

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 024.646/2014-8

Natureza: Pedido de reexame (Relatório de Auditoria)

Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações

Responsável: João Batista de Rezende (472.648.709-44)

Representação legal: Mariana Félix Gonçalves de Mateus.

SUMÁRIO: AUDITORIA. ATUAÇÃO DA ANATEL NA REGULAMENTAÇÃO, CONTROLE, ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS VINCULADOS AO SISTEMA DE TELEFONIA FIXA COMUTÁVEL (STFC). FALHAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ESCLARECIMENTOS. PEDIDO DE REEXAME. ALEGAÇÃO DA ANATEL DE IMPOSSIBILIDADE FÁTICA DE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO E DE UTILIDADE DAS INFORMAÇÕES. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE SOBRE OS BENS REVERSÍVEIS DURANTE TODO O PERÍODO DA CONCESSÃO. PROVIMENTO PARCIAL. ALTERAÇÃO DA DETERMINAÇÃO.

1. As operadoras de telefonia fixa comutável adquiriram controle acionário das antigas subsidiárias da Telebrás, sabendo que os bens reversíveis existentes teriam de ser revertidos ao Poder Concedente ao final da concessão, sem indenização.

2. Ainda que o serviço público de telefonia fixa tenha sido concedido sem o intuito de acumulação de patrimônio, o Poder Público não renunciou aos bens reversíveis então existentes, nem aos que viessem a se incorporar ao acervo das concessões.

3. A obrigatoriedade de controle dos bens reversíveis não adveio da aprovação, pela Anatel, do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, mas da publicação da Lei 9.472/1997 e da celebração dos contratos de concessão de STFC, os quais contêm dispositivos expressos e implícitos que assim requerem.

4. O inventário de bens reversíveis existentes em 1998 é imprescindível para que sejam reclamados das operadoras de STFC ao final da concessão, bem assim para deduzir o valor correspondente a desvinculações, alienações, onerações e substituições relativos a esses bens das indenizações que venham a ser pleiteadas pelas concessionárias ao término da concessão.

5. Após vinte anos de negligência da Anatel, no cumprimento de suas obrigações legais, contratuais e regulamentares, já não é factível obter as informações sobre a totalidade das operações de desvinculações, onerações ou substituição realizadas desde 1998 com bens vinculados ao serviço de telefonia fixa, único meio seguro de obstar indenizações indevidas e dissipação de bens reversíveis; o máximo que ainda se pode aspirar é a mitigação da perspectiva de dano.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução peça 181, cujas conclusões foram acolhidas de modo uniforme no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur).

“1. Trata-se de Pedido de Reexame interposto pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, contra o Acórdão 3311/2015 – TCU – Plenário (peça 148). No que tange ao recurso interposto, a deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.2. com fundamento no art. 43, I, da Lei nº 8.443/1992 e no art. 250, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, determinar à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que:

9.2.1. encaminhe ao TCU, no prazo de 180 dias a contar da ciência deste Acórdão, a apuração do valor total dos recursos obtidos por cada concessionária a partir das alienações de bens reversíveis realizadas desde 25/01/2007, data de início da vigência do regulamento de controle de bens reversíveis, contendo os documentos utilizados no referido cálculo, detalhando:

9.2.1.1. os tipos de bens reversíveis, de acordo com a classificação da Anatel, que foram alienados em cada ano, com o respectivo valor total obtido e a quantidade de bens, mantendo os registros de sua relação completa, com as informações individuais;

9.2.1.2. a identificação dos atos de anuência da Anatel que autorizaram as alienações realizadas em cada ano, informando o quantitativo e a classificação dos bens envolvidos em cada ato;

9.2.1.3. a comprovação dos respectivos depósitos na conta vinculada; e

9.2.1.4. a comprovação da aplicação dos referidos recursos na concessão;

9.2.2. inclua, no prazo de 30 dias a contar da ciência deste Acórdão, na análise de qualquer operação envolvendo bens reversíveis imóveis, a exigência de que a concessionária apresente à Anatel:

9.2.2.1. documento ou certidão emitida pela respectiva prefeitura declarando o valor venal do imóvel para fins de ITBI ou IPTU no momento da solicitação da anuência prévia da agência; e

9.2.2.2. após a conclusão da operação, certidão do Registro de Imóveis ou cópia da escritura pública;

2. HISTÓRICO

2.1. Cuidam os autos de auditoria realizada com vistas a avaliar a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, no período de 1998 a 2014, no que concerne à regulamentação, ao controle, ao acompanhamento e à fiscalização dos bens reversíveis, em conformidade com o disposto nos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e na Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

2.2. Segundo as concessionárias que atuam nesse setor, em 2011, existiam mais de oito milhões de bens reversíveis, avaliados, quando considerado o valor de aquisição, sem considerar depreciação e amortização, em R\$ 108,3 bilhões. A importância da reversibilidade de bens também deriva do fato de a conservação dos ativos e o seu efetivo controle garantirem a atualidade e a continuidade de um serviço público essencial, mesmo após o término de um contrato de concessão, já que esses bens, nesse caso, serão devolvidos à União, que eventualmente terá de indenizar as concessionárias pelos investimentos por elas realizados que ainda não tenham sido amortizados.

2.3. Em julgamento realizado na Sessão Extraordinária de 09/12/2015, o Plenário desta E. Corte de Contas impôs à Recorrente o cumprimento das determinações contidas no item 9.2 e subitens do Acórdão 3311/2015 – TCU – Plenário, bem como realizou recomendações descritas no seu item 9.3 e subitens. 3.10.

2.4. Em face dessa decisão, a Recorrente opôs Embargos de Declaração (peça 161), visando sanear o que considerava como contradições, omissões e obscuridades. Nos termos do Acórdão 1809/2016 – TCU – Plenário (peça 166), os embargos opostos foram conhecidos e parcialmente acolhidos, tendo sido realizados esclarecimentos pontuais à Anatel e mantendo-se o Acórdão recorrido em seus exatos termos. Ainda inconformada, a Anatel interpõe o presente pedido de reexame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 175), ratificado pelo Exmo. Min. Walton Alencar Rodrigues (peça 178), que concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame interposto pela Anatel, suspendendo-se os efeitos do item 9.2.1 do Acórdão 3311/2015 – Plenário em relação à recorrente, nos termos do art. 48 da Lei 8443/1992 e dos arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do Recurso

4.1 Constituem objeto do recurso as seguintes questões:

- a) da legalidade do acompanhamento e controle de Bens Reversíveis realizado pela Anatel;
- b) da eficácia e eficiência do acompanhamento de bens e serviços vinculados à Concessão desenvolvido pela Anatel;
- c) dos fundamentos das determinações do item 9.2.1 e subitens do Acórdão 3311/2015 – Plenário;
- d) da possibilidade de cumprimento da determinação 9.2.1 e subitens do Acórdão no prazo prescrito à Anatel.

5. Questão – Da legalidade do acompanhamento e controle de Bens Reversíveis realizado pela Anatel

Argumento

5.1. A recorrente manifesta que a presente auditoria teria se afastado, em alguns aspectos, do controle finalístico o qual deveria ser exercido por esta Corte de Contas sobre a atividade das Agências Reguladoras. Nesse sentido, argumenta que as determinações do item 9.2.1 e subitens do Acórdão vergastado teriam sido baseadas na premissa de que a sistemática de acompanhamento e controle exaustivo de bens reversíveis seria o único mecanismo fidedigno de garantia da continuidade do serviço público de telecomunicações. Questiona, portanto, a adoção de tal premissa, a qual seria alheia ao controle finalístico e insustentável frente à legislação aplicável.

5.2. Assevera que o controle de bens reversíveis seria apenas um dentre diversos pilares de acompanhamento das concessões, e que a reversibilidade não constituiria um fim em si, mas um meio de realização de um dos aspectos da política pública setorial — o da continuidade da prestação do STFC.

5.3. Acrescenta que o controle de bens reversíveis seria instrumento coadjuvante na realização da política de continuidade de prestação do serviço público, quando comparado a meios mais significativos, tais como: a) acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro da concessão; b) análise de sustentabilidade da concessão; c) acompanhamento econômico-financeiro da concessionária; d) o controle de obrigações relacionadas, sobretudo, à qualidade e à universalização do serviço; e e) fomento à competição.

5.4. Assevera que as disposições de reaplicação do RCBR constituiriam apenas diretrizes, as quais orientariam a Anatel no controle de obrigações de investimento já previstas em outros atos

normativos (p.ex., nos Contratos de Concessão do STFC, cujas cláusulas já deixariam claro um dever das concessionárias de aportar recursos na concessão, a fim de garantir a continuidade e adequação dos serviços). Tais obrigações poderiam ser satisfeitas tanto com o aporte de novos investimentos quanto com a reaplicação, na concessão, de recursos obtidos com a alienação de bens reversíveis.

Análise

5.5. A recorrente reconhece que o TCU, no exercício de sua competência fiscalizatória, não está limitado ao mero exame formal contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial das Agências Reguladoras, detendo o poder/dever de avaliar o mérito dos atos administrativos regulatórios, a fim de assegurar sua legalidade, economicidade, eficácia e eficiência.

5.6. Observe-se que a recorrente adota determinadas premissas para sua argumentação sobre a presente questão: i) que o controle externo do TCU sobre as Agências regulatórias deve se centrar na avaliação do cumprimento dos contratos firmados entre particulares e o Poder Concedente e deve estar voltado a garantir a prestação eficiente de serviços públicos; e que, portanto, ii) os procedimentos de fiscalização do TCU não deveriam levar em consideração apenas critérios formais de atendimento de normas por parte dos órgãos reguladores, mas sim privilegiar o exame dos resultados alcançados no exercício da missão institucional das Agências.

5.7. Embora tais premissas não estejam equivocadas, a Agência constrói sua argumentação de modo a tentar demonstrar que a determinação exarada no Acórdão recorrido não se coadunaria com a finalidade precípua de sua atividade regulatória, a de garantir a continuidade e a adequação da prestação do serviço público, no caso, de telefonia fixa. Entretanto, este não é o único.

5.8. A recorrente postula que, por se tratar de uma dentre outras formas disponíveis de garantia da continuidade do serviço, a Anatel deteria a discricionariedade de definir os contornos jurídicos das atividades de controle de bens reversíveis. Ademais, alude que o próprio Voto Condutor do Acórdão recorrido teria reconhecido que a decisão acerca da reversibilidade seria uma prerrogativa da Recorrente.

5.9. Não apenas é incorreto se afirmar que a decisão acerca da reversibilidade seria prerrogativa do agente regulador, como é errônea a assertiva (item 3.27 do Pedido de Reexame) segundo a qual este Tribunal teria reconhecido a existência de tal discricionariedade, nos moldes apontados.

5.10. Conforme o próprio trecho do Voto transcrito pela Agência em sua peça recursal, a discricionariedade, que já era restrita apenas à forma pela qual ocorreria o referido controle, teria subsistido nos moldes apontados apenas até a edição de enunciado normativo regulamentar pela própria Anatel, o citado Regulamento de Controle de Bens Reversíveis. Ademais, ainda conforme o Voto condutor do Acórdão recorrido (item 107), a obrigação de utilizar os recursos obtidos com a venda dos bens reversíveis na própria concessão já existia, decorrente da legislação e dos contratos de concessão vigentes desde 1998.

5.11. Ressalte-se que a discussão sobre a pertinência de determinada matéria à discricionariedade de um agente administrativo não é útil como argumento autônomo, a ser examinado de forma isolada. Trata-se sempre de uma conclusão a ser alcançada após a análise dos diversos critérios legais e regulamentares aos quais o agente em questão deveria se ater ao tomar a decisão em questão.

5.12. Nesse sentido, é pouco efetivo simplesmente se argumentar que a decisão sobre como seria realizado o controle dos bens reversíveis estava inserida na discricionariedade da Anatel, sem se examinar a compatibilidade entre o controle que vinha sendo realizado e qual tipo de controle

poderia ou deveria ter sido realizado, frente às dificuldades a serem enfrentadas em caso de encerramento de uma concessão e necessidade de reversão dos bens afetados ao serviço público.

5.13. Ainda que a política de continuidade de prestação do serviço público seja exercida pelos outros instrumentos citados pela recorrente (tais como o acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro e da sustentabilidade tanto da concessão quanto da concessionária, além do controle de obrigações relacionadas à qualidade e à universalização do serviço e o fomento à competição), tratam-se de medidas aplicáveis enquanto a concessão está vigente, e que nem fornecem as informações necessárias para garantir a continuidade e atualidade do serviço caso o término da concessão ocorra, por qualquer motivo, antes do prazo previsto, nem asseguram a atualidade dos bens reversíveis.

5.14. Não atendem, assim, à finalidade do instituto da reversibilidade, providência necessária para garantir que a atividade possa continuar a ser prestada após o término do prazo contratual, seja pelo Poder Público, seja por outro particular, via nova relação de concessão de serviço público.

5.15. Assim, o fato de o controle de bens reversíveis ser apenas um dentre diversos pilares de acompanhamento das concessões não justifica a debilidade do controle até o momento realizado, exposta no Relatório da presente auditoria. Mesmo que a reversibilidade não constitua um fim em si mesmo, mas instrumento para a garantia da continuidade da prestação do STFC, permanece sem justificativa o baixo controle sobre a destinação dos recursos oriundos das alienações dos bens reversíveis e a ocorrência de alienação, desvinculação, substituição e oneração de bens reversíveis sem a anuência prévia da Aneel.

6. Questão – da eficácia e eficiência do acompanhamento de bens e serviços vinculados à Concessão desenvolvido pela Anatel

Argumento

6.1. A ANATEL destaca que, após a edição do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, teria buscado garantir que as receitas obtidas com a alienação destes bens fossem reinvestidas no âmbito da concessão. Devido à necessidade de constante aprimoramento das infraestruturas, a Anatel nunca teria acompanhado os bens reversíveis sob a perspectiva de manutenção do valor patrimonial da concessão, mas sim sob a ótica da continuidade do STFC.

6.2. Alega, nesse sentido, que disporia de dados os quais demonstrariam que os ganhos obtidos com alienações de bens reversíveis teriam sido aplicados na concessão do STFC. Explica que a massa do valor total de custo de aquisição dos bens reversíveis nas RBR teria crescido significativamente em termos de valor, ao longo dos anos, e que tal evolução possibilitaria concluir que os recursos obtidos com eventuais alienações foram reaplicados na concessão.

6.3. A recorrente busca demonstrar sua conclusão argumentando que as baixas nas Relações de Bens Reversíveis seriam majoritariamente compostas por substituições de bens, e minoritariamente por desvinculações e alienações.

6.4. Portanto, mesmo uma eventual redução no valor do total dos custos de aquisição da RBR em determinado exercício, devido ao fato de o valor das baixas se mostrar superior ao valor de adições, não implicaria que o valor de alienações tenha sido superior ao valor das adições. Afinal, as reduções em questão seriam principalmente substituições de bens, não alienações.

6.5. Por outro lado, caso tenha havido uma elevação na soma do valor dos bens mensurados pelos custos de aquisição, isso implicaria que o total investido em bens reversíveis teria sido superior ao total das baixas, sejam estas representadas por alienações, desvinculações ou substituições de bens.

6.6. Nesse sentido, uma vez que o valor total dos custos de aquisição teria se elevado significativamente entre 2007 e 2014 (saltando de 99,5 bilhões para 121,6 bilhões de reais), a

recorrente aduz que: i) o crescimento do valor total de custo de aquisição demonstra a ausência de prejuízo para o acervo das concessões; e ii) os atos de acompanhamento e controle desempenhados pela Anatel seriam suficientes para demonstrar que as eventuais alienações de bens reversíveis tiveram seus resultados revertidos à concessão, o que contribuiria para a garantia de continuidade do serviço público e demonstraria a eficiência, eficácia e legalidade da atividade de fiscalização.

Análise

6.7. Segundo a recorrente, desde 2007 as concessionárias encaminham anualmente: i) os inventários atualizados de bens e direitos integrantes do patrimônio da prestadora; e ii) as Relações de Bens Reversíveis (RBR) com bens e direitos agrupados de forma padronizada. Dessa forma, a Recorrente sustenta ter acesso a informações acerca da massa patrimonial de bens reversíveis e à variação temporal dos valores totais de custo de aquisição desses bens ao longo do tempo.

6.8. A recorrente infere que a comprovação de que a concessionária tenha reinvestido na concessão quantia superior ao valor obtido com as alienações de bens reversíveis seria suficiente para se atestar o cumprimento do RCBR quanto à reaplicação de valores na concessão, e que a movimentação desses recursos em conta distinta da conta vinculada configuraria apenas descumprimento de obrigação formal.

6.9. Ainda que a massa total dos bens reversíveis, mensurados pelo seu valor de custo atualizado e sem depreciação, venha aumentando ao longo do tempo, isso não traz nenhuma informação específica sobre a atualidade dos bens reversíveis, nem sobre o panorama das indenizações a serem pagas ou dos bens que estariam disponíveis para a continuidade do serviço público em caso de reversão anterior ao termo do prazo contratual. Ressalta-se a importância dos bens reversíveis para assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço não só durante a concessão, mas após seu encerramento.

7. Questão – Dos fundamentos das determinações dos itens 9.2.1 e subitens do Acórdão 3311/2015 – Plenário

Argumento

7.1 Quanto aos achados de: i) realização somente de ações pontuais com poucos resultados no controle dos bens reversíveis até 2005; e ii) Realização de poucas e precárias ações de controle e acompanhamento de bens reversíveis entre 1998 e 2005, a recorrente observa que inexistia, no mencionado período, o regulamento para disciplinar o controle dos bens reversíveis. Desse modo, após 2005, teria ocorrido significativo esforço na melhoria contínua dos procedimentos.

7.2 Quanto ao achado 'Fragilidades nos procedimentos de análise e acompanhamento de alienação, substituição, desvinculação e oneração dos bens reversíveis', a recorrente sustenta que as determinações não se concentram exatamente na solução das constatações apontadas, mas no levantamento maciço de informações e dados, de documentos que as concessionárias não estão mais obrigadas a apresentar ou a guardar.

7.3 Entende que a fundamentação da proposta de determinações feita pela área técnica do Tribunal consistiria em dispositivos normativos genéricos, que estabelecem o dever de gerir contratos, de acompanhar e fiscalizar, de prestar informações e outras. Atribui tal fenômeno à ausência de disposições específicas que configurem concretamente inobservância da Agência ao arcabouço normativo.

7.4 Postula que, ao mesmo tempo em que o Tribunal entende que o setor de telecomunicações é pautado pelo dinamismo tecnológico e que o acompanhamento feito pela Agência se restringe ao aspecto de controle patrimonial (item 4.7), a determinação exarada versa sobre o controle formal

exaustivo das Relações de Bens Reversíveis, solicitando informações sobre bens que não possuem mais nenhuma influência sobre a continuidade do serviço, por terem sido substituídos.

7.5 Segundo a recorrente, ao contrário do argumentado no Voto Condutor do Acórdão recorrido, o levantamento das alienações de bens reversíveis desde 25/01/2007 não seria determinante para sancionar eventuais infrações não prescritas, pois seria possível o entendimento segundo o qual a possibilidade de se sancionar infrações ao RCBR seja limitada pelo prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 1º da Lei 9.873/1999. A discussão sobre a prescrição atingiria também a possibilidade de anulação de alienações.

7.6 Afirma que tal levantamento não seria necessário para fins de análise da fidedignidade das RBR. A Anatel já teria reprovado RBRs de todas as concessionárias, correspondentes aos anos de 2005 a 2014. Destaca que a sistemática de indenização do setor de telefonia difere da adotada no setor elétrico, o qual se baseia no Valor Novo de Reposição (valoração a preços atuais de cada item), reavaliado a cada ciclo de revisão tarifária. Uma vez que a Anatel não adotaria tal sistema, não se faria necessário o acompanhamento constante dos bens reversíveis associados à prestação do serviço público.

Análise

7.7 O argumento sobre a prescrição não socorre o recorrente. O Voto condutor do Acórdão recorrido é expresso em associar a determinação dos valores dos bens reversíveis à apuração e à aplicação de sanções em decorrência das infrações ocorridas nos últimos anos, que ainda não prescreveram. A fragilidade encontrada nos controles, ressalte-se, compromete até mesmo a identificação de tais infrações, quanto mais sua correta apuração e a respectiva aplicação de sanções. Sem o adequado levantamento das informações sobre os bens reversíveis, não ficam claros os critérios mediante os quais uma RBR deverá ser avaliada.

7.8 A Anatel nega ainda a utilidade dos resultados da determinação no cálculo das parcelas a serem descontadas das possíveis futuras indenizações a serem pagas às concessionárias a título de danos causados à concessão e o acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Isso porque, em qualquer hipótese de indenização (bens não integralmente amortizados ao final do prazo da concessão, ou nos casos de encampação, caducidade e anulação à qual a concessionária não tenha dado causa), o valor efetivo dos bens deverá ser apurado no momento da reversão, de tal sorte que o acompanhamento e controle dos bens atuais não supriria tal necessidade.

7.9 Observe-se que a recorrente faz referência à necessidade de realizar a apuração de tais bens somente no caso que a necessidade de indenizar venha a se materializar, como se tal tarefa pudesse ser desempenhada rapidamente, sem impactos na continuidade do serviço público. Reitere-se que, nessa hipótese, a Anatel seria obrigada a avaliar e a mensurar a indenização devida à concessionária em questão sem ter em mãos nem mesmo uma relação atualizada e fidedigna dos bens a serem revertidos à União.

7.10 A menção ao tratamento de bens reversíveis no setor elétrico é inadequada, pois não se está afirmando que a indenização, em qualquer caso, necessariamente deverá ser calculada mediante instrumento análogo ao Valor Novo de Reposição (valoração a preços atuais do item, realizada periodicamente).

7.11 Veja-se que: i) por expressa determinação regulamentar, o acompanhamento e o controle dos bens reversíveis se fazem necessários independente da efetiva necessidade de ser paga indenização; ii) a necessidade de tal controle é ainda maior no caso de encerramento de contrato antes do prazo originariamente previsto; iii) embora a lei colacione diversas hipóteses para as quais, em tese, não seria cabível indenização, ela sempre se torna devida para os casos de bens ainda não integralmente amortizados ou depreciados, para evitar a ocorrência de enriquecimento

sem causa. O argumento da recorrente, desse modo, não afasta a obrigatoriedade de desempenhar seus deveres fiscalizatórios.

8. Questão – Da possibilidade de cumprimento da determinação 9.2.1 e subitens do Acórdão no prazo prescrito à Anatel

Argumento

8.1 *Com base no histórico de fiscalizações anteriormente realizadas que se aproximam dos parâmetros exigidos no Acórdão recorrido, a Anatel estima que seriam necessárias mais de 36.000 horas de fiscalização, sem contar fatores como férias, treinamentos necessários, deslocamentos de servidores, logística, eventuais atrasos causados pelas próprias concessionárias de SPTC, além do trabalho posterior de análise dos Relatórios de fiscalização.*

8.2 *Alerta que, no ano de 2015, foram dedicadas 103.403 horas para todas as diversas ações de fiscalização, as quais corresponderiam a 51.701 horas a cada semestre. Portanto, o prazo concedido pela determinação recorrida (180 dias) se mostraria incompatível com o desempenho das demais atividades fiscalizatórias e o acompanhamento de outros temas.*

8.3 *Adverte ainda que mesmo o período que já teria sido avaliado pela recorrente foi abordado de modo diverso do pretendido pelo Tribunal, pois os trabalhos feitos não resultaram, necessariamente, em planilha estruturada por ‘tipos de bens’ alienados ‘em cada ano’, com respectivos ‘valores e quantidades’, e relações de atos que anuíram previamente com alienações, no mesmo formato.*

8.4 *Aponta ainda que diversas das fiscalizações anteriormente realizadas, as quais serviram de base para a estimativa apresentada, foram feitas em sistema de amostragem, pois a quantidade de registros inviabilizaria o exame exaustivo. Enfatiza que as Relações de Bens Reversíveis de 2014 superariam o total de 4,5 milhões de registros, ao passo que o conjunto das relações de 2007 a 2014 perfazem o total de 34 milhões de registros.*

8.5 *Salienta que mesmo um levantamento sistematizado nas Relações de Bens Reversíveis não permitiria diferenciar as alienações das demais operações (desvinculações e substituições). Seria necessário interagir com as prestadoras de SPTC, as quais possuem obrigação de guarda do histórico das alterações e dos comprovantes e demonstrativos da alienação e da aplicação do recurso por apenas cinco anos, nos termos dos artigos 10 e 17 do RCBR.*

Análise

8.6 *Assiste razão à recorrente neste ponto específico. O Voto condutor do Acórdão recorrido já salientava o longo tempo transcorrido desde a celebração dos primeiros contratos de concessão, tornando difícil, senão impossível, o levantamento de todos os dados então relacionados pela Unidade Técnica. Destacou-se que, ainda que tal apuração fosse possível, ela representaria um custo extremamente elevado.*

8.7 *Nesse sentido, o Voto condutor do Acórdão recorrido estabeleceu o marco inicial do levantamento proposto como 25/01/2007, uma vez que esta seria a data de início da vigência do regulamento de controle de bens reversíveis pela Anatel. Afinal, até a edição do referido regulamento, não havia dispositivo normativo que regulasse ou obrigasse as concessionárias: i) quanto ao depósito em conta bancária vinculada, nos casos provenientes de alienação de bens por parte das concessionárias; e ii) quanto à aplicação de tais recursos estritamente na concessão.*

8.8 *Ocorre que, quando se examinam os dispositivos da Resolução Anatel 447/2006, verifica-se que as prestadoras de SPTC possuem obrigação de guarda do histórico das alterações e dos comprovantes e demonstrativos da alienação e da aplicação do recurso por apenas cinco anos.*

Art. 9º A RBR pode ser alterada por meio de Registro e, desde que a Prestadora tenha obtido anuência prévia da Anatel, por meio de Desvinculação, Alienação, Oneração ou Substituição.

*Parágrafo único. A Prestadora deve esclarecer, fornecer informações adicionais e organizar dados referentes às alterações citadas no **caput**, na forma e nos prazos definidos pela Anatel.*

Art. 10. A Prestadora fica obrigada a manter à disposição da Anatel, por um período de 5 (cinco) anos, o histórico das alterações citadas no artigo anterior. [...]

Art. 17. O recurso proveniente de alienação de bens, já deduzidos os encargos incidentes sobre eles, deverá ser depositado em conta bancária vinculada, aberta para esse fim, até a definitiva aplicação dos recursos na concessão.

Parágrafo único. Os comprovantes e os demonstrativos da alienação e da aplicação do recurso referido no caput devem ser mantidos à disposição da Anatel, pelo período de 5 (cinco) anos.

8.9 A apuração das alterações citadas para além do intervalo temporal regulamentar representaria custos expressivos, sem acrescentar informações imprescindíveis para o desiderato do instituto da reversibilidade. Assim, os fundamentos anteriormente utilizados no Voto Condutor do Acórdão recorrido para delimitar o marco temporal da apuração a ser realizada, quando examinados em conjunto com a própria regulamentação à qual fazem referência (no caso, a Resolução Anatel 447/2006), servem para delimitar o escopo da apuração a ser realizada para o quinquênio imediatamente anterior à data da publicação da decisão definitiva sobre o TC 024.646/2014-8.

8.10 Quanto ao prazo para o cumprimento da determinação, a recorrente expõe as expressivas dificuldades a serem enfrentadas para providenciar as informações exigidas, e requer, alternativamente, a dilatação do prazo concedido para cumprimento da determinação, de 180 dias para 36 (trinta e seis) meses.

8.11 Embora deva ser reconhecido o impacto que a apuração terá nas atividades ordinárias da agência reguladora, vale lembrar que tal tarefa constitui aplicação de enunciado normativo que se encontrava disposto no Regulamento de Controle de Bens Reversíveis desde 2006. A exigência de comprovar a aplicação do recurso proveniente da alienação de bens reversíveis em conta bancária vinculada e de demonstrar a aplicação de tais recursos na própria concessão deveria estar sendo aferida há mais de uma década. Desse modo, é o tamanho e a gravidade da omissão do ente regulatório no passado que causará impacto em suas atividades futuras.

8.12 Reconhece-se que o cumprimento da determinação exarada no subitem 9.2.1 do Acórdão recorrido deve ser feito de forma compatível com o inevitável impacto nas demais atividades fiscalizatórias da Anatel. Por outro lado, o risco ao qual a ausência de tais informações expõe as finanças públicas não é compatível com a prorrogação do prazo nos moldes requeridos pela agência reguladora, de tal sorte que cabe dar provimento apenas parcial ao pedido alternativo, concedendo-lhe prazo de 12 meses, de modo a ser possível encaminhar as informações necessárias sem comprometer suas demais atividades regulatórias.

CONCLUSÃO

9. Do exame dos autos, conclui-se que:

9.1 A ANATEL alega que a determinação contida no item 9.2.1 e subitens do Acórdão 3311/2015 – TCU – Plenário seria dispensável e que o acompanhamento e o controle de bens reversíveis por ela realizados seriam legais. Destaca a discricionariedade da Agência para definir os contornos das atividades desse acompanhamento. Sustenta que, no exame do Tribunal sobre a atuação das agências, deve prevalecer o aspecto finalístico, e que, para alcançar a finalidade de garantir a continuidade do serviço público, o acompanhamento dos bens reversíveis teria caráter apenas coadjuvante em relação a outros tipos de acompanhamento realizados pela Agência. Entretanto, a discricionariedade quanto à forma pela qual ocorreria o referido controle, teria subsistido apenas

até a edição do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis. O fato de o controle de bens reversíveis ser apenas um dentre diversos pilares de acompanhamento das concessões não justifica a debilidade do controle até o momento realizado. As demais medidas citadas pela recorrente são aplicáveis enquanto a concessão está vigente, e que nem fornecem as informações necessárias para garantir a continuidade e atualidade do serviço caso o término da concessão ocorra, por qualquer motivo, antes do prazo previsto, nem asseguram a atualidade dos bens reversíveis. Não atendem, assim, à finalidade do instituto da reversibilidade.

9.2 Após ressaltar a fungibilidade da pecúnia, infere que o crescimento da massa dos bens reversíveis, em termo de valor de aquisição, demonstraria que os ganhos obtidos com alienações de bens reversíveis teriam sido revertidos para o próprio STFC. Entretanto, ainda que a massa total dos bens reversíveis, mensurados pelo seu valor de custo atualizado e sem depreciação, venha aumentando ao longo do tempo, isso não traz nenhuma informação específica sobre a atualidade dos bens reversíveis, nem sobre o panorama das indenizações a serem pagas ou dos bens que estariam disponíveis para a continuidade do serviço público em caso de reversão anterior ao termo do prazo contratual

9.3 Postula que as determinações possuem fundamentos insubsistentes, pois não se concentrariam na solução das fragilidades apontadas pelo E. Tribunal, e sim no levantamento massivo de dados. Adverte que a finalidade sancionatória e de eventual anulação de atos praticados possivelmente estaria limitada pelo prazo prescricional legal. Salienta que o resultado da determinação não serviria de insumo direto ao cálculo de indenização e/ou de valoração dos bens no momento hipotético de sua reversão, independentemente da modalidade de extinção das concessões.

9.4 A recorrente pretende realizar a apuração de tais bens somente no caso que a necessidade de indenizar venha a se materializar, como se tal tarefa pudesse ser desempenhada rapidamente, sem impactos na continuidade do serviço público. Reitere-se que, nessa hipótese, a Anatel seria obrigada a avaliar e a mensurar a indenização devida à concessionária em questão sem ter em mãos nem mesmo uma relação atualizada e fidedigna dos bens a serem revertidos à União. Por expressa determinação regulamentar, o acompanhamento e o controle dos bens reversíveis se fazem necessários independente da efetiva necessidade de ser paga indenização.

9.5 A recorrente assevera a impossibilidade de cumprimento da determinação, estimando um comprometimento em torno de 70% (setenta por cento) das horas dedicadas às ações planejadas para fiscalização semestral e alertando para impacto na execução de fiscalização e acompanhamento e controle de todas as obrigações e para a existência aproximada de 34 (trinta e quatro) milhões de registros nas Relações que se determina avaliar exaustivamente item a item. Aponta a limitação regulamentar do dever de guarda de informações pelas concessionárias em um período retroativo de 05 (cinco) anos.

9.6 Nesse ponto específico, assiste razão à recorrente. Os fundamentos utilizados no Voto Condutor do Acórdão recorrido para delimitar o marco temporal da apuração a ser realizada, quando examinados em conjunto com a própria regulamentação à qual fazem referência, servem para delimitar o escopo da apuração a ser realizada para o quinquênio imediatamente anterior à data da publicação da decisão definitiva sobre o TC 024.646/2014-8. Reconhece-se que o cumprimento da determinação exarada no subitem 9.2.1 do Acórdão recorrido deve ser feito de forma compatível com o inevitável impacto nas demais atividades fiscalizatórias da Anatel, cabendo dar provimento parcial ao pedido alternativo, concedendo-lhe prazo de 360 dias para encaminhar as informações necessárias sem comprometer suas demais atividades regulatórias.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48, da Lei 8.443, de 1992:

a. *conhecer do pedido de reexame e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação do item 9.2 do Acórdão recorrido, nos seguintes termos:*

‘9.2. com fundamento no art. 43, I, da Lei nº 8.443/1992 e no art. 250, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, determinar à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que:

9.2.1. encaminhe ao TCU, no prazo de 360 dias a contar da ciência deste Acórdão, a apuração do valor total dos recursos obtidos por cada concessionária a partir das alienações de bens reversíveis realizadas no quinquênio anterior ao trânsito em julgado deste Acórdão, contendo os documentos utilizados no referido cálculo, detalhando: [...]’

b. *dar ciência da deliberação que vier a ser adotada ao recorrente, ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, à Aneel, e aos demais interessados.”*

VOTO

Trata-se de pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), contra o Acórdão 3.311/2015, da lavra do E. Ministro Benjamin Zymler, buscando desconstituir as várias determinações, decorrentes do julgamento da auditoria operacional, que tem em mira verificar a correção da atuação da agência reguladora, ao longo dos anos, na regulamentação, controle, acompanhamento e fiscalização dos bens reversíveis, vinculados às concessões do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), relativamente ao que expressamente estabelecem os contratos de concessão e a Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

A questão não é de somenos importância. Abrange o controle e a gestão do gigantesco patrimônio público federal, atualmente estimado em mais de R\$ 121.600.000.000,00 (cento e vinte e um bilhões e seiscentos milhões de reais), transferido às concessionárias, a partir do ano de 1998, e por elas livremente utilizado na prestação do serviço público de telefonia.

Mas não somente isto. Os dados patrimoniais são relevantes para respaldar o interesse público, na correta fixação e identificação do patrimônio transferido às concessionárias, por ocasião do início do contrato, com o objetivo de proteger a União Federal, em relação a futuros pedidos de indenização, que certamente, no término da concessão, serão encaminhados por todas as operadoras.

Como veremos adiante, todas as manifestações do TCU são fundamentadas na LGT e conclusivas, no sentido de que a Anatel descumpriu praticamente a íntegra de suas obrigações legais e contratuais, no que se refere ao controle dos bens reversíveis do STFC, desconsiderando o patrimônio público de R\$ 121,6 bilhões de reais, gerido pelas concessionárias.

Nesse sentido, deixaram os agentes da Anatel de praticar os atos exigidos pela lei, com o resultado prático de desproteger o Erário. A absoluta falta de ação da Anatel, em face da gestão de tão imenso patrimônio, faz supor que ela voluntariamente abdicou da prática de qualquer ato, referente à coleta de dados da propriedade desse patrimônio e de sua evolução. Examinemos os fatos:

No exercício do controle externo, com o interesse público de mitigar o risco de dano ao Erário, entre outras providências, o Tribunal de Contas da União formulou as seguintes determinações:

“9.2.1. Encaminhe ao TCU, no prazo de 180 dias a contar da ciência deste Acórdão, a apuração do valor total dos recursos obtidos por cada concessionária a partir das alienações de bens reversíveis realizadas desde 25/01/2007, data de início da vigência do regulamento de controle de bens reversíveis, contendo os documentos utilizados no referido cálculo, detalhando:

9.2.1.1. os tipos de bens reversíveis, de acordo com a classificação da Anatel, que foram alienados em cada ano, com o respectivo valor total obtido e a quantidade de bens, mantendo os registros de sua relação completa, com as informações individuais;

9.2.1.2. a identificação dos atos de anuência da Anatel que autorizaram as alienações realizadas em cada ano, informando o quantitativo e a classificação dos bens envolvidos em cada ato;

9.2.1.3. a comprovação dos respectivos depósitos na conta vinculada; e

9.2.1.4. a comprovação da aplicação dos referidos recursos na concessão;”

Mediante o Acórdão 1.809/2016, o Plenário deu provimento parcial aos embargos de declaração, opostos pela Anatel, contra Acórdão 3.311/2015-Plenário, para esclarecer o seguinte:

“I - A definição de bens reversíveis constante do art. 39, IV, do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR), editado por essa agência reguladora, foi considerada adequada pelo TCU;

II - A obrigação da Anatel de controlar os bens reversíveis existe desde a entrada em vigor da Lei Geral das Telecomunicações - LGT. Por outro lado, essa Corte de Contas limitou a abrangência

temporal do levantamento determinado no item do acórdão embargado com o intuito de possibilitar a realização desse levantamento;

III - Sua proposta alternativa à implementação da determinação contida no item 9.2.1 do acórdão embargado não foi acolhida pelo TCU;

IV - A mencionada determinação deve ser cumprida na forma em que se encontra expressa no decisum recorrido;

V - Em princípio, eventuais alterações futuras no Regulamento de Bens Reversíveis editado pelo ente regulador não impedirão o cumprimento das determinações proferidas no acórdão em tela;

VI - Manter integralmente a redação do acórdão embargado; e

VII - Dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram à recorrente.”

II

No recurso ora interposto (peça 173), pretende a Anatel a dispensa do cumprimento das determinações do item 9.2.1 e subitens do Acórdão 3.311/2015-Plenário, com amparo nos argumentos sintetizados a seguir:

a) as determinações do TCU basearam-se na falsa premissa de que acompanhamento e controle de bens reversíveis constituem o único mecanismo fidedigno de garantia da continuidade do serviço público de telecomunicações, finalidade precípua de sua atividade regulatória, quando na verdade é mero coadjuvante de mecanismos bem mais efetivos, tais como: i) acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; ii) análise de sustentabilidade da concessão; iii) acompanhamento econômico-financeiro da concessionária; iv) controle de obrigações relacionadas, sobretudo, à qualidade e à universalização do serviço; e v) fomento à competição;

b) a Anatel possuía discricionariedade para definir os contornos do controle de bens reversíveis e, no âmbito dessa discricionariedade, editou, em 19/10/2006, o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR), publicado no Diário Oficial da União em 25/10/2006 e em vigor desde 24/1/2007;

c) as disposições do RCBR relativas à reaplicação dos recursos oriundos da alienação de bens reversíveis constituem meras diretrizes para orientar a Anatel no controle de deveres de investimentos previstos. O fim último de tal sistemática é garantir a prestação e continuidade do serviço público de telecomunicações;

d) a Anatel não acompanhou a evolução dos bens reversíveis sob a perspectiva de manutenção do valor patrimonial da concessão, que está por trás da determinação vergastada, mas sim tendo em vista a continuidade do STFC, pautada pela necessidade de mutação do acervo de bens necessários à prestação do serviço. Segundo o ente regulador, tal entendimento teria amparo na exposição de motivos que acompanhou o projeto da LGT encaminhado pelo Ministro da Comunicações ao Presidente da República;

e) uma vez que o custo total de aquisição dos bens reversíveis nas RBRs, sem depreciação, saltou de R\$ 99,5 bilhões para R\$ 121,6 bilhões, conforme informações encaminhadas pelas concessionárias em cumprimento ao RCBR, poder-se-ia afirmar que os recursos obtidos com alienações foram reaplicados na concessão, ainda que não tenham sido individualizadas as alienações de bens reversíveis;

f) como não houve ruptura da prestação do serviço concedido, pode-se afirmar, a despeito da ausência de demonstração exaustiva de cada alienação ocorrida, que o procedimento de acompanhamento e controle de bens reversíveis adotado pela Anatel foi adequado;

g) a soma das RBR de 2007 a 2014 perfazem quase 34 milhões de registros. Tomando por base as fiscalizações já realizadas, o levantamento maciço de informações necessário ao cumprimento

da determinação ínsita no item 9.2.1 e subitens do Acórdão 3.311/2015-Plenário demandaria mais de 36.000 horas de fiscalização. Considerando que, em 2015, a Anatel dedicou 103.403 horas para a totalidade das ações de fiscalização, 51.701 por semestre, o cumprimento da determinação do TCU comprometeria as atividades de fiscalizações a cargo da agência, bem assim o acompanhamento de temas de grande relevância;

h) à vista do grande volume de informações constantes das RBR apresentadas pelas concessionárias, a Anatel vem realizando análises e fiscalizações por amostragem. Em 2015, fiscalização comparou RBRs de anos consecutivos, complementada por avaliações *in loco*, para identificar alienações de bens reversíveis, anuência prévia, valores obtidos com alienações, depósitos em conta vinculada e aplicação na concessão. Essas fiscalizações não resultaram na composição de planilha estruturada por “tipo de bens” alienados “em cada ano”, com respectivos “valores e quantidades” e indicação de atos de anuência, como requer o TCU; e

i) o levantamento requerido pelo TCU é:

i.i) inexecutável, porque demandaria exame de documentos que as concessionárias tinham obrigação de guardar e apresentar por cinco anos e porque, todas as vezes que a concessionária não confirmasse determinada alienação, seria necessário avaliar dezenas de milhões de registros constantes das RBRs;

i.ii) inútil, na medida em que, uma vez alienado, o bem não possui mais influência sobre a continuidade do serviço, porquanto já se sabe de antemão que parte da planta existente precisou ser substituída, em função da digitalização e convergência dos serviços, da miniaturização dos componentes e da necessidade constante de substituições, em função da vida útil, competição e outros fatores;

i.iii) desnecessário para análise da fidedignidade das RBRs, porque, em 8/7/2016, a Superintendente de Controle de Obrigações da Anatel decidiu não aprovar as RBR de todas as concessionárias correspondentes aos exercícios de 2005 a 2014, com exceção da RBR de 2009 da Algar, exercendo o juízo de reprovabilidade das RBR encaminhadas pelas concessionárias de STFC nesses anos;

i.iv) inútil para aplicação de sanções às concessionárias por infrações ao Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR) e para anular alienações não autorizadas, porque que ambos estão limitados pelo prazo prescricional de 5 anos, previsto no art. 1º da Lei 9.873/1999; e

i.v) inservível para cálculo de parcelas a serem descontadas de futuras indenizações às concessionárias, ao término da concessão, haja vista que as indenizações não se basearão nos valores apurados no levantamento, mas no valor não amortizado dos bens reversíveis existentes na ocasião, cuja aquisição tenha sido previamente autorizada pela Anatel.

Em vista desses argumentos, o ente regulador requereu o provimento do pedido de reexame, para excluir as determinações contidas no item 9.2.1 e subitens, ou, subsidiariamente, ampliar para 36 meses o prazo para cumprimento da determinação e restringir a apuração do valor total dos recursos, obtidos por cada concessionária, ao quinquênio imediatamente anterior à data de publicação da decisão que apreciar o recurso.

III

Em complemento ao recurso peça 173, a agência reguladora fez juntar aos autos mais uma manifestação, a peça 187, denominada “memorial”, da qual destaco os argumentos a seguir:

a) os bens integrantes do patrimônio das empresas do Sistema Telebrás não se subsumiam ao conceito de bens públicos, pelo fato de essas empresas terem sido instituídas sob a forma de sociedades de economia mista;

b) o contrato de concessão do STFC, firmado em 1998 com as prestadoras, dispôs que, ao final da concessão, a reversibilidade será determinada pela Anatel, “segundo critérios de prescindibilidade e aproveitamento”;

c) o contrato de concessão assinado em 2006 caracteriza bens reversíveis como aqueles indispensáveis à continuidade da prestação do serviço concedido e prevê edição de regulamento, dispondo sobre identificação e controle de bens reversíveis, antecipando que dependerão de prévia aprovação da Anatel sua alienação, oneração ou substituição;

d) em 2006, a Resolução 447/2006 aprovou o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR). A partir do início de sua vigência, em 24/1/2007, o Poder Concedente passou a exigir das concessionárias, por força do disposto em seu art. 17: i) o depósito em conta bancária vinculada, dos recursos provenientes de alienação de bens reversíveis; e ii) a aplicação desses recursos estritamente na concessão;

e) a obrigação prevista no dispositivo acima referido destina-se a assegurar reaplicação dos valores decorrentes da alienação de bens na concessão, não ressalva a origem dos recursos a serem aplicados. Ante a fungibilidade da pecúnia, a comprovação de que a concessionária reinvestiu quantia superior ao valor obtido com as alienações de bens reversíveis é suficiente para cumprimento do RCBR;

f) em 2011, nova alteração do Contrato de Concessão qualificou bens reversíveis como “a infraestrutura e equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas em Plano Geral de Metas de Universalização, aprovado nos termos do art. 18, inciso III, da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997”;

g) nega a utilidade da determinação do TCU para cálculo de possíveis futuras indenizações por entender que a apuração será concretizada no momento da efetiva reversão dos bens e será incabível na hipótese de término do prazo contratual, exceto se comprovado que o não pagamento significa enriquecimento imotivado da União, em função da reversão de bens ainda não integralmente amortizados cuja aquisição tenha sido previamente autorizada pela Anatel, com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido;

h) destaca o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 2.275/2009-Plenário, que teria se baseado no entendimento ora defendido pela Anatel:

“Por fim, não vislumbro prejuízo ao erário em decorrência da transferência dos bens reversíveis das concessionárias de SMC para o patrimônio das autorizadas de SMP. A reversibilidade de bens não tinha por finalidade ressarcir ao Estado os bens adquiridos ou produzidos com recursos públicos mas, sim, garantir a continuidade da prestação dos serviços por parte dele no caso da extinção da concessão, o que não foi necessário no presente caso, pois, com a transformação das concessões de SMC em autorizações de SMP, não houve a descontinuidade da prestação dos serviços de telecomunicação”. (grifo no original)

Com base nesses argumentos, renova os pleitos do pedido de reexame peça 173.

IV

Em ainda outra manifestação (peça 190), reafirma a Anatel a impossibilidade de cumprir integralmente a determinação contida no item 9.2.1, ante a inexistência de dispositivo do RCBR que obrigue as concessionárias a manterem informações por mais de 5 anos. Repisa seu entendimento de que as atividades abarcadas pela determinação do TCU são dispensáveis e extrapolam o objetivo maior buscado pelo instituto de reversibilidade, que é a garantia da continuidade.

Determinei fossem verificadas alternativas para viabilizar o cumprimento das determinações e, nesse sentido, a recorrente requer, na contingência de não serem acolhidas as pretensões aduzidas no pedido de reexame peça 173, seja dada a redação abaixo ao item 9.2.1 do Acórdão 3.311/2015-Plenário:

“9.2.1. encaminhe ao TCU, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses a contar da ciência deste Acórdão, a apuração do valor total dos recursos obtidos por cada concessionária a partir das alienações de bens reversíveis imóveis e bens móveis, referentes aos equipamentos de comutação, transmissão e torres realizadas no quinquênio anterior ao trânsito em julgado deste Acórdão, contendo os documentos utilizados no referido cálculo, detalhando: (...)” (grifei)

Justifica a escolha de imóveis, porquanto, dotados de liquidez, podem ser aplicados em diversas finalidades, não restritas à prestação de serviços de telecomunicações, e devem ter valor residual significativamente superior ao informado nas RBRs.

Quanto à inclusão de equipamentos de comutação e de transmissão, em que pese a baixa liquidez, são essenciais para a prestação do serviço de telefonia fixa e correspondem a percentuais expressivos dos valores apresentados nas RBR.

Afirma que torres são essenciais à prestação do serviço e utilizadas em outros serviços de telecomunicações e, por esse motivo, passaram a apresentar alta liquidez.

Explica que a proposta não inclui dutos e cabos por se tratarem de bens de difícil controle individualizado e informa que os bens propostos correspondem aos seguintes percentuais nas RBR de 2015: 39% do total de registros, 46% do total do custo de aquisição e 37% do total do valor residual.

Solicita limitação do período objeto de análise para os 5 anos anteriores à data da publicação da decisão deste pedido de reexame.

Segundo a Anatel, sua proposta atenderia à determinação do item 9.2.1 do Acórdão 3.311/2015 e ao objetivo defendido pelo TCU, pois possibilitaria identificação de eventuais alienações de grande parcela dos bens reversíveis, entre os quais os mais relevantes para a garantia da continuidade da prestação do STFC.

V

São estes, em síntese, os fundamentos do recurso intentado pela Anatel, do qual conheço, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade atinentes à espécie.

Antes de adentrar o mérito recursal, para a devida contextualização das questões postas pela recorrente, procedo ao breve histórico das concessões de STFC e da atuação da Anatel no controle de bens reversíveis.

Até os anos 1950, as concessões dos serviços de telecomunicações eram distribuídas, indistintamente, pelos governos federal, estaduais e municipais, propiciando que empresas operadoras surgissem e se expandissem de forma desordenada, com custos onerosos, sem compromisso com qualidade. No final da década, existiam, aproximadamente, 1.000 companhias telefônicas, com dificuldades operacionais e de interligação (<http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=41>).

Em 1962, o Congresso Nacional aprovou a Lei 4.117, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT). O CBT definiu serviços de telecomunicações; submeteu-os ao controle da União; definiu a política básica de telecomunicações, a sistemática tarifária e o planejamento de integração das comunicações no Sistema Nacional de Telecomunicações; autorizou a criação de empresa pública com a finalidade de implementar o sistema de comunicações a longa distância (art. 42), que veio a ser a Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel); e instituiu o Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT), destinado a financiar as atividades que seriam desempenhadas pela

Embratel, para o qual todos os usuários dos serviços nacionais de telecomunicações contribuíram através de sobretarifas, até dezembro de 1984, (<http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_07 &pagfis=98163&ur=http://memoria.bn.br/docreader#>>).

A fragmentação do poder de outorga das concessões veio a ser superada em 1967, com a edição do Decreto-lei 162, que o concentrou na União, devidamente consolidado pelas Constituições de 1967 e 1988.

No início dos anos 1970, o serviço de telefonia de longa distância do país, prestado pela Embratel, apresentava boa qualidade, porém a telefonia urbana permanecia deficiente. Como solução, a Lei 5.792/1972 autorizou a criação da Telebrás, sociedade de economia mista controlada pela União e vinculada ao Ministério das Comunicações, para se tornar *holding* do sistema de telecomunicações brasileiro, mediante controle acionário das empresas encarregadas da operação dos sistemas e serviços de telecomunicações, com incumbência de planejar e coordenar as telecomunicações de interesse nacional; obter os recursos financeiros para implantação de sistemas e serviços de telecomunicações por suas subsidiárias; e controlar a aplicação de tais recursos. A mesma lei transformou a Embratel em sociedade de economia mista, subsidiária da Telebrás.

Logo após sua criação, a Telebrás instituiu “*empresas-polo*” em cada estado da federação e incorporou as companhias telefônicas existentes, mediante aquisição de seus acervos ou controles acionários. Havia, nessa época, planta de cerca de dois milhões de terminais. Através do art. 1º do Decreto 74.379/1974, a Telebrás foi designada “*concessionária geral*”, para exploração dos serviços públicos de telecomunicações, em todo o território nacional, com autorização para delegar, a empresas subsidiárias ou associadas, concessões para a exploração parcial de serviços públicos de telecomunicações (art. 1º, § 1º, do Decreto 74.379/1974).

Nos vinte anos seguintes, a Telebrás aumentou a planta instalada de terminais telefônicos em 500%, situando o Brasil entre os detentores das maiores redes telefônicas de todo o mundo. Ao completar 25 anos, em 1997, a Telebrás havia instalado mais de 17 milhões de telefones fixos, com tecnologia de vanguarda e de reconhecimento mundial (<http://www.telebras.com.br/inst/?page_id=41>).

Em 1996, o Sistema Telebrás detinha 95% da planta de telefonia, composto pela *holding* Telebrás, pela operadora longa distância de âmbito nacional e internacional Embratel e por subsidiárias que operavam redes urbanas e intraestaduais em cada estado da federação. Os 5% restantes estavam distribuídos entre a empresa privada Companhia Telefônica Brasil Central (CTBC), do grupo Algar, e as estatais CRT, do Estado do Rio Grande do Sul, Sercomtel, do Município de Londrina/PR, e Ceterp, do Município de Ribeirão Preto/SP (<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>>).

O crescimento da Telebrás foi financiado, em boa parte, com recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações, amparado por “*sobretarifas*”, cobradas dos usuários do sistema nacional de telecomunicações, e pelos recursos obtidos a partir da celebração, com usuários, de contratos de participação financeira, em planos de expansão da rede de telefonia fixa.

Todavia, em decorrência dos efeitos da política de contenção de investimentos, adotada pelo Governo Federal, a partir do início da década de 1980, o sistema Telebrás foi incapaz de manter os investimentos necessários a atender à crescente demanda por novas linhas telefônicas. Tamanho o descompasso entre oferta e demanda que linhas telefone fixo chegavam a ser negociadas, entre particulares, por até 10 mil dólares. Quem não se dispunha a pagar esse valor aguardava por até 6 anos instalação de nova linha telefônica e, ainda assim, despendia em torno de mil dólares.

No início dos anos 1990, com a instituição do Programa Nacional de Desestatização, por meio da Lei 8.031/1990, iniciou-se a construção de novo marco regulatório, com objetivo de diminuir

a participação do Estado do setor produtivo, mediante transferência do controle acionário para grupos econômicos privados.

No que concerne especificamente a telecomunicações, a partir de 1996, o Governo aumentou os investimentos da Telebrás e as tarifas do STFC, ao mesmo tempo, anunciou que privatizaria o setor.

De acordo com o texto original da Constituição Federal de 1988, a exploração de serviços de telecomunicações cabia somente à União, diretamente ou sob a forma de concessões outorgadas a empresas sob controle acionário estatal.

“Art. 21. Compete à União:(...)”

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;”

Com a promulgação da Emenda Constitucional 8, em 15/8/1995, o monopólio estatal nas telecomunicações foi flexibilizado, permitindo exploração do serviço por empresas sem controle estatal, mediante autorização, concessão ou permissão:

“Art. 21. Compete à União:(...)”

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”

No intuito de adequar a legislação aos novos contornos constitucionais, foi publicada em 16/7/1997 a Lei 9.472, conhecida como a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) que, entre outras providências, criou a Anatel (art. 8º), definiu o novo modelo de concessão do STFC (art. 83 e sgts.) e instituiu o processo de desestatização das empresas do sistema Telebrás (art. 186 e sgts.).

Em obediência ao art. 207 da LGT, em junho de 1998, a Anatel celebrou, com as subsidiárias da Telebrás, contratos de concessão correspondentes ao STFC, com igual teor, a título gratuito, com termo final em 31/12/2005, assegurado direito à prorrogação única, a título oneroso, por vinte anos, desde que a concessionária atendesse às condições estabelecidas no ajuste (peça 56, p. 4).

Em 29/7/1998, com fulcro no art. 187 da Lei 9.472/1997 (LGT), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), encarregado da condução dos procedimentos operacionais do processo de privatização, promoveu leilão internacional para desestatização do Sistema Telebrás.

Em preparação para o certame, as empresas de telefonia fixa de âmbito estadual que compunham o sistema Telebrás foram agrupadas em três *holdings* regionais, Telesp, Tele-Norte/Nordeste/Leste e Tele-Centro/Sul, além da Embratel (<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi241014.htm>>). Foram alienadas ações ordinárias representativas de 51,79% do capital votante das quatro empresas.

Na mesma ocasião, foram licitados termos de autorização para a operação de empresas-espelho nas mesmas áreas de atuação das quatro empresas licitadas.

Esgotado o prazo contratual, a Anatel promoveu, em dezembro 2005, a prorrogação onerosa dos contratos de concessão de STFC por vinte anos, com seus termos previstos para dezembro de 2025 (peça 50, p. 5), com previsão de que pudessem ser alterados a cada cinco anos, para estabelecer novos condicionantes e metas de universalização e qualidade (cláusula 3.2 – peça 50, p. 7).

Em consonância com o disposto na cláusula 3.2 dos contratos de 2005 (peça 50, p. 7), em 2011, a Anatel e as concessionárias celebraram ajustes estabelecendo novos condicionamentos, bem assim metas de universalização e qualidade.

Em maio de 2011, a Proteste – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, entidade civil que atua na defesa dos consumidores brasileiros, **ajuizou a Ação Civil Pública 0029346-30.2011.4.01.3400**, com a finalidade de que a Anatel e a União fossem condenadas a apresentar inventários de bens reversíveis de cada uma das concessionárias do STFC, correspondentes aos contratos firmados em junho de 1998 e dezembro de 2005, e o dos bens afetados aos serviços públicos de telecomunicações “*cuja posse foi transferida automaticamente à União por ocasião da extinção das concessões delegadas pela Telebrás às suas então subsidiárias*”; bem assim a adotarem medidas administrativas para incluir os inventários dos bens que integram o acervo das concessões como anexos dos contratos firmados em 1998 e 2005. Requereu também declaração de nulidade da Consulta Pública 52/2010 e do novo regulamento de bens reversíveis destinado a substituir o aprovado por meio da Resolução-Anatel 447/2006.

No parecer oferecido naqueles autos, o representante do Ministério Público Federal assevera que cabe à Anatel acompanhar a evolução e fiscalização dos bens vinculados às concessões no STFC; atuar para proceder o devido controle sobre os bens reversíveis; divulgar dados contábeis apresentados pelas empresas concessionárias nos últimos anos; e fiscalizar de forma proativa os referidos bens.

Afirma que os bens considerados indispensáveis à prestação do serviço de telefonia fixa foram financiados com recursos públicos, na época do Sistema Telebrás, assim como tarifas pagas pelos consumidores.

Segundo o representante do *Parquet*, a Anatel tem atuado de forma negligente no trato desses bens. Entende que a regulação dos bens reversíveis tem impacto direto em outro direito essencial do consumidor: de modicidade tarifária, previsto no art. 6º, § 1º, da Lei das Concessões. Isso porque a própria LGT, na letra expressa do art. 108 §§ 2º e 3º, determina que as receitas alternativas (v.g., venda de bens reversíveis) e demais ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial sejam compartilhados com os consumidores.

Ao examinar o mérito, o Exmo. Juiz Federal Titular da 15ª Vara Cível faz alusão à paradigmática decisão proferida pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Recurso Especial n-971.851-SC (2007/0178100-4), cuja ementa transcrevo parcialmente a seguir:

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

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. (grifo acrescido)(...)”

5. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 447/2006, os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária 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.(...)”

Assevera que a Anatel não tem cumprido o importante papel de controlar os bens reversíveis, conforme apurado na **Auditoria Interna 11/2010**, da qual se pode concluir que:

“a) No período entre 1998/2001, ‘a Anatel não procedeu a nenhuma atividade de acompanhamento e controle dos bens reversíveis’;

b) Não existem documentos ou registros que auxiliem na atividade de controle dos bens reversíveis;

c) O Regulamento de Bens Reversíveis estabelece que as operadoras devem remeter à Anatel, anualmente, o Relatório de bens reversíveis, entretanto não cumprem, pois não têm pleno conhecimento dos seus bens, por falta de inventário;

d) Existe a necessidade da própria Anatel ter conhecimento dos bens reversíveis, vinculados à prestação de serviços das concessionárias de telecomunicações, por ser indispensável ao monitoramento da continuidade de prestação do serviço.”

Considera imprescindível o conhecimento dos bens reversíveis, afetos aos contratos de concessão de serviços de telefonia fixa, tendo em vista que esse conhecimento é indissociável do exercício do controle exigido pela legislação.

Com esses e outros fundamentos, em decisão datada de 11/6/2012, julgou o juiz federal competente *“parcialmente procedente o pedido para determinar que as rés, no prazo de 180 dias, a contar da publicação desta sentença, disponibilizem os inventários de bens reversíveis de cada uma das concessionárias, correspondentes aos contratos celebrados em junho de 1998 e dezembro de 2005, anexando-os aos respectivos contratos, assim como apresentem o inventário de todos os bens afetados aos serviços públicos de telecomunicações, cuja posse tenha sido transferida automaticamente para a União”*.

União e Anatel interpuseram recursos de apelação contra a deliberação acima (Apelação Cível 0029346-30.2011.4.01.3400/DF).

Na ocasião, o Ministério Público Federal apresentou as seguintes contrarrazões:

a) “o BNDES apenas elaborou documento com a relação dos bens reversíveis, cabendo à ANATEL o exercício de controle e fiscalização do uso de tais bens, como bem esclareceu o douto sentenciante à fl. 1159”;

b) “a jurisprudência do STJ assegura a obrigatoriedade da relação dos bens reversíveis de forma periódica para que exista a apropriada fiscalização dos bens públicos”;

c) “é patente a falta de controle e monitoramento do uso dos bens reversíveis por parte da ANATEL, o que caracteriza o descumprimento de papel institucional desta autarquia especial”;

d) “torna-se clara a situação de total descontrole dos bens reversíveis, fato que permite a dilapidação do patrimônio necessário ao desempenho do serviço de telecomunicações”; e

e) “a ANATEL deverá fazer o controle dos bens pois, uma vez encerrada a concessão de serviço público de telefonia, tal acervo patrimonial reverterá em benefício da União, ou seja, de toda a coletividade”.

Entre os argumentos aduzidos pela Proteste, destaco:

- *“as pretensões apresentadas com as apelações violam os dispositivos legais e contratuais transcritos anteriormente, que impõem, sem ressalvas, a obrigatoriedade da lista dos bens reversíveis como pela indispensável aos contratos de concessão, bem como a necessidade inafastável de prévia autorização para alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis”;*

- *“a ANATEL e o Ministério das Comunicações, há anos, vêm negligenciando o controle das infraestruturas relativas às telecomunicações”;*

- *“é inafastável a responsabilidade da União por zelar pela elaboração dos inventários dos bens reversíveis, assim como da ANATEL, com o escopo de garantir a proteção dos vultosos investimentos públicos realizados no sistema Telebrás até a data da privatização, e a continuidade do serviço”;*

- *“apenas uma lista exaustiva viabiliza o controle do acervo de bens vinculados à concessão e evitaria a confusão patrimonial, ... que se revela hoje por conta das atuações irresponsáveis e ilegais do Ministério das Comunicações e da ANATEL”;*

- “sem nenhum fundamento a alegação da ANATEL de que não tem como elaborar a lista dos bens reversíveis, pois a Telebrás mantém no Arquivo Nacional as caixas com a relação de todo o acervo de bens – incluindo infraestruturas, dutos, imóveis, contratos etc...!!!”;
- “havia e há, sim, listas de bens reversíveis elaboradas pelas consultoras KPMG e Azevedo Sodré, contratadas pelo BNDES para promover o processo de avaliação para a desestatização do sistema Telebrás, e que não foram juntadas nos contratos de concessão não se sabe por quê”;
- “a ANATEL só se mexeu para elaborar as regras de controle de bens reversíveis, por força da provocação do Tribunal de Contas da União, como ficou claro com o Relatório de Auditoria de 2007 juntado com a inicial”; e
- “os bens afetados à prestação de serviços públicos se submetem ao regime público e são considerados bens públicos, independentemente de quem seu proprietário”.

Na ocasião, a Proteste fez juntar aos autos cópias de diversos documentos, entre eles escrituras de imóveis que, supostamente, faziam parte do acervo de bens reversíveis da Telebrás, extraídas de algumas das diversas caixas armazenadas pelo Arquivo Nacional, no Rio de Janeiro, para refutar afirmação da Anatel de que era impossível obter as informações necessárias para elaborar os inventários de bens reversíveis de cada uma das concessionárias correspondentes aos contratos celebrados em junho de 1998.

Em 16/3/2016, ao apreciar o mérito de recursos de apelação contra a deliberação acima, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região proferiu acórdão mantendo, *in totum*, a sentença de 1º grau, de cuja ementa extrai o seguinte trecho:

“SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA COMUTADA - SFTC. CONCESSÃO. INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS. NECESSIDADE, POR OCASIÃO DA ASSINATURA DO CONTRATO. OMISSÃO DA ANATEL. PREJUÍZO PARA O CONTROLE DOS BENS REVERSÍVEIS. ACP DESTINADA A SUPRIR TAL OMISSÃO. DEFERIMENTO DO PEDIDO. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS. (...)

4. O art. 93, XI, da Lei n. 9.472/97 dispõe que o contrato de concessão indicará ‘os bens reversíveis, se houver’. Mas do Anexo I aos contratos de concessão em referência constou apenas ‘qualificação dos bens reversíveis da prestação do serviço telefônico fixo comutado local’, a saber: ‘a) infraestrutura e equipamentos de comutação, transmissão incluindo terminais de uso público; b) infraestrutura e equipamentos de rede externa; c) infraestrutura e equipamentos de energia e ar condicionado; d) infraestrutura e equipamentos de Centros de Atendimento e de Prestação de Serviço; e) infraestrutura e equipamentos de sistemas de suporte a operação; f) outros indispensáveis à prestação do serviço’.

5. É inconcebível o atendimento às disposições legais e dos contratos de concessão sem que, ao início das concessões (marco 0), haja ‘inventários de bens reversíveis de cada uma das concessionárias do STFC’. Por outro lado, esses inventários implicam excluir, se houver, os ‘bens afetados aos serviços públicos de telecomunicações, cuja posse foi transferida automaticamente à União por ocasião da extinção das concessões delegadas pela Telebrás às suas então subsidiárias’. (...)” (grifos acrescidos)

A seguir, os trechos mais representativos do entendimento adotado na ocasião:

Então, a União tem interesse em ver bem conduzida essa atividade de arrolar os bens que eventualmente possam no futuro lhe ser reversíveis à sua posse, até para que ela possa administrar bem.

Pelo que vemos aqui, o grande problema que se deu desde o início e parece muito incrível que esse processo licitatório tenha se dado, mais do que isso, a lei mais de uma vez estabelece não só que, já antecedentemente à licitação, esse rol de bens deveria existir, mas estabelece uma série de medidas que, no transcorrer do curso da concessão, permissão e autorização, esses bens deveriam ser constantemente havidos em inventário para que se pudesse estabelecer o seu controle, e nada disso, pelo que parece, ocorreu.

(Voto apresentado pelo Vogal Desembargador Federal Néviton Guedes – grifos acrescidos)

*“A questão, em termos bem mais amplos, é objeto do processo TC n. 024.646/2014-8, instaurado pelo Tribunal de Contas da União. Consta, apropriadamente, dos comentários dos gestores responsáveis pela auditoria do TCU que, ‘se, no início da concessão, a Anatel não possuía um controle efetivo dos bens reversíveis existentes à época, não é possível garantir com segurança quanto tempo de uso possuem tais itens patrimoniais. Da mesma forma, a inexistência de um controle eficaz pode prejudicar a avaliação dos bens adquiridos após a fase inicial. Assim sendo, constata-se que a falta dessas informações pode **prejudicar o cálculo do valor total dos bens reversíveis a serem indenizados e gerar o risco de que o valor da indenização seja superestimado**’. Além disso, ‘na substituição de elementos patrimoniais, o risco de dano ao erário não está relacionado apenas à troca de um bem por outro de igual valor, mas deriva do fato de o bem substituído trazer benefícios à concessão, não necessariamente financeiros. Afinal, **a troca por outro que não agregue os mesmos benefícios, acarretará consequências para o Poder Concedente no momento da extinção do contrato de concessão, como o aumento de gastos que serão incorridos para manter a continuidade do serviço**’.*

Apesar disso, menciona o Relator, Ministro Benjamin Zymler, que ‘foi constatada a ocorrência, desde 1998, de mais de um milhão de alienações, substituições, desvinculações e onerações de bens reversíveis, além da assinatura de vários contratos relativos a bens de terceiros, sem as devidas solicitação e obtenção de anuência prévia da agência. Cabe esclarecer que os bens envolvidos variam desde móveis de escritório, que a concessionária não considera reversível, até equipamentos, terrenos e imóveis classificados como reversíveis e avaliados em dezenas de milhões de reais’.

A correção, na medida do possível, dessa irregularidade depende, basicamente – reitere-se –, de ‘inventários de bens reversíveis de cada uma das concessionárias do STFC, correspondentes aos contratos firmados em junho de 1998 e dezembro de 2005’”.

(Voto do Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – grifos acrescidos)

Em 24/1/2018, a Quinta Turma do TRF1 rejeitou por unanimidade os embargos de declaração deduzidos pela União Federal e pela Anatel. Foram interpostos Recursos Especiais contra a decisão, ambos ainda não admitidos em 13/7/2018, data da consulta.

Sintetizados os fatos, passo a decidir.

VI

Em várias reuniões no meu gabinete, algumas com presença de auditores da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCom), insiste a Anatel em convencer que a perspectiva correta do controle de bens reversíveis é a da prestação e continuidade do serviço concedido, finalidade precípua da atividade regulatória.

No seu entender, não haveria necessidade de acompanhamento exaustivo de cada alienação, nem de preservação do registro dos bens reversíveis que existiam em 1998. Bastaria, simplesmente, assegurar que as operadoras de STFC estejam cumprindo suas obrigações contratuais e, ao final da concessão, adotar providências para reversão à União dos bens que, à época, venham a ser considerados imprescindíveis à prestação do serviço.

Assim, em vez acompanhar e controlar os bens reversíveis, cumpriria à Anatel apenas dedicar-se ao i) acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; ii) análise de sustentabilidade da concessão; iii) acompanhamento econômico-financeiro da concessionária; iv) controle de obrigações relacionadas à qualidade e à universalização do serviço; e v) fomento à competição.

Acreditam que tal perspectiva encontra amparo na exposição de motivos que acompanhou o projeto da LGT encaminhado pelo Ministro da Comunicações ao Presidente da República, do qual transcrevo o seguinte excerto:

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

(<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>)

O problema insuperável, ao qual parece não atinar a Anatel, é que seu entendimento contrasta com os dispositivos da própria LGT, que determinam controle exaustivo dos bens reversíveis. O próprio art. 93 ordena a indicação dos bens reversíveis, eventualmente existentes, nos contratos de concessão; o art. 101, que condiciona à aprovação da Anatel alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis; o art. 86, com a redação conferida pela Lei 12.485/2011, que condiciona autorização às concessionárias de STFC, de prestação de outros serviços de telecomunicação, à existência de mecanismos capazes de assegurar o adequado controle público dos bens reversíveis.

*“Art. 93. O contrato de concessão indicará:(...)
XI - os bens reversíveis, se houver.”*

“Art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência.”

“Art. 86. A concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações. (Redação dada pela Lei nº 12.485, de 2011)

Parágrafo único. Os critérios e condições para a prestação de outros serviços de telecomunicações diretamente pela concessionária obedecerão, entre outros, aos seguintes princípios, de acordo com regulamentação da Anatel: (Redação dada pela Lei nº 12.485, de 2011)(...)

III - existência de mecanismos que assegurem o adequado controle público no que tange aos bens reversíveis.”

Ao discorrer sobre o art. 93, a exposição de motivos do projeto da Lei Geral das Comunicações, aludida pela Anatel, aduz que, para evitar ônus financeiro desnecessário ao Poder Concedente, ao término da concessão, a LGT atribuiu ao contrato a incumbência de optar pela aplicação, ou não, do instituto da reversão, definindo quais os bens reversíveis.

Segundo a exposição de motivos, os **bens aplicados pelas concessionárias na prestação de serviços de comunicação no regime público poderão - e não deverão - ser revertidos ao final da concessão ao Poder Concedente, para permitir a continuidade do serviço público**. Quando não essenciais à prestação, por obsolescência tecnológica ou esgotamento de sua vida útil, a reversão não deverá ocorrer, a não ser que o interesse público assim reclame.

Conforme a exposição de motivos, a adoção do instituto da reversão é facultativa. De fato, nada que objetar a essa interpretação. Cumpriria, todavia, ao contrato de concessão de STFC decidir pela aplicação, ou não, do instituto da reversibilidade, o que expressamente o fizeram, ao estabelecer que os bens da concessionária, indispensáveis à prestação do serviço concedido, integram o acervo da concessão e reverterão ao Poder Concedente ao término da concessão:

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

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

Diversos outros dispositivos contratuais deixam evidente a incidência da reversibilidade, dentre os quais destaco as cláusulas 16.1, inciso I; 22.2; 22.3; 22.4; 26.1, § 1º; 26.2; e 27.1.

Em outros termos, ainda que a reversão de bens necessários à prestação do serviço concedido não configurasse imposição legal, mas opção, conferida pelo legislador à Anatel, como vem afirmando a agência reguladora, as cláusulas expressas dos contratos firmados em 1998 não deixam dúvida de que às concessões de telefonia fixa se aplicava o instituto.

Não me parece, *data venia*, que a facultatividade do instituto derive da possibilidade de recusa de bens obsoletos/inúteis ao término da concessão, como sugere a exposição de motivos. Tanto que a opção pela reversibilidade ocorreu em 1998, ao serem redigidos os contratos de concessão de STFC, e, mesmo assim, esses mesmos contratos preveem expressamente possibilidade de recusa, ao final da concessão, de bens obsoletos/inúteis (cláusula 22.4).

A meu ver, a facultatividade da reversibilidade decorre, em vez disso, da percepção do legislador de que, a depender das circunstâncias do serviço a ser concedido à iniciativa privada, a reversibilidade de bens pode não ser o meio mais efetivo de assegurar a continuidade e qualidade do serviço concedido, bem assim a modicidade tarifária, o que haveria de ser melhor aquilutado pelo órgão regulador.

A partir da opção pela incidência da reversibilidade, a Anatel passou a não ter a faculdade de adotar, ou não, o instituto. Em cumprimento ao art. 102 da LGT e aos contratos de concessão (cláusulas 22.1; 22.2; 22.3; 22.4; 26.1, § 1º; 26.1; e 27.1, I), os bens reversíveis serão, forçosamente, transmitidos ao Poder Concedente, por ocasião do término da concessão (art. 102 da LGT), salvo na hipótese de serem considerados inúteis ou obsoletos à prestação do serviço público concedido (cláusula 22.4 dos contratos de concessão).

“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 depreciados¹, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”

“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 faculdade de recusa de bens foi inserida nos contratos em benefício da Administração, e não das concessionárias, para evitar ônus financeiro, com a reversão de bens exauridos ou desnecessários à prestação do serviço concedido. O contrato não dispensa conhecer os bens

¹ A LGT não utiliza o vocábulo “depreciar” na acepção contábil (despesa periódica, destinada à apropriação, na escrituração contábil da pessoa jurídica, da obsolescência ou desgaste natural de ativo imobilizado), mas em sentido “vulgar” (exaurimento gradual da utilidade de um bem, em função da obsolescência tecnológica, vida útil, competição e outros fatores).

reversíveis, tampouco acompanhar sua evolução. Pelo contrário. É preciso pleno conhecimento do acervo de bens reversíveis e de suas mutações, para avaliar a utilidade de cada bem. Também para assegurar que os bens imprescindíveis e ainda servíveis permaneçam à disposição da concessão após a extinção da concessão.

Conquanto a exposição de motivos constitua instrumento de grande valor para investigação do significado da norma, por fornecer subsídios a respeito da *mens legislatoris*, não se pode olvidar que ela não integra a norma, muito menos a transcende. Assim, jamais poderia respaldar aceção antagônica à que deflui do próprio texto legal e dos contratos e regulamento que nele se basearam, como pretende a Anatel, os quais, como visto, prescrevem identificação e controle exaustivo dos bens reversíveis existentes, bem assim sua reversão ao Poder Concedente ao final da concessão, caso necessários à prestação do serviço concedido.

VII

O serviço de telefonia móvel vinha sendo prestado pela Telebrás, sob o regime de permissão de *Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público-Restrito*, até que, em observância à Emenda Constitucional 8/1995, que extinguiu o monopólio no setor, o Congresso Nacional editou a Lei 9.295/1996, conhecida como Lei Mínima, determinando a conversão das permissões existentes em concessões de Serviço Móvel Celular (SMC), sem ônus para os antigos permissionários (art. 4º) e sem o estabelecimento de obrigação de universalização e de continuidade. A norma também autorizou a Telebrás a constituir subsidiárias para assumir o SMC (art. 5º).

Foram firmados 29 contratos de concessão de SMC com as subsidiárias da Telebrás, em razão da conversão das permissões e, posteriormente, outros dez com operadoras privadas, após regular procedimento licitatório.

Mesmo após a edição da Lei 9.472/1997 (LGT), no ano seguinte, o SMC continuou regido pela Lei 9.295/1996, em razão do disposto no seu art. 214.

“Art. 214. Na aplicação desta Lei, serão observadas as seguintes disposições:

I - os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei;

II - enquanto não for editada a nova regulamentação, as concessões, permissões e autorizações continuarão regidas pelos atuais regulamentos, normas e regras;

III - até a edição da regulamentação decorrente desta Lei, continuarão regidos pela Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, os serviços por ela disciplinados e os respectivos atos e procedimentos de outorga;” (grifos acrescentados)

À exceção do Serviço de Telefonia Fixa Comutável (STFC), todos os demais serviços de telecomunicações, entre eles o Serviço Móvel Celular (SMC), eram prestados por regime que a LGT denominou *“regime privado”* (art. 126).

“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.”

“Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.”

Assim, não se aplicava ao SMC a prestação sob regime público, o cumprimento de obrigações de universalização e continuidade e a prévia outorga mediante concessão, previstos nos arts. 63, 79, 83 e 88 da LGT, os quais, conforme o art. 64 da LGT, recaíam somente sobre Serviço de Telefonia Fixa Comutável (STFC).

Com fulcro no art. 214, V, da LGT, e na Resolução-Anatel 318, de 27/9/2002, o ente regulador autorizou a transformação das concessões de Serviço Móvel Celular (SMC) em autorizações de Serviço Móvel Pessoal (SMP).

Não procede, absolutamente, a alegação de que esta Corte adotava o entendimento defendido pela Anatel. O Acórdão 2.275/2009-Plenário, suscitado pela agência reguladora, refere-se à matéria orientada por diferentes normas e princípios, tendo avaliado “*os impactos financeiros sofridos pela União resultantes da adaptação dos contratos de concessão Serviço Móvel Celular (SMC) em autorizações de Serviço Móvel Pessoal (SMP), principalmente tendo em conta a extinção das cláusulas de reversibilidade de bens previstas no primeiro regime de prestação de serviços*”.

Em outros termos, examinou o acórdão se houve dano ao Erário na transferência de bens reversíveis das concessionárias de SMC, que prestavam serviço de telefonia móvel sob “*regime privado*” e sem obrigações de universalização e continuidade, para o patrimônio das autorizadas de SMP, que continuariam prestando o serviço de telefonia móvel, sob “*regime privado*”, serviço esse disciplinado pela Lei 9.295/1996 (Lei Mínima), cujas disposições não se aplicam às concessões submetidas ao regime da Lei 9.472/1997 (LGT), que regem as concessões dos presentes autos.

Tal circunstância não passou despercebida desta Corte de Contas na ocasião, conforme evidencia o item 9.4.5 do Acórdão 2.275/2009-Plenário:

“9.4. dar ciência desta deliberação, bem como do relatório e voto que a fundamentam, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal e ao Senador Osmar Dias, em atenção ao Ofício nº 66/03-CFC, alusivo ao Requerimento nº 32/2003, informando-lhes que: (...)

9.4.5. a reversibilidade dos bens não é instituto que se aplica aos serviços prestados em regime privado, em razão do que não se aplicaria ao SMP;(...)”

VIII

De acordo com o art. 93, XI, da LGT, **houvesse bens reversíveis, teria o contrato de concessão necessariamente de identificá-los** e a cláusula 21.1 dos contratos de concessão, celebrados em 1998 com as subsidiárias da Telebrás, não deixam dúvidas quanto à existência 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.”

Ocorre que, no “Anexo 01” dos contratos firmados em 1998, em vez do acervo de bens reversíveis, traz apenas as características dos bens reversíveis (peça 49, p. 58), em ostensivo descumprimento à norma:

“Qualificação dos bens reversíveis da prestação do serviço telefônico fixo comutado local

- a) Infra-estrutura e equipamentos de comunicação, transmissão incluindo terminais de uso público;*
- b) Infra-estrutura e equipamentos de rede externa;*
- c) Infra-estrutura e equipamentos de energia e ar condicionado;*
- d) Infra-estrutura e equipamentos de Centros de Atendimento e de Prestação de Serviço;*
- e) Infra-estrutura e equipamentos de sistemas de suporte a operação;*
- f) Outros indispensáveis a prestação do serviço.”*

Dispositivo equivalente foi inserido nos contratos de 2005, os primeiros firmados após a aquisição do controle estatal pelos grupos privados vencedores do leilão de privatização (peça 50, p. 115).

Ressalto a cláusula 21.1, que utiliza o verbo “*integrar*” no presente e não no futuro. Ao assinar os contratos de concessão, as subsidiárias da Telebrás anuíram que todos os bens já integrantes de seu patrimônio, naquela ocasião, se revelavam indispensáveis à prestação do serviço público concedido e passariam a integrar o acervo da concessão. Fosse o caso de passarem a integrar o acervo somente ao final da concessão e somente os bens que então se mostrassem indispensáveis, como procura convencer a Anatel, a cláusula teria feito referência expressa a esse momento e a esses bens, dado que não existe.

Além do mais, a “*Qualificação*”, apresentada no anexo I dos contratos, descreve bens sem os quais o serviço de telefonia fixa não poderia ser prestado, o que confirma já existiam bens reversíveis por ocasião da celebração dos contratos de concessão.

Exercida a opção pela adoção da reversibilidade e reconhecida a existência de bens reversíveis, os contratos de concessão não poderiam ter sido celebrados sem o inventário desses bens. O desconhecimento sobre quais eram, onde estavam e quanto valiam os bens reversíveis existentes, antes da outorga dos serviços de telefonia fixa às subsidiárias da Telebrás, em 1998, constituía óbice ao cumprimento de atribuições conferidas à Anatel pela LGT, a exemplo de indicar os bens reversíveis eventualmente existentes (art. 93); anuir previamente à alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis (art. 101); exigir reversão dos bens reversíveis, ao término da concessão (art. 102); e indenizar bens reversíveis não amortizados ou depreciados, na hipótese de reversão dos bens antes de expirado o prazo contratual (art. 102, parágrafo único).

De acordo com a LGT e com os contratos de concessão, firmados por ocasião da extinção da concessão, a Anatel exigirá a restituição de todos os bens reversíveis (art. 102 e cláusulas 22.1; 22.2; 26.1, § 1º), salvo os que considere prescindíveis ou inaproveitáveis (cláusula 22.4), em bom estado e livres de ônus (cláusula 22.2, *caput* e parágrafo único), entre os quais se incluem os existentes em 1998, que não tenham sido alienados, desvinculados ou substituídos, bem assim os adquiridos, com sua anuência prévia, ao longo da concessão, para assegurar a continuidade e atualidade do serviço concedido (cláusula 22.3, § 1º).

Obviamente, da indenização devida pela Anatel, por bens reversíveis, não integralmente amortizados/indenizados, adquiridos com sua prévia autorização, a agência reguladora deduzirá o valor correspondente ao dos bens reversíveis alienados, desvinculados, onerados e substituídos.

Ora, se não se sabe quais eram os bens reversíveis em 1998 – competência legal expressa da Anatel - não há como abater da indenização requerida pela concessionária o valor correspondente a alienações, desvinculações, onerações e substituições, muito menos exigir a reversão desses bens. E sem conhecer os pormenores das mutações desse patrimônio, não terá a agência reguladora condições de questionar a relação de bens reversíveis que vier a ser apresentada pelas concessionárias ao final da concessão, nem segurança para definir o percentual ainda não amortizado desses bens, o que favorece imensamente as empresas concessionárias.

Em 1998, época em que foram elaborados os contratos de concessão, todas as informações a respeito dos bens reversíveis poderiam ser facilmente obtidas junto às operadoras de telefonia fixa de âmbito estadual que compunham a Telebrás.

IX

Repita-se, portanto, que os contratos de concessão, firmados em 1998 e 2005, atribuem à Anatel dever de fiscalizar a conservação dos bens reversíveis (cláusulas 16.1, I; e 17.1, I, respectivamente - peças 49, p. 32; e 50; p. 59). Exigem que as concessionárias mantenham em dia o inventário dos bens e dos componentes do ativo imobilizado da empresa, entre os quais, obviamente, os bens reversíveis (cláusulas 15.1, VIII -peças 49, p. 26; e 50, p. 43).

“Cláusula 15.1. – Além das outras obrigações decorrentes deste Contrato e inerentes à prestação do serviço, incumbirá à Concessionária:

VIII – manter registros contábeis separados por serviço, bem como ter em dia o inventário dos bens e dos componentes do ativo imobilizado da empresa;”

“Cláusula 16.1. – Além das outras prerrogativas inerentes à sua função de órgão regulador e das demais obrigações decorrentes do presente Contrato, incumbirá à ANATEL:

I – acompanhar e fiscalizar a prestação do serviço e a conservação dos bens reversíveis, visando ao atendimento das normas, especificações e instruções estabelecidas neste Contrato e em seus anexos;”

Aos contratos de 2005, celebrados após a aquisição do controle estatal pelos grupos privados vencedores do leilão de privatização, foi acrescido o § 4º à cláusula 22.1, para explicitar a obrigação das concessionárias de apresentar anualmente relação dos bens vinculados à concessão (peça 50, p. 71).

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

Evidente que, nos contratos de concessão de 1998 e 2005, a necessidade de identificação e acompanhamento exaustivo dos bens vinculados à prestação do serviço concedido norteou a elaboração do diploma normativo previsto no § 4º da cláusula 22.1 dos contratos de concessão de 2005, o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR), aprovado pela Resolução-Anatel 447/2006, publicado no Diário Oficial da União em 25/10/2006 e em vigor desde 24/1/2007, do qual destaco os seguintes dispositivos:

- art. 5º, que exige apresentação anual da Relação de Bens Reversíveis (RBR), do histórico das alterações e do inventário das concessionárias;
- arts. 9º e 15, que condicionam à anuência prévia da Anatel desvinculações, alienações, onerações e substituições de bens reversíveis;
- art. 17, que determina que os recursos provenientes de alienação de bens reversíveis sejam depositados em conta bancária específica até sua aplicação na própria concessão;
- art. 19, que requer registro de desvinculações, onerações ou substituição de bens reversíveis na RBR, no prazo de 30 dias após sua efetivação; e
- art. 22, que determina elaboração de RBRs, pelas concessionárias, a partir do exercício de 2005.

A Anatel possuía discricionariedade para estabelecer o procedimento de controle dos bens reversíveis. Porém, essa discricionariedade jamais lhe conferiu prerrogativa de ignorar a situação de cada bem, individualmente. Era restrita a contornos do controle. Mesmo assim, subsistiu somente até a edição, pela própria Anatel, do RCBR.

A partir de então, o cumprimento do regulamento teria de ser exigido nos exatos termos previstos no normativo, e não conscientemente desprezado, como de fato o foi pela Anatel e pelas concessionárias.

Não obstante a obtenção de informações das concessionárias de STFC sobre os bens reversíveis decorresse logicamente da LGT e dos contratos celebrados em 1998, por delas depender o acompanhamento e o controle desses bens, nenhuma informação foi requerida das operadoras pela Anatel anteriormente à edição do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR), em 2006.

Porém, a edição da RCBR não foi capaz de solucionar o imbróglio em que se metera a Anatel. Primeiro, por não ordenar a inserção do inventário de bens reversíveis aos contratos de concessão em andamento. Segundo, porque, apesar da previsão regulamentar, a Anatel jamais controlou, efetivamente, as mutações dos bens reversíveis, sob a administração das concessionárias, responsabilidade exclusivamente sua.

As relações de bens reversíveis apresentadas pelas operadoras de STFC não apresentam, de forma clara, quantos são, onde estão, nem o valor de aquisição dos bens reversíveis. Nem mesmo se lhes pode considerar relações de bens, mas meros registros contábeis, com vários registros por bem e vários bens por registro. Não bastasse isso, omite dados e bens essenciais à prestação do serviço de valor expressivo (vide voto condutor da deliberação recorrida).

As relações de bens elaboradas pelas operadoras de telefonia fixa eram entregues anualmente à Anatel, que não as examinava, nem as criticava, ou seja, não emitia nenhum juízo de valor, quanto à correção do documento. Em resposta a severas críticas do TCU, rejeitou, de uma só vez, todas as relações que haviam sido apresentadas, correspondentes aos exercícios de 2005 a 2014, com exceção da RBR de 2009 da Algar, e expediu medidas cautelares às concessionárias do Grupo Oi e Claro, proibindo-as de vender seu patrimônio, como se essa atitude fosse capaz de suprimir dezoito anos de negligência, no trato com a coisa pública e com o interesse público, bem como no cumprimento de suas obrigações legais, contratuais e regulamentares.

A partir dos dados coletados nestes autos, bem como informações constantes da Auditoria Interna 11/2010, realizada pela própria Anatel, em que pese o disposto na cláusula 16.1 dos contratos de concessão, verificou-se, ao longo dos anos, que a agência reguladora realizou poucas e precárias ações de controle e acompanhamento de bens reversíveis, e as que realizou somente demonstraram não ser possível ao TCU e à própria Anatel confiar nas informações prestadas pelas concessionárias.

O resultado da inação da agência, quase vinte anos após a concessão dos serviços de telefonia fixa, consiste no fato de que a Anatel possui enorme volume de informações, não processadas, concernentes a bens reversíveis, com pouca, ou nenhuma, utilidade, e não é capaz de informar quantos são, onde estão, nem o valor dos bens reversíveis das concessões de STFC, muito menos o que foi feito com os bens reversíveis que existiam antes da privatização do setor.

Pouco importa se parcela desses bens perdeu o valor que outrora ostentava; outros bens, consistentes em imóveis, torres etc., certamente mantiveram o valor e têm de ser verificados. Eles não foram doados às atuais concessionárias. A doação é o efeito prático, lamentável, da inação da agência. Agora, certamente, a agência foi leniente no cumprimento de suas obrigações definidas pela legislação e contratos em vigor.

A exatidão das RBR era absolutamente imprescindível para assegurar que o patrimônio multibilionário, utilizado pelas concessionárias, na prestação do serviço concedido, hoje estimado em mais de R\$ 121,6 bilhões, não fosse dilapidado, ao longo do período da concessão. Também para aferir eventuais pedidos de indenização encaminhados pelas operadoras por ocasião do término da concessão.

Merece ajustes o raciocínio da recorrente de que seria suficiente, para o cumprimento do RCBR, a comprovação de que a concessionária reinvestiu na concessão quantia superior ao valor obtido com as alienações de bens reversíveis, ante a fungibilidade da pecúnia.

Ao contrário do que pretende fazer crer a agência, não basta que valores equivalentes aos apurados com a alienação de bens reversíveis tenham sido investidos na prestação do serviço concedido. É preciso que os bens adquiridos possuam a qualificação de bens reversíveis ao final do contrato. Bens adquiridos com recursos derivados de bens reversíveis são bens reversíveis. Não possuindo, não se incorporarão ao acervo da concessão e permanecerão, em vez disso, sob propriedade

da operadora, após a extinção do contrato de concessão, caracterizando ganho indevido das concessionárias, à custa do Erário.

Em cumprimento às metas de universalização e qualidade previstas nos contratos de concessão (cláusula 1.5 – peça 49, p.3), era esperado que as concessionárias ampliassem significativamente a infraestrutura e equipamentos, e não se limitassem a substituí-los, sendo que esses novos bens reversíveis agregar-se-iam ao acervo da concessão, independentemente de indenização, salvo nas circunstâncias previstas na LGT e nos contratos de concessão: i) extinção da concessão antes do término do prazo contratual, com pagamento de indenização correspondente às *“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”* (art. 102 da LGT), e ii) aquisição de bens previamente autorizada pela Anatel, *“com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido”*, os quais não estejam integralmente amortizados ao final da concessão (cláusula 22.3, *caput* e § 1º, 26.2 e 27.1, inciso I – peça 49, p. 37, 47 e 49 – vide também a parte final do segmento IX, deste voto).

Sem saber quais são, onde estão e qual o valor de aquisição dos bens reversíveis, nem conhecer o histórico de mutações desses bens, não há como aferir as informações prestadas pelas concessionárias por ocasião da análise de eventuais pedidos de indenização por bens reversíveis não amortizados.

Mesmo que o serviço público de telefonia fixa tenha sido concedido à iniciativa privada, sem o intuito de acumular patrimônio, como expressamente defende a Anatel, é certo que o Poder Concedente jamais renunciou aos bens utilizados antes da celebração dos contratos de concessão de STFC, em 1998, nem aos que seriam adquiridos posteriormente, e tem o direito público subjetivo à correta prestação contratual. É muito estranha tal afirmação advinda da Anatel.

Foram, aliás, inseridos mecanismos nos contratos de concessão para propiciar amplo conhecimento da situação dos bens reversíveis, assegurar sua integridade e conservação e evitar-lhes a dissipação (v.g., as cláusulas 15.1, VIII e X; 16.1, I e II; 19.1, § 1º; 21.1, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º; 22.2, *caput*; 23.1, *caput* e I; 25.1, VIII e § 8º, dos contratos de 1998). O cumprimento desses mecanismos deveria garantir, ao longo de todo o prazo de concessão e após o seu término, que os bens reversíveis contribuíssem para a continuidade da prestação do serviço concedido e a modicidade tarifária (art. 108, §§ 2º e 3º, da Lei 9.472/1997 e a cláusula 13.1 dos contratos de concessão de 1998).

A proteção aos bens reversíveis, existentes em 1998, e o controle exaustivo desses bens e de suas mutações, contestados pela agência reguladora constituem manifestas opções da norma em vigor, reproduzidas nos contratos de concessão e no RCBR, que por ela jamais poderiam ter sido desprezadas.

Estranho que os beneficiários da inação da agência reguladora sejam exclusivamente as empresas concessionárias que, pela ausência completa de informações, tornam-se proprietários de patrimônio que não era seu, consistentes em bens vinculados ao serviço público. A ausência de acompanhamento dos bens reversíveis surtiu esse deletério efeito para o patrimônio público.

Obviamente, jamais pretendeu o TCU fosse tal acervo imutável. O único objetivo do TCU é dar vazão a sua missão de assegurar o regime de legalidade administrativa, moralidade e cumprimento da lei e dos termos contratualmente pactuados. E a LGT somente autoriza alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis, se houver prévia anuência da agência reguladora (art. 101 da LGT), a quem cabe avaliar cada solicitação, sob os enfoques da continuidade e atualidade do serviço concedido, bem assim do benefício para o usuário (art. 16 do RCBR).

Em se tratando de alienação de bens reversíveis, ainda que autorizada pela Anatel, o valor auferido somente poderia ser despendido na aquisição de outros bens que se incorporassem à

concessão, após trânsito desses recursos por conta específica aberta para esse fim (art. 17 do RCBR), procedimento esse cujo rigor revela a preocupação do Poder Público em assegurar a destinação desses bens ao atendimento do interesse do usuário do serviço público concedido.

Não obstante a clareza dos dispositivos acima referidos, ***“foi constatada a ocorrência, desde 1998, de mais de um milhão de alienações, substituições, desvinculações e onerações de bens reversíveis, além da assinatura de vários contratos relativos a bens de terceiros, sem as devidas solicitação e obtenção de anuência prévia da agência”*** (voto condutor da deliberação recorrida).

Houvesse a Anatel, ao menos, exigido depósito dos recursos provenientes de alienação de bens reversíveis em conta bancária vinculada, até sua aplicação nas próprias concessões, conforme ordenado pelo art. 17 do RCBR, que ela própria editara, disporia de conhecimento, ao menos, a respeito das mutações ocorridas a partir de 2005 no acervo de bens reversíveis das concessões. Isso significa o descumprimento pela Anatel de suas próprias regras.

Como bem colocado pela Serur, acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, análise de sustentabilidade da concessão, acompanhamento econômico-financeiro da concessionária, controle de obrigações relacionadas à qualidade e à universalização do serviço e fomento à competição, aos quais a Anatel afirma ter dedicado seus esforços, são mecanismos voltados ao período de vigência da concessão, com pouca ou nenhuma relação com a continuidade do serviço e a modicidade das tarifas, após o encerramento do contrato de concessão, aos quais, em última análise, se destina o instituto da reversibilidade.

No mais, os mecanismos de controle que vem sendo utilizados pelo ente regulador não se mostraram tão efetivos quanto procura fazer crer, nem mesmo para assegurar a continuidade do serviço prestado pelas atuais operadoras de telefonia fixa. Tanto que não evitaram o pedido de recuperação judicial da Oi S.A., a maior do país.

X

Ademais, foram os lances mínimos dos leilões de privatização definidos, tomando por base o fluxo financeiro projetado, que reflete a capacidade dos bens reversíveis de gerar lucro, acrescido do valor dos bens não reversíveis e deduzido do valor devido pelas subsidiárias da Telebrás.

A Anatel entende que a ausência do valor dos bens reversíveis, na avaliação das subsidiárias da Telebrás, não significa que esses bens não compusessem o patrimônio das sociedades empresárias, cujo controle acionário foi alienado.

Por conseguinte, seguindo a linha de raciocínio da agência, os chamados *“bens reversíveis”*, existentes em 1998, seriam bens privados, de propriedade das concessionárias de telefonia, e somente se tornarão públicos ao final da concessão se vierem a ser considerados pela Anatel imprescindíveis à prestação do serviço público de telefonia fixa, hipótese em que serão transferidos à União, para assegurar a sua continuidade.

Com base nesse raciocínio, advoga o descabimento da identificação dos bens reversíveis existentes em 1988, bem assim do controle exaustivo sobre as mutações ocorridas desde então.

Lamentavelmente, vejo na questão toda literal violação da lei que apenas beneficia as concessionárias de serviço público. De acordo o método de avaliação de empresas, em que se baseou o BNDES, por ocasião da privatização do Sistema Telebrás, o fluxo de caixa descontado, o valor mínimo de cada subsidiária da Telebrás correspondia a sua capacidade de gerar fluxos financeiros positivos futuros, deduzido das dívidas e acrescido dos bens que não era possível apropriar pelo método, como foi o caso dos clubes das subsidiárias da Telebrás e de outros bens não reversíveis, os quais não foram considerados no cálculo do lance mínimo e informado às licitantes.

Porém, como a duração das concessões de STFC estava limitada a 25 anos, ao elaborar suas propostas, as licitantes haveriam de levar em conta, também, os valores venais projetados dos bens reversíveis que não se exaurissem integralmente durante o prazo da concessão, em função da obsolescência tecnológica, vida útil, competição e outros fatores, caso lhes fosse permitido, ao término da concessão, alienar ou utilizar tais bens na consecução de novos fins empresariais.

Entre esses bens, incluem-se os bens imóveis, em que haviam sido instaladas centrais telefônicas e equipamentos de transmissão, os dutos subterrâneos, os postes, as torres de transmissão etc., todos esses bens de valor expressivo ao final da concessão.

O motivo da não indagação a respeito dos bens reversíveis pelos licitantes é que seu valor venal jamais comporia o fluxo financeiro esperado, haja vista que, por força da LGT e dos contratos de concessão: não seriam indenizados pelo Poder Concedente; não poderiam ser alienados pelas operadoras de telefonia, a não ser que o valor auferido com sua alienação fosse integralmente utilizado na aquisição de outros bens que se incorporassem ao acervo da concessão e, igualmente, não estivessem sujeitos a indenização; e não integrariam o patrimônio das operadoras de telefonia fixa, com a extinção da concessão.

Em outros termos, o valor venal dos bens reversíveis não foi requerido pelas licitantes, porque jamais seriam livremente alienados, nem integrariam o patrimônio das empresas privatizadas após a extinção da concessão.

Houvesse expectativa de serem indenizadas pela reversão desses bens, ou fosse lícito livremente deles se apropriar, ou do valor auferido com sua venda, não tenho dúvidas que as licitantes teriam requerido o inventário dos bens reversíveis e se disporia a apresentar propostas mais elevadas na licitação.

Não impelir as concessionárias a prestar as devidas contas dos bens reversíveis - como vem fazendo a Anatel - significa, em última análise, consentir que se apropriem de parte de patrimônio bilionário, sem que tenham pago sequer 1 centavo por isso, bem assim anuir com seu enriquecimento sem causa, em detrimento do interesse público e dos reais proprietários, a partir de sucessivas violações legais e contratuais.

A propósito, com base nas RBRs apresentadas pelas operadoras, a própria Anatel informou o custo de aquisição dos bens reversíveis em R\$ 108 bilhões, no ano de 2010, instrução reproduzida no relatório condutor do Acórdão 3.311/2015-Plenário. Hoje, amparado nos mesmos relatórios, o ente regulador apresenta a cifra de R\$ 121,6 bilhões.

Conforme mencionei, boa parte dos vultosos ativos adquiridos pelas empresas componentes da “holding” Telebrás, tais como centrais telefônicas, cabos, equipamentos de transmissão, imóveis em que foram instalados tais equipamentos, dutos subterrâneos, postes, torres e satélites, foram custeados por “sobretarifas” cobradas dos usuários do sistema nacional de telecomunicações, destinadas ao já referido Fundo Nacional das Telecomunicações (FNT), e pelos recursos obtidos a partir da celebração, com usuários, de contratos de participação financeira, em planos de expansão da rede de telefonia fixa.

Ainda assim, considero irrelevante para o deslinde destes autos a discussão a respeito da natureza e da propriedade dos bens reversíveis. Públicos ou privados, na origem, as antigas subsidiárias da Telebrás firmaram contratos de concessão de telefonia fixa, em 1998, sabendo que, por força do art. 102 da LGT, a celebração implicaria a transmissão definitiva à União ao final do prazo contratual, dos bens reversíveis já existentes e dos que viessem a ser adquiridos, independentemente de indenização, para permitir a continuidade do serviço público concedido.

As antigas subsidiárias da Telebrás anuíram voluntariamente às regulares cláusulas do contrato de concessão, firmado em 1998. Dentre essas cláusulas, havia as que expressamente estabeleciam que integrariam o acervo da concessão, e estariam a ela vinculados, todos os bens já pertencentes ao seu patrimônio indispensáveis à prestação do serviço concedido (21.1, peça 49, p. 36, c/c anexo 1, peça 49, p. 58), bem assim as que determinavam reversão automática desses bens ao Poder Concedente, por ocasião da extinção da concessão, livres de ônus e encargos e independentemente de indenização (22.3, *caput* e § 1º, 26.2 e 27.1, I – peça 49, p. 37, 47 e 49).

Os grupos empresariais que adquiriram o controle acionário das subsidiárias de telefonia fixa da Telebrás, por sua vez, participaram da licitação, com conhecimento dos termos dos contratos de concessão então em vigor, assinados pelas subsidiárias da Telebrás, todos devidamente considerados na elaboração de suas propostas, as quais, no que tange aos bens reversíveis então existentes, apenas aquilataram a capacidade de gerar fluxo de caixa nos 25 anos da concessão.

A leitura do § 1º da cláusula 22.3 (peça 49, p. 37) esclarece sobre a indenização de bens ainda não inteiramente amortizados, que existiam por ocasião da celebração dos contratos de concessão em 1998, ao assim dispor:

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

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

A interpretação desse dispositivo contratual tem de pautar-se pela norma que lhe dá fundamento, no caso a Lei 9.472/1997 (LGT), que não prevê indenização por bens reversíveis, no término do prazo de concessão, bem assim com os demais dispositivos do contrato de concessão de 1998, em especial a cláusula 22.3, *caput*, que estabelece, como regra, a não indenização por bens reversíveis (peça 49, p. 37); e a cláusula 27.1, que estabelece que não caberá indenização à concessionária ao término do prazo contratual, *“exceto se comprovado que o não pagamento significa enriquecimento imotivado por parte da União, em função da reversão de bens ainda não integralmente amortizados”* (peça 49, p. 49).

Ao final do prazo contratual, não caberá indenização à concessionária pela reversão dos bens reversíveis que compõem o acervo da concessão, salvo se se tratar de aquisição de bens para garantir a atualidade do serviço, anterior ou posterior à assinatura do contrato de concessão, no caso da última com autorização prévia da Anatel (art. 101 da LGT), bens esses que não seja possível amortizar durante a vigência da concessão, dando origem a enriquecimento imotivado da União.

De qualquer forma, a referência à possibilidade de indenização por bens reversíveis adquiridos antes da celebração do contrato de concessão foi excluída dos contratos firmados em 2006 e 2011, ao que se sabe sem oposição das atuais operadoras de telefonia fixa, o que implica conhecimento e anuência à impossibilidade de indenização por bens essenciais a prestação dos serviços que já existiam antes da celebração dos contratos de concessão em 1998.

A seguir, transcrevo a mesma cláusula nos contratos de concessão firmados em 2006 e 2011 (peças 50, p. 73, e 51, p. 38-39):

“Cláusula 23.3. - A reversão dos bens de que trata este Capítulo, ao final do prazo contratual, será feita sem indenização, ressalvado o disposto nesta cláusula.

§ 1º - Somente caberá indenização em favor da Concessionaria caso existam, ao final da Concessão, bens ainda não integralmente amortizados, cuja aquisição tenha sido previamente

autorizada pela Anatel, com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido.”

XI

Segundo a Anatel, a identificação dos bens reversíveis atuais e apuração do valor das alienações, desvinculações, onerações e substituições, ordenada pela deliberação combatida, não se presta ao cálculo das futuras indenizações, devidas às concessionárias, as quais terão de ser calculadas no momento da efetiva reversão, com base no valor dos bens reversíveis não amortizados existentes na ocasião, cuja aquisição tenha sido previamente autorizada pela Anatel.

Informa que, até hoje, pouquíssimas autorizações de aquisição foram solicitadas pelas operadoras de STFC, as quais se encontram sob análise do ente regulador.

Acrescenta ser incabível indenização nas hipóteses de rescisão amigável e de conclusão do prazo contratual, exceto, no segundo caso, se comprovado que a ausência de pagamento significa enriquecimento imotivado da União, em função da reversão de bens ainda não integralmente amortizados, cuja aquisição tenha sido previamente autorizada pela Anatel, com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido.

Conquanto correto, em essência, o raciocínio da Anatel reclama reparos. Conforme mencionado no segmento V deste voto, em junho de 1998 a Anatel celebrou, com as subsidiárias da Telebrás, contratos de concessão do serviço público de telefonia fixa (STFC), com vigência até 31/12/2005, renováveis por 20 anos, ou seja, até 2025 (cláusulas 3.1 e 3.2).

Os contratos de concessão de STFC impõem metas de universalização e de qualidade, cujo cumprimento dependia de expressivos investimentos em infraestrutura e equipamentos (cláusula 1.5 dos contratos de concessão), a serem realizados às custas da concessionária e remunerados mediante exploração do serviço concedido até 31/12/2025, termo final da concessão, considerando o período de prorrogação, *“não lhe assistindo direito a ressarcimento ou subsídio”* (cláusulas 3.1, 3.2 e 7.2).

Ao final do prazo da concessão (2025), os *“bens indispensáveis à prestação do serviço”* serão *“revertidos”* ao poder concedente, livres de ônus e encargos, independentemente de indenização, salvo se, à época, existirem bens não integralmente amortizados/depreciados que tenham sido adquiridos com a anuência prévia da Anatel com objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço público concedido (cláusulas 22.1; 22.3, *caput* e § 1º; 26.2; e 27.1, I).

Ao término da concessão, a Anatel poderá recusar os bens adquiridos pelas operadoras de STFC durante a vigência da concessão, ainda que, com sua autorização, caso tenham se tornado prescindíveis ou inservíveis para a exploração dos serviços, em função de obsolescência tecnológica, término da vida útil, competição e outros fatores (cláusula 22.4). Exaurida a utilidade dos bens, não haveria motivo para serem transferidos ao Poder Concedente, quanto menos para serem indenizados.

Ocorre que, como mencionado no segmento anterior, a interpretação dos contratos de STFC tem de pautar-se pelo que dispõe a Lei 9.472/1997, que lhes dá fundamento, a qual, presumindo que todos os investimentos em bens reversíveis serão custeados a partir da exploração do serviço concedido, não prevê indenização na hipótese de conclusão do prazo contratual pactuado:

“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.”

Conquanto não prevista expressamente na LGT, a indenização por desequilíbrio econômico-financeiro causado por investimentos que não decorram logicamente das metas e deveres estabelecidos nos contratos de concessão, e não possam ser amortizados, é mecanismo inerente às concessões de serviços públicos, assegurado pelo art. 37, XXI, da Constituição Federal.

A interpretação conjunta dos dispositivos contratuais, do art. 102, *caput* e § único, da LGT e do art. 37, XXI, e da CF/1988 conduz ao entendimento de que, caso a concessão se extinga no prazo pactuado, não caberá indenização por bens reversíveis, salvo na hipótese de a concessionária ter realizado, com autorização prévia da Anatel, investimentos não previstos, para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, que, por qualquer razão, não possam ser integralmente amortizados por meio da exploração do serviço concedido e, ao final da concessão, não estejam completamente “depreciados” (utilização atécnica do vocábulo “depreciados” – vide nota de rodapé 1).

A ausência de amortização de bens reversíveis, no prazo contratual, se dá nos casos em que não for possível custear investimentos originalmente imprevisos e imprevisíveis, com as tarifas cobradas dos usuários, e isso provocar desequilíbrio significativo da equação econômico financeira do contrato de concessão.

Para cogitar obtenção de indenização por investimento em bem reversível, a concessionária precisa comprovar, previamente à realização, que o investimento pretendido não é decorrência lógica do cumprimento das metas e deveres estabelecidos no contrato de concessão; é essencial à prestação do serviço; e não poderá ser custeado (amortizado) mediante exploração do serviço concedido, dando causa a desequilíbrio econômico-financeiro significativo do contrato de concessão.

Ainda assim, a indenização somente será devida se, ao final do prazo da concessão, esse bem não estiver inteiramente exaurido e ainda se mostrar necessário à prestação do serviço público, bem assim o investimento não tiver sido realizado em contrapartida ou com recursos correspondentes à alienação, oneração e substituição de bens reversíveis.

Nesse contexto, o conhecimento detalhado dos bens utilizados pelas operadoras para prestação do serviço de telefonia fixa, obtido a partir do controle exaustivo dos bens reversíveis e de suas mutações, é fundamental para que a Anatel:

- deduza das indenizações devidas às concessionárias o valor correspondente a bens reversíveis desvinculados, alienados, onerados ou substituídos, com ou sem anuência prévia da Anatel, o qual não tenha sido comprovadamente utilizado na aquisição de bens incorporados ao patrimônio da concessão (arts. 101 da LGT e 9º e 15 do RCBR);

- reclame bens utilizados na prestação do serviço concedido, ou os recuse em razão de exaustão ou inutilidade; e

- mensure, para fins de indenização, a parcela não amortizada dos investimentos vinculados a bens reversíveis, realizados com autorização da Anatel, com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

No mais, sem saber quais são, onde estão e quanto valem os bens reversíveis que existiam em 1998 e os adquiridos depois disso, não há como assegurar que todos os bens utilizados na prestação do serviço de telefonia fixa serão revertidos ao Poder Concedente ao final da concessão, nem que não foram substituídos por bens sujeitos a indenização. Também não há como afirmar que não foram desviados para prestação de serviços outros que não telefonia fixa.

XII

No segmento anterior, demonstrei que é preciso que a Anatel detenha pleno conhecimento a respeito do acervo de bens reversíveis e de suas mutações, para aferir o valor de indenizações que

venham a ser pleiteadas pelas concessionárias ao término do prazo pactuado de concessão. Pelas razões que passo a expor, a ciência a respeito da situação dos bens reversíveis ganhará ainda maior relevo caso as concessões atuais se extingam antes do término do prazo originalmente pactuado.

Isso porque, enquanto a não-indenização é a regra nos casos em que a concessão termina no prazo originalmente pactuado, em se tratando de extinção antecipada, a regra é a indenização pela reversão dos bens reversíveis, *“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”* (art. 102, parágrafo único, da LGT).

Caso as concessões atuais se extingam antes de dezembro de 2025, serão, em princípio, indenizados os investimentos realizados pelas operadoras de STFC em bens reversíveis, ainda que resultantes do cumprimento das metas e deveres assumidos e ainda que realizados sem autorização da Anatel.

Basta que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido; não tenham sido integralmente custeados por meio das tarifas cobradas dos usuários, nem com recursos oriundos de alienações, desvinculações e onerações de bens reversíveis; sejam essenciais à continuidade da prestação do serviço; e não estejam integralmente esgotados, em função da obsolescência tecnológica, vida útil, competição e outros fatores.

A indenização pela reversão de bens reversíveis está vedada nas hipóteses de rescisão amigável e judicial, por força da cláusula 27.1, IV, dos contratos de concessão, como observa a agência recorrente. Contudo, é possível, nas demais hipóteses de extinção do contrato antes ao término do prazo avençado: encampação, caducidade e anulação (incisos II, III, e V, da cláusula 27.1).

Não se está aqui a falar de meras conjecturas. A probabilidade de extinção antecipada das concessões de telefonia fixa comutada é considerável e iminente.

O Grupo Oi, a que pertence a maior operadora de STFC do país, ingressou com pedido de recuperação judicial em 20/6/2016, com base na Lei 11.101/2005. O processamento foi deferido em 29 de junho de 2016, pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro (Processo 0203711- 65.2016.8.19.0001).

Por tratar-se de tentativa de reerguimento da sociedade empresária em situação financeira delicada, a possibilidade de convalidação da recuperação judicial em decretação de falência é inerente ao processo. Será decretada pelo Juízo caso verifique a ocorrência das hipóteses previstas na norma, entre elas a deliberação da assembleia-geral de credores, o não cumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação e a não quitação de crédito submetido à recuperação judicial.

Além disso, vem sendo debatida, há algum tempo, no executivo e no legislativo, a alteração do marco legal do STFC, com substituição das concessões por autorizações, antes do término da vigência dos atuais contratos, e incorporação dos bens reversíveis pelas operadoras, em troca de ressarcimento à União ou de investimentos (art. 68-B, *caput* e § 1º, do PLC 79).

Caso a migração do modelo se confirme, serão cotejados os valores dos bens reversíveis que serão incorporados pelas hoje concessionárias, futuras autorizatárias, com os dos investimentos realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, não integralmente custeados por meio das tarifas cobradas dos usuários, nem por recursos correspondentes a alienações, desvinculações e onerações de bens reversíveis, os quais se mostrem essenciais à continuidade da prestação do serviço e não estejam inteiramente esgotados.

Para o acerto final de contas, imprescindível saber quais são, onde estão e quanto valem os bens reversíveis, para evitar incorporação de bens sem a devida compensação, na forma de ressarcimento/reversão/investimentos. Indispensável dispor de informações confiáveis a respeito das

alienações, desvinculações, onerações e substituições, para exigir que as atuais concessionárias prestem contas sobre a destinação dada aos recursos auferidos com essas operações. Igualmente importante dispor de informações a respeito da parcela não amortizada desses bens, para questionar os valores pleiteados pelas concessionárias.

A propósito, a revista Valor Econômico calcula, com base nas relações de bens publicadas pela Anatel, que, com a transformação de concessões em autorizações, as concessionárias de telefonia fixa pleitearão indenização de quase R\$ 20 bilhões do Poder concedente, correspondente ao valor não depreciado ou amortizado dos bens adquiridos desde a privatização em 1998. Seriam pagos R\$ 8 bilhões à Oi, R\$ 7,86 bilhões à Telefônica/Vivo e R\$ 3,79 à Embratel (<<http://www.valor.com.br/empresas/4882456/indenizacao-telecom-por-bens-reversiveis-custaria-r-20-bi>>).

Como nunca se deu ao trabalho de acompanhar os investimentos realizados pelas concessionárias, controlar efetivamente os bens reversíveis, nem fazer controle econômico-financeiro das concessões, a Anatel não possui conhecimentos básicos, com o mínimo de segurança, dos bens reversíveis existentes em 1998; dos bens reversíveis adquiridos desde então; da parcela não amortizada destes; do valor auferido com alienações, desvinculações, onerações e substituições; e dos bens hoje imprescindíveis à prestação do serviço.

Caso nada seja feito para reverter esse quadro deplorável, estou seguro de que, ao término das concessões, principalmente na hipótese antecipação do prazo originalmente pactuado, o ente regulador enfrentará colossal dificuldade em se opor às pretensões das operadoras, tanto no que se refere a valores a serem ressarcidos/revertidos/investidos, quanto a serem indenizados.

Antecipo desde logo que, em reverência ao dever constitucional de velar pelo Erário (art. 70 da CF/1988), esta Corte de Contas opor-se-á a qualquer tentativa de, sob pretexto de urgência, urdir valores ressarcidos ou investidos com base em modelos teóricos que não levem em conta todo o acervo dos bens reversíveis, em posse das concessionárias, nem a parcela efetivamente amortizada desses bens.

XIII

A Anatel alega inutilidade do detalhamento das alienações de bens reversíveis realizadas desde 2007, determinado pelo Acórdão 3.311/2015-Plenário, bem assim impossibilidade de realizá-lo no prazo concedido, ainda que à custa do acompanhamento de temas de grande relevância e das atividades fiscalizatórias a cargo da agência.

Nesse ponto, reconheço razão parcial à recorrente.

As relações de bens reversíveis (RBRs), relativas ao período entre 2007 a 2014, contêm quase 34 milhões de registros que não foram tempestivamente analisados pela Anatel. Mantida a proporção, são quase 47 milhões de registros até 2017. A investigação de cada um desses registros para identificar tipo de bem alienado/onerado/substituído, valor obtido, ato de anuência, depósito em conta vinculada, destinação do valor auferido etc., exigirá esforço claramente desproporcional ao resultado prático.

Isso porque:

- o cumprimento da determinação do TCU não resultará no conhecimento a respeito dos bens reversíveis existentes em 1998 nem dos adquiridos entre 1998 e 2007, para que se possa reclamá-los das operadoras, por ocasião da extinção das concessões, sendo que parte considerável desses bens foi adquirida sem nenhum controle por parte da Anatel, nos primeiros anos das concessões, em decorrência da antecipação do cumprimento às metas de universalização e qualidade previstas nos contratos de concessão, em troca de autorização para atuação em serviços que não o STFC e em mercados fora da área de outorga;

- é inexecutável a reconstituição, no presente, de dezenas de milhões de alienações, desvinculações, onerações e substituições consumadas desde 2007;
- a Anatel teria que se basear, em grande parte, nas informações constantes das RBR apresentados pelas operadoras de telefonia fixa, que já se sabem falhas;
- o valor total das alienações, desvinculações, onerações e substituições será necessariamente subestimado, porquanto não levará em conta as operações realizadas entre 1998 e 2007;
- a Anatel decerto não contará com a ajuda das concessionárias, que não têm interesse nem dever de prestar grande parte das informações necessárias ao cumprimento da determinação;
- caso o TCU decida ampliar o prazo para viabilizar o cumprimento da determinação, haverá risco de as informações acabarem por se tornar intempestivas, haja vista a iminência de mudança do modelo de prestação do serviço de telefonia fixa; e
- **a utilização, como ponto de partida, do rol de bens reversíveis de 2007, em vez de 1998, e a incompletude das alienações, desvinculações, onerações e substituições dará ares de legitimidade ao pagamento de indenizações multimilionárias, que já se sabem indevidas.**

A magnitude dos trabalhos, exigidos da Anatel, e o pouco benefício esperado da determinação não autorizam esta Corte de Contas a se conformar com a perspectiva de dissipação do acervo de bens reversíveis das concessões de telefonia fixa, nem a condescender com o absoluto descaso da agência reguladora, por mais de vinte anos, com suas obrigações legais, contratuais e regimentais.

As circunstâncias descritas neste voto reclamam que esta Corte atue, mas o faça da forma o mais possível eficiente, empregando tempo e recursos disponíveis na obtenção de informações úteis e sobre os bens reversíveis com maior risco de dissipação.

Conforme demonstrado, cumpria a Anatel incluir o inventário de bens reversíveis nos contratos de concessão e controlar suas mutações desde então. Vinte anos após a outorga das concessões, já não é factível obter informações sobre a totalidade das operações de desvinculações, onerações ou substituição realizadas desde 1998 com bens vinculados ao serviço de telefonia fixa, único meio seguro de obstar indenizações indevidas e dissipação de bens reversíveis. Lamentavelmente, o máximo que ainda se pode aspirar é a mera mitigação da perspectiva de dano.

Partindo da premissa de que as informações concernentes a bens reversíveis têm que ser úteis, tempestivas e reduzir, ao máximo, o risco de prejuízo ao Erário e ao usuário do STFC, entendo que o cerne da determinação a ser exarada deve ser o aprimoramento das RBRs atuais. Mas não somente por intermédio da identificação dos bens aludidos nas RBRs apresentados pelas operadoras, ajuste de seu valor ao de mercado, unificação de registros, etc. É preciso cotejar os bens reversíveis identificados com informações obtidas de outras fontes, a respeito de bens reversíveis e do restante do ativo imobilizado das operadoras e dos grupos a que pertencem.

Para cumprir esse desiderato, a Anatel deve, concomitantemente:

- solicitar informações a prefeituras municipais, órgãos públicos federais, concessionárias e autorizatárias de serviços públicos, prestadoras de serviços, cartórios de imóveis, para identificar bens imóveis que, em algum momento, tenham composto o acervo das concessões;
- compulsar as demonstrações financeiras das operadoras de STFC e das demais empresas dos grupos a que pertencem, para identificar transferências ou alienações de bens do ativo imobilizado;

- solicitar ao BNDEs e às consultoras KPMG e Azevedo Sodré as listas de bens reversíveis elaboradas durante o processo de avaliação para a desestatização do sistema Telebrás;
- consultar os autos da Ação Civil Pública 0029346-30.2011.4.01.3400 e da Apelação Cível 0029346-30.2011.4.01.3400/DF, para identificar os documentos juntados aos autos pela Proteste - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, em especial as escrituras de imóveis que, supostamente, faziam parte do acervo de bens reversíveis da Telebrás e teriam sido extraídas de caixas armazenadas pelo Arquivo Nacional;
- cotejar RBRs sucessivas, para identificar supressões e aquisições de bens reversíveis; e
- compulsar a documentação disponível no Arquivo Nacional, que, conforme comprovado nos autos da Apelação Cível 0029346-30.2011.4.01.3400/DF, contém documentos relativos aos bens reversíveis que compunham o patrimônio das antigas subsidiárias da Telebrás.

Cumpra ao ente regulador direcionar maiores esforços para investigar as categorias de bens reversíveis mais relevantes, sob o ponto de vista de risco e materialidade, o que inclui os equipamentos de comutação, transmissão e torres, indicados pela agência reguladora, no expediente, peça 190.

Impende que o ente regulador dê especial atenção às operações realizadas no período subsequente a 2012, marco temporal da unificação da pessoa jurídica das concessionárias com as das demais empresas dos respectivos grupos econômicos, decorrente de alteração do art. 86 da LGT.

Os bens adquiridos com anuência da Anatel devem ser, necessariamente, identificados.

Uma vez identificado bem que, a qualquer tempo após 1998, tenha sido necessário à prestação do serviço de telefonia fixa e não conste da RBR atual, cumpre à Anatel conferir oportunidade à concessionária de comprovar sua destinação ou de contestar sua existência/classificação. Caso a operadora não o faça, o bem deve ser incluído na RBR atual pelo seu valor atual de mercado, em item específico, tendo em vista o disposto no arts. 101 e 102 da Lei 9.472/1997; nas cláusulas 15.1, VIII e X; 21.1, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º; 22.1; 22.2, *caput*; 22.4; e 26.1, § 1º, dos contratos de concessão firmados em 1998 e nas cláusulas equivalentes dos ajustes firmados em 2005 e 2011; e nos arts. 4º, 5º, 9º, 15, 17 e 19 do Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis aprovado pela Resolução-Anatel 447/2006.

Eventuais alegações de impossibilidade de cumprimento da determinação ora exarada serão avaliadas caso a caso, em sede de monitoramento.

Ressalto que, com as modificações da determinação, haverá expressiva redução da complexidade e da quantidade de informações e operações a serem obtidas e analisadas. O ente regulador deixará de compulsar milhões de registros das RBRs. Bastará que consulte os registros correspondentes às situações que necessite esclarecer.

Evidentemente, a determinação ora proferida não substitui nem modifica a exarada pelo Juiz Federal Titular da 15ª Vara Cível nos autos da Ação Civil Pública 0029346-30.2011.4.01.3400, que alude a informações distintas, a serem apuradas por metodologia igualmente distinta.

A propósito, no dia 8/5/2018, em Audiência Pública promovida pela Comissão de Comunicação, Ciência e Tecnologia para discutir o PLC 79, o Presidente da Anatel, Juarez Quadros, afirmou, que, em nove meses a partir da sanção presidencial ao projeto de lei que alterará o marco legal do STFC (PLC 79), terá condições de fazer o levantamento do “*valor real*” dos bens reversíveis então existentes (<https://www12.senado.leg.br/multimidia/evento/80015>).

Levando em conta essa afirmação e o fato de que o cumprimento da determinação ora exarada facilitará sobremaneira o levantamento a ser realizado, caso se confirme a mudança de modelo, fixo o prazo para cumprimento da determinação em 210 dias.

XIV

Neste voto, explicitarei várias das condutas censuráveis da Anatel, dentre as quais haver se omitido em todo o processo, não cumprindo as obrigações que lhe foram impostas pela LGT. Depois, instituir procedimento absolutamente ineficaz de controle de bens, com base em interpretação contrária à norma legal, aos contratos e ao seu próprio regulamento, fazendo prevalecer as convicções pessoais de alguns agentes, em detrimento dos termos expressos da lei.

Mencionei que, mesmo após vinte anos de concessão, a agência reguladora não é capaz de informar, com mínimo grau de precisão, quantos são, onde estão e qual o valor dos bens reversíveis colocados à disposição das concessionárias STFC em 1998, nem dos hoje existentes, muito menos o valor apurado pelas concessionárias com as alienações desses bens no período.

Também que a Anatel não tem a menor ideia da parcela não amortizada dos bens reversíveis hoje existentes, nem possui elementos para a calcular.

Aduzi que a agência reguladora descumpriu opção manifesta do legislador e dos contratos firmados de manter, no acervo concessão, e controlar exaustivamente os bens necessários à prestação do serviço concedido, no intuito de assegurar a continuidade do serviço público e a modicidade tarifária, e de permitir alienações somente nos casos em que a atualidade dos serviços assim exigisse, ou esses bens deixassem de ser necessários, circunstância em que o valor auferido com a alienação deveria ser necessariamente utilizado para aquisição de outros bens que se integrassem ao acervo da concessão.

Afirmo que o ente regulador vem desprezando não somente suas expressas obrigações legais e contratuais, mas também as que ela própria instituiu ao aprovar o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis.

Ainda que inequívoca, a possibilidade de responsabilização, por descumprimento dos deveres relativos ao controle dos bens reversíveis, não constitui o objeto do Acórdão 3.311/2015-Plenário. Buscava a deliberação, em vez disso, o atendimento ao procedimento previsto na lei, nos contratos e no regulamento interno da agência, para assegurar que os bens reversíveis colocados à disposição das operadoras de telefônica fixa comutável, cujo valor se estima em mais de uma centena de bilhões de reais, continuem à disposição do serviço público, após o encerramento da concessão, ou tenham sido substituídos por outros bens, igualmente essenciais à prestação do serviço concedido, sem que essa substituição resulte em ônus indevido para o poder público, em benefício único da concessionária.

Caso venha a ser apurado dano que se possa associar à omissão continuada no cumprimento de obrigações legais, contratuais e regulamentarias, decerto estarão os agentes da Anatel sujeitos à responsabilização, os quais deveriam ser os primeiros interessados em evitar que esse dano se concretize.

Oportuno ressaltar que dispensar o detalhamento das alienações de bens reversíveis realizadas desde 2007, como ora proponho, não significa concordar com a Anatel quando assevera a inutilidade dessas informações.

Significa, ao invés, o reconhecimento de que o cumprimento da determinação teria utilidade desproporcional ao esforço exigido; não conduziria ao conhecimento, nem mesmo razoável, da situação atual dos bens reversíveis, das operações realizadas, nem da parcela não amortizada; seria forçosamente subestimado; não evitaria dano ao Erário; e poderia ser usado para legitimar indenizações indevidas.

Significa, também, reconhecer que, em razão da negligência da Anatel, por quase duas décadas, no cumprimento de suas obrigações legais, contratuais e regulamentares, já não é possível

obter parcela relevante das informações que se fariam necessárias para assegurar que a totalidade dos bens reversíveis colocados à disposição das operadoras de telefônica fixa comutável continuassem à disposição do serviço público após o encerramento da concessão, ou tenham sido substituídos por outros bens igualmente essenciais à prestação do serviço concedido, sem que essa substituição resultasse em ônus indevido para o poder público.

Registro, por fim, que a linha de entendimento ora adotada não constitui óbice à alienação de bens que se tenham tornado absolutamente prescindíveis à prestação do serviço concedido. Tais bens podem ser alienados, desde que a venda seja precedida de avaliação adequada do preço de mercado e da expressa anuência da Anatel. O valor correspondente deve ser, necessariamente, utilizado na aquisição de outros bens reversíveis que se incorporem ao acervo da concessão.

Feitas essas considerações, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de setembro de 2019.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 024.646/2014-8

Natureza: Pedido de reexame (Relatório de Auditoria)

Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações

Responsável: João Batista de Rezende (CPF 472.648.709-44).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Preliminarmente, enalteço a qualidade do voto elaborado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigo, o qual irei acompanhar. Contudo, julgo necessário tecer algumas considerações.

2. Neste momento, está em julgamento o pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) contra o Acórdão 3.311/2015 - Plenário, por mim relatado, o qual foi proferido durante o julgamento de auditoria operacional realizada com o fito de avaliar a atuação da agência reguladora, ao longo dos anos, na regulamentação, no controle, no acompanhamento e na fiscalização dos bens reversíveis, vinculados às concessões do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), relativamente ao que expressamente estabelecem os contratos de concessão e a Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

3. Cabe destacar a materialidade dessa questão, uma vez que, consoante exposto pelo Relator deste recurso, o valor total desses bens foi estimado em mais de R\$ 121.600.000.000,00 (cento e vinte e um bilhões e seiscentos milhões de reais).

4. Os referidos bens foram transferidos para as concessionárias, a partir do ano de 1998, para que fossem utilizados na prestação do serviço público de telefonia fixa. Nesse cenário, o contrato de concessão assinado em 2006 caracteriza bens reversíveis como aqueles indispensáveis à continuidade da prestação do serviço concedido e prevê a edição de regulamento, dispondo sobre identificação e controle de bens reversíveis, antecipando que dependerão de prévia aprovação da Anatel sua alienação, oneração ou substituição.

5. Em 2011, o Contrato de Concessão foi alterado e passou a qualificar bens reversíveis como *“a infraestrutura e equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas em Plano Geral de Metas de Universalização, aprovado nos termos do art. 18, inciso III, da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997”*.

6. Com fulcro no acima exposto, a Anatel tem reiteradamente defendido que deve acompanhar e controlar os bens reversíveis com vistas a garantir a prestação de um serviço público adequado. Consequentemente, as determinações do TCU ora recorridas seriam desnecessárias, uma vez que a agência disporia de um amplo leque de mecanismos mais eficientes para atingir esse objetivo, com destaque para os seguintes:

- i) acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;
- ii) análise de sustentabilidade da concessão;
- iii) acompanhamento econômico-financeiro da concessionária;
- iv) controle de obrigações relacionadas, sobretudo, à qualidade e à universalização do

serviço; e

- v) fomento à competição.

7. A Anatel acrescentou que:

a) não acompanhou a evolução dos bens reversíveis sob a perspectiva de manutenção do valor patrimonial da concessão, que está por trás da determinação vergastada, mas sim tendo em vista a continuidade do STFC, pautada pela necessidade de mutação do acervo de bens necessários à prestação do serviço. Ademais, tal entendimento teria amparo na exposição de motivos que acompanhou o projeto da LGT encaminhado pelo Ministro da Comunicações ao Presidente da República;

b) as disposições constantes do Regulamento de Controle dos Bens Reversíveis – RCBR relativas à reaplicação dos recursos oriundos da alienação de bens reversíveis constituem meras diretrizes para orientar a Anatel no controle de deveres de investimentos previstos. O fim último de tal sistemática é garantir a prestação e continuidade do serviço público de telecomunicações;

c) uma vez que o custo total de aquisição dos bens reversíveis, sem depreciação, saltou de R\$ 99,5 bilhões para R\$ 121,6 bilhões, conforme informações encaminhadas pelas concessionárias em cumprimento ao RCBR, poder-se-ia afirmar que os recursos obtidos com alienações foram reaplicados na concessão, ainda que não tenham sido individualizadas as alienações de bens reversíveis; e

d) como não houve ruptura da prestação do serviço concedido, pode-se afirmar, a despeito da ausência de demonstração exaustiva de cada alienação ocorrida, que o procedimento de acompanhamento e controle de bens reversíveis adotado pela Anatel foi adequado.

8. Do acima exposto, fica patente que toda a atuação do ente regulador foi pautado pela premissa de que os bens reversíveis só deveriam ser controlados visando garantir a prestação de um serviço adequado. Por via de consequência, foram negligenciadas as preocupações de cunho patrimonial, que, consoante exposto acima, deveriam ser igualmente prioritárias em decorrência dos elevados valores envolvidos.

9. Em decorrência desse entendimento equivocado, a Anatel não cumpriu as obrigações que lhe foram impostas pela LGT, pelos contratos celebrados e por seu próprio regulamento, uma vez que instituiu tardiamente um procedimento absolutamente ineficaz de controle de bens reversíveis. O que levou à situação em que ora nos encontramos, que foi assim descrita pelo Ministro Relator **ad quem**:

“Mencionei que, mesmo após vinte anos de concessão, a agência reguladora não é capaz de informar, com mínimo grau de precisão, quantos são, onde estão e qual o valor dos bens reversíveis colocados à disposição das concessionárias STFC em 1998, nem dos hoje existentes, muito menos o valor apurado pelas concessionárias com as alienações desses bens no período.

Também que a Anatel não tem a menor ideia da parcela não amortizada dos bens reversíveis hoje existentes, nem possui elementos para a calcular.”

10. Ciente destes problemas, propus a este Plenário a expedição de determinações, no Acórdão 3.311/2015, que buscavam assegurar que os bens reversíveis colocados à disposição das operadoras de telefônica fixa, cujo valor se estima em mais de uma centena de bilhões de reais, continuem à disposição do serviço público, após o encerramento da concessão, ou tenham sido substituídos por outros bens, igualmente essenciais à prestação do serviço concedido, sem que essa substituição resulte em ônus indevido para o poder público, em benefício único da concessionária.

11. Na época de suas expedições, as determinações em tela foram consideradas não só necessárias, mas também exequíveis, uma vez que elas foram fruto de estudos e reuniões com conselheiros e técnicos da Anatel.

12. Ressalto que, por meio das determinações em tela, busquei conhecer não só a situação dos bens à época, mas também a respectiva evolução. Afinal, consoante enfatizado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, *“o contrato não dispensa conhecer os bens reversíveis, tampouco acompanhar sua evolução. Pelo contrário. É preciso pleno conhecimento do acervo de bens reversíveis e de suas mutações, para avaliar a utilidade de cada bem. Também para assegurar que os bens imprescindíveis e ainda servíveis permaneçam à disposição da concessão após a extinção da concessão.”*

13. Nesse sentido, que os contratos de concessão, firmados em 1998 e 2005, atribuem à Anatel dever de fiscalizar a conservação dos bens reversíveis (cláusulas 16.1, I, e 17.1, I, respectivamente). Exigem ainda que as concessionárias mantenham em dia o inventário dos bens e dos componentes do ativo imobilizado da empresa, entre os quais, obviamente, os bens reversíveis (cláusula 15.1, VIII).

14. Acrescento que, nos contratos de 2005, celebrados após a aquisição do controle estatal pelos grupos privados vencedores do leilão de privatização, foi acrescentado o § 4º à cláusula 22.1, para

explicitar a obrigação das concessionárias de apresentar anualmente relação dos bens vinculados à concessão.

15. Entretanto, neste momento, julgo que as razões apresentadas pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, no voto relator submetido a este Colegiado, demonstraram que elas não devem subsistir.

16. A uma, porque o detalhamento das alienações de bens reversíveis realizadas desde 2007, que foi determinado pelo Acórdão 3.311/2015 - Plenário, demandaria a alocação de recursos em um nível que poderia comprometer o acompanhamento de temas de grande relevância e das atividades fiscalizatórias a cargo da agência. A duas, porque os resultados não serão confiáveis.

17. Por outro lado, esta Corte de Contas não pode assistir passivamente o absoluto descaso da agência reguladora, por mais de vinte anos, com suas obrigações legais, contratuais e regimentais. Assim sendo, o TCU deve atuar da forma o mais possível eficiente, empregando tempo e recursos disponíveis na obtenção de informações úteis e sobre os bens reversíveis com maior risco de dissipação.

18. Importa salientar que tramita no Senado Federal, em regime de urgência, o Projeto de Lei 3.453/2015, que altera as Leis 9.472/1997 e 9.998/2000, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização.

19. Em conformidade com o referido PL, a Agência Nacional de Telecomunicações poderá autorizar, mediante solicitação da concessionária, a adaptação do instrumento de concessão para autorização, condicionada à observância de alguns requisitos, dentre eles a manutenção da prestação do serviço adaptado e o compromisso de cessão de capacidade que possibilite essa manutenção, nas áreas sem competição adequada, nos termos da regulamentação da Agência.

20. O texto define bens reversíveis como aqueles ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido. Também estabelece que o valor de bens reversíveis utilizados para a prestação de outros serviços de telecomunicações, explorados em regime privado, será calculado na proporção de seu uso para o serviço prestado em regime público.

21. No presente momento, destaco que, caso o Projeto de Lei em tela seja aprovado na forma em que se encontra, haverá a transferência dos bens reversíveis para o patrimônio das empresas, as quais, em contrapartida, deverão realizar investimentos no valor correspondente ao dos referidos bens. Diante disso, cabe indagar como será calculado esse valor, uma vez que a agência não possui dados confiáveis.

22. Ademais, ainda que o mencionado PL não seja aprovado ou seja alterado de forma a excluir essa previsão, deve-se considerar que o prazo de vigência dos contratos de concessão se encerrará em 2025. Assim sendo, naquele ano, deverá ser calculado o valor dos bens reversíveis não amortizados, o que implica dizer que haverá o mesmo problema acima exposto.

23. Com fulcro nessas considerações, considero que a proposta apresentada pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, além de ser muito oportuna, é a que melhor se amolda à situação ora vivenciada.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de setembro de 2019.

BENJAMIN ZYMLER
Ministro

ACÓRDÃO Nº 2142/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 024.646/2014-8.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame em Relatório de Auditoria
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Responsável: Joao Batista de Rezende (472.648.709-44)
 - 3.2. Recorrente: Anatel (02.030.715/0017-80).
4. Órgão/Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM).
8. Representação legal: Mariana Félix Gonçalves de Mateus

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que, nesta etapa processual, tratam de pedido de reexame interposto pela Agência nacional de Telecomunicações (Anatel) contra o item 9.2.1 e subitens do Acórdão 3.311/2015-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 32, inciso II, 34 e 45 da Lei 8.443/92, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, tornando insubsistentes o item 9.2.1 e subitens do Acórdão 3.311/2015-Plenário;

9.2. com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, determinar à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que, no prazo de 210 dias, a contar da ciência deste Acórdão, apresente relação que identifique todos os bens reversíveis do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), ao final do exercício de 2017, sem as falhas identificados nas Relações de Bens Reversíveis, apresentadas pelas concessionárias e referidas na Seção IX do voto condutor desta deliberação, após cotejo com as informações relativas aos bens reversíveis e do ativo imobilizado das operadoras de telefonia fixa comutável, obtidas de outras fontes, mediante os seguintes procedimentos:

9.2.1. solicite informações a prefeituras municipais, órgãos públicos federais, concessionárias e autorizatárias de serviços públicos, prestadoras de serviços, cartórios de imóveis, para identificar bens imóveis que, em algum momento, tenham composto o acervo das concessões do STFC;

9.2.2. compulse as demonstrações financeiras das operadoras de STFC e das demais empresas dos grupos a que pertencem, para identificar transferências ou alienações de bens do ativo imobilizado;

9.2.3. coteje RBRs sucessivas, para identificar supressões e aquisições de bens reversíveis; e

9.2.4. compulse a documentação disponível no Arquivo Nacional que, conforme comprovado nos autos da Apelação Cível 0029346-30.2011.4.01.3400/DF, contém documentos relativos aos bens reversíveis integrantes do patrimônio das antigas subsidiárias da Telebrás;

9.2.5. solicite ao BNDEs e às consultoras KPMG e Azevedo Sodré as listas de bens reversíveis elaboradas durante o processo de avaliação para a desestatização do sistema Telebrás;

9.2.6. compulse os autos da Ação Civil Pública 0029346-30.2011.4.01.3400 e da Apelação Cível 0029346-30.2011.4.01.3400/DF, para verificar os documentos juntados aos autos pela Proteste - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, em especial as escrituras de imóveis que, supostamente, faziam parte do acervo de bens reversíveis da Telebrás e teriam sido extraídas de caixas armazenadas pelo Arquivo Nacional;

9.2.7. utilize como uma das fontes de informação os resultados dos procedimentos adotados em razão do item 9.2.1 do Acórdão 2.468/2010-Plenário, bem como do item 3.2 do relatório que fundamentou tal deliberação, relativos a ações de fiscalização e métodos de aferição dos bens reversíveis.

9.2.8. direcione maiores esforços às mutações relativas aos equipamentos de comutação, transmissão e torres, sem prejuízo de investigar outros bens reversíveis que a Anatel repute relevantes sob a ótica da materialidade e do risco de alienação, desvinculação, oneração e substituição sem sua anuência;

9.2.9. dê especial atenção às operações realizadas no período subsequente a 2012;

9.2.10. identifique os bens reversíveis que tenham sido adquiridos com anuência da Anatel;

9.2.11. uma vez identificado bem que, em qualquer tempo após 1998, tenha sido em qualquer momento necessário à prestação do serviço de telefonia fixa e não conste das Relações de Bens Reversíveis apresentadas pela operadora, conceda-lhe oportunidade de comprovar sua destinação ou de contestar sua existência/classificação;

9.2.12. caso a operadora não comprove a destinação de bem reversível identificado pela Anatel que não conste da Relação de Bens Reversíveis por ela apresentada, nem conteste sua existência ou classificação, inclua o bem identificado, com o respectivo valor, na relação de bens a ser apresentada ao TCU em item específico;

9.3. dar ciência do teor desta deliberação ao Ministério das Comunicações; à Controladoria-Geral da União; à Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) do Senado Federal; à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) da Câmara dos Deputados; à Comissão de Defesa do Consumidor (CDC) da Câmara dos Deputados; à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC); e ao Ministério Público Federal.

10. Ata nº 35/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 11/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2142-35/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro e Bruno Dantas.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral