

## A REVERSIBILIDADE DE BENS DAS CONCESSIONÁRIAS DE TELEFONIA FIXA À LUZ DA TEORIA RESPONSIVA DA REGULAÇÃO

*Reversibility of Assets of Concessionaires of Local Fixed Telephony considering  
the Theory of Responsive Regulation*

Submetido(submitted): 10/12/2018

Parecer(revised): 02/02/2019

Aceito(accepted): 13/05/2019

Alexandre Pereira Pinheiro\*

### **Abstract**

**Purpose** – *The purpose of this article is to investigate whether the reversal to the public domain of assets owned by the current service provider, in the context of concession of public telecommunications service, is still the only, or even better, way to achieve the objectives it aims, especially the continuity of the service, in relation to the theoretical framework of Ayres and Braithwaite's Theory of Responsive Regulation.*

**Methodology/approach/design** – *The research will consider the structuring statutes of the telecommunications sector, the secondary norms produced by Anatel, as well as national and foreign literature on the subject.*

**Findings** – *After analyzing the doctrinal and normative framework on the subject of reversible assets in the telecommunications sector in light of the Responsive Theory of Regulation, it is believed that it will be possible to discern solutions that best fit the analyzed Theory, and there are many arguments against the preservation of the current model, which does not incorporate adequate regulatory modeling to address the issue.*

**Keywords:** *Theory of Responsive Regulation. Reversible Assets. Telecommunications Services. Public Concession of Telecommunication Service.*

### **Resumo**

**Propósito** – Pretende-se investigar se o instituto da reversibilidade de bens na concessão de serviço público de telecomunicações é, ainda, a única, ou melhor, forma de se atingir os fins por ele visados, em especial a continuidade do serviço, em relação ao marco teórico da Teoria Responsiva da Regulação, de Ayres e Braithwaite.

---

\*Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Possui Master of Laws pela University of Chicago. Pós-graduado em Regulação de Telecomunicações pela Universidade de Brasília (2006). Ex-Procurador do Estado de Goiás. Atualmente, é consultor jurídico em Regulação de Telecomunicações. E-mail: [alexppinheiro@uol.com.br](mailto:alexppinheiro@uol.com.br).

**Metodologia/abordagem/design** – A pesquisa se valerá das normas estruturantes do setor de telecomunicações, das normas secundárias produzidas pela Anatel, bem como de literatura nacional e estrangeira sobre o tema.

**Resultados** – Após análise da doutrina e do arcabouço normativo sobre o tema dos bens reversíveis no setor de telecomunicações à luz da Teoria Responsiva da Regulação, acredita-se que será possível divisar soluções que melhor se amoldam à Teoria analisada, havendo muitos argumentos contra a preservação do atual modelo, que não incorpora uma modelagem regulatória adequada para tratar do assunto.

**Palavras-chave:** Teoria Responsiva da Regulação. Bens Reversíveis. Serviços de Telecomunicações. Concessão de Serviços Públicos.

## INTRODUÇÃO

É praticamente um consenso na doutrina do Direito Administrativo de que este ramo do Direito vive um momento de releitura de seus institutos à luz de novos paradigmas. Alguns conceitos antes considerados quase que imutáveis e dogmáticos para administrativistas vêm sofrendo adaptações e até mesmo rejeição (pensa-se, por exemplo, no princípio da superioridade do interesse público sobre o privado).

Isso termina por abrir um leque de possibilidades no que toca às relações que podem se estabelecer entre administração e sociedade, refletindo na diversidade de modelos a pluralidade de que passa a se revestir a própria sociedade a que ela serve.

No epicentro dessas mudanças encontra-se o serviço público, que foi, desde os primórdios do Direito Administrativo, um de seus principais objetos de estudo. Na obra de Léon Duguit, chega a configurar o próprio critério definidor do Direito Administrativo (cf. DI PIETRO, 2014, p. 44).

Dada, portanto, a inegável relevância do serviço público, esta pesquisa pretende investigar as possíveis consequências dessas mutações administrativas no contorno jurídico de um instituto intrínseco às concessões desse serviço, e mais especificamente no caso do setor de telecomunicações: a reversão de bens.

Como será visto no momento oportuno, a implementação da reversibilidade de bens nas concessões de serviços de telecomunicações foi uma caminhada com tantos obstáculos e percalços, que se começou a questionar a própria viabilidade de sua existência no âmbito das telecomunicações.

Essas discussões ocorrem, no plano jurídico, pautando-se pela mera invocação de princípios, como o da eficiência, e interpretação, gramatical e teleológica, de minuciosos regramentos sobre o tema; no político, não raro as discussões são tributárias de posições ideológicas, obviamente legítimas e naturais.

Nesse quadro, o presente artigo propõe uma contribuição ao debate, mas do ponto de vista acadêmico, ou seja, tomando como sustentáculo uma teoria específica do Direito Regulatório, a Teoria Responsiva da Regulação, e aplicando-a ao tema.

Em resumo, pretende-se evidenciar a relação das alterações doutrinárias dos institutos jurídicos de direito administrativo com a persistência dos bens reversíveis nas concessões de serviços de telecomunicações, sob a ótica da Teoria Responsiva da Regulação.

## O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ENCRUZILHADA DOS INTERESSES SOCIAIS

Não é possível cindir o processo histórico de formação do Estado Moderno e o surgimento do Direito Administrativo, com seus caracteres tradicionais.

Por Estado moderno, entende-se aquele que surgiu, aos poucos, após ruína da sociedade medieval feudal (1453), caracterizada pela fragmentação do poder político, e que levou, lentamente, a uma configuração de distribuição do poder político diametralmente oposta, qual seja, a de concentração do poder de coordenar e conduzir a sociedade no soberano estatal. Firmava-se, assim, no Estado Moderno, uma oposição entre soberano e sociedade, ocupando cada qual polos opostos no campo da política (MARQUES NETO, 2002, p. 31. Cf., também, DALLARI, 1998, p. 70 e ss).

Essa oposição vai se delineando mais claramente com o passar do tempo, e a linha divisória vai se aperfeiçoando, se delimitando, especialmente com o fortalecimento do capitalismo no século XIX. Nessa época, ocorre um deslocamento do eixo de poder no sentido de fortalecer a sociedade civil, que passa a imprimir mais e mais sua marca nos destinos nacionais, acarretando uma potencial crise de legitimação do soberano, que precisa de meios, tanto políticos quanto jurídicos, de ver reconhecido seu papel de autoridade, de condutor dos destinos nacionais (MARQUES NETO, 2002, p. 32).

Diante dessa necessidade, a concepção inicial de oposição entre soberano e sociedade transmuda-se, e a “separação entre público e privado assume posição central (...)” (MARQUES NETO, 2002, p. 41), ou seja, não mais se concebe ou formula uma oposição de cunho subjetivo, mas sim uma de jaez objetivo, que diz com a função desempenhada por cada um na sociedade como um todo. O soberano encarnava a posição do público, ao passo que a sociedade era reconhecida como o polo privado.

Isso engendrará importantes consequências no âmbito do Direito Administrativo.

De fato, à esfera pública atribuíram-se os deveres de concretizar ou atender às necessidades coletivas, o que, a um só tempo, desobrigou a esfera privada do cumprimento deste dever e legitimou o poder político conferido ao governante para a consecução do bem público, do bem comum. Essa formulação implica, como se vê claramente, uma “exclusividade da consecução dos interesses coletivos” pelos poderes públicos (MARQUES NETO, 2002, p. 42).

A repercussão jurídica da ideia de que cabe ao governante (esfera pública), com exclusividade, a consecução do interesse público, se vê no papel a ser desempenhado pelo “interesse público” no bojo do Direito Administrativo. É um triplo papel: de instrumento, limite e fundamento (MARQUES NETO, 2002, p 77).

Em primeiro lugar, funciona como instrumento do Direito Administrativo, moldando as prerrogativas que a Administração Pública possui na concretização destes objetivos. Assim, cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e presunção de legalidade dos atos administrativos encontram fundamento, na ótica da visão tradicional, na necessidade de concretizar o interesse público.

Em seguida, vincula a atuação da Administração Pública (vista, aqui, como poder público) estritamente àquilo que possa ser justificado como necessário ao atendimento do interesse público. Por isso é que se diz haver uma “reserva de poder” para a Administração Pública e uma “reserva de liberdade” para o campo privado (MARQUES NETO, 2002, p 43).

Por fim, serve como fundamento de legitimação da atuação estatal. A legitimidade, aqui, por óbvio, não é só a política, conseguida por meio do voto em grande parte dos países no final século XIX, mas sim a legitimidade dos poderes administrativos, como o poder regulamentar ou o poder de polícia.

Assim, passou a avultar em importância a concepção de interesse público como elemento central do Direito Administrativo, alicerce fora qual ele não poderia se sustentar, sob pena de desfigurar-se, e que lhe conferiria legitimidade para fazer constrições à liberdade privada em nome de um bem maior, um bem de todos, o do interesse público.

Assim, a oposição entre soberano e sociedade transformou-se em contraste entre interesse público e interesse privado, em embate entre a esfera pública e a privada. Daí a se conceber o interesse público como instituto jurídico a legitimar, especificamente, a superioridade da Administração Pública em relação aos particulares foi um passo, curto.

Nessa toada, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, pp.10-11) afirmou que

“os conceitos ligados à preservação da autoridade assomaram a tal importância estruturante que a literatura jurídica do Direito Administrativo

tornou-se praticamente unânime quanto à articulação dogmática da disciplina sobre a ideia central — magistralmente sintetizada por Umberto Allegretti — de que o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos”.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 30):

“Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”.

A partir desse contexto, Floriano Azevedo Marques comenta (2002, p. 81):

“Ao formular o princípio a partir do conceito de supremacia, o paradigma em tela já prenuncia a ideia de que o interesse público se contrapõe aos interesses privados, razão por que deverá predominar, prevalecer, superar, sobrepôr, os interesses privados”.

Essa concepção de predominância, de prevalência do interesse público em relação ao privado se reflete no ordenamento jurídico como um todo. Em interessante exemplo, o mesmo Professor da USP cita o caso do crime de advocacia administrativa, tipificado no art. 321 do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Patrocinar, aqui, tem o sentido de defender (GRECO, 2010, p. 852), e a Lei pune o servidor público que defenda o interesse de um particular perante a Administração, ainda que esse interesse seja legítimo, como se vê da qualificadora do crime descrita no parágrafo único. Assim, comenta Floriano (MARQUES NETO, 2002, p. 82):

“Esse caráter de oposição necessária entre interesse público e interesse privado é bem ilustrado com exemplo de outro campo do Direito Público (...). A norma penal pressupõe a impossibilidade de o agente público estar a agir na consumação de interesse público que coincida com o interesse privado de terceiro, indicando um a priori lógico de que o interesse privado necessariamente se contraporá ao interesse público”.

Modernamente, contudo, o Direito Administrativo passa “a transitar da preponderância monológica rumo a padrões dialógicos”, e isso implica a “adoção de modelos decisórios menos unilaterais ou impositivos, consideradas simplistas as soluções voltadas a doses enormes e, não raro, de infrutífera repressão” (AITA, 2014, p. 24. Cf. também, ARAGÃO, 2008, pp. 12-13).

Nesse contexto de abertura do Direito Administrativo às novas fórmulas de atuação social, Odete Medauar fala em “florescimento de módulos contratuais” (apud CARVALHO, 2014, p. 39) no âmbito do Direito Administrativo, em detrimento do uso de fórmulas unilaterais e imperativas.

Assim, há uma “desmistificação do Estado, como titular único do conhecimento e da capacidade de revelar e concretizar o interesse público”, o que termina por abrir

“um leque de possibilidades no que toca às relações que podem se estabelecer entre administração e sociedade, refletindo na diversidade de modelos a pluralidade de que passa a se revestir a própria sociedade a que ele serve” (VALLE, 2009).

Diante de tudo o que foi alinhado anteriormente, parece claro que tais mudanças no Direito Administrativo lançam ondas de choque a vários de seus institutos, que passam a ser criticados, revistos, adaptados para, ao final, serem mantidos, adaptados ou descartados.

Um dos principais capítulos de estudo do Direito Administrativo é, certamente, o de serviços públicos, com sua origem, regime de prestação etc. A pergunta que se faz, diante desse cenário, é se há alguma modelagem regulatória que se adapte a essas novas concepções do Direito Administrativo, isto é, que seja dotada de flexibilidade, maleabilidade para regular os mais diversos interesses diante da flexibilização na forma de atuação administrativa e que seja, ao mesmo tempo, uma importante ferramenta de controle de condutas dos regulados, com abertura, inclusive, para aplicação de sanções, graves e proporcionais, caso descumpridos os objetivos regulatórios propostos.

E é aqui que deve ser analisada com mais vagar a Teoria da Regulação Responsiva.

## A TEORIA DE REGULAÇÃO RESPONSIVA

A Teoria da Regulação Responsiva (*Responsive Regulation*) foi formulada, inicialmente, em 1992, no livro “*Responsive Regulation*” de Ian Ayres e John Braithwaite, autores americano e australiano, respectivamente. Posteriormente, houve outros desenvolvimentos e aprimoramentos da Teoria, inclusive quanto à possibilidade de sua aplicação aos países em desenvolvimento.

O propósito central do livro era oferecer uma teoria que fosse uma alternativa ao debate regulatório do momento em que ele surgiu, debate esse que se centrava entre as opções de regulação *command and control*, por um lado, e desregulação, por outro.

As duas visões de mundo regulatórias, não raro impulsionadas por visões políticas também, propunham um dilema: ou se escolhe a liberdade do mercado ou a regulação governamental, sinônima, esta última, de intervenção estatal na vida privada (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 3).

O propósito maior da Teoria Responsiva é uma superação dessa visão quase que maniqueísta da realidade, de modo a uni-las, em modelagem que alguns poderiam reputar contraditória, mas que se apresenta, na verdade, como tentativa de aproveitar os melhores elementos de cada uma das posições, deixando de lado suas fraquezas.

Os autores afirmam textualmente no começo do livro (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 3):

“A boa análise política não trata de escolher entre o livre mercado e regulação governamental. Nem se trata, simplesmente, de decidir que a lei deveria proibir. Se aceitarmos que a boa análise política gira em torno da compreensão da regulação privada - por associações da indústria, por empresas, e por consciências individuais - e como ela é interdependente da regulação estatal, então possibilidades interessantes surgem para orientar a mistura de regulação pública e privada. É esta combinação, esta interação, que funciona para auxiliar ou solucionar o problema da política. Os participantes de ambos os lados enquadram o debate sobre a desregulação como uma espécie de escolha política do tipo “Live Free or Die”. Mesmo os amantes da liberdade podem, razoavelmente, perguntar-se se uma terceira alternativa não existe. Este livro é sobre a propor essa alternativa. Argumentamos que, trabalhando de forma mais criativa com a interação entre a regulação pública e privada, o governo e os cidadãos podem projetar melhores soluções políticas”.

A ideia básica de regulação responsiva é a de que os governos devem ser responsivos à conduta daqueles que procuram regular a fim de decidir se uma resposta mais ou menos intervencionista é necessária. O que significa ser

responsivo, nesse contexto? Significa que o regulador deve ser sensível à forma como efetivamente cidadãos ou empresas estão se autorregulando antes de decidir se a intervenção estatal em determinada atividade deve ser grande ou pequena, se deve diminuir ou aumentar (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4)

Ou seja, é necessário olhar a realidade do mercado, suas práticas concretas, para se avaliar sobre o nível de intervenção regulatória na economia.

De toda maneira, a presunção estabelecida pela Teoria Responsiva, e que está na base de sua abordagem, é que se deve tomar como ponto de partida a possibilidade de ser estabelecer um diálogo, uma ação por meio de persuasão com o regulado. Isso por mais que se esteja lidando com elementos potencialmente catastróficos para a sociedade como um todo, como ocorre no caso da regulação da indústria nuclear (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 40).

Segundo Ayres e Braithwaite, isso não significa que a teoria está assentada na premissa de que os diretores das empresas são pessoas cooperativas por natureza. Não se trata de usar tal concepção como ponto de partida. O que a Teoria afirma é que a modelagem regulatória deve ser tal que o ator racional se veja compelido a cooperar, uma vez que seria essa a única atitude inteligente diante das opções a ele colocadas. Do contrário, isto é, em caso de recusa à cooperação, viria, inexoravelmente, a sanção ao agente não-cooperativo, recalcitrante (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 21-22).

Deve, portanto, o regulador, estudar e conhecer o mercado e seus agentes econômicos e aplicar a Teoria Responsiva conforme cada caso. De maneira geral, é possível dizer que, com grande probabilidade, em todos os mercados há os agentes denominados de “*profit-maximizers*” e os movidos pela “responsabilidade social”. Diante disso, deve-se rejeitar uma estratégia baseada completamente na persuasão ou totalmente fulcrada na punição.

A primeira não teria o condão de influenciar os atores que pensam unicamente no lucro, e a segunda minaria a vontade de cooperação daqueles que querem cumprir voluntariamente as leis e a regulamentação (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 24).

Não raro se encontram pessoas, seja na academia, seja nas Agências Reguladoras, imbuídas do espírito de punição, como estratégia primeira, contra as empresas reguladas. Mas Ayres e Braithwaite afirmam que (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 26)

“Usar a punição como uma primeira estratégia é contraproducente de diversas maneiras. Em primeiro lugar, a punição é cara, a persuasão é barata. Segundo a aplicação de punições engendra um jogo regulatório de gato-e-rato, pelo qual empresas desafiam o espírito da lei, explorando brechas, e o Estado tende a escrever mais regras e mais específicas para cobrir as lacunas”.

Como, então, solucionar o dilema? Como, concretamente, a Teoria Responsiva se mostra uma alternativa às duas soluções? Em outras palavras, quando dialogar, quando punir?

Ayres e Braithwaite propõem uma modelagem baseada em uma pirâmide de estratégias regulatórias. De acordo com a formulação por eles proposta, essa é a parte mais distintiva da regulação responsiva (BRAITHWAITE, 2006, p. 886). É uma tentativa de resolver, com clareza e maior precisão possível, o enigma de quando punir e quando persuadir.

Na base da pirâmide está a abordagem menos intervencionista, mais negociada, e que pode garantir a conformidade empresarial a uma lei justa. À medida que se sobe a pirâmide, intervenções cada vez mais drásticas na vida dos agentes estão envolvidas.

De acordo com a Teoria, por mais grave que possa ser o potencial de infringências às leis, a resposta normal, primária da regulação responsiva é tentar um diálogo antes de tudo, e só substituir esta presunção se existirem razões imperiosas para fazê-lo.

À medida que se sobe a pirâmide, como resposta a uma infração, o objetivo é obter, não a punição em si, mas a reforma do agente regulado por meio da sanção e da reparação. Atingido esse objetivo, deve-se dar marcha à ré e fazer o caminho para baixo da pirâmide, voltando-se à base inicial, de persuasão, de diálogo. A modelagem piramidal deve ser firme e ao mesmo tempo indulgente: destarte, a reforma deve ser recompensada, assim como a recusa recalcitrante à reforma acabará por ser punida, até mesmo severamente (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, pp. 38-40).

Deve-se ter em mente que se trata de um modelo dinâmico (BRAITHWAITE, 2006, p. 886). Em outras palavras, não se trata de especificar antecipadamente quais são os tipos de questões que devem ser tratadas na base da pirâmide, que são as mais graves que devem estar no meio e que são as violações mais flagrantes que devem ir para o topo da pirâmide.

Não. Mesmo com as mais graves questões – como já dito, mesmo no caso de potenciais desrespeitos às obrigações legais para operar uma usina de energia nuclear com segurança, o que coloca em risco potencial milhares de vidas - os autores da Teoria Responsiva afirmam que se deve ficar com a presunção de que é melhor começar com o diálogo na base da pirâmide.

A presunção piramidal de persuasão fornece, segundo a Teoria, a opção mais barata e mais respeitosa ao regulado, dando-lhe a chance para que ele cumpra voluntariamente os compromissos (BRAITHWAITE, 2006, p. 887). As punições severas são, assim, mantidas em reserva para os casos em que a persuasão falha. Segundo a formulação proposta, o motivo mais comum para a persuasão falhar é um ator regulado ser um “calculador racional” dos custos

prováveis da aplicação das sanções legais em comparação com os ganhos decorrentes de sua violação.

Para que a modelagem funcione, contudo, os autores afirmam que é necessário que o regulador carregue uma “*big gun*”, o que, no contexto, significa que o regulador tenha à sua disposição pesadas sanções, como ameaça a violações regulatórias, a serem aplicadas nos casos em que a ação na base da pirâmide se mostrar insuficiente (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 40). Essas sanções, inclusive, têm de chegar ao nível do que eles chamam de incapacitação, ou seja, retirada de licenças, processos criminais, etc.

Estudiosos do tema de design regulatório têm confirmado que a modelagem de Ayres e Braithwaite responde a um imperativo de otimização de *compliance* das normas regulatórias pelas empresas (Cf. DANIELS, 2012; SOLOMON, 2008; MINZNER, 2012). Assim, ela responde ao fato de que a aplicação isolada de teorias regulatórias que tratam de justiça restaurativa, a persuasão e a incapacitação são, todas elas, abordagens limitadas e imperfeitas de reforço à conformidade empresarial (BRAITHWAITE, 2006, p. 887).

O que a pirâmide regulatória, por eles proposta, tenta fazer é encobrir as deficiências de uma teoria com os pontos fortes do outro. A ordenação de estratégias regulatórias na pirâmide não serve apenas para colocar as opções menos onerosas, menos coercitivas, mais respeitosas ao bom agente regulado em baixo por questões de custo regulatório, mas também porque, recorrer a formas mais invasivas de intervenção na liberdade apenas quando as mais dialógicas foram tentadas primeiro, torna o controle coercitivo mais legítimo.

Dito de outra forma, o regulado sabe que está sendo punido porque não cooperou antes. Por conseguinte, a regulação é vista como mais legítima, mais “processualmente elaborada”; logo, o cumprimento de seus termos é mais provável (BRAITHWAITE, 2006, pp. 887-888).

Há, ainda, outra vantagem na aplicação do modelo piramidal descrito. Braithwaite afirma que a sobrecarga da capacidade punitiva do sistema resulta em uma aplicação da lei inconsistente, errática, acarretando falta de credibilidade ao sistema regulatório como um todo (BRAITHWAITE, 2006, p. 888).

Além disso, a exposição prévia ao regulado à pirâmide canaliza o ator racional para a sua base. O regulado conhece a forma de atuação da agência reguladora, sabe da perspectiva de punição. O descumprimento passa a ser visto, verdadeiramente, como uma “ladeira escorregadia” que irá inexoravelmente levar a um final desastroso. Assim, na verdade, o que modelagem piramidal faz é resolver o problema da capacidade punitiva do sistema com a ameaça de punição, tornando-a mais barata e certa, porque aplicada em poucos casos e, por isso mesmo, mais efetiva (BRAITHWAITE, 2006, p. 888).

A pirâmide evoca, então, uma necessidade de autopunição dos atores racionais que estão em sua base, ou seja, mesmo sem serem forçados por regras coercitivas a tomar medidas antieconômicas (gasto com qualidade do serviço, atendimento ao usuário, etc.), esses atores são forçados a fazê-lo, porque é medida mais barata para eles do que a punição da agência, que certamente acontecerá, caso decidam não cumprir, voluntariamente, suas obrigações (BRAITHWAITE, 2006, p. 888).

Apesar de bem aceita e difundida, a Teoria sofreu, naturalmente, algumas críticas. Faz-se mister abordar, aqui, aquelas referentes à impossibilidade de sua aplicação nos países em desenvolvimento (BRAITHWAITE, 2006, p. 884).

Alguns argumentaram que os países em desenvolvimento têm, na sua maioria, menor capacidade regulatória do que os desenvolvidos. Essa capacidade regulatória diminuída é moldada por duas constatações: por um lado, afirma-se que o regulador não detém força política suficiente para carregar uma “*big gun*” como ameaça crível contra grandes corporações econômicas; por outro, os órgãos reguladores de países em desenvolvimento não estão aparelhados, em termos quantitativo (número de pessoal) e qualitativo (formação dos reguladores) para poder aplicar corretamente a Teoria Responsiva, com suas nuances de equilíbrio entre fiscalização, persuasão, diálogo, punição, escalada e descida da pirâmide, etc.

A resposta à primeira constatação é a regulação em rede. Segundo Braithwaite, “vivemos em uma era de governança em rede” e, por isso, ele defende a importância central de terceiros, particularmente as ONGs, que devem ser diretamente envolvidos na supervisão aplicação da regulamentação. A atuação em rede, aqui, significa uma estreita cooperação entre os órgãos para os objetivos comuns, inclusive com compartilhamento de informações e responsabilidades (BRAITHWAITE, 2006, p. 890).

Além de auxiliar nessa fiscalização, as ONGs ajudam a construir ou destruir reputação de empresas reguladas. Podem organizar boicotes de consumidores, publicam ranking de qualidade em suas páginas na Internet, divulgam as empresas com maior número de reclamação, entre outras práticas chamadas por ele de *naming and shaming*. A Regulação Responsiva, portanto, concebe as ONGs como entidades que desempenham papel de fundamental importância no ambiente regulatório (BRAITHWAITE, 2006, p. 891).

Assim, como, na visão de Braithwaite, os países em desenvolvimento podem lidar com seu problema de falta de poder político para fazer o trabalho da regulação responsiva? Por meio da escalada na pirâmide, não necessariamente em termos de aumento da intervenção do Estado, mas mais em termos de escalada em rede com os reguladores não-estatais.

Dessa forma, os atores mais fracos podem tornar-se mais fortes atuando em rede com outros atores mais fracos. Em um mundo de conexões em rede entre os atores, portanto, para adquirir-se força política é preciso, não sentar à espera do crescimento de seu próprio (por meio da aquisição de mais riqueza ou mais armas de fogo, por exemplo), mas sim conectar-se em rede com aqueles que detêm um poder que o regulador, sozinho, não pode deter (BRAITHWAITE, 2006, p. 892).

Quanto à falta de capacidade regulatória por ausência de pessoal ou de sua qualificação, Braithwaite sugere seja instituído um sistema de recompensas de agentes privados que auxiliassem o Poder Público na fiscalização de infrações e delitos de empresas reguladas. Esses agentes seriam remunerados por um prêmio proporcional ao que ajudassem a recuperar aos cofres públicos. Obviamente, no Brasil, por envolver repasse de recursos públicos a particulares, deveria haver a observância de uma série de condicionantes, inclusive de nível legal (BRAITHWAITE, 2006, p. 894).

De toda maneira, segundo a concepção de Braithwaite, a maneira mais eficaz de canalizar recursos suficientes para a prevenção de infração é tornar a sua fiscalização tão rentável como seria rentável o cometimento de infrações.

Dessa forma, seria possível que a Teoria Responsiva da Regulação fosse aplicada mesmo em países em desenvolvimento com as características por ele mencionadas.

Expostos, nestes termos, os pontos centrais da Teoria objeto de estudo, resta, nos tópicos seguintes, avaliar a modelagem legal/regulatória conferida aos bens reversíveis nos contratos de concessão de serviços de telecomunicações, a fim de se verificar eventuais confluências ou discrepâncias em relação à teoria de base explicitada.

## **BENS REVERSÍVEIS NA CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTADO EM REGIME PÚBLICO**

O serviço de telefonia fixa, que recebe no Brasil a denominação técnica de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), ganhou do legislador destacada relevância no âmbito das telecomunicações. Cumpre, prefacialmente, e em breves linhas, situar esse serviço dentro da sistemática adotada pela Lei nº 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

Consoante o texto normativo do referido diploma legal, o STFC insere-se na classificação dos serviços de interesse coletivo, podendo ser prestado tanto no regime público (por meio de concessão e permissão) como no privado (explorado, nesse caso, por meio de autorização) e na modalidade local ou de longa distância nacional ou internacional.

A importância outorgada pelo legislador ao STFC, precipuamente quando prestado em âmbito local, decorria do fato, nas palavras de DUTRA (2002, p. 18), “de este serviço ser destinado ao atendimento direito da demanda primária dos serviços de telecomunicações, a reunir a totalidade dos seus usuários (...)”. Assim, é um serviço submetido aos ditames de universalização e continuidade.

Como se sabe, a concessão de serviço público é o instrumento por meio do qual o Poder Público delega a prestação, por colaboração, de um serviço público. Entre os vários princípios que informam a prestação do serviço, como o da atualidade, o da modicidade tarifária, ressaltamos o da continuidade. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 36):

“Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é a de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade. Ainda que fundamentalmente ligado aos serviços públicos, o princípio alcança toda e qualquer atividade administrativa, já que o interesse público não guarda adequação com descontinuidades e paralisações na Administração”.

Como decorrência da continuidade do serviço público, a doutrina clássica sempre advogou, e a legislação andou na mesma toada, que, chegada a concessão ao seu termo, houvesse algum instituto jurídico que regulasse o destino dos bens, de propriedade da concessionária, essenciais à prestação do serviço público.

Veja-se, a título de exemplo, o entendimento referendado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Parecer nº 126/2012-ICL/PGF/PFE-Anatel, de 9/2/2012):

“Tem-se, portanto, que ao fim da concessão é imperioso que existam condições factíveis para que o serviço prestado em regime público seja mantido incólume (princípio da continuidade), mantendo-se todos os requisitos de sua prestação adequada, leia-se, com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de suas tarifas. Assim, a manutenção do STFC em condições adequadas, em especial com continuidade, atualidade e a preços módicos deve ser sustentada após o decurso do prazo da concessão, o que deverá ser alcançado por meio da manutenção dos bens, materiais e imateriais, dos quais resultam as receitas complementares, alternativas e acessórias auferidas pela concessionária. A concessão, portanto, é um meio para que seja possível a concretização de políticas públicas e, por conseguinte, a reversão é que permitirá que, ainda que haja a extinção da Concessão, tais valores

fundamentais estatais estejam mantidos sem comprometimento de nenhuma ordem”.

Para exemplificar o posicionamento clássico da doutrina, trazem-se à colação as lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1951, pp. 9-10):

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

Assim foi que o art. 93, inciso XI, da Lei Geral de Telecomunicações determinou que o Contrato de Concessão indicasse os bens reversíveis, se houvesse.

A Anatel regulamentou o dispositivo legal por meio da Resolução nº 447/2006. Nos termos da resolução, são bens reversíveis equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público.

Acontece que a implementação das previsões legais e regulatórias acerca dos bens reversíveis se deu com vários percalços e solavancos.

O primeiro deles diz respeito à própria abrangência do que sejam os bens reversíveis. De fato, os serviços de telecomunicações possuem algumas peculiaridades que tornam complexa a aplicação aparentemente simples dessas disposições. Pode-se argumentar que o instituto dos bens reversíveis foi pensado em outro contexto, o de serviços muito mais simples, em que havia uma clara associação entre serviço prestado e sua infraestrutura. Veja-se o que diz a este respeito Diógenes Gasparini (2002, pp. 332-333):

“Cuidaremos, no entanto, de estudar a reversão tendo presente a concessão de serviço público. Assim, finda esta, a execução e exploração do serviço que fora seu objeto retornam à Administração Pública detentora de sua titularidade e com ela, como é natural, volvem os bens e equipamentos públicos entregues pela Administração Pública ao concessionário. É o que ocorre, por exemplo, com a execução e exploração do serviço de travessia de

um rio por meio de balsa. Essas atividades retornam ao Estado-Membro ou à União, conforme seja o rio público estadual ou federal, por ocasião da extinção da concessão de serviço público, tanto quanto retorna o barco de propriedade pública utilizado nos serviços de apoio ao de travessia e na manutenção dos equipamentos aplicados na prestação desse serviço”.

Sempre houve certa dificuldade em se caracterizar quais eram os bens reversíveis da concessão, o concessionário propugnando por uma lista reduzida de bens e o poder concedente por uma lista mais completa.

O advento da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral das Concessões) parecia colocar uma pá de cal nas discussões, pois exigia que o edital de licitação e o contrato de concessão tratassem dos bens reversíveis, aumentando a segurança jurídica dos participantes na licitação e no contrato, que saberiam de antemão quais os bens reversíveis, não mais se perdendo tempo e dinheiro com discussões jurídicas e administrativas acerca desses bens.

A LGT, da mesma forma, afirmou que os bens reversíveis deveriam estar previstos no Contrato de Concessão, seguindo a mesma linha da Lei das Concessões. Tudo parecia, portanto, estar de acordo com as melhores práticas.

No entanto, algumas particularidades do setor de telecomunicações tornaram cada vez mais difícil a aplicação desse ponto tão consensual da doutrina. Ora, a administração dos bens de uma concessão de serviço de telecomunicações é algo muito mais complexo. E isso por dois motivos, basicamente.

O primeiro é que os bens são, em si mesmos, mais complexos, já que os elementos que compõem as redes de telecomunicações são muito mais sofisticados do que balsas para atravessar um rio. Dizer quais desses bens são “essenciais” ou “efetivamente vinculados” à prestação do serviço é um processo extremamente difícil, laborioso, caro, sujeito a muita litigância.

Em segundo lugar, o setor de telecomunicações, ao contrário de muitos outros, e provavelmente mais do que qualquer um deles, está sujeito a contínuas mudanças e progressos tecnológicos. Isso tem como consequência a necessidade de constante atualização de redes e equipamentos. Portanto, mesmo depois que tais ou tais bens sejam definidos como reversíveis, é muito provável que eles sejam substituídos rapidamente, o que pode demandar novo processo de análise.

Ademais, a Resolução Anatel nº 447/2006 cria uma série de obrigações para os concessionários de telecomunicações em relação aos bens e contratos utilizados na prestação de serviços, obrigações estas que serão implementadas por meio da manutenção de um Inventário (art. 4º), de uma Relação de Bens Reversíveis (“RBR”) (art. 5º) e da apresentação de uma relação dos bens e serviços contratados com terceiros (art. 6º), bem como anuência prévia para venda.

## O Inventário é o

"documento em que se acham registrados os bens e direitos integrantes do patrimônio da Prestadora contendo, no mínimo, a descrição com o número de patrimônio, qualificação (reversível ou não), situação (onerado ou não), localização, utilização, estado de conservação, custo histórico atualizado e depreciado e, no caso de bens móveis, nome do fabricante, modelo e série de fabricação".

Vê-se, portanto que se trata de processo bastante oneroso.

A lista com os bens reversíveis, divulgada no site da Anatel, consta de dezenas de milhares de páginas. O custo não é só para as empresas de elaborar a listagem, mas também para a Anatel controlá-las.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1951, p. 10), em trabalho sobre o tema, afirmou que a reversão de bens apresenta os seguintes inconvenientes:

"a) ao término da concessão, deve estar todo o capital amortizado e, se o prazo não for bastante longo, as tarifas para se conseguir tal fim precisam ser bem altas;

b) dificulta a renovação do aparelhamento quando próximo o termo da concessão;

c) faz com que as vantagens da reversão sejam auferidas por geração que não pagou as tarifas, compreendendo contraprestação do serviço mais amortização do capital;

d) favorece disputa entre concedente e concessionário, para compelir a este que mantenha o aparelhamento, nos últimos anos da concessão, em bom estado, dando-lhe conservação adequada, sendo, muitas vezes, aquele obrigado a medidas coercitivas para tal".

Conclui afirmando que "disso resultam: tarifas altas com serviço de padrão baixo e sem qualquer vantagem com a reversão, pois os materiais voltam ao poder público em condições de grande depreciação, quase inúteis".

Assim é que, ao final da concessão, para que não haja pagamento de indenização à concessionária, os bens reversíveis devem estar totalmente amortizados. Se não estiverem, e provavelmente não estarão dada a dinâmica de substituição dos bens por obsolescência tecnológica, depreciação, necessidade de aumento de capacidade na prestação do serviço, por exemplo, tem-se que é altamente provável haver litigância entre concessionária e poder concedente acerca do valor da indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados.

## CONCLUSÃO

A Teoria da Regulação Responsiva, como visto, propõe uma modelagem regulatória de incentivo a comportamento virtuoso, cooperativo do agente econômico. Parte da presunção de que se deve dar a possibilidade de o agente regulado praticar uma espécie de autorregulação, tendo em vista a ameaça crível de punições severas e até mesmo incapacitantes (caducidade da concessão, por exemplo).

Como pano de fundo, a Teoria pressupõe uma ampla margem de liberdade a ser conferida ao agente regulado, sendo exceção a abordagem minuciosa do *command and control*, vez que ensejadora de litígios, de aumento de custos e pouco incentivadora de bons comportamentos, abordagem que não premia o agente que deseja cooperar voluntariamente e desnecessário mesmo para aqueles que estão calculando custos e benefícios de uma eventual infração das normas regulatórias, vez que, se forem mesmo agir racionalmente, irão calcular que não vale a pena a transgressão, por conta da pesada punição que receberão.

Cotejando-se o quanto propugnado pela Teoria Responsiva da Regulação com as disposições normativas acerca da reversibilidade de bens na concessão de telecomunicações, verifica-se uma enorme diferença de visão de design regulatório.

De pronto, no caso dos bens reversíveis, o arcabouço normativo não deixa muita margem a incentivos. É regulação nos moldes *command and control*, minuciosa, querendo regular, de antemão, situações jurídicas consideradas sensíveis (como possível interrupção do serviço ao final da concessão). A profusão de regras, mecanismos de controle, esclarecimentos da Anatel, decisões de seu Conselho Diretor, tudo parece ter como pano de fundo o pressuposto de que as concessionárias não irão cooperar.

Poder-se-ia concluir, portanto, afirmando que a regulação dos bens reversíveis, tal qual praticada hoje, não se amolda aos reclamos da regulação responsiva, e que ela deveria ser revista para que gerasse melhores resultados, mais eficazes.

Mas deve-se ir mais além.

A legislação atual parece não se coadunar com a Teoria Responsiva por incompatibilidade entre seus próprios fundamentos: os alicerces que as embasam são completamente diversos.

Veja-se que o problema que a reversibilidade de bens procura resolver é, mediamente, o da continuidade dos serviços públicos, mas, imediatamente, é uma questão de compartilhamento de infraestrutura. Explica-se melhor.

A reversibilidade de bens existe para que o concessionário detentor da infraestrutura seja obrigado a entregá-la ao próximo concessionário, para que este possa prestar o serviço. Se o novo concessionário tivesse de construir, ab ovo, a infraestrutura para prestar o serviço, os ganhos com a universalização de acesso do serviço prestado em regime público seriam extintos ao termo de cada concessão.

Assim, o que a reversibilidade faz, na verdade, é possibilitar o uso de infraestrutura essencial à prestação do serviço pelo novo concessionário. Quando se trata de uso da mesma infraestrutura por dois ou mais prestadores, fala-se em compartilhamento de infraestrutura. Obviamente, no caso da reversibilidade, há um compartilhamento forçado e que termina por acarretar a perda da propriedade da infraestrutura pelo concessionário. Mas, não necessariamente, precisaria ser assim.

Pois bem. O problema da continuidade do serviço público pode, então, ser formulado nos seguintes termos: a continuidade do serviço pode ser resolvida com o compartilhamento de infraestrutura essencial à prestação do serviço? Ou seja, é possível preservar incólume o princípio da continuidade do serviço público por meio de disposições normativas que obriguem o compartilhamento pelo detentor da infraestrutura essencial à prestação do serviço?

A resposta parece ser sim, mas como garantir essa continuidade?

Pela visão atual, a reversão dos bens garante a continuidade. Essa visão é fruto de uma abordagem patrimonialista da concessão, ou seja, que o patrimônio da concessionária, seus bens, é que garantem a continuidade do serviço público (Cf. MARQUES NETO, 2009). Mas, na ótica teoria responsiva da regulação, o que garantiria a continuidade do serviço seria a modelagem regulatória. Quando formulada a solução do problema nestes termos, entende-se que, a legislação atual, encampada pela Anatel, substituiu modelagem regulatória inteligente pelo rol de bens reversíveis.

O que diz a modelagem da Teoria Responsiva? Estabeleça-se um objetivo regulatório e crie-se uma pirâmide de estratégias regulatórias e punições correspondentes. É possível, assim, criar-se uma pirâmide de estratégias regulatórias que fomentasse o compartilhamento da infraestrutura.

Na base dessa pirâmide, poderia situar-se a estratégia obrigatoriedade legal de compartilhamento de infraestrutura pela concessionária, com incentivo a comportamento transparente e não-discriminatório. Caso fossem firmados acordos de compartilhamento entre atual concessionária e nova prestadora do serviço, o problema da continuidade do serviço seria resolvido.

Se tal estratégia não fosse suficiente para engajar relações contratuais efetivas, poder-se-ia pensar na criação de uma Entidade Supervisora de Ofertas

de Atacado específica para os casos relacionados à continuidade do serviço prestado em regime público. Tal entidade poderia fiscalizar se as ofertas estão sendo feitas corretamente, com transparência, de forma isonômica, propondo correções e sanções.

Escalando a pirâmide, poderia haver fiscalização ostensiva por um Grupo de Supervisão composto de atores governamentais e não-governamentais. Isso representaria uma escalada “em rede”, pois aos atores estatais se juntariam ONGs, com enorme poder sobre reputação das empresas, ativo essencial à sua sobrevivência.

Em um degrau acima, haveria a obrigação de separação contábil, funcional ou estrutural da empresa, a fim de facilitar o controle e a transparência de preços e oferta.

Se tais medidas fossem inócuas, seria o caso de pensar em controle direto dos preços de atacado, ou seja, a Agência Reguladora determinaria, compulsoriamente, o preço, baseado em custos, a ser cobrado pelo compartilhamento da infraestrutura. Seria enorme ingerência na liberdade de iniciativa, mas feita como resposta à ação de um agente não-cooperativo.

Por fim, se nada disso funcionasse, a Agência Reguladora poderia declarar os bens indispensáveis à prestação do serviço como reversíveis e retirá-los da propriedade da concessionária, medida drástica de supressão do direito de propriedade.

Tal seria, a nosso ver, uma possível modelagem, inspirada na Teoria da Regulação Responsiva, para resolver os problemas decorrentes do princípio da continuidade dos serviços públicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AITA, Luana. **Protestos de rua e “rolezinhos” prenunciam o novo papel dos administrados na evolução da administração consensual?** , Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 160, p. 24-32, jun. 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation**. New York. Oxford University Press. 1992.
- BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation and Developing Economies**. World Development Vol. 34, No. 5, pp. 884–898, 2006.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Gabriela de. **A nova Administração Pública e o direito administrativo**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 37-48, abr. 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DANIELS, Brigham. **When Agencies Go Nuclear: A Game Theoretic Approach to the Biggest Sticks in an Agency's Arsenal**. 80 Geo. Wash. L. Rev. 442, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Bens Públicos, Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público**. Revista de Direito Administrativo. v. 26. 1951. p. 9-10.
- MINZNER, Max. **Why Agencies Punish**. 53 Wm. & Mary L. Rev. 853, 2012.
- MOEIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SOLOMON, Jason M. **Book Review Essay: Law and Governance in the 21st Century Regulatory State Law**. 86 Tex. L. Rev. 819, 2008.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança**. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2009, n. 252, set. / dez. 2009.