do rol dos bens reversíveis, já que a Anatel, como bem reconhece o aresto recorrido, em fiscalização realizada nos bens da Brasil Telecom, expressamente afastou a reversibilidade do imóvel controvertido nesta ação popular.

7. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): À exceção dos arts. 101 e 102 da Lei Geral de Telecomunicações-LGT (Lei 9.472/97), todos os demais dispositivos indicados no recurso especial como malferidos não foram examinados na origem, o que impede o conhecimento do recurso por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ, de seguinte teor:

"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Quanto aos normativos expressamente mencionados no acórdão recorrido, a tese recursal não prospera, como se verá adiante.

A autora popular sustenta que o bem alienado (Centro de Atendimento ao Cliente da Brasil Telecom) continua sendo bem reversível, ainda que fora de uso, enquanto o aresto recorrido, com base em laudo da Anatel, afasta a reversibilidade do imóvel, ao argumento de não se tratar de bem necessário à execução do serviço público de telefonia, como se observa da seguinte passagem:

"9. Nesse diapasão, não há que se falar, no condão dos arts. 100-102 da Lei n.º 9.472/97, na reversibilidade do bem em questão (que resultaria em prejuízo ao erário resultante da sua venda), considerando que, conforme declarou a própria ANATEL e repisou o MM. juízo *a quo* à sentença, não se está diante de bem necessário à execução do serviço público de telefonia:

Como se observa, sempre que o bem for considerado afetado ao serviço público objeto de uma concessão, finda esta, ele retoma ou passa ao domínio do ente público titular do serviço público concedido, em nome do princípio da continuidade deste serviço delegado.

Vale dizer, independentemente de quem o presta, se o Estado, ou se paraestatais ou, ainda, pessoas jurídicas de direito privado, o serviço público, que é o caso da telefonia fixa, não pode ser interrompido. Em consequência, sempre que o bem integrante do patrimônio da pessoa jurídica de direito privado que executa o serviço público delegado estiver afetado à execução deste, será ele inalienável.

Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM S/A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A. Ausente, assim, pelo menos sob o aspecto da reversibilidade, qualquer ilegalidade na avença retro mencionada" (fls. 502-503).

Para se aferir se o bem que foi alienado pela Brasil Telecom é, ou não, reversível, faz-se necessário trazer a lume esse conceito como posto na legislação de regência.

Os arts. 101 e 102 da LGT trazem as seguintes disposições:

"Art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência.

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

Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido".

Ao regulamentar esses artigos da Lei 9.472/97, a Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006 (Regulamento de Controle de Bens Reversíveis), trouxe as seguintes definições em seu anexo:

"Art. 3º. Para efeitos deste Regulamento, são adotadas as seguintes definições:

.....
IV - Bens Reversíveis: equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público;

.....
X - Relação de Bens Reversíveis (RBR): documento em que se acham registrados os Bens Reversíveis, contendo, no mínimo, a descrição, com número do patrimônio, situação (onerado ou não), localização, entidade responsável pela guarda e outras informações que os identifiquem de forma precisa."

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:

"Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM S/A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A. Ausente, assim, pelo menos sob o aspecto da reversibilidade, qualquer ilegalidade na avença retro mencionada" (fls. 502-503).

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.

O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95, *in verbis* :

"Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

X - aos bens reversíveis".

No caso da telefonia, os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária no curso do contrato de concessão deverão ser informados anualmente à Anatel por meio da Relação de Bens Reversíveis - RBR, sujeita à aprovação da Agência, que poderá

incluir neste rol outros bens não informados pela Prestadora. É o que determina o art. 5º da Resolução 447/2006, *in verbis* :

"Art. 5º. Anualmente, até o dia 30 de abril, a Prestadora deve encaminhar à Anatel, para aprovação a RBR, com bens e direitos agrupados de acordo com o 'Anexo - Qualificação dos Bens Reversíveis', acompanhada de parecer de auditoria independente referente ao cumprimento do disposto neste Regulamento.

§ 1º. A Prestadora, a partir da data citada no caput, deve tornar disponível para a Anatel, por meio de sistema de informações com acesso eletrônico, a RBR e o Inventário, correspondentes ao exercício anterior, contendo o histórico de todas as alterações ocorridas no período.

§ 2º. Nos 36 (trinta e seis) meses anteriores à expiração do contrato de concessão ou termo de permissão, a Prestadora deve cumprir, trimestralmente, as determinações constantes do caput deste artigo, enviando, ainda, relatório sobre o estoque de partes e peças de reposição e expansão.

§ 3º. Na aprovação da RBR, a Anatel pode utilizar as informações sobre o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, desde a data da assinatura do contrato de concessão, em 2 de junho de 1998".

No caso dos autos, o contrato de concessão originalmente firmado não previa o imóvel objeto da ação popular como bem reversível. É o que consta do acórdão recorrido, como se vê do seguinte fragmento do voto condutor:

"Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM S/A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado, **não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A**" (grifo nosso).

Ainda que tenha sido adquirido após o início da vigência do contrato de concessão, o imóvel alienado continuou à margem do rol dos bens reversíveis, já que a Anatel, em fiscalização realizada nos bens da Brasil Telecom, expressamente afastou a reversibilidade do bem controvertido nesta ação popular. É o que se depreende da seguinte passagem do aresto recorrido:

"Nessas condições, vê-se que o bem imóvel alienado pela ré BRASIL TELECOM S/A ao réu SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE não está de nenhum modo afetado ao serviço público da telefonia fixa, **pois sendo, como demonstra o termo de fiscalização da ANATEL das fls. 284-294, mero escritório administrativo já desativado**, não está ele abrangido pelos bens vinculados à concessão, arrolados na cláusula 21.1, com o seu anexo 01, do contrato de concessão, firmado originariamente entre a ANATEL e a TELESC, sendo esta depois sucedida pela BRASIL TELECOM S/A" (grifo nosso).

É fácil observar que o bem imóvel em questão, alienado pela Brasil Telecom ao Sindicato do Comércio Varejista de Joinville, não estava incluído no rol de bens

reversíveis fixado no contrato de concessão celebrado com a Anatel, como exigido pelo art. 23, X, da Lei 8.987/95, nem foi posteriormente incluído na Relação de Bens Reversíveis, como prevê o art. 5º da Resolução 447/2006, mesmo depois da auditoria realizada pela Agência Reguladora sobre os bens da Prestadora.

Assim, qualquer que seja o ângulo pelo qual se examine a questão, não há dúvida de que o bem discutido na ação popular não se inclui no conceito de bem reversível. Foi o que concluiu a Procuradoria Regional da República da 4ª Região, como se afere da conclusão adotada pelo eminente Procurador Dr. Vitor Hugo Gomes da Cunha:

"11. Por esse motivo é que, uma vez comprovada a condição de bem particular do imóvel objeto da presente ação que, por não se configurar necessário à prestação do serviço de telefonia, não se submete à reversão prevista nos arts. 100-102 da Lei n.º 9.472/97, afastado o cabimento da ação popular, nos moldes em que prevista, pela Lei n.º 4.717/65, para a defesa do patrimônio público, hipótese em que merece ser mantida a sentença de desprovemento ora vergastada" (fl. 500).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

AgRg no

Número Registro: 2007/0178100-4 **REsp 971851 / SC**

Número Origem: 200472010054455

PAUTA: 03/04/2008 JULGADO: 15/04/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINÉA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **MARÍLIA JUSI DA SILVA**

ADVOGADO : **GEORGE ALEXANDRE ROHRBACHER**

RECORRIDO : **SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE**

ADVOGADO : **ALFREDO ALEXANDRE DE MIRANDA COUTINHO**

RECORRIDO : **BRASIL TELECOM S/A**

ADVOGADO : **RENATO MARCONDES BRINCAS E OUTRO(S)**

RECORRIDO : **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**

PROCURADOR : **SILVANA LÚCIA DA SILVA BENINCA E OUTRO(S)**

RECORRIDO : **UNIÃO**

ASSUNTO: **Ação Popular**

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARÍLIA JUSI DA SILVA
ADVOGADO : GEORGE ALEXANDRE ROHRBACHER
AGRAVADO : SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE
ADVOGADO : ALFREDO ALEXANDRE DE MIRANDA COUTINHO
AGRAVADO : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : RENATO MARCONDES BRINCAS E OUTRO(S)
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
PROCURADOR : SILVANA LÚCIA DA SILVA BENINCA E OUTRO(S)
AGRAVADO : UNIÃO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), negando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos, antecipadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon."
Aguardam os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região).

Brasília, 15 de abril de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Discute-se, na presentes ação popular, a validade de venda realizada pela BRASIL TELECOM S/A ao SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE/SC de edifício que, segundo a autora, estaria vinculado ao contrato de concessão para prestação do serviço de telefonia e, como bem reversível, não poderia ter sido vendido pela concessionária, por ser necessário à execução do serviço público.

A argumentação da recorrente gira em torno da ofensa aos arts. 2º, "i", da Lei 5.070/66; 2º, "b" e "c" e 7º, da Lei 4.714/65; 17 da Lei 8.666/93; 19, XXIV, 22, XI, 40, 51, 83, 93, XI, 101 e 102 da Lei 9.472/97; 2º, § 1º e 4º, da Lei 9.491/97; 23, § 1º, da Lei 9.636/98; 1º, 2º, parágrafo único, I a VII, IX e XII, 50, I, IV, §§ 1º e 3º, da Lei 9.784/99; 3º, III, do Decreto 2.238/97; 366 do CPC e 5º da LICC.

O Ministro-Relator, Castro Meira, em julgamento monocrático, calcado no art. 557 do CPC, não conheceu do recurso especial, com espeque nas Súmulas 211 e 7/STJ.

A recorrente interpôs agravo regimental buscando a reforma dessa decisão, ao argumento de que a alegada violação dos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97 não esbarra no revolvimento de matéria fática, devendo ser afastada a Súmula 7/STJ.

No agravo regimental, o Relator passa à análise da ofensa aos dispositivos citados e concluiu, com apoio na base fática abstraída nas instâncias de origem, que a tese da recorrente de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis, pois o que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço.

Pedi vista para melhor analisar o tema, mas cheguei à mesma conclusão que o Relator.

Preliminarmente, à exceção das teses em torno dos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97, todas as demais não foram objeto de prequestionamento pelo acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos de declaração. Incide o óbice da Súmula 211/STJ.

No mérito, conforme abstraído no acórdão recorrido, o bem imóvel objeto da lide não estava abrangido entre os bens vinculados à concessão pelo contrato administrativo firmado entre a ANATEL e a TELESC, que foi sucedida pela BRASIL TELECOM S/A, conforme cláusula 21.1, com o seu anexo 01 (fls. 503).

Mesmo posteriormente o imóvel teria continuado fora do Rol dos Bens Reversíveis - RBR, conforme exigências contidas no art. 23, X, da Lei 8.987/95 e no art. 5º da Resolução 447/2006, pois, como bem observado pelo Ministro Relator, a própria ANATEL teria expressamente afastado a reversibilidade do bem em fiscalização realizada na BRASIL TELECOM S/A.

Não ficou, portanto, demonstrada pela recorrente qualquer ofensa aos arts. 101 e 102 da Lei 9.472/97.

Com essas considerações, acompanho o voto do Ministro Relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

AgRg no

Número Registro: 2007/0178100-4 **REsp 971851 / SC**

Número Origem: 200472010054455

PAUTA: 10/06/2008 JULGADO: 10/06/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **MARÍLIA JUSI DA SILVA**

ADVOGADO : **GEORGE ALEXANDRE ROHRBACHER**

RECORRIDO : **SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE**

ADVOGADO : **ALFREDO ALEXANDRE DE MIRANDA COUTINHO**

RECORRIDO : **BRASIL TELECOM S/A**

ADVOGADO : **RENATO MARCONDES BRINCAS E OUTRO(S)**

RECORRIDO : **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**

PROCURADOR : **SILVANA LÚCIA DA SILVA BENINCA E OUTRO(S)**

RECORRIDO : **UNIÃO**

ASSUNTO: **Ação Popular**

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : **MARÍLIA JUSI DA SILVA**

ADVOGADO : **GEORGE ALEXANDRE ROHRBACHER**

AGRAVADO : **SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE JOINVILLE**

ADVOGADO : **ALFREDO ALEXANDRE DE MIRANDA COUTINHO**

AGRAVADO : **BRASIL TELECOM S/A**

ADVOGADO : **RENATO MARCONDES BRINCAS E OUTRO(S)**

AGRAVADO : **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**

PROCURADOR : **SILVANA LÚCIA DA SILVA BENINCA E OUTRO(S)**

AGRAVADO : **UNIÃO**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) e Eliana Calmon (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de junho de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária