

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Renata Regiane Lacerda Simas

**A Contratualidade da Reversão de Bens
nas Concessões de Serviços Públicos**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2022

Renata Regiane Lacerda Simas

**A Contratualidade da Reversão de Bens
nas Concessões de Serviços Públicos**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara.

São Paulo

2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

1. Autor: Renata Regiane Lacerda Simas
2. Título: A Contratualidade da Reversão de Bens nas Concessões de Serviços Públicos
3. Programa: Direito
4. Nº de folhas: 138f
5. Grau: (X) Dissertação (Mestrado)
6. Área de Concentração: Direito
7. Orientador: Dr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara
9. Palavras-Chave: Contrato de Concessão; Reversão; Reversibilidade de Bens.

SIMAS, R.R.L. **A Contratualidade da Reversão de Bens nas Concessões de Serviços Públicos**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2022.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Dr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara (PUC/SP)
Orientador

Dr. Carlos Ari Sundfeld (FGV/SP)

Dr. André Luiz Freire (PUC/SP)

AGRADECIMENTOS

Meus mais sinceros agradecimentos:

À minha família, em primeiro lugar, por todo amor, carinho, paciência, apoio e força durante este período de dedicação aos estudos. À minha mãe, Vemar, sempre inspiradora, alegre e entusiasta do conhecimento; ao meu marido, Eduardo, companheiro e incentivador dos meus sonhos; e aos meus presentes divinos, Maria Eduarda e Daisy, pela compreensão e pelo olhar de admiração, cujo brilho me serve de molas propulsoras.

Ao meu mestre e orientador, Professor Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, pois quando duvidava que não mais poderia retornar aos bancos acadêmicos encontrei, em suas palavras, não somente força, mas também a provocação de trazer um pouco de experiência prática para a academia, sem saber que naquele momento estava sendo presenteada com tantas outras experiências e um universo de conhecimento em que o tempo se mostrou escasso para explorá-lo.

Aos Professores André Luiz Freire e Augusto Dal Pozzo, com os quais tive a honra de receber, em banca de qualificação, ricas contribuições para este trabalho.

Aos amigos Marcus Rodrigo Senna, Juliana Cristina Rodrigues Criscuolo Rebehy, Laís Ribeiro de Senna, Pedro Henrique Biella Massola, Rodrigo J.O. Pinto de Campos e muitos outros, pelo grande incentivo e contribuição com livros, artigos, decisões e *insights* que foram fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus amigos e colegas de trabalho do Grupo CCR e àqueles que conquistei durante a trajetória na Pós-graduação da PUC/SP e com quem muito aprendi, com muito apoio e carinho.

RESUMO

Este estudo versa sobre a reversão de bens em contratos de concessão comum e permissão de serviços públicos e em contratos de concessão patrocinada nas parcerias público-privadas. Tem como objetivo geral analisar algumas dúvidas e discussões, enfrentadas pelo Poder Concedente e delegatários de serviços públicos, a respeito da reversão de bens em razão do encerramento da relação contratual, que se evidenciam após mais de 25 anos da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) diante da ausência de clareza e objetividade nos instrumentos contratuais quanto à identificação dos bens reversíveis. Propõe também uma análise desse instituto sob um novo prisma, com uma leitura ampliada do conceito diante da evolução das concessões de serviços públicos quanto (i) à necessidade de bens reversíveis em contratos de concessão comum e permissão de serviços públicos e em contratos de concessão patrocinada nas parcerias público-privadas; (ii) obrigatoriedade de cláusula de reversão de bens nos instrumentos contratuais; (iii) o que deveria conter tais instrumentos para evitar dúvidas e discussões; e (iv) a íntima relação entre o instituto da reversão de bens e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Por fim, o estudo demonstra que a definição de regras claras e precisas antes da celebração do instrumento de outorga é fundamental para permitir aos licitantes a apresentação de propostas de preço que considerem todos os ônus e bônus do projeto, garantindo segurança jurídica e evitando numerosas e dispendiosas discussões administrativas, judiciais e arbitrais.

Palavras-chave: Contrato de Concessão; Reversão; Reversibilidade de Bens.

ABSTRACT

This study deals with the reversal of assets in permits and common concession contracts for public services and in sponsored concession contracts in public-private partnerships. Its main aim is to analyze some doubts and discussions faced by the Granting Authority and delegates of public services concerning the reversal of assets due to the termination of the contractual relationship, which are evidenced after more than 25 years of the Concessions Law (Law No. 8987/1995) because of the lack of clarity and objectivity of contractual instruments regarding the identification of reversible assets. It also proposes an analysis of this institute from a new perspective, with an expanded reading of the concept in view of the evolution of public service concessions regarding the following: (i) the need for reversible assets in permits and common concession contracts for public services and in sponsored concession contracts in public-private partnerships; (ii) obligation of asset reversal clause in contractual instruments; (iii) what such instruments should contain to avoid doubts and discussions; and (iv) the close relationship between the institute of reversal of assets and the economic-financial balance of the contracts. In conclusion, this study shows that the definition of clear and precise rules before signing the granting instrument is crucial to allow bidders to present price proposals that consider all the burdens and bonuses of the project, ensuring legal certainty and avoiding numerous and costly administrative, judicial and arbitration discussions.

Keywords: Concession Agreement; Reversion; Reversibility of Assets.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. REVERSÃO DE BENS – CONCEITO E FINALIDADE	14
1.1. O Instituto da Reversão de Bens	18
1.2. Finalidade da Reversão de Bens	26
1.3. Bens Reversíveis podem ser oferecidos em Garantia de Contratos de Financiamento?	31
1.4. A Reversão de Bens para além do Princípio da Continuidade.....	35
1.5. Quais bens são reversíveis?.....	36
2. ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DE BENS DA CONCESSIONÁRIA	45
2.1. Classificação da reversão de bens: quanto à composição do acervo patrimonial da concessão	45
2.2. Classificação da reversão de bens: quanto à forma de remuneração do concessionário	48
2.3. Classificação da reversão de bens: quanto ao regime de formação do patrimônio reversível.....	50
3. OMISSÕES E IMPRECIÇÕES DOS CONTRATOS QUANTO AOS BENS REVERSÍVEIS	56
3.1. Omissões e Imprecisões nas concessões de serviço de rodovias.....	62
3.2. Omissões e Imprecisões nas concessões de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)	66
4. O CONTRATO DE CONCESSÃO DEVE SEMPRE TER CLÁUSULA DE REVERSÃO DE BENS?	75
4.1. Autorizações de Serviços Públicos.....	81
4.2. Contratos de Arrendamento de Instalações Portuárias.....	87
4.3. Concessão de prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros.....	89
4.4. Concessão de Radiodifusão	90
5. DEPRECIAÇÃO, AMORTIZAÇÃO E INDENIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS	92
5.1. Diferença entre Depreciação e Amortização.....	92
5.2. Extinção do Contrato pelo Advento do Termo Contratual.....	95
5.3. Extinção Antecipada do Contrato.....	Erro! Indicador não definido.
5.4. Apuração do acervo de bens reversíveis e metodologia de cálculo de indenização. Valor contábil (Custo Histórico Corrigido – CHC) e Valor patrimonial (Valor Novo de Reposição – VNR).....	Erro! Indicador não definido.
CONCLUSÃO	Erro! Indicador não definido.
REFERÊNCIAS	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

A reversão de bens é um tema de extrema relevância para os contratos de concessão e permissão de serviço público, especialmente no início da relação contratual, visto que constitui um dos pilares para a definição da tarifa de serviço público e para a equação econômico-financeira.

Num primeiro momento, pode parecer inexistir dúvidas quanto à reversão de bens, especialmente aqueles que são cedidos pelo Poder Concedente ao delegatário do serviço público, ou ainda aqueles adquiridos pelo delegatário durante a execução contratual.

Isso porque a mera leitura dos dispositivos legais pode levar-nos à conclusão de que todo contrato de concessão deverá possuir cláusula estabelecendo a reversibilidade dos bens recebidos por ocasião da assunção do serviço público pelo delegatário, assim como dos bens adquiridos durante a vigência contratual, e que isso bastaria para resolver a questão.

A temática, contudo, mostra-se historicamente relegada pelo Poder Concedente diante da vigência de longo prazo dos contratos de concessão e permissão de serviço público.

Passados mais de vinte e cinco anos da Lei nº 8.987/1995, ultimou-se o longo prazo de vigência de muitos contratos de concessão e permissão e, com isso, emergiram as dúvidas e discussões a respeito do tema que até então se mostravam como algo distante, e que, por vezes, oneram os cofres públicos diante de inúmeros processos administrativos, judiciais e arbitrais, e em nada contribuem para a segurança jurídica e observância dos princípios que regem a atuação da Administração Pública em suas relações contratuais.

O objetivo geral deste estudo é analisar algumas dúvidas e divergências enfrentadas pelo Poder Concedente e delegatários de serviços públicos no âmbito da relação contratual quanto à reversibilidade de bens ao término da concessão ou permissão do serviço público.

Assim, considerando o relevante interesse público sobre o tema, o vasto segmento de exploração do serviço público por meio de concessão e a impossibilidade de aglutinação da diversidade de questões que são enfrentadas por

ocasião do encerramento de concessões de serviços públicos, este trabalho buscou mapear as principais divergências.

A respeito das terminologias “delegação” ou “outorga”, a Lei nº 8.987/1995 adota os dois vocábulos, ora utilizando o termo “delegação” (art. 2º, incisos II, III e IV, e art. 3º) para definir que a concessão e a permissão de serviços públicos são formas de o Poder Concedente transferir ao parceiro privado a prestação de serviço público, ora utilizando o termo “outorga” (art. 5º, 15, II, VI e VII, art. 16, art. 26, e art. 29, VIII, IX) como forma de o Poder Concedente atribuir poderes ao parceiro privado. Contudo, esses dois termos serão aqui considerados como sinônimos.

No presente estudo, não se distinguiu os termos “domínio” e “propriedade” e correspondentes derivações, no sentido de grande parte dos manuais civilistas.

Diante da amplitude do tema, traçamos alguns recortes metodológicos para este trabalho.

O primeiro refere-se à manifestação da Administração Pública, visto que o tema da reversão de bens envolve várias frentes de atuação, e este estudo se circunscreverá à análise do instituto à luz dos contratos de concessão comum e permissão de serviços públicos e dos contratos de concessão patrocinada nas parcerias público-privadas.

O segundo recorte diz respeito ao caráter temporal. Será analisada a reversão de bens nas relações contratuais a partir de 1995, em razão do advento da Lei nº 8.987/1995, que trouxe os pilares do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

O terceiro recorte é de ordem temática. Nele, serão examinadas situações próprias dos setores de infraestrutura rodoviária, aeroportuária, ferroviária, portuária e de telecomunicação, bem como o de serviço de transporte coletivo público de passageiros.

Este trabalho não ingressará na análise da reversão de bens de casos em espécie, tampouco na reversão de bens de concessão administrativa, permissão de uso, autorização, dentre outras, embora presente, a título de exemplo, situações de reversão de bens decorrentes de outros vínculos da administração pública.

Ao longo deste trabalho, pretendemos responder às seguintes questões: nas concessões e permissões de serviços públicos, o princípio da continuidade seria o único fundamento para a reversibilidade de bens? Bens reversíveis podem ser

oferecidos em garantia de financiamento pelo concessionário? Quais são os bens reversíveis e como identificá-los? Como realizar a reversão de bens em caso de omissões e imprecisões nos contratos de concessão e permissão de serviço público? É obrigatória a existência de cláusula de reversão de bens nos contratos de concessão de serviço público ou poderia o Poder Concedente dispensá-la? Quais as metodologias utilizadas para apuração do valor de indenização nos casos de reversão de bens que não foram depreciados e amortizados?

Para responder aos seus objetivos, este estudo traz uma metodologia pautada em pesquisa empírica qualitativa (com compilação de resultados quantitativos) de contratos de concessões, legislação atual e normas reguladoras, casos concretos analisados pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União, e pesquisa bibliográfica composta por livros, pareceres, artigos científicos e jornalísticos, nas áreas de Direito e, subsidiariamente, Economia e Contabilidade.

Assim, no capítulo 1, este trabalho trará uma síntese do contexto histórico, constitucional e legal da concessão e permissão de serviço público e reversão de bens; analisará o conceito, finalidade e natureza jurídica do instituto da reversão de bens; buscará responder se os bens reversíveis poderão ser oferecidos em garantia de financiamento pelo concessionário de serviço público; e trará alguns parâmetros para identificar os bens reversíveis.

No capítulo 2, serão apresentadas e analisadas algumas classificações doutrinárias a respeito dos bens da concessionária. A primeira classificação refere-se à composição do acervo patrimonial da concessionária, composto por bens de domínio público que são transferidos ao concessionário, bens adquiridos pelo concessionário, imprescindíveis ao serviço público, que recebem o tratamento de bens públicos e privados da concessionária, não imprescindíveis ao serviço concedido. A segunda classificação considera a forma como a concessionária é remunerada para a aquisição de bens reversíveis diante da dicotomia reversão gratuita e reversão onerosa. Por fim, a terceira classificação diz respeito ao regime de formação do patrimônio reversível que traz o regime patrimonialista e o regime funcional.

O capítulo 3 será dedicado à demonstração das omissões e imprecisões dos instrumentos contratuais quanto aos bens reversíveis, que faz das partes (Poder Concedente, delegatário e outros interessados) reféns das mais diversas

interpretações, por vezes pautadas em perspectivas políticas ou casuísticas, cuja multiplicidade de visões para cada setor aumenta a insegurança jurídica diante da ausência de critérios claros, objetivos e adequados nos contratos de concessão, leis e normas infralegais, tanto em relação ao regime jurídico aplicável da reversibilidade de bens quanto à metodologia de valoração desses bens.

No capítulo 4, será apresentada a questão relacionada à obrigatoriedade da existência de bens reversíveis nas concessões e permissões de serviços públicos; quais seriam os reflexos, nos contratos de concessão, da inexistência de bens reversíveis; a competência para a definição dos bens reversíveis; a imposição legal de cláusula no instrumento contratual a respeito dos bens reversíveis; e algumas situações, para além das concessões e permissões de serviço público, em que a existência de bens reversíveis foi dispensada.

Neste percurso, será possível depreender a existência de uma íntima relação entre o instituto da reversão de bens e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Por isso, no capítulo 5, serão abordados temas como depreciação e amortização; os métodos usualmente utilizados para quantificar o valor da indenização pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados e depreciados (o Contábil e o Valor Novo de Reposição – VNR); e a metodologia de indenização pelos bens reversíveis não amortizados nas concessões de serviços públicos, no caso de extinção pelo advento do termo contratual e de extinção antecipada do contrato.

O presente trabalho não pretende suprir lacunas, mas apontar alguns caminhos para a reversão de bens nas concessões de serviços públicos a partir de uma análise mais condizente com a atual realidade dessas concessões.

Ao final, com base no resultado das premissas e achados verificados ao longo deste trabalho, serão apresentadas as conclusões obtidas a respeito da reversão de bens.

1. REVERSÃO DE BENS – CONCEITO E FINALIDADE

Antes de ingressarmos na contratualidade da reversão de bens, convém abordarmos brevemente o contexto histórico do instituto em nosso direito, empregado pela primeira vez no Brasil na época do Império, por meio do Decreto nº 24/1835, quando D. Pedro II autorizou a concessão de privilégio exclusivo à Companhia Rio Doce para a realização de investimentos em navegação dos rios e seus afluentes nas Capitais do Império e da Província da Bahia. O referido decreto estabelecia o prazo de 40 (quarenta) anos para a exploração do serviço mediante pagamento de taxa pelos usuários, findo o qual as obras reverteriam à Nação sem qualquer indenização¹.

Posteriormente, a reversão foi denominada de “resgate”, no âmbito das concessões de ferrovias, por ocasião da publicação do Decreto nº 641/1852, que autorizou a concessão para uma ou mais companhias da construção total ou parcial de um caminho de ferro, partindo do Município da Corte até as Províncias de Minas Gerais e São Paulo².

Nos tempos atuais, sem fazer menção expressa ao instituto da reversão de bens, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu art. 175, a “incumbência ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. O parágrafo único do art. 175 preconiza que a lei deverá dispor sobre:

¹ BRASIL. **Decreto nº 24 de 17 de setembro de 1835**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224219>>. Acesso em: 17 out. 2022. “Art. 9º As taxas, que a Companhia estabelecer em seu benefício pelo transitio das estradas, pontes, canaes, ou pela navegação que lhe é privativa, serão consideradas interesse do capital nos primeiros 40 annos, reservando-se á Nação, passado esse prazo, o direito de remir as obras pelo valor, e modo que fôr estabelecido a juizo de arbitros, ou de prorogar o privilegio por mais outros 40 annos, findos os quaes **reverterão á Nação as mencionadas obras, sem indemnisação alguma**, obrigada a Companhia a entrega-las em bom estado.” (grifo nosso)

² BRASIL. **Decreto nº 641, de 26 de junho de 1852**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL641-1852.htm>. Acesso em: 03 set. 2022. “Art. 1º O Governo fica autorizado para conceder á huma ou mais Companhias a construcção total ou parcial de hum caminho de ferro que, partindo do Municipio da Côrte, vá terminar nos pontos das Provincias de Minas Geraes e S. Paulo, que mais convenientes forem. Esta concessão comprehenderá o privilegio do caminho de ferro por hum prazo que não excederá a noventa annos, contados da incorporação da Companhia, tendo-se em vista o plano e orçamento da obra projectada debaixo das condições seguintes.

§ 13º **O Governo terá a faculdade de effectuar o resgate da concessão do caminho de ferro, se o julgar conveniente, convencionando-se com a Companhia sobre a epocha e a maneira de o realisar.**” (grifo nosso)

“(i) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (ii) os direitos dos usuários; (iii) a política tarifária; e (iv) a obrigação de manter serviço adequado.”³

Ao tratar de aspectos relacionados às dimensões do serviço público, como a criação, organização e prestação, a Constituição Federal impõe a submissão da atividade administrativa aos princípios de legalidade (art. 37). Isto significa que a dimensão relacionada à criação do serviço público depende da previsão legal que estabelecerá as condições gerais, a estrutura institucional e o modo da prestação do serviço público⁴.

A CF/88, em seu art. 22, inciso XXVII, estabeleceu a competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Em seu art. 175, atribuiu ao Poder Público a incumbência da “prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, na forma da lei”.

É nesse contexto que nasce a Lei nº 8.987/95, como uma norma geral, que possui caráter nacional⁵ para “as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos”. Os entes federativos (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) deverão, dentro de suas respectivas competências, “promover a revisão e as adaptações necessárias” para atender às “peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”.

Egon Bockmann Moreira⁶ aponta que a Lei nº 8.987/95 é uma norma geral que, em relação às concessões e permissões de serviços públicos, possui um “caráter especial” quanto aos demais contratos administrativos, na medida em que se sobrepõe àqueles regidos pela Lei nº 14.133/2021.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁴ FREIRE, André Luiz. **O Regime de Direito Público na Prestação de Serviços Públicos por Pessoas Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 267.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª edição. São Paulo: Jus Podivm Malheiros, 2021, p. 681.

⁶ MOREIRA, Bockmann Egon. **Direito das Concessões de Serviços Públicos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 46.

André Luiz Freire, por seu turno, sublinha que os legisladores estaduais, distritais e municipais não têm competência para dispor sobre todos os elementos e pressupostos dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos de interesse regional, e poderão, no âmbito de sua competência suplementar, editar normas específicas sobre o contrato, observadas as normas gerais sobre o tema (Lei nº 8.987/1995, Lei nº 11.079/2004 e Lei nº 14.133/2021)⁷.

Egon Bockmann Moreira complementa, alertando que o fato de a Lei nº 8.987/95 ser uma norma geral não significa que ela possua exclusividade da disciplina das concessões e permissões, trazendo como exemplos a Lei nº 12.815/2013 (portos), a Lei nº 9.427/1996 (energia elétrica), a Lei nº 9.472/1997 (telecomunicações) e a Lei nº 11.445/2007 (saneamento básico). Enfatiza que é plenamente viável a positivação de normas gerais em conjunto com normas especiais-setoriais, mas que a norma geral incidirá de maneira transversal em todas as leis específicas⁸.

Dessa forma, no âmbito da criação do regime jurídico de concessão e permissão de serviços públicos, a Lei nº 8.987/1995, na qualidade de norma geral, trouxe, em suas condições gerais, o dever da “prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, § 1º).

Ao tratar do tema da reversão de bens, a Lei nº 8.987/1995, pautando-se pelo princípio da continuidade do serviço público, estabeleceu que o edital deverá conter especialmente “a indicação e as características dos bens reversíveis e as condições em que serão postos à disposição nos casos de extinção de concessão” (art. 18, incisos X e XI).

A Lei dispôs ainda que o contrato de concessão deverá possuir essencialmente cláusula que trate sobre os bens reversíveis (art. 23, inciso X) e “a incumbência das concessionárias de manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão” (art. 31, inciso II).

Dispõe também que, quando extinta a concessão – com o advento do “termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da

⁷ FREIRE, André Luiz, 2014, p. 278.

⁸ MOREIRA, Bockmann Egon, 2022, p. 46.

empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual” –, deverão retornar ao Poder Concedente “todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário” (art. 35, § 1º).

As disposições relacionadas à reversão de bens trazidas pela Lei nº 8.987/1995, na qualidade de norma geral, da nossa perspectiva, não impõem aos entes federativos (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) o dever de considerar a existência de bens reversíveis nas concessões de serviços públicos - conforme será mais bem analisado ao longo deste estudo -, visto que esse tema se insere no contexto da dimensão da organização dos serviços públicos.

Isto não significa, entretanto, que os entes federados não possam, dentro de suas competências complementares, positivar normas setoriais específicas para traçar parâmetros a respeito da reversão de bens, tal como fez o Município de São Paulo, por meio da Lei nº 13.241/2001⁹, ao impor que, na dimensão da organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, o Poder Concedente não deveria considerar “os veículos e frota de ônibus, a garagem, as instalações e equipamentos de garagem” como bens reversíveis.

A dimensão da organização do serviço público é de competência do Poder Executivo, responsável por concretizar os comandos legais e disciplinar o modo de prestação de serviços públicos, por meio do exercício dos poderes administrativos, de modo a garantir a última dimensão do serviço público, que é a sua prestação aos usuários¹⁰, cuja realização poderá ser delegada ao concessionário.

Assim, compete ao Poder Público, no exercício das dimensões da criação e organização do serviço público, avaliar quanto à indicação dos bens reversíveis frente à regularidade e continuidade do serviço público concedido.

O instituto da reversão está presente em várias frentes de atuação da Administração Pública, tais como a concessão de serviços públicos e de uso, a autorização, dentre outras¹¹. Entretanto, este estudo se circunscreverá à análise do

⁹ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001**. Dispõe sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, autoriza o Poder Público a delegar a sua execução, e dá outras providências. “Art. 5º- Para os efeitos desta lei, consideram-se: II – objeto da concessão: delegação da prestação e exploração do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, nos Subsistemas Local e Estrutural, dentro dos limites do Município, que será condicionada a investimentos em bens reversíveis.”

¹⁰ FREIRE, André Luiz, 2014, p. 280-285.

¹¹ A respeito da concessão de uso de bem público, é certo que o bem cedido deverá ser devolvido ao Poder Concedente em condições adequadas de conservação e manutenção. Quanto à autorização de serviço público, que abordaremos no item 5.1. deste trabalho, a outorga se dará para exploração do

tema da reversão de bens à luz dos contratos de concessão comum e permissão de serviços públicos e dos contratos de concessão patrocinada nas parcerias público-privadas.

1.1. O Instituto da Reversão de Bens

A doutrina tem sido assente no sentido de que o objetivo dos bens reversíveis é assegurar a continuidade, seja pelo Poder Concedente ou pelo novo concessionário. Contudo, pretende-se neste trabalho analisar o instituto da reversão de bens sob um novo prisma e propor uma leitura ampliada do conceito diante da evolução das concessões de serviços públicos.

Hely Lopes Meirelles¹² trata a reversão de bens como sinônimo de advento do termo contratual, pois a considera como o retorno do serviço ao Poder Concedente em razão do término da concessão.

Ele distingue os bens reversíveis exclusivamente sob a ótica do princípio da continuidade do serviço público - o que nos parece razoável, desde que seja definido pelo Poder Concedente, antes da celebração do instrumento contratual (em edital, contrato, regulamento ou lei), quais seriam os bens necessários à continuidade do serviço. Contudo, não nos parece plausível seu entendimento quanto a considerar advento do termo contratual e reversão como conceitos sinônimos, até porque a reversão é consequência não só do advento do termo contratual, mas de quaisquer das modalidades de extinção da concessão (caducidade, encampação, rescisão etc.).

Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, ao tratar do tema reversibilidade do acervo de bens da concessionária, aponta que a reversão não é uma forma de extinção da concessão, mas sim a passagem ao Poder Concedente dos bens do concessionário necessários ao exercício do serviço público, quando extinta a concessão. Todavia,

serviço por sua conta e risco do autorizatário, o qual será responsável por todos os investimentos, cujos bens estão dispensados da reversibilidade.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 43ª Edição. Malheiros. São Paulo, 2017, p. 522-523. "Advento do termo contratual, ou reversão: é o término do prazo da concessão, com o retorno do serviço ao poder concedente; daí por que também é conhecida por reversão. (...)

Se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não lhe são acessórios e, por isso, não o seguem, necessariamente, na reversão."

¹³ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 725. "A reversão é a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão. Portanto, através da chamada reversão, os bens do concessionário, necessários ao exercício do serviço público, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar a concessão."

como veremos neste estudo, há concessões de serviços públicos em que nem todos os bens considerados reversíveis são do concessionário. Há bens que são do Poder Concedente e transferidos ao concessionário apenas no início da concessão, visando à exploração do serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴ cita a permissão de serviços públicos e amplia o conceito de reversão dado por Bandeira de Mello para a passagem ao Poder Concedente dos bens do concessionário ou permissionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão ou permissão e ao tratar da natureza pública dos bens afetados à prestação de serviços públicos.

Marçal Justen Filho¹⁵ esclarece que o patrimônio afeto à concessão de serviço público deverá ser disciplinado no contrato de concessão e poderá ser tanto de titularidade pública quanto privada, produzindo um regime peculiar, na medida em que “somente poderão ter outra destinação se tal não prejudicar a continuidade do serviço”. Ele separa esse patrimônio em dois grupos: (i) “os bens públicos afetados (...) atribuídos à guarda do concessionário”, que deverão ser revertidos automaticamente ao Poder Concedente, por ocasião da extinção da concessão (p. ex., uma via pública), ou seja, a posse deverá ser retomada pelo Poder Concedente e, se for o acaso, transferida para um novo concessionário; e (ii) “os bens privados afetados à prestação de serviços”, separados em dois subgrupos: os “reversíveis” e os “não reversíveis”¹⁶. Conclui que os bens particulares que não se integram de imediato e automaticamente no domínio público deverão ter um destino ao final da concessão, podendo ser integrados ao domínio público ou restituídos ao concessionário.

Justen Filho considera que deverão ser revertidos os bens afetados ao serviço público - tanto os públicos transferidos ao concessionário, por ocasião do início da

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública** – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2019, p. 107.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2018, p. 690-692.

¹⁶ Para JUSTEN FILHO (2018), os bens privados afetados e reversíveis são aqueles que foram objeto de investimentos realizados pelo concessionário para garantir a continuidade e atualidade do serviço público, e a transferência do domínio ao poder concedente depende da extinção da concessão e da amortização dos custos pertinentes. Os bens privados afetados e não reversíveis, embora aplicados na prestação de serviço público, não serão revertidos, mas se sujeitam à aplicação do regime jurídico dos bens públicos (p. ex., impenhorabilidade). A distinção entre bens privados reversíveis e não reversíveis abrange essencialmente bens consumíveis, pois não faria sentido discutir a reversão de um bem com vida útil inferior ao período de duração da concessão.

concessão, quanto os privados, adquiridos pelo concessionário, que não tenham sido consumidos durante a vigência contratual. Entretanto, não nos parece adequado falar em restituição de bens privados ao concessionário, visto que, nessa situação, tais bens não lhes foram retirados.

Vale notar a contribuição de José dos Santos Carvalho Filho¹⁷: ao conceituar o instituto da reversão como “a transferência dos bens do concessionário para o patrimônio do Concedente em virtude da extinção do contrato”, que vai além e tece uma crítica ao uso do termo “reversão”.

Sublinha, o autor, que o uso do termo “reversão” pode dar a falsa impressão de que os bens da concessão deverão retornar à propriedade do Poder Concedente, quando em verdade os bens do concessionário nunca foram da propriedade desse Poder, mas apenas passam a sê-lo com a extinção do contrato de concessão. Conclui que a melhor opção seria a utilização do termo “reversão” em relação ao serviço público e não aos bens, pois o ingresso dos bens no acervo do Poder Concedente é mera consequência da retomada do serviço.

Nesse contexto, no que tange à concessão de serviço público, convém complementar que, sendo a reversão a retomada do serviço, regressará ao Poder Concedente a dimensão (material e/ou formal) do serviço público que foi delegada ao concessionário, até porque algumas das dimensões do serviço público - como, por exemplo, as competências de criação, estruturação legal, organização (administrativa) e fiscalização - continuam com o Poder Público.

Do nosso ponto de vista, a definição dada por Carvalho Filho não afasta as discussões que necessariamente serão enfrentadas com o encerramento da

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2019, p. 438-439: “Reversão é a transferência dos bens do concessionário para o patrimônio do concedente em virtude da extinção do contrato. O termo em si não traduz a fisionomia do instituto. De fato, reversão é substantivo que deriva de reverter, isto é, retornar, dando a falsa impressão que os bens da concessão vão retornar à propriedade do concedente. Na verdade, os bens nunca foram da propriedade do concedente; apenas passam a sê-lo quando se encerra a concessão. Antes, integravam o patrimônio do concessionário.

O sentido melhor do termo, portanto, não tem conotação com os bens, mas sim com o serviço delegado. Com efeito, o que reverte para o concedente não são os bens do concessionário, mas sim o serviço público que constitui objeto de anterior delegação pelo instituto da concessão. O ingresso dos bens no acervo do concedente, quando ocorre, é mero corolário da retomada do serviço. Seja como for, tornou-se frequente o emprego do termo reversão no sentido de transferência de bens. A própria lei parece ter incidido nessa errônea; dispõe o art. 35, § 1º, que “extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato”. Direitos e privilégios, sim, foram anteriormente transferidos, e agora retornam ao concedente. Não os bens, todavia; não são eles reversíveis, mas sim incorporáveis ao final do contrato.”

concessão e a eventual necessidade de definição do acervo de bens considerados reversíveis.

A classificação do bem como reversível a partir da análise de sua titularidade por si só não resolve as questões relacionadas à definição do acervo patrimonial a ser transferido ao Poder Concedente.

Observem que, quando nos deparamos com um projeto *greenfield*, cuja obrigação do concessionário é implantar a infraestrutura para depois explorá-la até que o investimento seja totalmente depreciado e amortizado, o entendimento de que tais bens são do concessionário encontra melhor alicerce.

Por outro lado, ainda assim teríamos situações que dificultariam esse enquadramento - tais como as áreas desapropriadas pelo concessionário para a realização do investimento com registro da titularidade em nome do Poder Concedente, cujo exemplo reduziria a distância conceitual da titularidade dos bens empregados em um projeto *brownfield*, no qual já existe infraestrutura de titularidade do Poder Concedente que é transferida ao concessionário por ocasião da celebração do instrumento contratual, e que o concessionário assume a obrigação de acrescentar melhorias e ampliações ao bem público (p. ex., uma faixa adicional em uma rodovia; um pilar de reforço em uma ponte; um novo terminal em um sítio aeroportuário; uma ampliação de plataforma em uma estação metroviária etc.).

Por esse motivo, a definição dos bens reversíveis, a nosso ver, não teria que ser feita sob o prisma exclusivo da titularidade do bem, até porque com a extinção da concessão é certa a transferência ao Poder Concedente dos bens de domínio público¹⁸ que foram transferidos ao concessionário no início do pacto contratual.

A discussão ganha relevo em relação à reversão dos bens privados de titularidade do concessionário quando não encontra regras estabelecidas pelo Poder Concedente nos editais, contratos e regulamentos à época da celebração da outorga.

Diógenes Gasparini¹⁹ argumenta que, apesar de a reversão ser o retorno dos bens e equipamentos públicos ao Poder Concedente (cuja posse foi transferida ao

¹⁸ Neste estudo, não distinguimos os termos “domínio” e “propriedade”, bem como suas derivações, no mesmo sentido de grande parte dos manuais civilistas.

¹⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191: “Técnicamente, não cabe falar em retorno do serviço e dos bens públicos à Administração Pública concedente, pois aquele nunca fora transferido; apenas a sua execução o fora, e estes somente tiveram seu uso trespassado.

Ainda, por ocasião da extinção, ingressam no domínio da Administração Pública titular do serviço público, cuja execução fora transferida, todos os bens do então concessionário, adquiridos antes ou

concessionário em razão da outorga) e à integração dos bens do concessionário (bens privados adquiridos para a execução contratual) vinculados à execução dos serviços públicos ao patrimônio, tecnicamente não seria correto falar em retorno do serviço e dos bens públicos à Administração Pública concedente, pois aquele nunca fora transferido ao concessionário, mas apenas a sua execução.

O autor pontua ainda que a reversão é uma forma de aquisição, de natureza originária, da propriedade de bens do concessionário pelo Poder Público.

Entretanto, há que se registrar que a propriedade privada é um direito fundamental. Por isso, sua aquisição originária pelo Poder Público demanda necessariamente base legal, com a imposição de demonstração do interesse público na transferência compulsória do bem, mediante pagamento de indenização, tal como ocorre na desapropriação.

Como sabemos, inexistente lei que estabeleça a aquisição originária da propriedade pelo Poder Concedente por meio da reversão. Também não seria possível falar em aquisição originária de direitos e privilégios transferidos ao concessionário quando diante de uma locação ou arrendamento de bens.²⁰

durante a execução da concessão de serviço público, se vinculados à prestação do serviço. (...) Ao retorno dos bens e equipamentos públicos à Administração Pública concedente e à integração dos bens do concessionário vinculados à execução dos serviços públicos ao patrimônio dessa entidade chama-se reversão.

(...) A discussão para saber quais são os bens reversíveis não oferece preocupação futura a ninguém, pois a Lei federal n. 8.987/95 exige que o edital licitatório (art. 18, X) e o contrato de concessão de serviço público (art. 23, X) contenham disposições sobre os bens reversíveis. Nas concessões anteriores a essa lei, a discussão ainda será possível. Não há nessa operação, observe-se, reversão. Esses bens nunca pertenceram ao então concedente; logo, tecnicamente, a ele não poderiam retornar, reverter. Todavia, os autores têm conceituado a reversão como a transferência dominial dos bens, vinculados à prestação do serviço, do então concessionário para a ex-Administração Pública concedente no momento da extinção da concessão. Trata-se, mais propriamente, de aquisição da propriedade pelo Poder Público. É a ideia que prevalece. Portanto, tem razão Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo, cit., p. 244) ao asseverar que, “na realidade, o que reverte é o serviço, no sentido de que este é que retorna ao Poder Concedente, que tinha através da concessão delegado sua execução. Por uma figura de linguagem, o termo reversão passou a designar o fenômeno da perda dos bens pelo concessionário e de sua aquisição pelo Poder Concedente. Assim sendo, a reversão é uma forma de aquisição da propriedade de bens, pelo Poder Público, aquisição de bens essa de natureza originária”. Os demais bens continuam pertencendo ao concessionário, que a eles dará a finalidade que melhor expresse seu interesse.”

²⁰ BRASIL. **Contrato de Concessão referente ao Edital nº 003/2021** - ANTT - Contrato de Concessão de Serviço Público precedido de obra pública – Celebrado entre a União, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), e a Concessionária do Sistema Rodoviário Rio-São Paulo S.A. (RioSP):

“4.3.2 Os Bens da Concessão, mediante prévia autorização da ANTT, poderão ser objeto de locação ou arrendamento.

(i) No caso de Bens da Concessão arrendados ou locados pela Concessionária caracterizados como Bens Reversíveis, havendo a extinção da Concessão, o Poder Concedente poderá, a seu exclusivo critério, suceder a Concessionária nos respectivos contratos de arrendamento ou locação de tais Bens da Concessão.”

Por outro lado, não se discute a aquisição originária dos bens adquiridos pelo concessionário em decorrência de um processo de desapropriação, cuja titularidade, no caso da concessão de serviço público, é registrada em nome do Poder Concedente e, como resultado, serão revertidos.

Também é evidente que serão revertidos os bens adquiridos pelo concessionário para fins de melhorias e ampliações ao bem de domínio público transferidos ao concessionário por ocasião da celebração da outorga, como em um projeto *brownfield*, em que seria possível caracterizá-los como bens públicos por ascensão.

Com propriedade, Floriano de Azevedo Marques Neto²¹ esclarece que parte dos bens integrantes da concessão são bens públicos em sentido funcional por afetação ao serviço público; sob prisma dominial, são públicos aqueles arrolados pelo Poder Concedente no início da concessão, e privados aqueles que integram o patrimônio do concessionário; entretanto, por serem essenciais ao serviço público, são desde logo considerados reversíveis.

Há situações em que o serviço público concedido se confunde com a própria concessão do bem público, como bem lembra Marques Neto²², como por exemplo: a concessão do serviço público de geração de energia hidrelétrica (cuja outorga é do direito de exploração de um potencial de energia hidráulica, bem público da União); as concessões de rodovias e pontes (p. ex., a Ponte Rio-Niterói); e as concessões de serviços públicos de transporte ferroviário.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 196: "(...) pode afirmar que os bens integrantes da concessão (não a integralidade dos bens de domínio da concessionária) são bens públicos, no sentido funcional (porquanto dedicados à prestação de um serviço público), e, sob prisma dominial, são, em parte, bens públicos (aqueles que ao tempo da concessão eram já de titularidade do poder concedente e seguem sendo) e, em parte, privados (aqueles que integram o patrimônio da concessionária mas, por serem essenciais ao serviço público, são desde logo considerados reversíveis)."

²² Ibid, p. 196-197: "Há concessões comuns em que o serviço público concedido se confunde com a própria concessão do bem público. É o que encontramos na concessão do serviço público de geração de energia hidrelétrica. Nela, basicamente o objeto da concessão é o direito de exploração de um potencial de energia hidráulica, bem público da União (art. 20, nc. VIII, da CF). Outras concessões comuns são intrinsecamente dependentes do uso de bens públicos, como ocorre com as concessões de serviços públicos de transporte ferroviário. Há ainda aquelas que dependem de direitos de uso de bens de outros entes públicos que não o poder concedente (como ocorre com as concessionárias dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica, que dependem do uso de bens públicos municipais para instalar postes ou cabeamento subterrâneo em via pública). Nesse último caso, assim como nas hipóteses de servidão administrativa, os direitos ao uso dos bens de terceiros integram o plexo de bens da concessão como bens intangíveis, razão pela qual entendo que esses direitos, por ocasião da reversão, devem ser sub-rogados em favor do poder concedente."

O fato de tais bens integrarem a concessão de serviço público não os tornam bens privados, uma vez que eles continuarão a ser bens públicos cedidos ao concessionário, por força da delegação, e deverão ser revertidos ao Poder Concedente com a extinção da concessão.

Outrossim, há situações em que o bem utilizado pelo concessionário pode estar incorporado ao solo, e sua remoção poderá causar substancial perda econômica. Por isso, a reversão de bens tem sua justificativa justa e razoável com o encerramento da concessão sob a ótica econômica do concessionário e o interesse do Poder Concedente na continuidade do serviço, como bem registra Celso Antônio Bandeira de Mello²³.

Convém lembrar que a lei estabelece que não somente os bens reversíveis retornam ao Poder Concedente com a extinção da concessão (Lei nº 8.987/1995, art. 35, §1º), mas também os direitos e privilégios transferidos ao concessionário nos termos do contrato. A este respeito é esclarecedor um complemento, pois não seriam exclusivamente os direitos e privilégios transferidos à concessionária, mas também todos aqueles constituídos durante a vigência contratual em benefício da concessão²⁴.

²³ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 725-726: “É perfeitamente justo e razoável que ocorra a reversão com o encerramento da concessão. Com efeito, os bens aplicados ao serviço pouca ou nenhuma significação econômica teriam para o concessionário apresentando; pelo contrário, profundo interesse para o concedente. Realmente, a utilidade dos bens aplicados ao serviço só existe para o concessionário enquanto desfruta desta situação jurídica. Figuremos alguns exemplos para demonstrá-lo. Os vagões ferroviários, as locomotivas, os pátios de manobras, as estações de embarque e desembarque de passageiros ou cargas, os trilhos, só podem ser utilizados, adquirindo, assim, expressão econômica, por um concessionário de transporte ferroviário. Sem esta qualidade a empresa nada poderá fazer com eles, e pouco proveito econômico poderá extrair deles. Reversamente o Poder Público, eles se constituem precisamente nas condições indispensáveis para prosseguir o serviço. Os diques, os canais de embarque e desembarque em um porto marítimo, os guindastes, os pequenos ramais ferroviários de transporte, os armazéns, as dragas marítimas, só apresentam significação de alta valia econômica para um concessionário de serviços portuários enquanto desfrutar desta qualidade jurídica. Ao desafetá-los daquela utilidade, não terá como empregá-los, pois se constituem em equipamentos, aderentes ao solo ou não, cuja significação econômica está intimamente relacionada com uma utilização que só pode ser realizada em razão do título jurídico de concessionário de serviços portuários. De revés, para o poder concedente são indispensáveis à continuidade do serviço. Sobremais, substancial parte dos equipamentos em uma concessão de serviço público é constituída de edificações ou bens que aderem ao solo e que não podem ser removidos ou que, em sendo removíveis, perdem nisto toda ou muita de sua substância econômica. Pense-se nas edificações de centrais elétricas, torres de retransmissão, usinas de transformação ou geradores de energia ou, para retomar aos exemplos anteriores, nos armazéns e cais de embarque e desembarque de cargas ou de passageiros.

Daí que ao concessionário pequena significação econômica tem o equipamento necessário à prestação do serviço, uma vez finda a concessão. Reversamente, para o concedente, eles se constituem na indispensável condição para continuidade do serviço.”

²⁴ BRASIL. **Contrato de Concessão referente ao Edital nº 003/2021** - Sistema Rodoviário Rio – São Paulo S.A. (RioSP):

“4. Bens da Concessão

4.1. Composição

Como se observa, há críticas quanto à utilização do termo reversão de bens em razão da etimologia da palavra, ora porque não se poderia falar em retorno de bens que nunca pertenceram ao Poder Concedente (bens adquiridos pelo concessionário), ora porque seria inviável falar em retorno de bens e serviços que nunca foram retirados do Poder Concedente (já que somente a execução é que teria sido transferida).

Não nos caberia aqui propor que o termo reversão seja banido do mundo jurídico em razão da etimologia da palavra, tampouco propor uma nova nomenclatura mais aderente à finalidade almejada com a extinção da concessão para o instituto. Primeiro, porque o uso do termo reversão no mundo jurídico já está consolidado, encontrando, inclusive, definição em dicionários de nossa língua²⁵; e segundo, posto que uma alteração do rótulo não resolveria as questões que precisam ser debatidas a respeito do tema, e que pretendemos enfrentar neste trabalho.

A análise do instituto da reversão sob o prisma da rotulagem, do princípio da continuidade dos serviços ou do regime de bens não tem se mostrado suficiente, tampouco necessária, para afastar as inúmeras discussões tanto no âmbito administrativo como no âmbito judicial ou arbitral, conforme veremos neste estudo.

O instituto da reversão de bens, em nossa opinião, caracteriza-se pela transferência dos bens, públicos e privados, empregados no serviço público para o Poder Concedente ao término da concessão (advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência e extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular), cujo regramento (definição, relação, parâmetros, procedimentos de afetação e eventual indenização, em caso de não amortização) deverá ser estabelecido no início da outorga dos serviços públicos ao concessionário, especialmente por meio do instrumento contratual.

4.1.1. Integram a Concessão os Bens da Concessão a seguir indicados, cuja posse, guarda, manutenção e vigilância são de responsabilidade da Concessionária:

(...)

(ii) todos os bens vinculados à operação e manutenção do Sistema Rodoviário:

(...)

(b) adquiridos, arrendados ou locados pela Concessionária, ao longo do Prazo da Concessão, que sejam utilizados na operação e manutenção do Sistema Rodoviário.”

²⁵ Grande Dicionário Houaiss. “**Reversão**: (...) 3. volta, restituição de um bem ao primeiro dono; devolução. 3.1 dir.adm retorno ao poder público dos bens concedidos a um particular após terminado o contrato entre o Estado e esse concessionário.”

1.2. Finalidade da Reversão de Bens

Com base na análise apresentada até aqui a respeito dos bens reversíveis, concluímos que sua finalidade está alicerçada no princípio da continuidade da prestação do serviço público. Essa conclusão está pautada não apenas na lei, mas também em diversos posicionamentos doutrinários.

Observem que Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶ é categórica ao afirmar que o fundamento da reversão de bens é o princípio da continuidade do serviço público. Isto vem ao encontro de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷, que defende que a principal razão para a reversão reside na continuidade do serviço:

(...) dado o caráter público do serviço, isto é, atividade havida como de extrema relevância para a comunidade, sua paralisação ou suspensão é inadmissível, por ofensiva a valores erigidos socialmente como de superior importância. O Poder Público, como guarda e responsável pela defesa dos interesses públicos, não pode permitir que estes sejam sacrificados ou postergados em nome de objetivos ou interesses particulares, individuais. Por isso, é assente na doutrina o princípio da continuidade do serviço público, o qual supõe a reversão como meio de dar seguimento à prestação da atividade, quando extinta a concessão do serviço.

Como se observa, lei e doutrina são harmônicas no sentido de que os bens reversíveis têm por principal finalidade a continuidade da prestação de serviços, especialmente quando o instituto da reversibilidade de bens é analisado sob a ótica do Poder Concedente e dos usuários de serviços públicos.

Contudo, “principal” não significa única finalidade. Eis que, sob a ótica do concessionário de serviços públicos, financiadores e garantidores, o instituto da reversibilidade de bens tem por finalidade garantir o retorno do investimento, e, se não alcançado, respeitados os riscos assumidos pelas partes, o recebimento de indenização, conforme apontado por Bandeira de Mello²⁸:

Finalmente, é bem de ver que, no ato da concessão, os prazos fixados, quando longos, e as tarifas estabelecidas – que não são, já se viu, imutáveis, mas constituem elementos para composição da equação

²⁶ DI PIETRO, 2019, p. 107.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 726.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 726-727.

econômico-financeira –, ao delinearem o conteúdo patrimonial do acordo, são estabelecidos em vista não só de proporcionar lucro ao concessionário, mas também de amortizar-lhe o capital, paulatinamente.

Por isso, quando a concessão se extingue por expiração de prazo, os bens aplicados ao serviço já estarão amortizados e o lucro esperado já terá sido fruído (salvo quando haja ocorrido inversões em época próxima à do advento do termo previsto para ela). Segue-se, então, que a reversão do equipamento é consequência natural, pois o concessionário já haverá extraído da concessão tudo o que patrimonialmente podia esperar dela: lucro e compensação do capital investido, cuja equivalência haverá percebido ao longo do período de exploração do serviço.

É evidente, de outro lado, que, se o prazo da concessão for curto, ou muito baixas as tarifas, não haverá tempo suficiente para amortização integral do capital. Neste caso, opera-se, igualmente, a reversão, mas o poder concedente deverá, para respeitar o equilíbrio patrimonial, indenizar o concessionário pelo valor remanescente não amortizado do equipamento que se incorpora a seu patrimônio.

Quando, diversamente, a concessão se encerra antes de concluir o prazo – que fora concebido como elemento de compensação dos investimentos e da remuneração dele –, operam as regras já consideradas a propósito das diferentes formas de extinção da concessão.

Sob outra vertente, a Lei 11.079/2004²⁹, em seu art. 6º, § 2º e 5º, confirma a visão de que os bens reversíveis têm por finalidade garantir o retorno do investimento pelo concessionário, ao estabelecer que o contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do concessionário para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis e que, nesta situação, o concessionário não receberá qualquer indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, já que, neste caso, a obra não será realizada com recursos privados.

No que tange ao tema “objetivo do aporte de recursos”, Fernando Vernalha Guimarães³⁰ considera que este, por um lado, seja justamente permitir a aplicação de

²⁹ BRASIL. **Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. “Art. 6º: § 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do *caput* do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

§ 5º Por ocasião da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos de que trata o § 2º.”

³⁰ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **PPP – Parceria Público Privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

verba pública na fase de implementação da infraestrutura, com a construção ou aquisição de bens reversíveis, reduzindo a necessidade de investimento do concessionário e desonerando custos financeiros do projeto; e, por outro lado, seja permitir o diferimento de tributos incidentes sobre a remuneração do parceiro privado, de modo que, à luz da equação econômico-financeira do ajuste, faz sentido que o concessionário não tenha direitos de indenização sobre esses bens financiados pelo Poder Concedente³¹.

Por isso, Floriano de Azevedo Marques Neto³² registra que, embora reversível, o bem decorrente, total ou parcialmente, de aporte de recursos pelo Poder Público deve ser considerado como bem dominialmente público e contabilizado como bem de propriedade do Poder Concedente.

Considerar o bem dominialmente público e contabilizá-lo como bem de propriedade do Poder Concedente, mesmo em situações em que a implementação da infraestrutura conte com parte de recursos do Poder Concedente (aporte de recursos públicos) e do concessionário (recursos privados) para com a construção ou aquisição de bens reversíveis, pode ter sua razão de ser na medida em que o aporte público está vocacionado à aquisição de bem reversível.

Entretanto, nessas situações em que tanto o Poder Concedente como o concessionário aportam recursos na aquisição do bem reversível, a nosso ver a parcela de investimento realizada pelo concessionário não poderá ser ignorada, e deverá ser objeto de amortização e depreciação, sob pena de ser considerado confisco³³.

³¹ Ibid., p. 173.

³² MARQUES NETO, 2016, p. 210-211: “No tocante às concessões no âmbito das PPP, por conta da possibilidade do sistema de aportes, a Lei nº 11.079/2004 traz algumas regras que afetam o regime dos bens da concessão. Em sendo previsto o aporte de recursos pelo Poder Público (art. 6º, § 2º), o bem que decorra de investimentos que venham a ser, total ou parcialmente, objeto de aporte, malgrado ser reversível, deve ser desde logo considerado como bem dominialmente público e contabilizado como bem de propriedade do poder concedente.

Outrossim, a Lei nº 11.079/2004, com a alteração que foi efetivada pela Lei nº 12.766/2012, prevê (art. 6º, § 5º) que bens que tenham sido objeto de aportes, mesmo que ao término do período de concessão, não tenham sido integralmente amortizados ou integralizados, não podem ser indenizados – o que é mais do que razoável, pois que, não fosse assim, haveria o pagamento por um bem para cujo custo de formação o poder concedente já concorreu.”

³³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Subvenções, transferências e aportes de recursos nas parcerias público-privadas. Parcerias Público-Privadas. Reflexões Sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 403. Ao discorrer sobre a questão, o autor conclui: “(...) o parceiro privado não será indenizado ao final do contrato de concessão pelos bens reversíveis eventualmente não amortizados ou depreciados se eles tiverem sido constituídos com valores provenientes do aporte de recursos, conforme prevê o § 5º do art. 6º da Lei 11.079/2004. Isso

No que se refere à titularidade do bem, cabe registrar que, nas situações de desapropriação, tanto nas parcerias público-privadas como nas concessões comuns, em que o Poder Público decreta de utilidade pública a área necessária à realização do investimento e a concessionária propõe a ação judicial de desapropriação, praticando todos os atos materiais, a propriedade do bem é registrada em nome do Poder Concedente, independentemente de o risco financeiro da desapropriação ser do Poder Concedente ou da concessionária.

Nesse sentido, se o bem foi decretado de utilidade pública, tem sua titularidade registrada em nome do Poder Concedente e objetiva prestação de serviço público, não há dúvida de que deverá ser transferido ao Poder Concedente por ocasião da extinção da concessão.

Em nosso ponto de vista, a análise da finalidade do instituto da reversão de bens, sob o prisma do regime de bens (se privado ou público), também não afasta as discussões a respeito do tema, até porque, com o encerramento da concessão, mesmo aqueles bens de titularidade do concessionário poderão ser transferidos ao Poder Concedente, desde que sejam necessários à continuidade do serviço público.

Poderia ser aventado que o regime de bens teria relevância para fins de caracterização de hipótese de incidência tributária, já que somente os bens privados considerados reversíveis preencheriam o critério material a impor as sujeições passiva (concessionário) e ativa (entes federativos), bem como a consequente existência de algum crédito tributário.

Isso porque a hipótese de incidência tributária não alcança os bens reversíveis que estão sob o regime público devido à imunidade recíproca disposta no art. 150, VI, “a”, da CF/88, que veda “à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros”.

Esse era o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido da não incidência, por exemplo, do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), mesmo quando se tratava de delegação de serviços públicos.

Contudo, em sede de repercussão geral, ao julgar o RE 594.015-2017, o STF fixou o entendimento de que a imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, “a”, da

se aplica, evidentemente, à parcela que foi constituída com o aporte de recurso. Se o parceiro privado aplicou também recursos provenientes de outras fontes, deverá ser apurada a sua indenização.”

CF/88, “não se estende à empresa privada arrendatária de imóvel público quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos”, de modo que seria constitucional a cobrança do IPTU pelos Municípios. Ademais, no julgamento do RE 601.720-2017, o STF concluiu pela incidência de IPTU sobre “imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado”.

Esse novo entendimento do STF impacta sobremaneira a equação econômico-financeira dos contratos de concessão vigentes - na medida em que as propostas apresentadas não consideraram tal exação tributária -, assim como a tarifa de futuras concessões de serviço público.

Somente a título de exemplo, o novo entendimento da Suprema Corte poderá ensejar interpretações por parte dos municípios no sentido tributar não somente os espaços cedidos para fins de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, como também todo o sítio aeroportuário (faixas de domínio, edificações e terrenos, bem como pelas áreas ocupadas com instalações operacionais, administrativas) ou mesmo todo um sistema rodoviário (a extensão das rodovias concedidas e todos bens inseridos na faixa de domínio, sede, bases operacionais).

Assim, constata-se que o enquadramento dos bens da concessão a partir do regime de bens não afasta as discussões relativas à hipótese de incidência tributária.

Enfim, feitas estas análises e ponderações, podemos concluir pela dupla finalidade dos bens da concessão a serem transferidos em razão da extinção do pacto concessório. A primeira, como instrumento imprescindível à garantia e preservação da continuidade dos serviços públicos; e a segunda, como instrumento garantidor de retorno pelo investimento realizado pelo concessionário em bens vinculados à prestação de serviços públicos.

A primeira finalidade é baseada na concepção de que a manutenção do serviço concedido depende da retomada daqueles bens considerados essenciais para a prestação de serviço. Quanto à segunda, é fundamentada na vedação constitucional ao confisco, no impedimento legal ao enriquecimento sem causa, e nas disposições legais que determinam o pagamento de indenização ao concessionário, quando, por ocasião da retomada dos bens reversíveis pelo Poder Concedente, a receita auferida pelo concessionário (tarifária e não tarifária) não tiver sido suficiente para remunerar o investimento privado.

Esse entendimento segue ao encontro da análise de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara³⁴ sobre as concessões de telecomunicações, na qual os autores ponderam que a reversão só ocorrerá se conveniente ao Poder Concedente, não servindo autonomamente como mecanismo garantidor dos investimentos privados (as razões desse entendimento serão abordadas posteriormente neste estudo).

1.3. Bens Reversíveis podem ser oferecidos em Garantia de Contratos de Financiamento?

Hely Lopes Meirelles³⁵ esclarece que os bens vinculados à prestação do serviço estão cravados por ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação predeterminada) e que não poderão ser livremente negociados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶ realça a duplicidade de regime jurídico a que se submete a empresa concessionária em decorrência dos aspectos inerentes à concessão de serviço público, e chama a atenção para o aspecto híbrido do regime jurídico relativo ao patrimônio da empresa, notadamente quanto ao patrimônio da concessionária que: na condição de empresa privada, dispõe de bens particulares (art. 98 do Código Civil) que podem ser objeto de qualquer relação jurídica de direito civil ou comercial - alienação, locação, usucapião, direitos reais e garantia (penhor, anticrese e hipoteca); e, na condição de empresa concessionária de serviço público, dispõe de bens privados, vinculados à prestação do serviço, que estão “submetidos ao regime jurídico de direito público, da mesma forma que os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial” (art. 99 do Código Civil), e que “não podem ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito civil ou comercial”, sob pena de infringirem o princípio da continuidade do serviço público.

³⁴ SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 149-174.

³⁵ MEIRELLES, 2017, p. 522-523. “Segundo a doutrina dominante, acolhida pelos nossos Tribunais, a reversão só abrange os bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço. Os demais, não utilizados no objeto da concessão, constituem patrimônio privado do concessionário, que deles pode dispor livremente e, ao final do contrato, não está obrigado a entregá-los, sem pagamento, ao concedente. Assim é porque a reversão só atinge o serviço concedido e os bens que asseguram sua adequada prestação.

Se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não lhe são acessórios e, por isso, não o seguem, necessariamente, na reversão.”

³⁶ DI PIETRO, 2019, p. 108.

Di Pietro³⁷ observa que o art. 28 da Lei 8.987/95 demonstra claramente a intenção do legislador em preservar a afetação pública da parcela dos bens da concessionária necessários à operacionalização e continuidade da prestação do serviço³⁸. Por esse motivo, considera impenhoráveis os bens e as rendas da concessionária à medida que estejam afetados à prestação do serviço.

Entretanto, parece-nos que o mencionado dispositivo legal trazido por Di Pietro comporta outra interpretação que não necessariamente a preservação da afetação pública dos bens da concessão, mas a financiabilidade da concessão ao permitir ao concessionário oferecer, em garantia de suas relações jurídicas de direito civil ou comercial, os bens e direitos, ainda que vinculados à operacionalização e necessários à continuidade da prestação do serviço.

A consequência decorrente da aplicabilidade do art. 28 da Lei 8.987/95 é a redução de riscos aos financiadores e garantidores que acabam por propiciar a prestação de serviço adequado com o emprego de tarifas mais módicas aos usuários.

É evidente que é necessária a manifestação do Poder Concedente a respeito das relações jurídicas pretendidas com os financiadores e garantidores, não somente para evitar que qualquer outro interesse se sobreponha e sacrifique ou obstaculize os direitos dos usuários de serviço público, mas também porque o descumprimento, por parte do concessionário, de suas obrigações, nos instrumentos financeiros firmados, poderá ensejar a excussão das garantias e a eventual assunção do controle ou da administração temporária da concessionária pelos seus financiadores (art. 27 e art. 27A da Lei 8.987/95³⁹).

³⁷ Ibid., p. 108.

³⁸ BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. “Art. 28. Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.”

³⁹ BRASIL. **Lei nº 8.987/1995**: “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

§ 1º Na hipótese prevista no *caput*, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 27.

A partir da observação das dificuldades conceituais sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão⁴⁰ pondera que os bens aplicados na prestação do serviço público, aportados pelo Estado quando da delegação ou adquiridos pelo concessionário no curso da concessão (registrados em seu nome), não se enquadram com facilidade nas categorias tradicionais dos bens (públicos versus privados) até o momento formuladas pela doutrina brasileira. Conclui que, durante a concessão, tais bens - aportados pelo Estado ou adquiridos pelo concessionário⁴¹ - são propriedade privada, sujeita a uma série de ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação predeterminada) e à condição resolutiva do fim da delegação.

Como se observa, Aragão parte da premissa de que pouco importa se o bem foi afetado ao serviço público antes ou depois da concessão, pois em qualquer hipótese somente a concessionária poderá estar autorizada a realizar a alienação (faculdade inerente à propriedade) do bem, e não o Estado, que apenas autorizará o

§ 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do *caput* deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos.

§ 3º Configura-se o controle da concessionária, para os fins dispostos no *caput* deste artigo, a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 4º Configura-se a administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes:

I - indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades;

II - indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral;

III - exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no *caput* deste artigo;

IV - outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no *caput* deste artigo.

§ 5º A administração temporária autorizada na forma deste artigo não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados.

§ 6º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária.”

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013a., p. 590.

⁴¹ *Ibid.*, p. 591: “Poder-se-ia dizer que, durante a concessão, são propriedade privada sujeita a uma série de ônus reais (inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação predeterminada) e à condição resolutiva do fim da delegação. **A assertiva independe de o bem ter sido afetado ao serviço público antes ou depois da concessão**, já que, em qualquer hipótese, o regime de sua gestão e eventual disposição pela concessionária é o mesmo. Tanto é assim que há em geral a previsão nos contratos de concessão de a alienação dos bens reversíveis, sejam eles anteriores ou posteriores à concessão, dever ser previamente autorizada pelo poder concedente. Note-se: em qualquer caso, quem aliena (faculdade inerente à propriedade) o bem é a concessionária, e não o Estado, que apenas irá autorizar o negócio.” (grifo nosso)

negócio. Salientamos que a questão da propriedade do bem reversível tem relevância para fins tributários, cujo tema foi abordado no item anterior.

Mesmo diante dos posicionamentos a respeito do caráter de inalienabilidade, impenhorabilidade e destinação predeterminada dos bens reversíveis, a discussão persiste face à necessidade de análise e enquadramento de cada situação à luz do princípio de segurança jurídica e busca pela modicidade tarifária.

A Secretaria de Fomento, Parcerias e Planejamento do Ministério da Infraestrutura, visando à segurança jurídica e previsibilidade, formulou consulta à Consultoria Geral da União sobre a possibilidade de alienação em garantia de bens reversíveis integrantes de concessão ou arrendamento ferroviário, de modo a assegurar às empresas o financiamento menos oneroso de seus projetos e preservar a competitividade da atividade empresarial.

Com foco nas definições de uso, gozo e/ou disposição, a Consultoria Geral da União⁴² analisou o tema sob o prisma da “essencialidade” e “indispensabilidade” (critério objetivo) e o da “dominialidade” (critério subjetivo). Observadas as disposições contratuais e as normas regulatórias aplicáveis, concluiu que:

(i) os “bens reversíveis essencialmente públicos”, assim considerados os bens imóveis transferidos à concessionária, por ocasião da celebração do instrumento contratual, bem como aqueles objetos de desapropriação ao longo da concessão, em razão da sua “dominialidade” (critério subjetivo), “essencialidade” e “indispensabilidade”(critério objetivo), somente poderiam ser alienados por meio de autorização legislativa e desde que demonstrada: a) a inexistência de prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço; b) a prescindibilidade do bem ou a sua fungibilidade por outro que passe a fazer suas vezes sem prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço; e c) a eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato.

Quanto ao uso e gozo dos mencionados bens, bastaria a autorização do Poder Concedente ou regulador, nos termos estabelecidos no contrato de concessão ou nas normas regulatórias aplicáveis, desde que demonstrado: a) a inexistência de prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço; b) que qualquer constrição não importa na subtração do bem, sob pena da necessária autorização legislativa; e c) eventual repercussão na equação

⁴² AGU. Parecer nº 00080/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU - NUP: 50000.001466/2020-52. Disponível em: < <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00080376068129CS.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato.

(ii) “bens reversíveis assumidos ou adquiridos pela concessionária”, assim considerados aqueles necessários à ampliação ou melhoria do serviço ou ainda para substituir bens transferidos pelo Poder Concedente que cheguem ao fim de sua vida útil, é possível sua disposição, uso e gozo, por autorização do Poder Concedente, desde que demonstrados: a) a inexistência de prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço; b) a prescindibilidade do bem ou a sua fungibilidade por outro que passe a fazer suas vezes sem prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço; e c) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato. Se os mencionados bens forem considerados imprescindíveis e infungíveis haverá a necessidade de autorização do Poder Concedente ou regulador, nos termos estabelecidos no contrato de concessão.”

Da análise do Parecer da Consultoria Jurídica da União, constata-se que os bens reversíveis poderão ser oferecidos em garantia de financiamento, mas para a sua disposição, uso e gozo haverá a necessidade de demonstração de: (i) inexistência de prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço, (ii) prescindibilidade do bem ou a sua fungibilidade por outro e, ainda (iii) eventual impacto na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio.

No caso dos bens essencialmente públicos haverá a necessidade de lei autorizativa para alienação. Para as demais situações bastaria a autorização do Poder Concedente ou regulador, nos termos estabelecidos no contrato de concessão ou nas normas regulatórias.

Em qualquer situação sempre haverá a necessidade de análise do caso concreto em razão das peculiaridades de cada setor, em razão das leis, normas regulatórias e contratos firmados.

1.4.A Reversão de Bens para além do Princípio da Continuidade

A inserção no instrumento contratual de outorga de cláusula genérica, superficial a respeito da reversão de bens (a ser abordada no Capítulo 3), utilizada apenas para mascarar o cumprimento das disposições legais que obrigam sua inclusão, é uma afronta ao princípio da continuidade. Conforme já observamos, não é suficiente falar em princípio da continuidade sem se estabelecer no instrumento contratual de outorga quais são os bens imprescindíveis à continuidade do serviço.

Da mesma forma, não basta falar em princípio da eficiência como norteador das concessões quando o projeto estruturador de uma concessão pretere questões relacionadas à reversão de bens que certamente serão enfrentadas com o encerramento da relação. Inexiste eficiência quando se está diante de omissões e imprecisões que obrigam as partes à busca de mecanismos de solução de conflitos que, por vezes, podem levar anos para serem solucionados.

A inobservância dos princípios da continuidade e da eficiência acabam por desaguar no princípio da modicidade tarifária, até porque também é insuficiente falar em princípio da modicidade tarifária quando os licitantes sequer têm a clareza da extensão e representatividade de sua proposta de preço.

O problema, como se constata, não está no encerramento da concessão (caducidade, encampação, advento do termo contratual etc.), mas na sua concepção. Há de se estabelecer, antes da celebração do instrumento de outorga, balizas claras e precisas, por meio de edital, contrato, regulamento ou lei, para permitir que os licitantes possam considerar, em suas respectivas propostas de preço, todos os ônus e bônus do projeto.

Enfim, a fixação dos bens reversíveis passa tanto pela observância do princípio da continuidade como pelos princípios da eficiência e modicidade tarifária, dado que sua finalidade é a garantia de manutenção do serviço público adequado, e assegura o retorno dos investimentos ao concessionário de serviço público, financiadores e garantidores.

1.5. Quais bens são reversíveis?

Com base no anteriormente exposto, constatamos que a identificação dos bens reversíveis deveria ser algo muito tranquilo de ser feito pelas partes, já que são um importante componente para a definição da proposta no processo licitatório. Contudo, não é isso o que ocorre na prática, visto que, por vezes, os instrumentos balizadores da relação contratual não são claros e precisos quanto à relação dos bens reversíveis.

Em nossa opinião, são reversíveis os bens públicos relacionados no instrumento contratual que são entregues ao concessionário por ocasião da celebração do instrumento de outorga (p. ex., o sítio aeroportuário, a rodovia e a estação metroviária), e os bens públicos adquiridos pelo concessionário em

decorrência do processo de desapropriação, cuja titularidade, no caso da concessão de serviço público, é registrada em nome do Poder Concedente.

Do mesmo modo, são reversíveis os acréscimos, melhorias e ampliações aos bens públicos que, por acessão física, foram realizados pelo concessionário em razão das obrigações contratuais assumidas, inclusive para atendimento de parâmetros de desempenho e níveis de serviço (p. ex., a ampliação de plataforma em uma estação metroviária).

Quanto aos bens privados adquiridos pelo concessionário durante o pacto concessório, também são considerados reversíveis, desde que definidos e qualificados em contrato como essenciais à prestação de serviço.

Márcio Monteiro Reis⁴³ observa que pouco importa se um determinado bem foi originalmente incorporado à concessão pelo Poder Concedente; ele somente será considerado reversível se mantiver a “funcionalidade”, ou seja, enquanto estiver afetado ao serviço público. Este, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴ ao analisar a alienação feita pelo concessionário de bem desativado e fora de uso, cujo tema será abordado mais detalhadamente no item 3.1. deste trabalho.

Outro ponto relevante diz respeito aos bens privados não afetados à prestação de serviço público, implantados pela concessionária em faixa de domínio da concessão mediante autorização do Poder Concedente para fins de exploração de receitas acessórias.

A esse respeito, há de se avaliar se tais bens privados não estão vinculados ao cumprimento de obrigações contratuais (funções operacionais ou funções de ampliação destinadas à melhoria e expansão do serviço público) ou ainda se não foram, em algum momento, objeto de reequilíbrio econômico-financeiro, bem como se não se enquadram no conceito de projetos associados.

Se os mencionados bens privados não preencherem quaisquer dos mencionados requisitos, não será o bem, a nosso ver, considerado reversível: eis que lhes faltará o caráter de essencialidade para a continuidade do serviço público.

⁴³ REIS, Márcio Monteiro. *De onde vêm, o que são, para onde vão e quanto custam os bens reversíveis? Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, p. 475-520, 2018.

⁴⁴ STJ. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 971.851 - SC - 2007/0178100-4. Min. Castro Meira. SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.268.143 - SC - 2011/0173522-7). Min. Humberto Martins. SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015.

Neste caso, o encerramento da concessão em si em nada afetará a situação obrigacional da concessionária enquanto detentora do bem, dado que, em quaisquer das circunstâncias - se durante o prazo concessório ou, após o seu encerramento, com a exploração do serviço pelo Poder Concedente ou por um novo concessionário -, continuará a ter o tratamento como terceiro e ocupante de faixa de domínio, submetendo-se, inclusive, ao pagamento pela respectiva remuneração pela ocupação do bem público.

Por outro lado, caso o Poder Concedente conclua pela essencialidade dos mencionados bens privados da concessionária para a continuidade do serviço, estes serão considerados reversíveis, situação em que caberá ao concessionário o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, visto que os investimentos decorrentes da implantação dos mencionados bens não compuseram a receita (tarifária e não tarifária) projetada pelo concessionário e, portanto, não foram amortizados.

No que diz respeito aos projetos associados⁴⁵, não obstante decorrentes e dependentes em certa medida da concessão, não guardam relação direta com o seu objeto; todavia, em razão de sua magnitude, poderão gerar uma relevante fonte de receita para a concessão.

É o caso das concessões de aeroportos e de mobilidade urbana, como lembra Maurício Portugal Ribeiro⁴⁶, cujo potencial de exploração comercial dos complexos aeroportuários e metroviários mostra-se expressivo.

Entretanto, a questão que se traz refere-se à essencialidade dos investimentos decorrentes de projetos associados à continuidade da prestação do serviço público a justificar a reversibilidade desses bens.

A ANTT, ao tratar do encerramento das concessões rodoviárias, por meio da Resolução ANTT nº 5.926/2021⁴⁷, que “estabelece as diretrizes para o encerramento,

⁴⁵ Ao tratar do tema projetos associados, Egon Bockmann Moreira explica: “Há no Brasil o desenvolvimento de estudos associados para projetos de concessão de serviço público. São empreendimentos coligados, que podem integrar tanto duas (ou mais) concessões de serviços públicos como também projetos desenvolvidos ao entorno da concessão (por exemplo, a exploração imobiliária dos bens circundantes à futura estação do Metrô) ou mesmo o puro subsídio cruzado por meio de fundo uniforme de receitas. Esta integração teria duplo objetivo: por um lado, atenuar o custo da tarifa para o usuário; por outro, permitir a instalação de projetos não autossustentáveis sem que haja desembolso de verbas públicas.” (MOREIRA, 2022, p. 390).

⁴⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. Receitas Acessórias Decorrentes de Novos Projetos Imobiliários em Concessões e PPPs. Parcerias Público-Privadas. Reflexões Sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 371-388.

⁴⁷ BRASIL. **Resolução ANTT Nº 5.926**, de 2 de fevereiro de 2021. Estabelece **diretrizes para encerramento, relicitação e extensão dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária** sob competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres. (grifo nosso)

relicitação e extensão dos contratos de concessão rodoviários”, determinou, em seu artigo 9º, que serão reversíveis os bens definidos pela Resolução ANTT nº 5.860/2019⁴⁸. Esta última resolução, por sua vez, em seu art. 2º, inciso I e § 1º, definiu que edificações, obras civis e melhorias somente serão considerados bens reversíveis se localizadas no sistema rodoviário e, cumulativamente, “contribuírem para a continuidade da prestação do serviço público, auferindo benefícios econômicos futuros para o sistema rodoviário”. Seria o caso, por exemplo, da implantação de uma área de descanso de caminhoneiros dentro da faixa de domínio da rodovia. Por outro lado, não se aplicaria à implantação de um shopping center ou um hotel, mesmo que dentro do sistema rodoviário, já que tais investimentos não servem como garantia à continuidade da prestação do serviço público.

A ANAC, por seu turno, por meio da Resolução ANAC 533/2019⁴⁹, que regulamentou “os procedimentos referentes aos investimentos vinculados a bens reversíveis em caso de extinção da concessão”, estabeleceu que são reversíveis os bens indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço objeto da concessão (art. 2º, *caput*), assim consideradas as “edificações, instalações, obras civis e benfeitorias” realizadas no sítio aeroportuário (art. 2º, inciso II).

Notem que a ANAC considera que quaisquer investimentos em “edificações, instalações, obras civis e benfeitorias” localizadas em sítio aeroportuário são necessários à garantia da continuidade do serviço público. Esse entendimento pode estar pautado na relevância das receitas não tarifárias para a viabilidade econômica da concessão, visto que os relatórios de estudos de mercado que alicerçam o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) apontam para uma expectativa de receita não tarifária na ordem de 50% (cinquenta por cento)⁵⁰.

No nosso ponto de vista, a reversão de bens decorrentes de investimentos em projetos associados somente será possível se, conforme modelagem econômico-financeira definida pelo Poder Concedente ou regulador, o contrato de concessão e

⁴⁸ BRASIL. **Resolução ANTT Nº 5.860**, de 3 de dezembro de 2019. Estabelece a metodologia para cálculo dos valores de **indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados** em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais. (grifo nosso)

⁴⁹ BRASIL. **Resolução ANAC Nº 533**, de 7 de novembro de 2019. Regulamenta os procedimentos e a metodologia de cálculo dos valores de indenização referentes aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados em caso de extinção antecipada do contrato de concessão por relicitação, caducidade ou falência.

⁵⁰ BRASIL. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/andamento/evtea/florianopolis>. Acesso em: 20 nov. 2022.

as normas vigentes no início da celebração do pacto concessório assim dispuser, pois somente nesta condição de transparência e isonomia teriam os licitantes condições de apresentar suas propostas de modo a considerar na composição de suas receitas (tarifa e não tarifária) a eventual amortização e depreciação desses investimentos.

Outro ponto relevante quanto aos bens decorrentes de investimentos em projetos associados, que também pode resvalar na discussão relativa à reversibilidade, diz respeito à vinculação do prazo de exploração dos empreendimentos à vigência do prazo da concessão. Isso porque, a depender da magnitude do projeto associado, o prazo concessório poderá ser um importante limitador para a viabilização econômica do empreendimento.

Destarte, a Lei nº 13.448/2017⁵¹, em seu art. 34, estabeleceu que, “quando se mostrar necessário à viabilidade dos projetos associados ou dos empreendimentos acessórios”, será admitida a sua exploração “por prazo superior à vigência dos respectivos contratos de parceria”, sendo vedada a antecipação das receitas oriundas dos mencionados projetos relativamente ao período que extrapolar o prazo do contrato de parceria.

Contudo, a referida Lei não enfrentou a questão relacionada ao destino dos bens decorrentes de investimentos em projetos associados após o término do prazo de exploração necessário à sua viabilização, ou seja, ela não estabeleceu se tais bens deveriam ser removidos do sistema concedido ou se o empreendedor poderia continuar a explorar o empreendimento, agora não mais na qualidade de projeto associado, mas na condição de terceiro ocupante do sistema concedido, sujeitando-se ao pagamento pelo uso da área pública ao Poder Concedente ou ao novo concessionário.

Para essa situação, devemos observar novamente as regras pactuadas no contrato de concessão e as normas vigentes no início da celebração do pacto concessório, em razão de, se os bens decorrentes de investimentos em projetos associados não se qualificarem como reversíveis, cada setor deverá estabelecer o destino de tais bens. É o que fez, conforme observamos, a ANTT⁵² ao estabelecer

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

⁵² BRASIL. **Resolução ANTT nº 5.926/2021**. Art. 11. “A concessionária deverá apresentar à ANTT plano de desmobilização em pelo menos três meses que antecederem o termo final: § 3º Será de

que compete à concessionária “a remoção e desobstrução da faixa de domínio no tocante aos bens não reversíveis”, bem como a ANAC⁵³ em seus contratos, que também atribui essa responsabilidade à concessionária.

Entretanto, questionamos: como identificar os bens reversíveis de uma concessão? Da nossa perspectiva, a identificação desses bens poderá ser feita tanto com base no contrato de concessão e respectivos anexos (p. ex., termo de arrolamento e transferência de bens, programa de exploração, serviços correspondentes às funções de ampliação, conservação e operação, condições de devolução, plano de investimentos, plano de negócios etc.) como no inventário de acompanhamento e registro de bens vinculados.

O plano de negócios, por sua vez, para aquelas licitações em que o edital dispõe sobre sua apresentação, é uma ferramenta fundamental para a identificação (quais), quantificação (quantos) e qualificação (descrição, vida útil etc.) dos bens reversíveis.

É importante lembrar que o plano de negócios há de ser elaborado em observância às premissas estabelecidas no edital e nas obrigações estabelecidas nos anexos (metodologia de execução, minuta do contrato de concessão, plano de exploração etc.), sob pena da comissão de licitação considerar a proposta inexequível.

Não serve o plano de negócios para afastar as obrigações contratuais, especialmente aquelas relacionadas a parâmetros de desempenho e níveis de serviço, como concluiu a Procurador Geral do Estado de São Paulo ao analisar a quantidade de veículos operacionais que deveriam ser devolvidos quando do encerramento do Contrato de Concessão do Lote 05, operado pela Concessionária Vianorte⁵⁴:

CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. Concessão Rodoviária. Proximidade da extinção do contrato. Consulta referente à entrega dos veículos operacionais pela Concessionária Vianorte. Obrigação da Concessionária que se vincula eminentemente ao atendimento dos níveis de serviços e resultados previstos no edital. Quantitativos presentes na metodologia de execução que não são

responsabilidade da concessionária a remoção e desobstrução da faixa de domínio no tocante aos bens não reversíveis.”

⁵³ Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2021-Sul: “2.5. Será de integral responsabilidade da Concessionária a remoção de quaisquer bens para a liberação de áreas dos sítios aeroportuários.”

⁵⁴ SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Parecer CJ/ARTESP Nº 513/2017** – Processo 357.509/2017.

vinculantes, dado que a concessionária deve fazer as respectivas adaptações, para mais ou para menos, para atender às exigências do edital. Previsão contratual quanto à indenização pela falta de reversão dos bens nos moldes contratuais.

Os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) geralmente trazem informações meramente referenciais para a elaboração da proposta, competindo ao licitante realizar seus próprios estudos e orçamentos. Entretanto, também é um documento que apresenta indícios relevantes quanto à reversibilidade de bens.

Muito embora o presente estudo não pretenda ingressar na análise das normas contábeis, especialmente aquelas atinentes à forma de contabilização, é oportuno registrarmos que as referidas normas constituem fontes de direito, cujas diretrizes e regras para o tratamento dos bens da concessão não podem ser ignoradas.

Nesse sentido, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis⁵⁵ divulgou a ICPC-01 com a interpretação de que a infraestrutura decorrente do contrato de concessão “não será registrada como ativo imobilizado do concessionário”, visto que o contrato de concessão não transfere a ele “o direito de controle (muito menos de propriedade) do uso da infraestrutura de serviços públicos”, mas somente “a cessão de posse desses bens para realização dos serviços públicos, sendo eles revertidos ao concedente após o encerramento do respectivo contrato”⁵⁶.

A Norma Brasileira de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (NBC TSP 05) do Conselho Federal de Contabilidade (CFC)⁵⁷ dispõe sobre as regras de

⁵⁵ BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução CFC nº 1.055/05**. Criou o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que tem como objetivo “o estudo, o preparo e a emissão de documentos técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais”.

⁵⁶ ICPC-01 – “A infra-estrutura dentro do alcance desta Interpretação não será registrada como ativo imobilizado do concessionário porque o contrato de concessão não transfere ao concessionário o direito de controle (muito menos de propriedade) do uso da infraestrutura de serviços públicos. É prevista apenas a cessão de posse desses bens para realização dos serviços públicos, sendo eles revertidos ao concedente após o encerramento do respectivo contrato. O concessionário tem acesso para operar a infraestrutura para a prestação dos serviços públicos em nome do concedente, nas condições previstas no contrato.” (Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Interpretação Técnica ICPC 01 (R1). Contratos de Concessão. Disponível em: <http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/66_ICPC_01_R1_rev%2013.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.)

⁵⁷ BRASIL. **Norma Brasileira de Contabilidade Aplicada ao Setor Público** (NBC TSP 05), do Conselho Federal de Contabilidade (CFC). Elaborada de acordo com a IPSAS 32 – *Service Concession Arrangements: Grantor*, editada pelo *International Public Sector Accounting Standards Board* da *International Federation of Accountants* (IPSASB/Ifac). Disponível em:

contabilização aplicadas ao setor público em relação às concessões públicas comuns e Parcerias Público-Privadas (PPP). Estabelece que o Poder Concedente deverá reconhecer um ativo⁵⁸ como da concessão quando tiver como obrigações: (i) controlar ou regular os serviços que são prestados com o referido ativo; e (ii) controlar qualquer participação residual significativa do ativo ao final do prazo da concessão ou o ativo é utilizado durante toda a sua vida útil. Ao reconhecer o ativo da concessão, o Poder Concedente também deverá fazê-lo em relação ao respectivo passivo, sendo que isso poderá impactar os limites de endividamento trazidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

O concessionário deve reconhecer em sua contabilidade: (i) o valor do “direito de exploração” (ativo intangível) conforme recebe a autorização de cobrar a tarifa dos usuários dos serviços públicos; e (ii) o valor do “ativo financeiro” quando “tem o direito contratual incondicional de receber caixa ou outro ativo financeiro do Concedente pelos serviços de construção”⁵⁹.

O reconhecimento dos passivos e ativos da concessão deverá ser realizado pelo Poder Concedente em cada exercício financeiro pelo “valor justo”, que considera: (i) os montantes realizados em investimentos (exceto aqueles de outros componentes, tais como operação e manutenção); e (ii) “a forma como o concessionário é remunerado”. Se os pagamentos forem efetuados pelo Poder Concedente, “o valor justo representa a parcela paga ao concessionário (ativo financeiro) referente à incorporação do ativo (bem da concessão)”. Por outro lado, se não for feito nenhum

<https://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2016/NBCTSP05&arquivo=NBCTSP05.doc> Acesso em: 04 out. 2022.

⁵⁸ “Ativo da concessão é um ativo necessário à prestação do serviço público, objeto da concessão. Pode ser um ativo já existente do concessionário, um ativo construído, desenvolvido ou adquirido pelo concessionário, ou benfeitorias em um ativo já existente no Concedente.” Em outras palavras, é um bem que, considerando imprescindível para a prestação de serviço, ao final da concessão deverá ser objeto de reversão ao Poder Concedente. (Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Portaria STN no. 877**, de 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.epex.eb.mil.br/images/pdf/CPU_MCASP-8-ed---III-Parte-concessoes-e-ppp.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2022).

⁵⁹ ICPC-01 - 17. “O concessionário deve reconhecer um ativo intangível à medida em que recebe o direito (autorização) de cobrar os usuários dos serviços públicos. Esse direito não constitui direito incondicional de receber caixa porque os valores são condicionados à utilização do serviço pelo público.”

18. “Se os serviços de construção do concessionário são pagos parte em ativo financeiro e parte em ativo intangível, é necessário contabilizar cada componente da remuneração do concessionário separadamente. A remuneração recebida ou a receber de ambos os componentes deve ser inicialmente registrada pelo seu valor justo recebido ou a receber.” (Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Interpretação Técnica ICPC 01 (R1). Contratos de Concessão. Disponível em: <http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/66_ICPC_01_R1_rev%2013.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2022.)

pagamento pelo Poder Concedente, “o ativo deve ser contabilizado como uma troca não monetária de ativos”, ou seja, “o direito de exploração do ativo em troca da incorporação do bem na concessão” (ativo intangível)⁶⁰.

Sucintamente, as demonstrações contábeis, tanto das concessionárias como do Poder Concedente, trarão informações relevantes para fins de identificação dos bens que poderão ser considerados reversíveis.

Por outro lado, com o encerramento de muitos contratos firmados com base na Lei nº 8.987/1995, além do advento da Lei nº 13.448/2017, que trata da prorrogação e relicitação em razão da extinção amigável dos contratos de parceria, as agências reguladoras federais mobilizaram-se para, por meio de regulamentação específica, suprir lacunas contratuais com a definição de critérios para a reversibilidade de bens e metodologia de cálculo de indenizações.

As atuais normas regulamentares podem até auxiliar no processo de reversão de bens, mas não podem ser consideradas isoladamente, de modo que caberá ao Poder Concedente observar prioritariamente as disposições específicas contidas em cada contrato de concessão.

⁶⁰ Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. **Secretaria do Tesouro Nacional**. 9ª Edição. Publicado em novembro 2021. Válido a partir de 2022. Disponível em: <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO:41943>. Acesso em: 04 jun. 2022.

2. ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DE BENS DA CONCESSIONÁRIA

A análise do conceito de bens reversíveis, no item anterior, ingressou, ainda que de maneira superficial, em algumas categorizações de bens do acervo patrimonial a cargo da concessionária, que se pretende examinar melhor neste capítulo.

Para além da classificação de bens quanto à composição do acervo patrimonial da concessão, há também a classificação de bens quanto à forma de remuneração do concessionário relativamente aos bens considerados reversíveis, temas estes que pretendemos abordar neste capítulo.

2.1. Classificação da reversão de bens: quanto à composição do acervo patrimonial da concessão

Floriano de Azevedo Marques Neto⁶¹, buscando classificar os bens reversíveis nas concessões comuns, distingue três classes de bens no acervo patrimonial das concessionárias de serviços públicos:

(i) bens de domínio público e que são transferidos para a posse do delegatário; (ii) bens adquiridos pelo delegatário no curso da concessão ou para implementar o objeto concedido, mas que, por serem imprescindíveis ao serviço público, recebem o tratamento de bens públicos pela qualidade de serem afetados à prestação de serviço e, ao final da concessão, reverterem para o patrimônio do Poder Concedente; e (iii) bens privados da concessionária, que integram o patrimônio desta, e que, por não serem imprescindíveis ao serviço concedido, não são reversíveis e, portanto, são sujeitos ao regime exclusivamente privado, sem qualquer restrição decorrente do regime de bens públicos.

Marques Neto explica que, no sentido funcional, são bens públicos alguns bens integrantes da concessão devido à sua imprescindibilidade à prestação de um serviço público; e sob o prisma dominial, aqueles de titularidade do Poder Concedente que foram transferidos ao concessionário em razão da outorga. Por outro lado, aponta como bens privados aqueles adquiridos pela concessionária, mas que são essenciais ao serviço público, e, por isso, deverão ser transferidos ao Poder Concedente por ocasião da extinção da concessão.

⁶¹ MARQUES NETO, 2016, p. 196.

A classificação realizada por Marques Neto permite-nos extrair que o acervo patrimonial de bens da concessão de serviço público poderá se submeter tanto ao regime de bens públicos como de bens privados, a depender não apenas da titularidade do bem, mas também da sua imprescindibilidade à prestação do serviço público.

Marçal Justen Filho⁶² classifica o acervo de bens da concessionária a partir de dois grandes grupos, um de bens públicos e outro de bens privados, sendo este último subdividido entre bens reversíveis e não reversíveis, e apresenta a seguinte composição para esse acervo:

- (i) “os bens públicos afetados à concessão”: variarão conforme o objeto da outorga, situação em que o concessionário se equipara a um possuidor, com obrigações de manutenção, conservação e aperfeiçoamento. Com a extinção da concessão, esses bens serão automaticamente devolvidos ao Poder Concedente;
- (ii) “os bens privados afetados e reversíveis”: adquiridos ou edificados pelo concessionário que, por estar vinculado à prestação de serviço público, serão integrados ao patrimônio público com a extinção da concessão; e
- (iii) “os bens privados afetados e não reversíveis”: sujeitam-se a um regime jurídico especial. Muito embora estejam vinculados à prestação de serviço público, com a extinção da concessão serão desafetados porque não mais serão consumíveis, salvo se o contrato for extinto antecipadamente e o Poder Concedente precise de tais bens para a continuidade dos serviços, quando então deverá indenizar a concessionária.

A primeira e a segunda espécies de bens classificados por Justen Filho são muito claras, perpassando tanto pelos critérios de titularidade quanto de funcionalidade. Contudo, para a terceira espécie (“bens privados afetados e não reversíveis”), restou a dificuldade de torná-la tangível. Parece-nos que está mais atrelada ao fato de o concessionário ter considerado em sua equação econômico-financeira a existência de alguns bens e direitos necessários à prestação de serviço público que deverão ser depreciados e amortizados com o transcurso natural do contrato e o advento do termo, mas que, em razão de uma extinção antecipada, o

⁶² JUSTEN FILHO, 2018, p. 690-692.

Poder Concedente necessitou daquele bem ou direito para dar continuidade à prestação de serviço (p. ex., uma concessão de transporte público em que não há previsão de reversão da frota, mas que, em razão da extinção antecipada e da necessidade de prover o serviço público, o Poder Concedente acaba por reverter a frota).

Constata-se que a classificação dos bens a cargo da concessionária dada por Marçal Justen Filho parte de premissas dominiais que desaguam não somente nas premissas funcionais dos bens privados vinculados à prestação de serviço público, mas também em premissas temporais, na medida em que a transferência do bem ao Poder Concedente está condicionada ao momento em que se dará a extinção do contrato.

Entretanto, há de se considerar que, ao contrário do que sustenta Justen Filho, haverá bens privados vinculados à prestação de serviço público que, independentemente da extinção antecipada da concessão, continuarão afetados e consumíveis. Trata-se daqueles bens (maquinários, peças e insumos) sobressalentes, necessários à manutenção do serviço, cuja utilidade não seria outra senão a prestação do serviço concedido, como bem registra Márcio Monteiro Reis⁶³:

(...) parece-nos que poderá haver situações em que seja sim conveniente incluir no conjunto de bens que reverterão ao patrimônio do Poder Concedente bens cuja vida útil seja inferior ao período da concessão ou mesmo bens de consumo imediato. Tome-se como exemplo o material usado para a manutenção de bens específicos, como a locomotiva do metrô ou a turbina de geração térmica ou eólica de energia elétrica. Findo o prazo da concessão, se tal material não for reversível, qual deve ser o seu destino?

Não por outro motivo senão a reversão desses bens é que, por vezes, o Poder Concedente, durante o processo de encerramento das concessões, acaba por realizar vistorias *in loco*, em sedes, bases operacionais e almoxarifados das concessionárias.

⁶³ REIS, 2018, p. 475-520.

2.2. Classificação da reversão de bens: quanto à forma de remuneração do concessionário

A reversão de bens, segundo a doutrina, poderá ser gratuita ou onerosa. A primeira diz respeito aos bens que foram depreciados e amortizados durante a vigência contratual, não ensejando qualquer pagamento de indenização ao final da concessão e somente sendo possível com a extinção pelo advento do termo contratual. Quanto à segunda, refere-se àqueles bens que, ao término da concessão, ainda não foram totalmente depreciados e amortizados e cuja transferência ao Poder Concedente demanda pagamento da respectiva indenização.

Em relação à reversão gratuita, Hely Lopes Meirelles⁶⁴ esclarece que ela “é a regra, por presumir que, durante a exploração do serviço concedido, o concessionário retira não só a renda do capital como, também, o próprio capital investido no empreendimento”.

Este tema também é comentado por José dos Santos Carvalho Filho⁶⁵, ao observar que a tarifa paga pelos usuários durante a vigência contratual já remunerou os bens que foram objeto de reversão gratuita:

Na reversão gratuita, a fixação da tarifa já levou em conta o ressarcimento do concessionário pelos recursos que empregou na aquisição dos bens, de forma que ao final tem o concedente o direito à propriedade desses bens sem qualquer ônus, inclusive instalações e obras efetuadas. E é justo que assim seja, pois que o concessionário fez os investimentos, mas os recuperou através de recursos oriundos das tarifas (...) com a propriedade desses bens. Como é o concedente que representa os interesses dos usuários, a seu patrimônio devem ser incorporados os bens do concessionário empregados na prestação do serviço. (...) Na verdade, quando a concessão se extingue pelo advento do termo final, ‘os bens ao serviço já estarão amortizados e o lucro esperado já terá sido fruído’.

Marçal Justen Filho⁶⁶, por seu lado, sublinha que a reversão não se faz gratuitamente, visto que a tarifa deverá ser calculada de modo a amortizar, durante o prazo da concessão, o valor dos bens empregados pelo particular que serão ou

⁶⁴ MEIRELLES, 2017, p. 523.

⁶⁵ CARVALHO FILHO, 2019, p. 439.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 570.

consumidos na prestação de serviços ou integrados no domínio público ao final do prazo.

Defendemos não ser adequada a utilização do termo “reversão gratuita”, pois inexiste gratuidade na aquisição ou consumo dos bens afetos à concessão. Isso porque nos deparamos com a sinalagma contratual, em que temos, de um lado, o Poder Concedente objetivando a continuidade da prestação do serviço público, e, de outro, o concessionário buscando, por meio da equação econômico-financeira, manter a rentabilidade planejada de acordo com os riscos pactuados. À vista disso, de uma forma ou de outra, o concessionário será remunerado pelos investimentos realizados em bens reversíveis conforme sua equação econômico-financeira inicial.

Em síntese, ou o usuário suportará, por meio da tarifa, durante o prazo da concessão, o ônus da amortização dos bens reversíveis, ou o Poder Concedente suportará o ônus da indenização, no caso de esses bens não serem amortizados no prazo da concessão, de modo que não há nada de gratuito nessa operação.

Como se observa, a doutrina traz conceitos e classificações a respeito do acervo de bens a cargo da concessionária que apresentam análise e conclusões que nem sempre resolvem as questões enfrentadas pelas partes, concessionária e Poder Concedente, por ocasião da extinção contratual.

Isso porque compete ao Poder Concedente explicitar com clareza, nos instrumentos contratuais ou em regulamentos específicos de cada setor de exploração de serviço público de infraestrutura, quais seriam os bens que deverão ser transferidos ao Poder Concedente diante da extinção da concessão.

A definição dos bens reversíveis deverá ser objeto de análise e ponderação pelo Poder Concedente ou regulador. Isso visto que, por um lado, deverá avaliar a viabilidade econômico-financeira do negócio e a maior atratividade dos investidores; e, por outro, deverá sopesar quanto à modicidade tarifária e eventual oneração da tarifa face à amortização e depreciação dos investimentos no prazo contratual pelo concessionário, de modo a evitar discussões e pagamento de indenização ao final da concessão.

2.3. Classificação da reversão de bens: quanto ao regime de formação do patrimônio reversível

O instituto da reversão de bens poderá, ainda, ser analisado a partir de duas visões doutrinárias: a patrimonialista ou fechada e a funcional ou aberta.

A reversão de bens sob o aspecto jurídico-patrimonialista considera que o delegatário, por ocasião da assunção do serviço público, recebe o acervo de bens necessários à sua prestação e/ou assume o compromisso de constituí-lo durante a vigência contratual, sendo este o modelo utilizado nas primeiras concessões de serviços públicos, como registra Marçal Justen Filho⁶⁷, cuja justificativa estava na crença de que, sem a propriedade dos bens, considerados necessários e insubstituíveis, o Poder Concedente não teria como exercer de fato o poder de prestar o serviço.

Essa concepção mais tradicional, de cunho patrimonialista, estava pautada, segundo Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara⁶⁸, na “exploração em monopólio, com tarifas impostas a usuários cativos”, que podia “gerar rendas monopolistas e formar um vasto acervo patrimonial”.

Esse acervo patrimonial constituiria bens empregados na prestação do serviço público, que formalmente pertenceriam ao concessionário. Contudo, do ponto de vista contábil, ele seria assumido como ativo inerente à prestação do serviço, que deveria ter seu custo amortizado e depreciado durante a vigência contratual e ser transferido ao Poder Concedente ao final do contrato. Em outras palavras, os bens seriam constituídos pela concessionária ou a ela transferidos e, posteriormente, revertidos ao Poder Concedente.

A crítica ao regime patrimonialista está no fato de que muitos bens adquiridos pelo concessionário, mesmo que não empregados na prestação do serviço público, deverão ser depreciados e amortizados durante a vigência contratual e acabam por impactar a equação econômico-financeira inicial, onerando a tarifa paga pelos usuários, em afronta ao princípio da modicidade tarifária. Além disso, quando não depreciados e amortizados durante a vigência contratual, deverão ser considerados

⁶⁷ JUSTEN FILHO, 2018, p. 692.

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 2, mai./ago. 2016, p. 149-174.

na indenização⁶⁹, a ser arcada, normalmente, com recursos orçamentários do Poder Concedente⁷⁰.

Resumidamente, o regime patrimonialista considera que todos os bens do concessionário, mesmo que não essenciais à prestação de serviço, deverão ser revertidos ao Poder Concedente, o que acaba por onerar a tarifa ao usuário.

Por outro lado, temos a reversão de bens sob o aspecto jurídico-funcional, que atinge, única e exclusivamente, os bens cuja essencialidade os torna imprescindíveis à continuidade da prestação de serviço público, independentemente de titularidade patrimonial desses bens, como bem registra Floriano de Azevedo Marques Neto⁷¹.

Na reversão funcional, ao excluir da relação de bens aqueles que não afetam a continuidade do serviço, o Poder Concedente, em primeiro lugar, acaba por desonerar a equação econômico-financeira, na medida em que a tarifa praticada será mais módica ao usuário; e em segundo, opta por uma menor indenização ao delegatário, ao término da concessão, acaso aqueles bens não tenham sido depreciados e amortizados durante a vigência contratual.

De longa data, a jurisprudência dos nossos tribunais tem sido no sentido de que bens reversíveis são aqueles genericamente “vinculados à execução do serviço concedido” ou “indispensáveis à prestação do serviço”:

Serviço de bondes do Distrito Federal. Reversão à Prefeitura dos bens da companhia sua cessionária. Somente são reversíveis aqueles vinculados, próprios ou afetos à execução do serviço concedido, na conformidade do respectivo contrato, esclarecido por “termos de acordo” posteriores. Os adquiridos, portanto, pela concessionária, por aplicação de seus recursos, sem aquela destinação, são de sua livre propriedade e, conseqüentemente, não reversíveis.⁷²

Concessão de Serviço Público. Reversão. Contrato. Não cabe a reversão de bens não vinculados ao serviço concedido, que podem

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.987/1995: Art. 36. “A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”

⁷⁰ SUNDFELD e CÂMARA, 2016, p. 149-174, apontam: “Com o desenvolvimento tecnológico, a obsolescência dos bens empregados na prestação de serviços se tornava cada vez mais frequente. Constantes substituições, com os consequentes investimentos, teriam de ser feitas até o final da concessão, pois do contrário o serviço perderia atualidade. Isso tornaria praticamente impossível que a reversão de bens ocorresse sem gerar grandes passivos para o Estado. Os investimentos na etapa final da concessão, nesse contexto, seriam fonte de significativo “endividamento” do poder público perante a concessionária (pela inviabilidade de amortizá-los no prazo ainda restante).”

⁷¹ MARQUES NETO, 2016, p. 196.

⁷² STF. **RE 32865**. Relator Min. Edgard Costa. Publicado em 1.4.1957. Órgão julgador: 2ª Turma.

ser livremente alienados pelo concessionário, nos termos do contrato de concessão⁷³.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO. 1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público. 2. A tese (...) de que o bem alienado continua como bem reversível [ainda que fora de uso] não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis (...). O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço. 3. O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95. 4. No caso, como se afere do acórdão recorrido, o contrato de concessão originalmente firmado não previa o imóvel objeto da ação popular como bem reversível.⁷⁴

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, em razão de disposição expressa no contrato de concessão de STFC⁷⁵, acabou por seguir a linha do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de atrelar o conceito de bens reversíveis àqueles bens “indispensáveis à prestação do serviço”:

(...) 14. Observa-se uma compreensão inadequada do conceito de bens reversíveis por parte da Anatel. Para a Agência, são reversíveis apenas os bens adquiridos ou produzidos mediante investimento público, realizado por meio de empresas estatais, em período anterior ao processo de privatização. 15. Conforme define a doutrina, bens reversíveis são bens essenciais à prestação do serviço público concedido; por força do princípio da continuidade, esses bens devem ser revertidos ao Poder Concedente para assegurar que a prestação do serviço público não seja interrompida em caso de extinção da concessão. Segundo essa concepção, todos e tão-somente os bens essenciais ou afetados à prestação do serviço público concedido são

⁷³ STF. **RE 71727**, Relator Min. Djaci Falcão. Julgado em 11.12.1979. Órgão julgador: 2ª Turma.

⁷⁴ STJ. **AgRg no REsp 971851**. Rel: Min. Castro Meira. Data de Publicação: 08 set. 2008.

⁷⁵ BRASIL. **Contrato PBOA/SPB Nº 143/2011** - Anatel - Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado Modalidade Longa Distância Nacional – LDN – Celebrado entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Brasil Telecom S.A: Cláusula 22.1. “Integram o acervo da presente concessão, sendo a ela vinculados, todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária, bem como de sua controladora, controlada, coligada ou de terceiros, e que sejam indispensáveis à prestação do serviço ora concedido, especialmente aqueles qualificados como tal no Anexo 01 - Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância Nacional.”

bens reversíveis, tenham ou não sido originariamente adquiridos ou produzidos com recursos públicos.⁷⁶

(...) 304. Bens reversíveis, conforme preleciona a doutrina de maior escolta, são os ativos que, administrados pela concessionária, se afiguram essenciais à continuidade do serviço público, quer tenham sido adquiridos pela concessionária, quer pelo Poder Concedente, em momento anterior à concessão (ativos existentes).⁷⁷

(...) 137. Sim, é possível que os bens de informática do provedor sejam por ele contratados por meio de comodato, *leasing* ou locação. Contudo, não se pode esquecer o disposto no art. 64 da LGT, que determina que os serviços prestados em regime público são aqueles que a União deve assegurar também a sua continuidade. Dessa forma, a LGT, ao tratar das cláusulas dos contratos de concessão, aponta para a necessidade de especificação de bens reversíveis (art. 93, XI da LGT). Os bens reversíveis são aqueles necessários à continuidade da oferta dos serviços e estão vinculados à concessão.⁷⁸

(...) 52. Bens reversíveis são aqueles que deverão se integrar ao domínio público ao final do contrato de concessão. A Anac considerou que todos os investimentos realizados durante a concessão serão classificados no ativo permanente como intangíveis e completamente amortizados no prazo de concessão. Em outras palavras, ex vi do Princípio da Continuidade do Serviço Público, ao final esperado da concessão todos os bens necessários à operação do terminal deverão ser revertidos ao poder concedente, não cabendo indenização ao concessionário.

53. Com efeito, a Anac deve adotar medidas acautelatórias, ao longo do processo concessório, a fim de que, quando do seu término, incluindo as hipóteses legais de encampação, caducidade e rescisão contratual, todos os bens reversíveis possam ser incorporados ao domínio público em perfeitas condições de usabilidade, para que se assegure a continuidade da prestação de serviços.⁷⁹

O Tribunal Regional Federal⁸⁰ da 4ª Região possui decisão mais específica, salientando que a reversão abrange apenas e tão-somente os bens “diretamente” vinculados à prestação dos serviços:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE RODOVIA. PRAZO FINAL DO CONTRATO.

Nos termos da melhor doutrina, a reversão é o retorno do serviço ao poder concedente, expirado o prazo ajustado na concessão.

A reversão abrange apenas e tão-somente aqueles bens diretamente vinculados à prestação do serviço. (...)

⁷⁶ TCU. **Acórdão 2275/2009** – Plenário. Rel: Min. Augusto Nardes. Data de Publicação: 02.10.2009.

⁷⁷ TCU. **Acórdão 3234/2011** – Plenário. Rel: Min. Aroldo Cedraz. Data de Publicação: 07.12.2011.

⁷⁸ TCU. **Acórdão 1107/2003** – Plenário. Rel: Min. Humberto Guimarães Souto. Data de Publicação: 25.08.2003.

⁷⁹ TCU. **Acórdão 939/2011** – Plenário. Rel: Min. Valmir Campelo. Data de Publicação: 13.04.2011.

⁸⁰ TRF- 4 Região. AI n. 5003308-53.2013.404.0000/RS. Julgado em 21 mai. 2013.

Dessa forma, bens reversíveis são apenas aqueles diretamente vinculados ao objeto da concessão e que visam à continuidade da prestação do serviço público. (...)

Ora, a reversão é cláusula do contrato de concessão, estando vinculada diretamente ao seu objeto, ou seja, à execução do serviço.

Floriano de Azevedo Marques Neto⁸¹ explica que o caráter funcional do instituto da reversão de bens surgiu no período imperial – então denominado “resgate” –, com o Decreto nº 6.995/1878, que estabelecia bases gerais para a concessão das estradas de ferro com fiança ou garantia de juros do Estado, definindo que “O resgate não compreende as propriedades estranhas ao serviço e uso da estrada de ferro”⁸². Naquela ocasião, Marques Neto registrou sua crítica à decisão da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL),⁸³ que sustentava a adoção da concepção patrimonialista⁸⁴.

Dado isso, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara⁸⁵ comparam as experiências de reversão de bens nas concessões públicas clássicas (reversão patrimonialista ou fechada) com aquelas nas concessões modernas (reversão funcional ou aberta), concluindo ser inviável a existência de uma teoria geral única para a determinação dos bens reversíveis devido aos aspectos e peculiaridades de cada setor e de cada contrato. Nesse sentido, Sundfeld e Câmara registram que o setor de telecomunicações demonstra claramente a pluralidade de regimes de reversão de bens, que passa, com o advento da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de

⁸¹ MARQUES NETO, 2016, p. 84.

⁸² BRASIL. **Decreto nº 6.995**, de 10 de agosto de 1878: “DO RESGATE DA ESTRADA. XIII. O Governo terá o direito de resgatar a estrada decorridos que sejam os primeiros 30 annos, contados da data da conclusão da estrada, sendo o respectivo preço regulado, em falta de accôrdo, pelo termo médio do rendimento líquido do ultimo quinquennio; ficando entendido que, no caso do Governo realizar o resgate antes ou depois de expirado o prazo do privilegio designado na clausula 3ª, § 1º, o preço não será inferior ao capital afiançado ou garantido.

A importancia a que fica obrigado o Estado será paga em tantas apolices da dívida publica de 6 % ao anno, quantas forem necessarias para produzir a renda liquida média no quinquennio acima mencionado, ou a média da renda que o capital afiançado ou garantido produzir nos tres ultimos annos do resgate, quando fôr este feito depois dos primeiros 30 annos e antes de findar o tempo do privilegio ou depois de findo este tempo.

O resgate não compreende as propriedades estranhas ao serviço e uso da estrada de ferro.” (grifo nosso)

⁸³ Processo Administrativo nº 53500.025781/2011, em especial a Análise nº 131/2012-GCRZ, de 09 mar. 2012.

⁸⁴ A Resolução ANATEL nº 477/2021 define bens reversíveis como “equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, essenciais e efetivamente empregados para assegurar a continuidade e a atualidade da prestação do STFC em regime público”.

⁸⁵ SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 149-174.

Telecomunicações), do regime patrimonialista para o regime funcional, e inclusive para situações em que sequer haveria a necessidade de reversão de bens:

(...) o legislador e o regulador que fizeram a reforma da década de 1990 perceberam que manter o modelo patrimonialista na nova fase, a das modernas telecomunicações em competição, seria simplesmente inviável, além de representar enorme ônus ao concedente. Por isso, a regulação lançou mão de outras soluções: exploração de serviços sem reversão, em alguns casos – ela não existe nas autorizações e é possível, mas não obrigatória, nas concessões de telecomunicações –, ou com reversão funcional, sem caráter patrimonialista.

Em suma, argumentamos que a inexistência de definições claras e precisas nos contratos de concessão ou permissão de serviço público quanto à adoção do regime, seja patrimonialista ou funcional, em nada agrega para o fortalecimento e a segurança jurídica do modelo regulatório.

A discussão travada sobre a reversão de bens nos contratos regulados da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), notadamente no que tange ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), e a tentativa de regressar ao regime patrimonialista em nada contribuíram para o avanço do modelo de concessões de serviços públicos.

Além disto, no que diz respeito à Lei nº 8.987/1995, constata-se que o legislador definiu o serviço adequado pautando-se pela “continuidade, eficiência segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art.6º, § 1º), estabelecendo os deveres da concessionária em relação aos bens vinculados à prestação do serviço concedido (art. 31, II, VII), e garantindo o seu direito à “indenização das parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (art. 36), sem contudo ingressar no regime de bens, matéria cuja definição compete ao contrato de concessão ou permissão de serviço público.

3. OMISSÕES E IMPRECIÇÕES DOS CONTRATOS QUANTO AOS BENS REVERSÍVEIS

A ausência de critérios claros, objetivos e adequados nos contratos de concessão, leis, normas infralegais, quanto ao regime jurídico aplicável da reversibilidade de bens, bem como quanto à metodologia de valoração desses bens não depreciados e não amortizados, faz com que as partes (Poder Concedente, delegatário e outros interessados) se tornem reféns dos mais diversos entendimentos.

Na prática, constatamos que os instrumentos contratuais, por vezes, quando não são omissos, são imprecisos a respeito do tema, e isso pode ser verificado em diversos setores.

Por exemplo, no setor elétrico, em que o contrato estabelece a necessidade de levantamentos dos bens no momento da extinção da concessão para fins de avaliações e determinação do montante da indenização⁸⁶. Outro exemplo pode ser observado no setor rodoviário, em que se verifica outra técnica vaga de regulação da matéria ao indicar a reversão de bens “vinculados à exploração” do serviço concedido, sem, contudo, especificá-los claramente⁸⁷.

Há situações em que, mesmo tendo mais detalhamento quanto aos bens reversíveis, como o Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado, Modalidade Longa Distância Nacional, firmado entre a ANATEL e a Brasil Telecom⁸⁸, deixa ainda margem de interpretação para deliberação futura para a definição dos bens que serão revertidos ao final do contrato.

⁸⁶ BRASIL. **Contrato de Concessão nº 162/98 para Distribuição de Energia Elétrica**, celebrado entre a União e a Eletropaulo Metropolitana Eletricidade De São Paulo S.A., tendo por objeto a exploração dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica: “CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – EXTINÇÃO DAS CONCESSÕES, REVERSÃO DOS BENS VINCULADOS. (...) Segunda Subcláusula - Extinta a concessão, operar-se-á, de pleno direito, a reversão ao PODER CONCEDENTE, dos bens vinculados ao serviço, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e determinação do montante da indenização devida à CONCESSIONÁRIA, observados os valores e as datas de sua incorporação ao sistema elétrico. Terceira Subcláusula - Para efeito da reversão, consideram-se bens vinculados aqueles realizados pela CONCESSIONÁRIA e efetivamente utilizados na prestação dos serviços.”

⁸⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. **Contrato de Concessão nº 005/CR/98**, celebrado entre o Estado de São Paulo e a Concessionária do Sistema Anhanguera-Bandeirantes S.A., tendo por objeto a exploração do sistema rodoviário: “44.1 Extinta a CONCESSÃO, retornam ao CONTRATANTE todos os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, transferidos à CONCESSIONÁRIA, ou por ela implantados, no âmbito da CONCESSÃO.”

⁸⁸ BRASIL. **Contrato PBOA/SPB Nº 143/2011** - Anatel - Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado, Modalidade Longa Distância Nacional – LDN. Celebrado entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Brasil Telecom S.A.

Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado, Modalidade Longa Distância Nacional, firmado entre a Anatel e a Brasil Telecom:

Cláusula 23.1. Quando da extinção da concessão reverterão automaticamente à ANATEL todos os bens vinculados à concessão na forma do Capítulo XXI, resguardado à Concessionária o direito às indenizações previstas na legislação e neste Contrato.

Anexo^o 01 - Qualificação dos bens reversíveis da prestação do serviço telefônico fixo comutado longa distância nacional

- a) Infraestrutura e equipamentos de comutação e transmissão, incluindo terminais de uso público;
- b) Infraestrutura e equipamentos de rede externa;
- c) Infraestrutura e equipamentos de energia e ar-condicionado;
- d) Infraestrutura e equipamentos de Centros de Atendimento e de Prestação de Serviço;
- e) Infraestrutura e equipamentos de sistemas de suporte à operação;
- f) Infraestrutura e equipamentos instalados por força de obrigações de universalização previstas em Plano Geral de Metas de Universalização, aprovado nos termos do art. 18, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;
- g) Outros indispensáveis à prestação do serviço.

Os contratos de concessão mais recentes buscaram atualizar as cláusulas de bens integrantes da concessão, especialmente para fins de reversibilidade. Em algumas situações, o Poder Concedente preferiu remeter às normas regulamentares; e em outras, estabelecer os bens que não seriam reversíveis, em quaisquer dos cenários. Ainda assim, deparamo-nos com conceitos genéricos e indeterminados.

O recente contrato de concessão dos aeroportos integrantes do Bloco Sul, firmado entre a União, por intermédio da Agência Nacional de Aviação Civil, e a Concessionária do Bloco Sul S.A.⁸⁹, trouxe um capítulo a respeito dos bens reversíveis, estabelecendo:

- (i) são reversíveis todos os bens imóveis e quaisquer benfeitorias localizados no sítio aeroportuário, bem como todos os bens móveis utilizados no processamento de passageiros, aeronaves ou cargas, excluído desse rol os bens, direitos e serviços utilizados exclusivamente em atividades administrativas da Concessionária;

⁸⁹ BRASIL. **Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2021**- Bloco Sul – ANAC - Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos Integrantes do Bloco Sul – Celebrado entre a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Concessionária do Bloco Sul S.A.

- (ii) a concessionária deverá elaborar anualmente um Relatório Interno de Bens (RIB) para indicar todos os bens da concessão, inclusive com informações sobre a sua reversibilidade, depreciação e amortização;
- (iii) a concessionária deverá elaborar quinquenalmente, a partir do RIB, um Relatório Externo de Bens (REB), por meio de empresa especializada independente, indicando também a localização do bem;
- (iv) a concessionária deverá elaborar um Relatório de Movimentação de Bens (RMB) com o registro das movimentações semestrais no rol de bens da concessão (entrada, saída ou transferência, tais como aquisições, desfazimentos, baixas ou transferências);
- (v) a forma para o desfazimento dos bens móveis da concessão;
- (vi) a remissão à regulamentação para reversão de bens no caso do advento do termo contratual, e as condições de vida útil por mais 24 meses dos mencionados bens, além do desconto do valor de eventual indenização das alienações de bens repassados pelo Poder Público à concessionária em caso de extinção antecipada; e
- (vii) o contrato terá uma lista mínima de bens reversíveis.

Notem que o contrato firmado pela ANAC buscou trazer mais obrigações para definição, acompanhamento e controle dos bens reversíveis, com o objetivo de evitar maiores discussões por ocasião da extinção da concessão.

No setor de rodovias federais, foi firmado, também recentemente, o Contrato de Concessão de exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público das rodovias BR-116/BR-101/RJ/SP, entre a União, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, e a Concessionária do Sistema Rodoviário Rio – São Paulo S.A.⁹⁰, que trouxe um capítulo a respeito dos bens da concessão, estabelecendo:

- (i) todos os bens essenciais à prestação de serviço, conforme contrato e regulamentação, são considerados bens da concessão e serão reversíveis, tais como o Sistema Rodoviário, conforme alterado durante o prazo da concessão, (...) todos os bens vinculados à operação e manutenção do Sistema Rodoviário, tanto os transferidos (conforme

⁹⁰ BRASIL. **Contrato de Concessão referente ao Edital nº 003/2021** - Sistema Rodoviário Rio – São Paulo S.A. (RioSP).

listados no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens), quanto os adquiridos, arrendados ou locados pela Concessionária.

- (ii) restrições à alienação e à aquisição de bens, em que somente será permitida se garantida sua imediata substituição por outros que apresentem atualidade tecnológica e condições de operação e funcionamento idênticas ou superiores às dos substituídos, ou mediante prévia e expressa anuência da agência;
- (iii) a obrigação da concessionária de apresentar periodicamente relatórios com informações detalhadas dos bens da concessão, inclusive os bens reversíveis, com a descrição do seu estado, valor, bem como seu efetivo controle durante todo o período de exploração, conforme regulamentação da agência.

No setor de rodovias estaduais, destacamos o Contrato de Concessão para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público do Sistema Rodoviário, denominado Lote Rodovias dos Calçados, firmado entre o Estado de São Paulo, por Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), e a Viapaulista S.A.⁹¹, estabelecendo:

- (i) são reversíveis os bens vinculados à concessão, transferidos para a concessionária - tais como os equipamentos, máquinas, aparelhos, acessórios, obras de arte -, e os adquiridos, incorporados, elaborados ou construídos pela concessionária que sejam utilizados na operação e manutenção do sistema rodoviário, bem como aqueles relacionados no Anexo X, indispensáveis à prestação dos serviços e à continuidade da prestação dos serviços.
- (ii) o Termo de Arrolamento Definitivo dos bens reversíveis constituirá o inventário de bens reversíveis que deverá ser mantido atualizado pela concessionária durante o pacto concessório;
- (iii) a alienação ou oneração, a qualquer título, dos bens reversíveis dependerão de anuência prévia da agência;

⁹¹ ESTADO DE SÃO PAULO. **Edital de Concorrência Internacional nº 05/2016** – Contrato de Concessão ARTESP, nº 0359/ARTES/2017, para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público do Sistema Rodoviário, denominado Lote Rodovias dos Calçados, firmado entre o Estado de São Paulo, por Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP, e a Viapaulista S.A.

- (iv) demais bens empregados ou utilizados pela concessionária que não constem do Termo de Arrolamento Definitivo e que não se qualifiquem como bens reversíveis serão considerados bens exclusivamente privados e poderão ser livremente utilizados e transferidos pela concessionária, sem prejuízo do dever de atendimento aos indicadores de desempenho.

Contudo, um ponto que merece atenção refere-se ao mencionado Anexo X do contrato, que não apresenta uma relação de bens, mas as condições de devolução do sistema rodoviário ao Poder Concedente e, se for o caso, transferência à nova concessão. Outro aspecto que precisa ser contemplado diz respeito ao atendimento dos indicadores de desempenho, que poderão ser alterados a qualquer tempo pelo Poder Concedente e impor ao concessionário o dever de realizar o investimento necessário, competindo à concessionária demonstrar o efetivo impacto em seus encargos, e que tais encargos são superiores àquele que seria experimentado na hipótese de o serviço concedido ser desempenhado em condições de atualidade e adequação.

Após mais de vinte anos, os programas de concessões, mesmo com a atualização das cláusulas contratuais e dos normativos referentes aos bens reversíveis, ainda apresentam definições vagas, gerando, com isso, insegurança e instabilidade diante da sujeição das partes a interpretações casuísticas.

Para Hely Lopes Meirelles⁹², nos casos em que o contrato de concessão é omissivo quanto à reversibilidade de bens, o Poder Concedente terá direito de receber de volta o serviço com todo o acervo de bens aplicados na prestação do serviço público. Ele considera que, embora seja cláusula essencial do contrato (art. 23, X),

Se nada for estipulado a respeito, entende-se que o concedente terá o direito de receber de volta o serviço com todo o acervo aplicado na sua prestação, sem qualquer pagamento. Mas casos há de concessão de curto prazo, ou de investimentos especiais e de alto custo, que justificam, convencie-se, a indenização total ou parcial dos bens da empresa, quando da reversão do serviço.

⁹² MEIRELLES, 2017, p. 523.

Luiz Alberto Blanchet⁹³ observa que, quando houver divergências quanto aos bens que devem ser revertidos, somente deverão ser revertidos “os bens necessários à prestação do serviço concedido”:

Este é o posicionamento mais condizente com o princípio da permanência, ou continuidade, do serviço, pois se os bens efetivamente utilizados na prestação adequada do serviço já são suficientes para preservar a continuidade de sua prestação, a reversão dos demais bens é supérflua (...). Como não é facultado ao administrador público empregar recursos públicos em coisas desnecessárias, nada justifica a reversão de bens desnecessários para assegurar a permanência do serviço.

Ainda nesta mesma linha de considerações, Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁴ salienta que há presunção de reversibilidade do bem quando o instrumento contratual for omissivo:

(...) se o instrumento da concessão nada dispuser a respeito da reversão, a existência dela se presume e será onerosa ou gratuita para o Poder Público, dependendo de já ter havido, ou não, a amortização total ou parcial do capital representativo do equipamento aplicado ao serviço.

Floriano de Azevedo Marques Neto⁹⁵, por seu turno, argumenta que a presunção não se presume, e deverá estar expressa em contrato:

Daí poder-se falar na reversão como mecanismo de aquisição da propriedade, não consoante um regime legal, mas por força de disposição constante do contrato de concessão ou permissão, na medida em que os bens reversíveis não se presumem, devendo estar necessariamente tratados no instrumento contratual de delegação (cf. art. 23, X, da Lei n. 8.987/95).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁶ entende que, em se tratando de concessionária ou permissionária oriunda do processo de privatização (venda de ações) de uma

⁹³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessões de Serviços Públicos**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 1995, p. 102-103.

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 727.

⁹⁵ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. **Bens Públicos: função social e exploração econômica**. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 412-413.

⁹⁶ DI PIETRO, 2019, p. 107.

empresa estatal, juntamente com a outorga de nova concessão, mediante leilão, não há necessidade de que seja feita a prévia reversão dos bens vinculados ao respectivo serviço público:

É o que estabelece o art. 28 da Lei nº 9.074/1995. A norma justifica-se, uma vez que, nesse caso, a transferência do controle acionário é feita simultaneamente com a outorga de nova concessão; ou seja, a empresa que assume o controle acionário da empresa concessionária assume concomitantemente o serviço e, conseqüentemente, o acervo de bens e instalações a ele vinculados.

Do nosso ponto de vista, a omissão quanto à reversibilidade de um bem não pode ser analisada somente com base no contrato, nas leis e nas normas vigentes à época do processo licitatório, bem como com base nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) e no plano de negócio que balizou a proposta de preço.

Se após a análise do contrato e anexos (inclusive, o plano de negócios, quando exigido), do edital e anexos (inclusive, os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, quando existentes), das leis e normas vigentes à época do processo licitatório, a conclusão for no sentido de que há omissão no que tange à reversão do bem, e entendendo o Poder Concedente que tal bem é necessário para garantir a continuidade da prestação de serviço, não haverá outra saída senão revertê-lo com a correspondente indenização prévia ao concessionário, haja vista que a relação de bens constante do instrumento contratual não é taxativa⁹⁷.

3.1. Omissões e Imprecisões nas concessões de serviço de rodovias

Nos contratos de concessão de rodovias, há omissões e imprecisões. Vejam exemplos desses contratos, firmados na década de 90, cujas cláusulas são idênticas a respeito da reversão de bens, e que, por ocasião do advento do termo contratual, levaram a discussões e tratamentos antagônicos.

⁹⁷ GUERRA, Sérgio. A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia** – RDE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out/dez. 2004: “É de notar-se, entretanto, que essa relação de bens constante do instrumento contratual não é taxativa, sendo certo que outros bens que venham a ser adquiridos pela Concessionária – e que efetivamente venham a ser utilizados no serviço – também serão considerados reversíveis.”

O Contrato de Concessão PG nº 137/95, firmado entre a NovaDutra e a DNER (ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres)⁹⁸, na Seção XV, que trata, em sua cláusula 142, da “Reversão dos Bens que Integram a Concessão”, estabeleceu:

142. Ressalvado o disposto nos itens 128 a 138 deste CONTRATO reverterem ao DNER, gratuita e automaticamente, na extinção da concessão, todos os bens construídos ou adquiridos pela CONCESSIONÁRIA e integrados à concessão nos termos previstos neste CONTRATO.

O Contrato de Concessão nº 075/97, firmado entre a RodoNorte e o Estado do Paraná⁹⁹, em sua Cláusula XXXII, que trata da “Reversão dos Bens que Integram a Concessão”, estabeleceu:

1. Ressalvado o disposto neste CONTRATO, reverterem ao DER, gratuita e automaticamente, na extinção da concessão, todos os bens transferidos, construídos ou adquiridos pela CONCESSIONÁRIA e integrados à concessão nos termos previstos neste CONTRATO.

Notem que as cláusulas dos contratos de concessão possuem conteúdo idêntico. Contudo, cada Poder Concedente ofertou um tratamento diferente ao final da concessão.

A ANTT, ao publicar a Resolução nº 5.926/2021¹⁰⁰, estabelecendo diretrizes para encerramento, relicitação e extensão dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária, em seu art. 9º, estabeleceu: “São considerados bens reversíveis aqueles assim definidos na Resolução nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019, observadas as disposições específicas contidas no contrato de concessão.”

⁹⁸ BRASIL. **Contrato PG-137-95** – ANTT – Contrato de Concessão de Serviço Público precedido de obra pública – Celebrado entre a União, por intermédio do Departamento Nacional de Transportes Terrestres (DNER), posteriormente sucedido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. (NovaDutra).

⁹⁹ ESTADO DO PARANÁ. **Contrato de Concessão nº 075/97**. Contrato de Concessão de Obra Pública celebrado entre o Estado do Paraná, por intermédio do Departamento de Estradas de Rodagem - DER, a União, como interveniente, através do Ministério dos Transportes, o Departamento Nacional de Estradas e Rodagem e a Rodonorte – Concessionária de Rodovias Integradas S.A.

¹⁰⁰ BRASIL. **Resolução ANTT Nº 5.926**, de 2 de fevereiro de 2021. Estabelece **diretrizes para encerramento, relicitação e extensão dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária** sob competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres. (grifo nosso)

A Resolução ANTT nº 5.860/2019¹⁰¹, por sua vez, ao tratar, no Capítulo II, “Dos Bens Reversíveis”, estabeleceu:

Art. 2º **Serão considerados reversíveis**, para a finalidade desta Resolução, **os bens utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários, bem como a própria infraestrutura rodoviária sob concessão**, tais quais:

(...)

§ 1º **Os bens de que tratam esse artigo somente serão considerados reversíveis:**

I - se contribuírem para a continuidade da prestação do serviço público, auferindo benefícios econômicos futuros para o sistema rodoviário;

(...)

§ 2º Não são considerados reversíveis os bens utilizados pela concessionária exclusivamente em atividades administrativas, bem como os investimentos realizados na prestação de serviços de conservação e manutenção do sistema rodoviário. (grifos nossos)

O Estado do Paraná, por sua vez, publicou a Portaria nº 108/2021-DER¹⁰², estabelecendo as diretrizes para o encerramento dos contratos de concessão pertencentes ao Programa de Concessão Rodoviária no Estado do Paraná. Ao tratar “Dos Bens Reversíveis”, na Seção II, dispôs:

Art. 4º Serão considerados reversíveis, para a finalidade desta Portaria, os bens, públicos ou privados, utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários, bem como a própria infraestrutura rodoviária sob concessão **e todos os bens que não integram o patrimônio pessoal dos Concessionários, adquiridos ou constituídos com as receitas provenientes dos contratos de concessão**, tais quais: (...)
(grifo nosso)

¹⁰¹ BRASIL. **Resolução ANTT Nº 5.860**, de 3 de dezembro de 2019. Estabelece a metodologia para cálculo dos valores de **indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados** em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais. (grifo nosso)

¹⁰² ESTADO DO PARANÁ. **Portaria DER Nº 108** - 29 de abril de 2021. Estabelece as diretrizes para o **encerramento dos contratos de concessão** pertencentes ao Programa de Concessão Rodoviária no Estado do Paraná. (grifo nosso)

Enquanto a ANTT, nas rodovias federais concedidas, considerou reversível somente os bens necessários à continuidade do serviço, excluindo os bens utilizados nas atividades administrativas e aqueles necessários à conservação e manutenção do sistema rodoviário, o Estado do Paraná, nas rodovias federais delegadas, considerou reversível tanto os bens necessários à continuidade do serviço quanto aqueles adquiridos ou constituídos com as receitas provenientes dos contratos de concessão.

Observa-se que a posição adotada pelo Estado do Paraná, em 2021, para o encerramento dos contratos de concessão, firmados no ano de 1997, ora estabelece que apenas os bens vinculados à prestação de serviços são reversíveis, ora determina que todos os bens adquiridos ou constituídos com as receitas provenientes da concessão também o são.

Em nossa opinião, a definição da reversibilidade de todos os bens adquiridos ou constituídos com as receitas provenientes da concessão deveria ter sido tratada pelo Estado do Paraná nos instrumentos contratuais, tanto para possibilitar que licitantes e órgãos de controle pudessem questionar a respectiva validade dessa diretriz quanto para permitir aos licitantes que apresentassem propostas que a considerassem.

Entendemos que a orientação apresentada pelo Estado do Paraná no último ano da concessão é muito próxima de um confisco, na medida em que a concessionária é uma sociedade de propósito específico e nenhuma outra receita lhe é permitido auferir senão aquela proveniente da concessão. Por conseguinte, não seria razoável considerar todos os bens adquiridos ou constituídos com as receitas provenientes dos contratos de concessão como reversíveis.

Em síntese, sublinhamos que situações idênticas demandaram tratamentos distintos, após mais de 20 (vinte) anos de concessão de serviço público, em razão da imprecisão e omissão dos instrumentos jurídicos a respeito da reversibilidade de bens.

Em relação à Resolução ANTT nº 5.860/2019, causa estranheza as disposições contidas no art. 2º, § 5º, pois nos parece ser ilegal e inconstitucional tolher o direito de propriedade da concessionária de dispor livremente dos seus bens particulares (considerados não reversíveis) durante a vigência do contrato de concessão, condicionando esse direito à eventual extinção antecipada desse contrato.

O extrato desse cenário demonstra claramente que de nada adianta omitir ou retardar temas que são certos em uma relação contratual, pois o tempo não resolverá questões cruciais para o encerramento da concessão que, por vezes, acabam por gerar conflitos, numerosos processos administrativos, judiciais e arbitrais, onerando os cofres públicos, causando insegurança jurídica e afastando investidores.

3.2. Omissões e Imprecisões nas concessões de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)

A discussão a respeito da reversibilidade dos bens recebidos do Poder Concedente pelo concessionário, quando da assunção do serviço público, é acirrada, especialmente nas situações em que a concessão do serviço público vem acompanhada de um processo de desestatização com a venda de controle de uma empresa estatal prestadora de serviço público.

Helena de Araujo Lopes Xavier¹⁰³, ao analisar a reversibilidade de bens nos contratos de concessão de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), apontou que a evolução da figura da concessão também repercutiu na natureza jurídica dos bens utilizados pelo concessionário na exploração de serviços concedidos, concluindo que “A reversão consiste na transmissão da posse dos bens reversíveis à União (art. 102, *caput*, da LGT), tendo a posse no direito de telecomunicações a natureza jurídica de direito de uso parcial de bens”.

Enquanto a Lei nº 8.987/95 dispõe que os bens reversíveis transferidos ao concessionário retornarão ao Poder Concedente, a LGT estabelece que a concessionária transmitirá ao Poder Concedente a posse dos bens reversíveis, e não a sua propriedade (art. 102, *caput*). O parágrafo único do art. 102 estabelece ainda que a reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, impõe o pagamento de indenização dos investimentos ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Isso permitiria o entendimento de que, se os bens reversíveis não tiverem sido depreciados e amortizados ao longo da vigência contratual, com a extinção da concessão seria permitida a automática transferência da posse dos mencionados

¹⁰³ XAVIER, Helena de Araújo Lopes. A reversibilidade de bens nos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) – Telefônica do Brasil S.A. **Revista de Direito das Comunicações**. São Paulo: vol. 8/2014, p. 169-253, jul-dez.

bens à União, mas não da sua propriedade, haja vista que a reversão da titularidade estaria condicionada ao pagamento da indenização correspondente.

A transferência da posse dos bens reversíveis também está atrelada aos denominados bens multisserviços no setor de telecomunicações, em que Márcio Monteiro Reis¹⁰⁴ registra sua complexidade:

Há empresas realizando serviços de mesma natureza, sob regimes jurídicos distintos, como ocorre com os serviços de telefonia fixa – STFC, que algumas empresas prestam como serviço público, e outras, como atividade econômica privada. Há, ainda, empresas que prestam o STFC sob regime de serviço público, mas também realizam outras atividades sob o regime de atividade econômica privada, como por exemplo, atividades de provedor de serviços de internet ou fornecedor de sinal de televisão a cabo. Ocorre que, muitas vezes, tais serviços são prestados por meio de uma única infraestrutura.

Há intensas discussões no setor de telecomunicações quanto à reversibilidade de bens, especialmente no que tange à propriedade dos bens, muito ainda sem solução.

Nesse sentido, ganha relevo o polêmico debate, travado nas concessões de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), em razão do acervo de bens considerados no processo de desestatização e privatização do Sistema Telebrás. Em outras palavras, discute-se se os referidos bens integraram o ativo da concessionária por força do preço pago pela aquisição do controle da companhia ou se os bens transferidos à concessionária integram a concessão, e, por isso, deverão ser revertidos.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁰⁵, ao analisarem o tema, defenderam a exclusão da reversão dos bens da empresa “com outras destinações que não a prestação mesma do serviço”, dando como exemplos os bens “sem utilização atual”, assim como aqueles usados “para fins de renda, (...) em atividades meramente administrativas, (...) na prestação de serviços outros que não os concedidos”, entre outros.

¹⁰⁴ REIS, 2018, p. 475/520.

¹⁰⁵ SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 149-174.

Esse tema foi objeto de discussões junto ao Poder Judiciário¹⁰⁶, em que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que: (i) se o bem estiver desativado e fora de uso, não seria mais essencial e

¹⁰⁶ AgRg no **RECURSO ESPECIAL Nº 971.851** - SC - 2007/0178100-4. Min. Castro Meira. SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008. “ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO.

1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os “equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, **indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público**”. (grifo nosso).

2. A tese de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço.

3. O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95.

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

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

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

7. Agravo regimental não provido.”

“**RECURSO ESPECIAL Nº 1.268.143** - SC - 2011/0173522-7. Min. Humberto Martins. SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2025. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. IMÓVEL. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO.

1. Não comporta conhecimento a alegação de nulidade por ausência de análise prévia da apelação pelo revisor, visto que não houve debate sobre o tema na instância de origem, o que atrai a incidência da Súmula 211/STJ ao ponto.

2. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar a relevância do enfrentamento da legislação e teses recursais não analisadas pelo acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

3. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os “equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público” (AgRg no REsp 971.851/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008).

4. O acórdão recorrido afastou a reversibilidade do bem alienado por entender que, “Não sendo o imóvel, pois, imprescindível à prestação dos serviços telefônicos, dada a ausência de prejuízo aos consumidores atendidos pela concessionária, inexistente a suposta lesividade capaz de tornar o ato indigitado passível de anulação”.

5. A tese da recorrente de que o bem alienado continua como bem reversível não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis anteriormente apresentado, de modo que a revisão do julgado quanto à prescindibilidade do imóvel demandaria reexame do acervo fático dos autos, inviável na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.”

imprescindível à prestação dos serviços telefônicos. Logo, não mais seria considerado reversível; (ii) inexistiria lesividade capaz de tornar o ato de alienação do bem passível de anulação; (iii) se o bem não estiver contemplado na relação de bens, que é anexo do contrato de concessão, também não haverá óbice na sua alienação; e, por fim, (iii) os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária no curso do contrato de concessão deverão ser informados anualmente à ANATEL para que, após a aprovação daquela agência, possam ingressar no rol de bens da concessão.

Ademais, há a Ação Civil Pública¹⁰⁷ promovida pela Proteste – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor em face da União Federal e da ANATEL, que conta com decisão transitada em julgado¹⁰⁸, concluindo pela obrigação da agência de: (i) realizar “o inventário de bens reversíveis de cada uma das concessionárias, correspondente aos contratos celebrados em junho de 1998 e dezembro de 2005”; e (ii) apresentar “o inventário de todos 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”.

Para além das discussões no âmbito do Poder Judiciário, há no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU) um processo de auditoria¹⁰⁹ que visa a avaliar a atuação da ANATEL na regulamentação, controle, acompanhamento e fiscalização dos bens reversíveis vinculados ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

No referido processo, o TCU traz o histórico das operadoras que adquiriram controle acionário das antigas subsidiárias da Telebrás, e a acirrada discussão quanto ao acervo de bens estimados em R\$ 121 bilhões, apontando diversas falhas na definição, controle e acompanhamento dos bens reversíveis¹¹⁰. A ANATEL, por sua

¹⁰⁷ ACP nº 0029346-30.2011.4.01.3400 – 13ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal – TRF – 1ª Região.

¹⁰⁸ Certificado trânsito em julgado em 12/04/2022.

¹⁰⁹ Processo TC 024.646/2014-8.

¹¹⁰ O TCU manifestou entendimento no seguinte sentido:

- a) O acervo de bens deverá ser “revertido ao Poder Concedente ao final da concessão, sem indenização”, mesmo que “o serviço público de telefonia fixa tenha sido concedido sem o intuito de acumulação de patrimônio”;
- b) o concedente “não renunciou aos bens reversíveis então existentes, nem aos que viessem a se incorporar ao acervo das concessões”;
- c) “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 (...)”;
- d) “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”;

vez, posicionou-se defendendo sua discricionariedade e a adequabilidade dos seus procedimentos de acompanhamento e controle dos bens reversíveis¹¹¹.

- e) após longos anos de concessão, sem o controle efetivo dos bens reversíveis pela ANATEL, “já não é factível obter as informações sobre a totalidade das operações de desvinculações, onerações ou substituições 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”.
- f) o controle de bens reversíveis é “apenas um dentre diversos pilares de acompanhamento das concessões”, cuja finalidade é instrumentalizar a garantia da “continuidade da prestação do STFC”.
- g) os contratos de concessão, firmados em 1998, como aqueles firmados em 2005, trazem o Anexo 01 – Qualificação dos Bens Reversíveis da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local -, ou seja, *apenas* as características dos bens reversíveis, e *não a identificação de cada bem que compõe o acervo da concessão*. Esse desconhecimento sobre quais são os bens reversíveis, onde estão e o seu respectivo valor, antes da outorga dos serviços às subsidiárias da Telebrás, em 1998, dificulta o cumprimento das disposições da LGT pela ANATEL - indicação dos “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 do advento do termo contratual (art. 102, parágrafo único);
- h) “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.”

¹¹¹ A ANATEL argumentou:

- 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) a ANATEL possui discricionariedade para definir os contornos do controle de bens reversíveis, tanto que editou o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR), em vigor desde 24/1/2007 (Resolução 447/2006), e “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) devido à necessidade de constante aprimoramento das infraestruturas, nunca houve um acompanhamento dos bens reversíveis “sob a perspectiva de manutenção do valor patrimonial da concessão, mas sim sob a ótica da continuidade do STFC”, de modo que os ganhos obtidos com alienações de bens reversíveis foram aplicados na concessão;
- h) o TCU se baseia na “falsa premissa de que acompanhamento e controle de bens reversíveis constituem o único mecanismo fidedigno de garantia da continuidade do serviço público, (...) 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”;

O TCU concluiu que somente haverá indenização em favor das concessionárias operadoras de STFC se a concessão for extinta antes do advento do termo contratual, precisamente para os casos de encampação, caducidade e anulação (incisos II, III e V, cláusula 27.1), visto que o contrato de concessão veda a indenização na hipótese de rescisão amigável e judicial (cláusula 27.1, IV).

Assim, após cotejo com as informações relativas aos bens reversíveis e do ativo imobilizado das concessionárias, obtidas de outras fontes, o TCU, em decisão plenária¹¹², determinou à ANATEL que apresentasse a relação com a identificação de todos os bens reversíveis do STFC, mediante a adoção dos seguintes procedimentos:

(i) solicitar informações a prefeituras municipais, órgãos públicos federais, concessionárias e autorizadas 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;

(ii) 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;

(iii) cotejar RBRs sucessivas, para identificar supressões e aquisições de bens reversíveis;

(iv) “compulsar a documentação disponível no Arquivo Nacional” para verificar se contém “documentos relativos aos bens reversíveis que compunham o patrimônio das antigas subsidiárias da Telebrás”;

(v) 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;

(vi) verificar os documentos juntados aos autos da Ação Civil Pública 0029346-30.2011.4.01.3400 e da Apelação Cível 0029346-30.2011.4.01.3400/DF, “em especial as escrituras de imóveis que, supostamente, faziam parte do acervo de bens reversíveis da Telebrás

-
- i) “como não houve ruptura da prestação do serviço concedido, pode-se afirmar (...) que o procedimento de acompanhamento e controle de bens reversíveis adotado (...) foi adequado;”
- j) “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;”
- k) “(...) “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. (...) 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.”

¹¹² Acórdão nº 2142/2019. Mini. Rel. Walton Alencar Rodrigues.

e teriam sido extraídas de caixas armazenadas pelo Arquivo Nacional”;

(vii) utilizar 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.

(viii) direcionar maiores esforços às mutações relativas aos equipamentos de comutação, transmissão e torres, sem prejuízo de investigar outros bens reversíveis que a ANATEL reputar relevantes sob a ótica da materialidade e do risco de alienação, desvinculação, oneração e substituição sem sua anuência;

(ix) dar 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 (...);

(x) identificar os bens reversíveis que tenham sido adquiridos com anuência da Anatel;

(xi) “uma vez identificado bem que, a qualquer tempo após 1998, tenha sido 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”;

(xii) 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 [de mercado], na relação de bens a ser apresentada ao TCU em item específico.

Como se observa, a ANATEL e o TCU reconhecem que os contratos de concessão firmados em 1998 e 2005 não possuem uma relação com a identificação de todos os bens reversíveis e os seus respectivos valores. Entretanto, tentam traçar fronteiras para delimitar quais são os bens que se inserem no território da reversibilidade.

Notem que, de um lado, o TCU defende amplas fronteiras, que mais se aproximam da concepção patrimonialista, com entendimento no sentido de que são reversíveis todos os bens: (i) que tenham como objetivo garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido; (ii) que tenham sido integralmente custeados por meio das tarifas cobradas dos usuários, ou com recursos oriundos de alienações, desvinculações e onerações de bens reversíveis (aqui se inserem todos os ativos que foram transferidos ao concessionário em decorrência do processo de desestatização e venda de controle da empresa estatal prestadora de serviço público); e, por fim, (iii)

que não estejam integralmente exauridos, em função da obsolescência tecnológica, vida útil, competição e outros fatores.

De outro lado, a ANATEL defende fronteiras mais fincadas na concepção funcional dos bens reversíveis, segundo as quais o bem há de ser indispensável à continuidade da prestação do serviço concedido, estabelecendo, inclusive, a necessidade de prévia aprovação para sua alienação, oneração ou substituição.

No caso das concessões de STFC, a definição nos contratos de que são reversíveis todos os bens pertencentes ao patrimônio da Concessionária indispensáveis à prestação do serviço e qualificação dos mencionados bens em anexo não foram suficientes para afastar as discussões a respeito do tema.

A omissão do Poder Concedente de dispor de uma relação clara e objetiva dos bens reversíveis e a definição de como enfrentar a obsolescência de tais bens em razão do avançar da tecnologia e atualidade dos produtos e serviços levaram a uma discussão quanto à suposta dilapidação de um gigantesco patrimônio público face à indenização bilionária decorrente da amortização e depreciação dos bens que compõem referido patrimônio público, em que não há ganhadores, mas apenas perdedores (Poder Concedente, concessionários, usuários e financiadores), na medida em que o tema se arrasta também por meio de arbitragem¹¹³.

Omissões e imprecisões do Poder Concedente, por ocasião da elaboração do contrato de concessão na definição dos bens reversíveis, como se observa, não se arrefecem ou desaparecem durante a vigência contratual; ao contrário, acaloram-se e evidenciam-se quanto mais próxima for a extinção do contrato.

Com o objetivo de evitar tais discussões no exercício das competências relacionadas à dimensão da criação e organização do serviço público, o Poder Público duplicou a Lei nº 13.879/2019, que alterou a Lei nº 9.472, Lei Geral de Telecomunicações¹¹⁴, e estabeleceu, dentre outros, a possibilidade da exploração do

¹¹³ Portal Gov.br. Advocacia-Geral da União. **Caso Telefônica**. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-telefonica>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. “Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”

serviço de telecomunicações de telefonia fixa no regime privado por meio de autorização (art. 131), cujo tema será abordado no próximo capítulo.

Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara¹¹⁵ lecionam que, na década de 1990, legislador e regulador perceberam que o modelo patrimonialista, na nova fase do processo de concessão no setor de telecomunicações, seria inviável e representaria um enorme ônus ao Poder Concedente. Por isso, optaram pela exploração de serviços sem reversão, em alguns casos (ela não existe nas autorizações e é possível, mas não obrigatória, nas concessões de telecomunicações), ou com reversão funcional, sem caráter patrimonialista.

¹¹⁵ SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 149/174.

4. O CONTRATO DE CONCESSÃO DEVE SEMPRE TER CLÁUSULA DE REVERSÃO DE BENS?

Como vimos, a Lei nº 8.987/95 estabeleceu que o edital deverá conter a indicação e as características dos bens reversíveis, além das condições em que deverão ser revertidos (art. 18. Incisos X e XI), e que o contrato de concessão deverá possuir cláusula sobre os bens reversíveis (art. 23, inciso X), incumbindo à concessionária a manutenção em dia do inventário e do registro desses bens (art. 31, inciso II) para que, por ocasião da extinção da concessão, retornem ao Poder Concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos, situação em que haverá a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente ou pelo novo concessionário, com a ocupação das instalações e a utilização de todos os bens reversíveis, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários (art. 35, §§ 1º, 2º e 3º, Lei nº 8.987/1995).

José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁶, ao analisar a obrigatoriedade do contrato de concessão conter cláusula de reversão de bens, lembra que a lei parece ter admitido somente concessões com reversão de bens, mas pondera que, apesar disso, nem sempre há necessidade de previsão de tal instituto, especialmente naqueles contratos de curta duração, o que justifica a existência de dois grupos de concessão: um, daqueles contratos em que se pactua a transferência; e outro, daqueles em que se ajusta a permanência dos bens em poder do concessionário.

No mesmo sentido, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado¹¹⁷ ponderam que poderá existir casos em que o Poder Concedente não tem interesse

¹¹⁶ CARVALHO FILHO, 2019, p. 439: “O Estatuto das Concessões, em seu contexto geral, parece só ter admitido concessões com reversão, e tanto o fato é verdadeiro que foi esta referida como objeto de regra especial de licitação (art. 18, X) e como cláusula essencial do contrato (art. 23, X). Quando tratou da extinção da concessão, fez sempre a referência no pressuposto de que houvesse realmente bens reversíveis (art. 35, §§ 1º e 4º e art. 36). Apesar disso, parece-nos que nem sempre a concessão tem que exigir, necessariamente, a reversão. Em alguns contratos, normalmente de curta duração, e sobretudo quando a tarifa é fixada sem considerar a aquisição de qualquer equipamento, findo o contrato, os bens continuam na propriedade do concessionário. Assim sendo, podemos considerar dois grupos de concessão o que toca à reversão de bens: um, daqueles contratos em que se pactua a transferência; e outro, daqueles em que se ajusta a permanência dos bens em poder do concessionário. Seja como for, é indispensável que as partes ajustem expressamente no contrato quanto ao destino dos bens utilizados na prestação de serviços.”

¹¹⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. NAVARRO PRADO, Lucas. **Comentários à Lei de PPP Parceria Público Privada, fundamentos econômicos-jurídicos**. 1ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 155: “Por fim, note-se que a obrigatoriedade de uma cláusula sobre bens reversíveis não implica a existência, para todo e qualquer contrato, de bens reversíveis. É possível, mesmo no âmbito da prestação de serviços públicos, que a Administração não tenha interesse na reversão dos bens. Isso pode se dar por diversas razões. Em muitos casos, o desenvolvimento tecnológico torna os bens inúteis depois de alguns anos, de maneira que a reversão desses bens em nada agregaria o patrimônio do

na reversão de bens, especialmente aqueles de desenvolvimento tecnológico, cujo avanço torna o bem obsoleto de maneira muito acelerada.

Isto vem ao encontro de Marçal Justen Filho¹¹⁸, que entende ser perfeitamente cabível a supressão da reversão de bens na concessão, principalmente nos serviços públicos pouco rentáveis, e traz como exemplo a concessão de telefonia fixa.

Cabe registrar que, no setor de telecomunicações¹¹⁹, a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) estabelece que, se o contrato de concessão ou o termo de permissão impor a existência de bens reversíveis, estes deverão ser indicados no respectivo instrumento (art. 93, XI e art. 120, IX). Essas disposições demonstram claramente a prerrogativa do Poder Concedente, no edital e no instrumento contratual, considerar ou não a existência de bens reversíveis.

Ao tratarem da questão das telecomunicações brasileiras, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara¹²⁰ explicam que, antes de sua reforma, as concessões de serviços de telefonia atuavam em regime monopolista, cuja renda era empregada na aquisição de bens posteriormente transferidos ao Poder Público, mas que, agora, com um mercado em que o serviço pode ser operado a partir de autorização de serviço público, houve aumento na competição, e, por isso, as concessionárias não teriam como praticar tarifas capazes de financiar a manutenção, conservação ou formação de um patrimônio pré-determinado, o qual seria transferido ao Poder Concedente ao fim do contrato.

Os autores concluem que, no setor de telecomunicações, a lei (art. 94, I, da LGT) garante apenas a transferência do serviço em funcionamento (a continuidade), e não a transferência de bens adquiridos no decorrer da concessão, o que é evidenciado com a possibilidade de a concessionária empregar bens de propriedade

Poder Público. Em outros casos, a imobilização de recursos pode não ser conveniente, apresentando-se (sic.) mais eficiente à Administração a opção de simplesmente utilizar a infraestrutura durante um período, mantendo-a, ao final, no patrimônio do parceiro privado.”

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, 2018, p. 693: “Portanto, é perfeitamente cabível supressão de reversão de bens na concessão. Essa solução tende a ser crescentemente utilizada, especialmente nos casos de serviços públicos pouco rentáveis. O exemplo mais evidente é o da concessão de telefonia fixa. Além de subordinada a um regime diferenciado previsto na Lei Geral de Telecomunicações, a evolução tecnológica e econômica vai conduzindo a sua inviabilidade econômica. Isso impõe a redução dos custos do concessionário, inclusive mediante a eliminação da reversão de bens.”

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 9.472/1997**. Art. 210. “As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.”

¹²⁰ SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 149-174.

de terceiros, inclusive em regime de maneira compartilhada com outros serviços, dispondo a lei sobre a reversão dos direitos de uso total ou parcial desses bens.

Há de se pontuar que, ao estabelecer a reversão de bens no contrato de concessão, o Poder Concedente confere ao concessionário a instrução para considerar em sua proposta econômico-financeira todos os dispêndios necessários à aquisição, manutenção, conservação, atualização e amortização desses bens pelo período de vigência contratual.

Isso porque não se cogita, ao menos nas projeções do fluxo de caixa original da concessão, a possibilidade de pagamento de indenização ao final da concessão decorrente de investimentos que, desde o início, sabe-se que não serão depreciados e amortizados durante o prazo original da concessão. Isto, em última análise, poderia configurar burla à lei de licitações.

Por outro lado, a inclusão de investimentos em bens reversíveis no decorrer da vigência do pacto concessório, por meio de aditivo contratual de fluxo da caixa marginal¹²¹ e reequilíbrio por extensão de prazo da concessão, também poderá estabelecer uma parcela de pagamento de indenização em face do Poder Concedente.

Isso poderia acontecer por dois motivos: (i) o primeiro, em razão da dificuldade de se estimar precisamente o momento (dia/hora/minuto/segundo) em que a concessionária será completamente reequilibrada pelo investimento; e (ii) o segundo, porque o completo reequilíbrio pode ocorrer em momento (dia/hora/minuto/segundo) de intensa atividade operacional (p. ex., às 13h28m5s do primeiro dia de Carnaval), o que dificultaria a substituição da operação da concessionária antiga para o Poder Concedente ou um novo concessionário (p. ex., nas concessões de rodovias e aeroportuárias).

Disso se constata que a existência de bens reversíveis no contrato de concessão impacta diretamente o preço do serviço (tarifa) e, conseqüentemente, os

¹²¹ O cálculo do Fluxo de Caixa Marginal considera: (i) os dispêndios marginais (novo investimento, com os seus respectivos custos e despesas, consoante Sistema de Custos Rodoviários – SICRO do DNIT ou Tabela DER); (ii) a meta de inflação fixada pelo Conselho Monetário Nacional para o ano em que ocorreu a recomposição do equilíbrio econômico; (iii) a Taxa de Juros de Longo Prazo na data da recomposição do equilíbrio econômico; (iii) uma taxa de desconto baseada no Custo Médio Ponderado de Capital – WACC (consoante capital próprio e/ou de terceiro, imposto de renda, custo de capital próprio e/ou de terceiro); e (iv) uma projeção de demanda que será substituída periodicamente pela demanda real.

seus usuários, o que poderia até ser considerado um paradoxo frente ao princípio da modicidade tarifária.

A análise da reversão de bens sob este prisma da continuidade da prestação de serviço público – principal fundamento para sua existência – também não afasta por completo esse paradoxo, pois não é incomum nos depararmos com exemplos em que a modicidade tarifária foi afetada pela previsão contratual de implantação de determinados bens reversíveis – que, na época da celebração do instrumento, eram considerados como tecnologicamente atuais -, e, por ocasião da extinção da concessão, tais bens mostraram-se obsoletos e inservíveis para a continuidade da prestação de serviço público.

Um exemplo afeto ao setor de concessões de rodovias, relacionado aos contratos de concessão da Primeira Etapa do Programa de Concessões (que teve início no ano de 1995), diz respeito à obrigação das concessionárias implantarem, até o final do segundo ano da concessão, serviço de comunicação gratuito para os usuários por meio de telefones de emergência com caixas de chamada (*call boxes*) a cada quilômetro nas laterais da pista¹²². Ao final desses contratos de concessão, constatou-se a pouca utilização do serviço pelos usuários devido ao avanço da telefonia móvel. Por esse motivo, o Poder Concedente determinou a desativação do sistema de comunicação via *call box* na nova concessão¹²³, e incluiu como obrigação

¹²² BRASIL. **Contrato PG-137-95** – ANTT – Contrato de Concessão de Serviço Público precedido de obra pública – Celebrado entre a União, por intermédio do Departamento Nacional de Transportes Terrestres (DNER), posteriormente sucedido pela Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT) e a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. (NovaDutra), Anexo 5 – Programa de Exploração da Rodovia, Tomo II.

¹²³ BRASIL. Contrato de Concessão referente ao Edital nº 003/2021 - Sistema Rodoviário Rio – São Paulo S.A. (RioSP): “25. PER – 3.4.5. A participante entende que não terá nenhuma responsabilidade sobre as frentes de recuperação, manutenção e operação dos “CALLBOXs” remanescentes na rodovia da antiga concessionária, tendo como sua única responsabilidade a remoção dos mesmos. Nosso entendimento está correto? Caso negativo, favor esclarecer.

Resposta: Os Call Boxes serão desativados e deverão ser removidos pela futura concessionária e devolvidos para o poder concedente. Ainda sobre este tema, informa-se: Na data de assunção do sistema rodoviário, o termo de arrolamento e transferência de bens inicial a ser celebrado entre a atual e a futura concessionária, com interveniência da ANTT e do DNIT, indicará todo conjunto de bens móveis e imóveis revertidos ao Poder Concedente pela antiga concessionária e imediatamente recebidos pela nova concessionária. Os bens imóveis deverão integrar a concessão de forma definitiva enquanto os bens móveis não integrarão a nova concessão. Os bens móveis arrolados deverão ser mantidos temporariamente e poderão ser utilizados pela nova concessionária na prestação dos serviços da concessão, com vistas à preservação da continuidade do serviço público. Até a data da revisão do termo de arrolamento e transferência de bens definitivo, em até 12 meses da celebração do contrato de concessão, a concessionária deverá prover novos bens móveis necessários ao atendimento das obrigações do contrato de concessão, seja pela sua aquisição ou qualquer outra forma de contratação de sua disponibilidade, a exemplo da locação. O conjunto total de bens móveis inicialmente arrolados deverá, até a revisão do termo de arrolamento e transferência de bens, ser

da nova concessionária a implantação de sistema eletrônico de troca de informações via rede de dados sem fio (Intranet sem fio corporativa, de uso aberto e gratuito aos usuários) para comunicação com o usuário, com cobertura completa em todo o sistema rodoviário¹²⁴.

Outro exemplo refere-se ao setor de telecomunicações, notadamente em relação ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), cujos contratos de concessão foram firmados no ano de 1998, e que foram amplamente afetados com a expansão da telefonia móvel.

Também pode ser mencionado o exemplo do setor portuário, cujos contratos de arrendamento de instalações portuárias se sujeitam a intensas e constantes incorporações de novas tecnologias em aprimoramento e modificações de embarcações, máquinas e equipamento, o que ensejou até mesmo a alteração do marco regulatório do Setor Portuário, que será posteriormente abordado neste estudo.

De outra vertente, há que se considerar que compete ao Poder Concedente definir a política tarifária que melhor se amolda ao serviço a ser concedido, conforme planejamento setorial que compatibilize o serviço público adequado à viabilidade econômica do projeto.

Mencionamos, neste capítulo, a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 9.472/1997. Entretanto, cada setor ou unidade da federação (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), a depender de quem for o Poder Concedente, poderá estabelecer soluções diversas para a definição de políticas tarifárias que considerem ou não a existência de bens reversíveis.

Ao discorrerem sobre o tema, Caio Mario da Silva Pereira Neto, Mateus Piva Adami e Felipe Moreira de Carvalho¹²⁵ observam:

reapresentado ao DNIT, que indicará quais bens considera servíveis e que, portanto, serão assumidos pelo Poder Concedente, neste ato representado pelo DNIT (art. 2º, Decreto nº 8.376, de 15 de dezembro de 2014). Em relação aos bens que eventualmente vierem a ser considerados inservíveis pelo DNIT, a concessionária se obriga, sem fazer jus a reequilíbrio, a dar a eles o destino que aquela autarquia estabelecer. A concessionária não poderá fazer uso destes bens após a lavratura do termo de arrolamento e transferência de bens definitivo. A ANTT fiscalizará de forma amostral o conjunto de bens reapresentados ao DNIT e poderá solicitar comprovação da destinação daqueles por ele não assumidos.”

¹²⁴ Ibid. Anexo 2. Programa de Exploração da Rodovia.

¹²⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; ADAMI, Mateus Piva; DE CARVALHO, Felipe Moreira. **Reversibilidade de Bens em Concessões de Telecomunicações**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16520/20160425%20-%20Artigo%20Reversibilidade.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 out. 2022.

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

Parece-nos, ao invés, que a Lei 8.987/1995 deixou ao Administrador a definição do regime de reversibilidade a ser aplicado em cada contrato, considerado o propósito de manutenção da prestação do serviço público ao longo do tempo.

Desse modo, concluímos que a genérica previsão legal trazida na Lei nº 8.987/1995 de existência de cláusula de reversão de bens nos contratos ou editais de licitação não impõe ao Poder Concedente adotar modelagem econômico-financeira que considere a existência de bens reversíveis.

Isso porque, na condição de norma geral, a Lei nº 8.987/1995 não ingressa no exercício das competências dos entes federativos (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) relacionadas às dimensões da criação e organização do serviço público, cabendo a estes avaliar, sob a ótica dos princípios da continuidade, eficiência e modicidade tarifária, a necessidade de bens reversíveis.

Se o Poder Público concluir pela inexistência de bens reversíveis, deverá demonstrar que não haverá prejuízo aos usuários de serviços públicos e que essa decisão lhes proporcionará tarifas módicas, de modo que restará garantida, sob este prisma das disposições constitucionais (art. 175) e legais (Lei nº 8.987/1995), a adequabilidade da prestação do serviço.

É evidente que a decisão do Poder Público pela existência ou inexistência dos bens imprescindíveis à continuidade do serviço público, nos termos das disposições contidas na Lei 8.987/1995, deverá estar explicitada nos respectivos editais e contratos de concessão.

Em outras palavras, a decisão do Poder Público pela inexistência de bens reversíveis não permite concluir pela dispensa do Poder Concedente do cumprimento das disposições contidas na Lei 8.987/1995, uma vez que ainda estará obrigado a considerar, no edital e no contrato de concessão, cláusula que explicita tal decisão.

Por outro lado, se o Poder Público decidir pela existência de bens reversíveis, deverá o Poder Concedente estabelecer no edital e no contrato de concessão cláusulas com a indicação de quais seriam esses bens (quantitativos, características

e qualidades) e as condições de recebimento, atualidade e devolução (respectiva vida útil), conforme disposições contidas na Lei 8.987/1995.

Isso decorre em função de a existência de bens reversíveis (quantitativos, características, qualidades, condições de recebimento, condições de atualidade, condições de devolução e respectiva vida útil) impactar diretamente no valor da proposta financeira a ser apresentada pelos licitantes (art. 37, XXI da CF/88¹²⁶) e no valor da tarifa do serviço público (art. 175, III da CF/88¹²⁷ e art. 9º da Lei nº 8.987/1995¹²⁸), como veremos posteriormente.

4.1. Autorizações de Serviços Públicos

A autorização de serviço público é objeto de críticas doutrinárias¹²⁹, seja pela aproximação ou pelo distanciamento ao regime das concessões e permissões de serviços públicos.

¹²⁶ BRASIL. CF/88. “Art. 37. Inciso XXI: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹²⁷ BRASIL. CF/88. “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) III - política tarifária.”

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.987/1995**. “Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.”

¹²⁹ JUSTEN FILHO, 2018, p 759: “Existe o risco de qualificar-se como autorização uma avença dotada de outro conteúdo. Muitas vezes, produz-se a outorga de autorização de serviços públicos, impondo-se ao particular os encargos correspondentes à concessão ou permissão. Ou seja, a figura apresenta apenas o nome de autorização, uma vez o regime jurídico aplicável é o da permissão ou da concessão. Obviamente, são distintos entre si os regimes jurídicos de autorização, permissão e concessão. Os poderes, direitos e deveres que decorrem para as partes, nas três hipóteses, são inconfundíveis entre si. É impossível a substituição de concessão e permissão por autorização. Não são três institutos fungíveis entre si, cuja adoção dependeria de mera opção da Administração Pública.

A alteração da denominação é irrelevante, e cabe aplicar o regime correspondente à atividade adequada.”

BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 672-673, explica que o art. 21 da CF/88 utilizou as expressões autorização, concessão e permissão para se referir à outorga a terceiros do direito de prestar serviços públicos, enquanto o art. 175 fez uso somente das expressões concessão e permissão, mas que não haveria divergência entre os dois dispositivos, visto que o art. 175 refere-se à prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado, e o art. 21 é relativo a duas situações: a primeira, relacionada ao ato de “polícia administrativa” que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificar se há algum gravame público (p. ex., serviços de telecomunicação, radioamador ou interligação de empresas por cabos de fibra ótica); e a segunda, refere-se à resolução emergencial pautada em um serviço público até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Daí decorre o uso da expressão autorização constar também no art. 223.

Em que pese as críticas doutrinárias, o legislador, desde 1995, lançou mão do instituto da autorização no setor e energia elétrica brasileiro, com a edição da Lei nº 9.074/1995, que estabelece a outorga de autorização para a implantação de usinas termoelétricas de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts), bem como para o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts). As duas situações estão condicionadas ao uso exclusivo do autoprodutor e à produção independente de energia¹³⁰.

Não podemos deixar de tratar aqui das disposições trazidas pela Lei nº 13.879/2019, que alterou a Lei nº 9.472, Lei Geral de Telecomunicações¹³¹, e estabeleceu a possibilidade da exploração do serviço de telecomunicações no regime

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2013b, p. 842-843, explica que, “Quando leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa, pode haver duas circunstâncias: ou a atividade em questão integra o setor, mas não é serviço público (ex.: serviços de telefonia móvel, autogeração de energia), e a autorização será então um ato de poder de polícia; ou, caso recaia realmente sobre o serviço público, recebendo inclusive uma estrutura contratual, possivelmente com cláusulas exorbitantes, em razão da titularidade estatal da atividade, estaremos materialmente diante não de uma autorização, mas de uma delegação de serviço público (concessão, caso haja bens reversíveis, ou, caso não os haja, permissão – cf. tópico anterior), com o que teremos uma autorização em sentido apenas nominal, uma “autorização” contratual.

O importante é identificar a atividade regulada: se for serviço público, o consentimento da Administração Pública será concessão ou permissão, dependendo da existência ou não de bens reversíveis, respectivamente; se for atividade privada, ainda que integrante de um setor onde também há serviços públicos, será autorização.

Não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a “autorização” que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público) para ser uma atividade privada. Se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal, o instrumento que legitima a sua prestação por particulares terá necessariamente natureza contratual. É a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não vice-versa.”

¹³⁰ BRASIL. **Lei nº 9.074 de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. “Art. 7º São objeto de autorização:

I – a implantação de usinas termoelétricas de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) destinadas a uso exclusivo do autoprodutor e à produção independente de energia elétrica. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

II – o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a uso exclusivo do autoprodutor e à produção independente de energia. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)”

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997**. “Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”

privado por meio de autorização (art. 131), como, por exemplo, os serviços móveis, de banda larga, de TV por assinatura e de telefonia fixa.

Com a referida alteração, o concessionário de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) terá a prerrogativa de extinguir antecipadamente o contrato de concessão mediante solicitação à ANATEL de adaptação do instrumento em autorização de serviço público, por meio do cumprimento de algumas condicionantes¹³².

Para tanto, a ANATEL apurará o valor econômico associado à adaptação do instrumento de concessão para autorização, cujo montante deverá ser revertido em compromissos de investimento que constarão do termo único de Autorização. O cálculo do valor econômico associado deverá considerar, dentre outros itens, a desoneração relativa ao ônus da reversibilidade de bens¹³³, se houver, e os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido¹³⁴.

¹³² BRASIL. **Resolução ANATEL nº 741/2021** - aprovou o Regulamento de Adaptação das Concessões do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) para Autorização, cujas condicionantes são: "(i) a manutenção, até 31 de dezembro de 2025, da oferta do STFC (...) onde houver atendimento do STFC na data do pedido de adaptação; (ii) a assunção de compromissos de investimento associados a metas de implantação de infraestrutura de telecomunicações (...); (iii) apresentação de garantias (...) correspondentes; (iv) não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequências; e (v) dispor de (...) capacidade econômico-financeira (...) e de regularidade fiscal."

¹³³ BRASIL. **Resolução ANATEL 741/2021** – "Art. 12. O valor econômico associado à adaptação do instrumento de concessão para autorização deve incluir as seguintes fontes de saldo:

I – desonerações relativas ao Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU), se houver, inclusive as já definidas pelo Conselho Diretor em processo(s) específico(s);

II – desonerações relativas às demais alterações dos contratos de concessão para prestação do STFC, inclusive as já realizadas em processo(s) específico(s), se houver; e,

III – desonerações relativas à migração do regime de concessão para o regime de autorização na prestação do STFC, incluindo o ônus da reversibilidade dos bens.

§ 1º O cálculo do valor econômico referido no *caput* deve considerar, sempre que possível, estimativas de receitas, despesas e investimentos disponíveis no Modelo de Custos desenvolvido pela Anatel.

§ 2º O cálculo do valor econômico referido no *caput* deve ser calculado considerando o Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) do setor de telecomunicações aprovado pela Anatel.

§ 3º A Anatel elaborará memória de cálculo, individualizada por concessionária, contendo todos os parâmetros considerados na apuração do valor econômico decorrente da adaptação da outorga.

§ 4º Os detalhes da metodologia a ser utilizada para o cálculo do valor econômico associado à adaptação do instrumento de concessão para autorização constarão de Manual específico aprovado por Acórdão do Conselho Diretor.

§ 5º O Acórdão a que se refere o parágrafo anterior aprovará também os valores econômicos associados à adaptação, individualizados por concessionária, bem como os valores das garantias previstas no inciso III do art. 4º."

¹³⁴ BRASIL. **Lei nº 13.879, de 03 de outubro de 2019**. Altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e a Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, e revoga dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. "Art. 144-C. Para efeito do cálculo do valor econômico mencionado no art. 144-B,

Resumindo, a partir da adaptação da concessão em autorização, não mais haverá discussão sobre os bens reversíveis, já que estes passarão a ser considerados, para todos os fins, das futuras autorizatárias. Todavia, para que isso possa ocorrer, as concessões de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) deverão superar os desafios e discussões relativos à definição, identificação e valoração do acervo de reversível, face ao Acórdão TCU nº 2142/2019¹³⁵, retratado no item 3.1 deste estudo.

Ademais, a Lei nº 10.233/2001 estabeleceu a possibilidade de a ANTT conceder autorização para o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento, e para o transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, assim como de a ANTAQ conceder autorização para a construção e operação de terminais portuários privados e para o transporte aquaviário¹³⁶, e, posteriormente, para a estação de transbordo de carga, instalação

serão considerados bens reversíveis, se houver, os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido.

Parágrafo único. Os bens reversíveis utilizados para a prestação de outros serviços de telecomunicações explorados em regime privado serão valorados na proporção de seu uso para o serviço concedido.”

¹³⁵ TCU. Ao **Acórdão nº 2142/2019**. “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-teles-por-bens-reversiveis-custaria-r-20-bi>>).

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), [atual Lei nº 13.879/2019], terá condições de fazer o levantamento do “valor real” dos bens reversíveis então existentes (<<https://www12.senado.leg.br/multimedia/evento/80015>>).”

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes. “Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes:

III – depende de autorização:

- b) o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de fretamento;
- c) a construção e operação de terminais portuários privativos [essa redação foi alterada pela Lei nº 12.815/2013 para constar: c) a construção e a exploração das instalações portuárias de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012];
- e) o transporte aquaviário (incluída pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001);

portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo (Lei nº 12.815/2013).

A Lei nº 12.815/2013 estabelece que o contrato de adesão deverá conter cláusula com os investimentos de responsabilidade do autorizatário (art. 8º, § 2º, inciso II). Mais recentemente, em 2021, a Lei nº 14.273 dispôs sobre a exploração indireta de ferrovias em regime privado mediante autorização¹³⁷, determinando que o autorizatário deverá assinar contrato de adesão com cláusula que estabeleça o cronograma de implantação dos investimentos (art. 29, inciso V), sendo responsável por todos os investimentos necessários para criação, expansão e modernização das instalações ferroviárias, por sua conta e risco (§1º), inclusive com os custos e riscos da fase executória do procedimento de desapropriação (§2º). A ANTT ficará responsável somente pela fase declaratória do procedimento de desapropriação.

Os bens imóveis desapropriados para constituir infraestrutura ferroviária serão registrados em nome do autorizatário, ficando afetados exclusivamente ao serviço de transporte ferroviário ou projetos associados averbados na matrícula imobiliária.

Para constituir essa infraestrutura, a ser operada sob regime privado, o Poder Público poderá, ainda, alienar, ceder ou arrendar à operadora ferroviária autorizatária bens de sua propriedade (art. 21). Os bens constituintes da ferrovia autorizada não serão reversíveis quando a respectiva autorização for extinta (art. 22), exceto aqueles de propriedade do Poder Público que tiverem sido objeto de cessão ou de arrendamento.

Enfim, observa-se que o legislador conferiu ao particular a liberdade para, preenchidos os requisitos estabelecidos em lei, explorar determinadas atividades mediante autorização de serviço público¹³⁸, cuja outorga dispensa o estabelecimento

j) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT (incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)."

¹³⁷ BRASIL. **Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021**. Estabelece a Lei das Ferrovias. "Art. 8º A exploração indireta de ferrovias será exercida por operadora ferroviária:

I – em regime privado, mediante outorga de autorização;

II – em regime público, mediante outorga de concessão."

¹³⁸ A discussão quanto à vinculação do ato administrativo, se vinculado ou discricionário, por parte do Poder Público, não será abordada neste estudo para evitar desvios do tema principal. Por esse motivo, traremos aqui apenas algumas referências legislativas. Os setores de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997, art. 131, §1º) e Ferroviário (Lei nº 14.273/2021 – art. 25, § 6º) são explícitos no sentido de que a autorização é ato vinculado. Já os setores Rodoviário (Lei nº 10.233/2001, art. 47-A), Portuário (Lei nº 12.815/2013 – art. 8º § 3º) e de Energia (Lei 9.074/95 art. 7º) não são explícitos. Contudo, as respectivas normas permitem a interpretação de que o ato de autorização é vinculado, preenchidos os requisitos legais e específicos.

de bens reversíveis e de uma equação econômico-financeira, e conseqüentemente de discussões relacionadas à recomposição de equilíbrio econômico-financeiro e indenizações, podendo também o Poder Público, para alguns setores, ser dispensado da realização do processo licitatório¹³⁹ (muito embora, em algumas situações, possa haver um chamamento público e processo seletivo público).

Ao tratarem da autorização de serviço público e da reversibilidade de bens no setor de telecomunicações, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁴⁰ explicam:

(...) excetuando-se as empresas que já atuavam em telefonia fixa quando da LGT (as únicas que ficaram como concessionárias), todas as demais operadoras do setor possuem bens (redes e equipamentos) livres de reversibilidade. Incluem-se nesse regime de liberdade equipamentos de inegável relevância e interesse público, como redes de prestadoras de serviços de banda larga, de serviços de TV por assinatura, de serviços móveis e, também, de serviços de telefonia fixa prestados com autorização.

Os diversos bens (equipamentos, imóveis, torres etc.) que integram o patrimônio dessas prestadoras não serão transferidos ao poder público, mesmo que as respectivas outorgas sejam extintas (como ocorre ao fim do prazo das autorizações de radiofrequência). Trata-se de patrimônio privado, embora de interesse público. Estão sujeitos a condicionamentos previstos na própria legislação, mas não são incorporados ao patrimônio público.

Em suma, a outorga de autorização de serviço público confere ao particular os riscos do financiamento do empreendimento, da demanda e do mercado, da obsolescência da atividade e, principalmente, do risco da realização dos investimentos objeto da outorga, sem direito a qualquer reequilíbrio econômico-financeiro, sem reversão ou indenização em caso de extinção da autorização, ainda que antecipada, vez que inexistem bens passíveis de amortização.

¹³⁹ O setor de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997, art. 136, § 2º) exige a realização de procedimento licitatório para a outorga de autorização de serviço público. Os setores Ferroviários (Lei nº 10.233/2001, art.43, I e Lei nº 14.273/2021, art. 19 e art. 26) e de Transportes Rodoviários (Lei nº 10.233/2001, art.43, I e art. 47-B § 2º) estabelecem que a outorga de autorização de serviço público independe de procedimento licitatório, muito embora possam ser realizados chamamento público e processo seletivo. Já o setor Portuário (Lei nº 10.233/2001, art. 43, I e Lei nº 12.815/2013, art. 8º), embora também não exija a realização de procedimento licitatório, tornou obrigatório a chamada ou anúncio público, e, quando for o caso, processo seletivo público, para a outorga de autorização de serviço público. Quanto ao setor de Energia (Lei nº 9.074/95, art. 7º), a despeito da lei não ser explícita, as normas respectivas permitem a interpretação de que não seria necessária a realização de processo licitatório para a outorga de autorização.

¹⁴⁰ SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 149-174.

A análise da outorga de autorização de serviço público nos leva à constatação de que a continuidade desse serviço independe da existência de bens reversíveis¹⁴¹.

4.2. Contratos de Arrendamento de Instalações Portuárias

Para além das discussões relativas à exploração do serviço público por meio de autorização como demonstração de que a continuidade do serviço público independe da reversão de bens, deparamo-nos também com os contratos de arrendamento de instalações portuárias.

O Tribunal de Contas da União, ao realizar uma auditoria operacional¹⁴² acerca das limitações do modelo de exploração da atividade portuária nos portos públicos organizados brasileiros, em comparação ao modelo de exploração de Terminais de Uso Privado (TUP) e aos modelos aplicados a portos internacionais de referência, registrou que “(...) os contratos de arrendamento são regidos por normas de direito público, inclusive com a utilização de diversos conceitos aplicados ao regime de concessão”, dentre os quais se destacam dois princípios: “vinculação ao instrumento convocatório e reversibilidade de bens”. No tocante à reversibilidade de bens, o TCU expôs:

- (i) a reversibilidade de bens (...) dificulta a alteração dos contratos, especialmente em relação à realização de novos investimentos, pois os ativos adquiridos por conta dessas inversões de capital acabam por ser revertidos ao patrimônio público ao término da concessão, dando ensejo a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro - discussões sobre valores (orçamentos das obras e serviços) e forma de recomposição do equilíbrio (compensação pelo investimento não amortizado, seja por meio de indenizações ou de repactuação do prazo contratual).
- (ii) a intensa incorporação de novas tecnologias em aprimoramento e modificações de embarcações, máquinas e equipamentos leva o setor portuário a resultados contraproducentes ao final do contrato, trazendo mais custos do que benefícios. Isso porque a Autoridade

¹⁴¹ Poderíamos trazer como exemplo a concessão de linha aérea nos termos do Código Brasileiro de Aeronáutica; entretanto, a Lei nº 14.368/2022 (MPV 1089/2021) revogou os artigos 180 ao 183 desse Código, e as atividades relacionadas à prestação dos serviços aéreos deixaram de ser tratadas na legislação como serviços públicos. Esse entendimento foi abalizado pelo Supremo Tribunal Federal, que concluiu que as referidas atividades não são serviços de titularidade exclusiva do Estado e, portanto, não exigem a outorga por concessão ou permissão. Dessa forma, a prestação dos serviços aéreos pelo agente privado passou a se sujeitar à avaliação dos requisitos técnicos pela ANAC, que emitirá o respectivo certificado com base em elementos objetivos, sendo permitida a operação na medida em que permaneçam atendidas as exigências técnicas dos regulamentos da autoridade de aviação civil.

¹⁴² TCU. **Processo nº TC 022.534/2019-9**. Acórdão nº 2711/2020. Plenário. Min. Rel. Bruno Dantas.

Portuária se vê obrigada a reequilibrar os investimentos - mesmo que tenham se tornado inservíveis e obsoletos - e a gerenciar a sua destinação, após a sua incorporação, quando poderia dedicar seus recursos financeiros e humanos para outras áreas.

(iii) embora justificável em muitas concessões de serviços públicos, no caso do setor portuário o instituto da reversibilidade não se mostra adequado e, por isso, não é prática usual nos portos de referência.

(iv) haveria a necessidade de alterações legislativas ou a adoção de procedimentos administrativos, como a edição de diretrizes ou normativos infralegais, visando a flexibilização e simplificação dos contratos de arrendamento, aproximando-os das melhores práticas internacionais, a exemplo da retirada de cláusulas de reversibilidade dos bens e da facilitação de investimentos por conta e risco dos arrendatários.

(v) o modelo de contrato de arrendamento portuário teria de ser gerido sob o enfoque do direito privado, que possui maior liberdade para a realização de novos investimentos, de modo que não haveria de se falar em reversibilidade de bens ou em reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, pois tais investimentos são por conta e risco do investidor.

(vi) com a retirada das cláusulas de reversibilidade de bens dos contratos de arrendamento portuário, teria de ser estabelecida a obrigatoriedade de o arrendatário devolver a área, ao término do contrato, da mesma forma que a recebeu, salvo se a autoridade portuária concluísse, com base no interesse público, na manutenção do bem, situação em que o arrendatário teria de ser compensado por esses investimentos.

O TCU concluiu que, no setor portuário, a reversão de bens mostrava-se especialmente danosa ao erário diante da obrigatoriedade de a autoridade portuária incorporar, ao final do contrato, bens inseríveis e obsoletos, o que levou à alteração do Marco Regulatório do Setor, com a publicação da Lei nº14.047/2020, que incluiu o art. 5º C à Lei nº12.815/2013¹⁴³, desobrigando a autoridade portuária de incluir a cláusula de bens reversíveis nos contratos de arrendamentos portuários.

¹⁴³ BRASIL. **Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. “Art. 5º-C. São essenciais aos contratos de arrendamento as cláusulas relativas:

I – ao objeto, à área e ao prazo;

II – ao modo, à forma e às condições da exploração da instalação portuária;

III – ao valor do contrato e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

IV – aos investimentos de responsabilidade do contratado;

V – às responsabilidades das partes;

VI – aos direitos, às garantias e às obrigações do contratante e do contratado;

VII – à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;

VIII – às hipóteses de extinção do contrato;

IX – à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Antaq e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;

4.3. Concessão de prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros

A Lei nº 13.241/2001 do Município de São Paulo autoriza o Poder Público a delegar a terceiros, por meio de concessão ou permissão, a prestação e a exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros, condicionando¹⁴⁴ a delegação, por meio de concessão, à realização de investimentos em bens reversíveis.

Ainda que a doutrina majoritariamente defina os bens reversíveis como aqueles indispensáveis à continuidade da prestação de serviços, a lei paulistana é categórica ao estabelecer que “os veículos e frota de ônibus, a garagem, as instalações e equipamentos de garagem (...) não são considerados bens reversíveis”¹⁴⁵, sem, contudo, dispor sobre quais poderiam ser esses bens.

Essa tarefa acabou por ser disciplinada do decreto regulamentador¹⁴⁶ de maneira abrangente, ao dispor sobre a faculdade do Poder Concedente estabelecer no edital quais seriam os “equipamentos, “softwares”, projetos ou quaisquer outros

X – ao acesso à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;

XI – às penalidades e sua forma de aplicação; e

XII – ao foro.”

¹⁴⁴ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001**. Dispõe sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, autoriza o Poder Público a delegar a sua execução, e dá outras providências. “Art. 5º- Para os efeitos desta lei, consideram-se: II – objeto da concessão: delegação da prestação e exploração do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, nos Subsistemas Local e Estrutural, dentro dos limites do Município, que será condicionada a investimentos em bens reversíveis.”

¹⁴⁵ Ibid. “Art. 17 – Extingue-se a concessão nos seguintes casos: § 4º- Não são considerados bens reversíveis para efeito desta lei:

I – os veículos e frota de ônibus;

II – a garagem;

III – instalações e equipamentos de garagem.”

¹⁴⁶ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Decreto nº 58.200**, de 19 de abril de 2018. Confere nova regulamentação à Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001, que dispõe sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo e autoriza o Poder Público a delegar a sua execução; altera o *caput* do artigo 2º do Decreto nº 57.320, de 16 de setembro de 2016, e revoga o Decreto nº 56.232, de 2 de julho de 2015 – “Art. 7º O edital poderá dispor, em condições específicas, sobre a vinculação aos contratos de concessão de outros bens de interesse do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros.

Parágrafo único. Poderão, ainda, ser previstos bens reversíveis, os quais constituir-se-ão, cumulada ou alternativamente, de equipamentos, “softwares”, projetos ou quaisquer outros bens materiais ou imateriais utilizados nos serviços de transporte e de trânsito que, por razões físicas, operacionais ou econômicas, devam permanecer vinculados aos serviços, quando se extinguir o contrato, sendo transferidos e incorporados ao patrimônio do Poder Concedente, visto que indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação dos serviços, ressalvados os bens relacionados no § 4º do artigo 17 da Lei nº 13.241, de 2001.”

bens materiais ou imateriais utilizados nos serviços de transporte e de trânsito que, por razões físicas, operacionais ou econômicas, devam permanecer vinculados aos serviços”, por serem considerados “indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação dos serviços”.

Muito embora não se discuta a relevância dos “veículos e frota de ônibus, a garagem, as instalações e equipamentos de garagem” para a garantia e preservação da continuidade dos serviços públicos em uma concessão de prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros, o legislador paulistano, ao eleger quais bens seriam reversíveis na concessão, concluiu que os mencionados bens não seriam reversíveis.

Também poderia ser ventilado o argumento de que veículos e frota de ônibus seriam considerados sucatas ao final da concessão, de modo que seriam inservíveis e obsoletos; entretanto, para resolver essa questão, bastaria que o Poder Concedente estabelecesse em edital que, no momento da reversão, esses bens deveriam ter vida útil e valor residual remanescente em percentuais próximos ao valor do bem novo. Por outro lado, essa escolha faria com que ingressássemos novamente na ponderação entre os princípios da continuidade e o princípio da modicidade tarifária, cuja realidade dos fatos suplanta os argumentos e acaba por demonstrar que, para esse serviço, a inexistência de bens reversíveis em nada prejudica a continuidade do serviço público.

Disso se conclui que a reversão de bens não decorre da relevância do bem para a prestação de serviço público, mas de diversos outros fatores, tais como a fácil obsolescência e substituição da possibilidade de concorrência, das necessidades e características locais, e, sem dúvida, da oneração da tarifa aos usuários do serviço público, na medida em que tais bens deveriam ser depreciados e amortizados durante o prazo da concessão.

4.4 Concessão de Radiodifusão

A radiodifusão é o “serviço de transmissão de sons (Rádio) ou de transmissão de sons e imagens (TV), destinada a ser direta e livremente recebida pelo público”, cujo processo de outorga se dá por meio de processo licitatório na modalidade concorrência em que, após a homologação do certame e a adjudicação do seu objeto, é “expedido o ato de outorga (Portaria para os casos de serviços de radiodifusão sonora e Decreto Presidencial para o serviço de radiodifusão de sons e imagens)”.

Este, por sua vez, “é submetido à apreciação do Congresso Nacional, em observância ao art. 223 da Constituição Federal”.¹⁴⁷

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁴⁸ considera a concessão de radiodifusão como uma concessão de serviço público submetida a um regime especialíssimo, composto de três características que determinam vários pontos dessa concessão:

- (i) seu regime jurídico tem assento constitucional específico e exclusivo (art. 223 da CF); (ii) elas envolvem a prestação de uma utilidade sem pagamento pelo usuário, integralmente custeada por receitas acessórias; e (iii) o serviço, pelas suas características, embora fruível individualmente, não permite ao concessionário travar contato individualizado com seus usuários.

No que tange ao tema em estudo, constata-se ser este mais um exemplo de concessão de serviço público em que inexistente disposição legal quanto à obrigatoriedade de estabelecimento de reversão de bens, de modo que todos os bens materiais (p. ex., equipamentos, logiciários, emissores, estúdios, instalações cenográficas) e imateriais (p. ex., identidade visual como marcas, músicas) são de propriedade da concessionária e não serão transferidos ao Poder Concedente por ocasião da extinção da concessão.

Entretanto, como bem lembra Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁴⁹, as frequências associadas ao serviço, em caso de extinção da concessão, serão conseqüentemente retomadas pela União, de modo que “(...) não se trata propriamente de uma reversão, e sim da extinção do direito privativo de uso de um bem público associado a um serviço público e da conseqüente disposição, pelo Poder Público, do uso desse bem de sua titularidade”.

¹⁴⁷ Portal Gov.br. **Serviços e Informações do Brasil**. Obter outorga para exercer serviços de radiodifusão comercial. 18 out. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-outorga-para-exercer-servicos-de-radiodifusao-comercial>>.

¹⁴⁸ MARQUES NETO, 2016, p. 221.

¹⁴⁹ Ibid., p. 221.

5. DEPRECIAÇÃO, AMORTIZAÇÃO E INDENIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS

Conforme anteriormente visto, o Poder Concedente poderá atribuir ao concessionário o dever de financiar a manutenção, conservação ou formação de um patrimônio pré-determinado e de revertê-lo, com a extinção do vínculo contratual, ao Poder Público. Essa atribuição traz consigo o direito do concessionário de depreciar e amortizar tais investimentos durante o prazo de vigência pactuado. Por outro lado, caso isso não lhe seja preservado, terá direito à indenização.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁵⁰ ressaltam a necessidade de uma contabilização básica, a ser realizada pela concessionária, para averiguar a equivalência entre a receita tarifária ou de subsídio estatal ao concessionário, os valores investidos em bens reversíveis e sua amortização no prazo da concessão.

O Poder Concedente, por sua vez, por meio do regulador, deverá: acompanhar o inventário de bens durante a vigência contratual; realizar auditorias; e averiguar se os bens considerados reversíveis estão sendo depreciados e amortizados nos termos contratuais e legais impostos.

Contudo, questionamos: em que consiste a depreciação e a amortização? Em quais situações esses direitos se convertem em indenização? E quais as formas de calcular essa indenização?

Pretendemos responder a estas questões na sequência deste tópico.

5.1. Diferença entre Depreciação e Amortização

A depreciação é um conceito contábil que, segundo Sérgio de Iudícibus e Eliseu Martins¹⁵¹, “diz respeito à apropriação sistemática e periódica do custo de elementos tangíveis do ativo aos períodos de vida útil dos mesmos, como despesas desses períodos, excluídos daquele os recursos naturais”.

Já a Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) traz que a depreciação corresponde à “perda do valor dos direitos que têm por objeto bens físicos sujeitos a desgaste ou perda de utilidade por uso, ação da natureza ou obsolescência” (art. 183, § 2º, “a”).

¹⁵⁰ SUNDFELD; CÂMARA, 2016, p. 149-174.

¹⁵¹ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu. **Contabilidade Introdutória**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 246.

Em outras palavras, a depreciação permite demonstrar a desvalorização de um bem no decorrer do tempo, em razão do desgaste físico ou pela ação do tempo ou da obsolescência. A legislação tributária define percentuais de desvalorização dos bens cuja quota é dedutível do cálculo de tributos incidentes¹⁵² na prestação do serviço público, item que compõe a equação econômico-financeira da concessão.

Um exemplo que pode ser dado é a aquisição da frota de ambulâncias (ativo tangível) para a atividade de resgate em uma rodovia, por um valor de R\$ 1.000.000,00. Com o passar dos anos, essa frota perderá valor em razão do desgaste físico ou pela ação do tempo ou da obsolescência, e se for considerada uma taxa de depreciação linear, durante todo o período de concessão, na ordem de 10% (dez por cento), a Concessionária deverá deduzir a quota de R\$ 100.000,00 da base de cálculo dos tributos, de modo que a alíquota dos tributos incidirá sobre o valor de R\$ 900.000,00.

Tanto o Poder Concedente, ao preparar um estudo de viabilidade técnica-econômica, como o concessionário, ao elaborar o seu plano de negócios, consideram a depreciação dos investimentos em bens reversíveis ao longo do prazo da concessão, até para evitar indenização ao concessionário ao final do contrato de concessão.

Já a amortização, segundo Sérgio de Iudícibus e Eliseu Martins¹⁵³, “é o procedimento através do qual se distribui como despesa de diversos períodos o custo de bens intangíveis”.

A Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) traz que a amortização corresponde ao registro periódico do valor do capital aplicado na aquisição de bens de utilização por prazo legal ou contratualmente limitado (art. 183, § 2º, “b”).

Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹⁵⁴ registra:

Existe garantia em favor do concessionário quanto à oportunidade de obtenção de receitas para compensar os investimentos realizados, inclusive no tocante aos bens afetados ao serviço concedido. Satisfeita essa exigência, o antigo concessionário não terá qualquer direito sobre os bens aplicados na concessão, sempre que ocorrer o seu desapossamento (durante ou ao final da concessão).

¹⁵² Imposto de Renda e Contribuição Social sobre Lucro Líquido.

¹⁵³ IUDÍCIBUS; MARTINS, 2010, p. 246.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, 2018, p. 693.

Se houver restituição dos bens ao concessionário, no entanto, não se falará de amortização integral do valor, mas de depreciação do valor pelo tempo em que foi utilizado na concessão.

De forma sucinta, a amortização corresponde ao fluxo de receitas (tarifárias e não tarifárias) que remunera os investimentos em bens reversíveis durante o prazo da concessão.

Poderá, por exemplo, o contrato de concessão estabelecer que o concessionário deverá, nos primeiros cinco anos da concessão, ampliar a capacidade de um aeroporto, com construção de novas pistas e terminais, mas que somente se verá remunerado (ativo intangível) por tais investimentos ao longo dos anos da exploração do serviço concedido com o recebimento das receitas (tarifárias e não tarifárias), e nesse período os mencionados investimentos serão apropriados nas respectivas contas de custo ou despesa que serão dedutíveis da base de cálculo dos tributos, tal como a depreciação.

Cabe lembrar que tanto o Poder Concedente (no estudo de viabilidade técnico-econômica) como o concessionário (na proposta e sua econômico-financeira inicial) têm como pretensão amortizar todos os investimentos em bens reversíveis ao longo do prazo da concessão, conforme sinalagma pactuada (investimento, riscos, remuneração e prazo), evitando-se indenização ao final do contrato de concessão.

A depreciação e a amortização iniciam-se quando o bem reversível (ativo tangível e ativo intangível) estiver disponível para uso, ou seja, quando estiver no local e em condição de funcionamento na forma estabelecida no contrato de concessão¹⁵⁵.

A clareza na identificação dos bens reversíveis e a definição do marco temporal para a depreciação e a amortização são fundamentais para composição da equação econômico-financeira e definição da proposta do licitante.

Embora a Lei nº 8.987/1995 não faça distinção entre depreciação e amortização, trata-se de conceitos distintos, com efeitos diversos, que têm relevância para os aspectos contábeis e tributários¹⁵⁶.

¹⁵⁵ BRASIL. **Manual de Contabilidade da ANTT**.

¹⁵⁶ Apenas para trazer um contexto histórico, em 1970, o livro “Contabilidade Introdutória”, escrito por uma equipe de professores da FEA/USP - seguindo um costume internacional, em um tempo em que tanto os ativos materiais quanto os imateriais ficavam no mesmo grupo, no ativo imobilizado –, ensinava que o ativo imobilizado (tangíveis ou intangíveis) se sujeitava, em sentido amplo, à amortização. Isso porque não havia segregação para os ativos tangíveis e intangíveis, ficando todos dentro do imobilizado. Com o advento da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), passou a existir, de forma separada, os investimentos permanentes em outras entidades e assemelhados, mas não a

5.2. Extinção do Contrato pelo Advento do Termo Contratual

Dentre as hipóteses de extinção da concessão estabelecidas na Lei nº 8.987/1995, sabemos que o advento do termo contratual (art. 36) é o caminho natural para o encerramento da concessão, dado que se pressupõe que as partes cumpriram plenamente com as suas obrigações contratuais durante o transcurso do prazo de vigência da relação contratual, e os investimentos realizados pelo concessionário, em grande medida, possivelmente já estarão depreciados e amortizados.

Utilizamos “possivelmente” ao nos referirmos aos investimentos feitos pelo concessionário porque é certo que, ao longo da vigência contratual, remanesçam discussões quanto às parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis, que não terão sido amortizados ou depreciados, mas que deverão ser indenizados ao concessionário, sob pena de estar caracterizada situação de confisco¹⁵⁷.

Dentre essas discussões, podemos trazer à baila os investimentos em desenvolvimento tecnológico para evitar a obsolescência dos bens em período próximo ao final da concessão. A depreciação e amortização acelerada pode não ser a alternativa mais adequada ao final de uma concessão, face ao princípio da modicidade tarifária. Daí, a possibilidade de remanescer algum saldo em indenização a ser paga ao concessionário, mesmo com o advento do termo contratual.

Hely Lopes Meirelles¹⁵⁸ lembra que a indenização pelos investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não depreciados ou amortizados, tem razão

segregação dos tangíveis e intangíveis, assim como não utilizar a palavra amortização no sentido amplo, passando a tratá-la apenas no sentido específico. Em 2007, com a publicação da Lei nº 11.638, criou-se o denominado Ativo Intangível, para onde passaram a ser classificados esses direitos e outros ativos. Ao que consta, a utilização, por vezes confusa, das duas terminologias pode ter origem no costume internacional, vê-se que o Glossário do *International Accounting Standards Board* (IASB) - órgão que emite as normas internacionais de contabilidade, que no Brasil são implantadas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) - confere o mesmo significado para amortização e depreciação: “*amortisation (depreciation)*.¹ *The systematic allocation of the depreciable amount of an asset over its useful life.*¹ *In the case of an intangible asset, the term ‘amortisation’ is generally used instead of ‘depreciation’. The two terms have the same meaning.*” (Tradução livre: “amortização (depreciação)¹. A alocação sistemática do valor depreciável de um ativo ao longo de sua vida útil.¹ No caso de um ativo intangível, o termo ‘amortização’ é geralmente usado em vez de ‘depreciação’. Os dois termos têm o mesmo significado.”)

¹⁵⁷ DI PIETRO, 2019, p. 144: “Evidentemente, a reversão depende sempre de indenização, mesmo que a extinção se faça por inadimplemento do contrato, mediante declaração de caducidade. Se assim não fosse, estaria caracterizada situação de confisco.”

¹⁵⁸ MEIRELLES, 2017, p. 523. “Pretende-se evitar, com essa determinação, que a prestação do serviço se deteriore nos últimos anos do prazo da concessão, por falta de investimentos do concessionário. Ao garantir, legalmente, a indenização desses investimentos, torna-se mais fácil ao poder concedente exigir o cumprimento do dever de atualidade do serviço, correspondente à manutenção e melhoria dos equipamentos, instalações e demais exigências do serviço.”

de existir para garantir que o concessionário faça investimentos, mesmo nos últimos anos da concessão, com o objetivo de manter a atualidade do serviço.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁵⁹ salienta que

O pressuposto é que ao tempo da reversão o valor dos bens a serem revertidos já esteja amortizado pela regular prestação do serviço. Porém, excepcionalmente, seja porque algum fator externo ao contrato impediu a regular exploração da concessão (desde que atinente ao risco alheio ao concessionário), seja porque a concessão teve seu término antecipado, ou ainda em razão de terem sido demandados novos investimentos em bens essenciais à concessão, pode ocorrer de a reversão exigir indenização do concessionário pelo Poder Concedente.

Os contratos de concessão mais atuais¹⁶⁰ atribuem ao concessionário o dever de depreciar e amortizar os investimentos durante o prazo da concessão com o objetivo de arrefecer o dever de o Poder Concedente aferir a equivalência entre receitas da concessão e o valor dos investimentos em bens reversíveis e sua amortização, e afastar eventual indenização com o advento do termo contratual.

Por razões lógicas, essa obrigação somente poderia ser exigida do concessionário com o advento do termo contratual, uma vez que nem o Poder Concedente nem um investidor ingressariam em um contrato de longo prazo objetivando o encerramento antecipado da concessão (falência, caducidade, extinção amigável etc.) e promovendo a depreciação e amortização acelerada, sob pena de configurar desvio de finalidade, quebra do princípio da modicidade tarifária etc. Tanto assim que alguns contratos de concessão, como aqueles do setor aeroportuário,

¹⁵⁹ MARQUES NETO, 2016, p.197.

¹⁶⁰ BRASIL. **Contrato de Concessão referente ao Edital nº 003/2021** - Sistema Rodoviário Rio – São Paulo S.A. (RioSP): “4.3.4 Todos os Bens da Concessão ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente depreciados e amortizados pela Concessionária no Prazo da Concessão nos termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no advento do termo contratual.”

BRASIL. **Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2021** - Bloco Sul - ANAC: “14.2. - Os bens reversíveis decorrentes de investimentos realizados pela Concessionária deverão ser amortizados no prazo da Concessão, nos termos da regulação vigente.”

passaram a fazer referência a normativo¹⁶¹ que trata da metodologia de cálculo de depreciação para as situações de extinção antecipada da concessão¹⁶².

Cabe ainda trazer à baila a indagação quanto à eventual necessidade de indenização prévia no caso da extinção do contrato pelo advento do termo, em que nem todos os investimentos realizados pelo concessionário em bens reversíveis tenham sido depreciados e amortizados durante a vigência contratual.

A Lei nº 8.987/1995 estabelece que, “Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários” (art. 35, § 2º), e que essa assunção autoriza o Poder Concedente a ocupar e utilizar todas as instalações e bens reversíveis (§ 3º), devendo o Poder Concedente antecipar-se à extinção da concessão, e proceder aos “levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária”.

Ao analisar o direito à indenização prévia pelos investimentos realizados em bens reversíveis que não foram amortizados ou depreciados durante a vigência contratual, o Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento no sentido de que o termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, e que, com o advento do termo contratual, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público¹⁶³, tem-se a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente,

¹⁶¹ BRASIL. **Resolução ANAC Nº 533**, de 7 de novembro de 2019. Regulamenta os procedimentos e a metodologia de cálculo dos valores de indenização referentes aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados em caso de extinção antecipada do contrato de concessão por relicitação, caducidade ou falência.

¹⁶² BRASIL. **Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2021** - Bloco Sul – ANAC: “Seção III – Da Caducidade 13.23. O valor dos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados, calculado segundo metodologia disciplinada na Resolução nº 533/2019 e alterações supervenientes, integrará o cálculo da indenização devida à Concessionária em caso de caducidade, descontados: (...) Seção VI – Da Relicitação - 13.36. A indenização relativa aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados, devida à Concessionária em caso de relicitação, será calculada segundo metodologia disciplinada na Resolução nº 533/2019 e alterações supervenientes.”

¹⁶³ STJ - **Recurso Especial nº 1314050-RJ**, Rel. Min. Herman Benjamin, Julgado: 06/12/2012). “ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. DESCABIMENTO.

1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público. Não está condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis que, se for devida, tem de ser garantida nas vias ordinárias. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial não provido.”

incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis, de modo que a Lei nº 8.987/95 não faz nenhuma ressalva quanto à necessidade de indenização prévia de tais bens¹⁶⁴, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias¹⁶⁵.

Os precedentes jurisprudenciais acima não excluem o direito do concessionário à indenização, até porque, do contrário, estaríamos diante de um confisco. Neste caso, o entendimento é no sentido de que deverá o concessionário valer-se dos meios adequados, tanto pela via administrativa quanto pela via judicial, para se ver ressarcido pelos investimentos realizados.

No que se refere ao apossamento dos bens reversíveis pelo Poder Concedente, Fernando Vernalha Guimarães¹⁶⁶ sublinha ser inconstitucional a

¹⁶⁴ STJ – **Recurso Especial nº 1.059.137** – SC. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgado: 14/10/2008. “ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95.

I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis, inexistindo na Lei nº 8.987/95 qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens.

III - Recurso especial improvido.”

¹⁶⁵ STJ - AgRg nos EDcl no **Recurso Especial nº 1.197.430** – SC. Rel. Min. Hamilton Carvalhido – Julgado: 19/10/2010. “AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO. EXTINÇÃO. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA.

1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço até a realização de nova licitação. (...) O termo final do contrato (...) não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias.

Precedentes (AgRgSS nº 1.307/PR, Relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, in DJ 6/12/2004; REsp nº 1.059.137/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, in DJe 29/10/2008).

2. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

(Súmula do STJ, Enunciado nº 83).

¹⁶⁶ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Concessão de Serviço Público**. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 349: “Lembre-se que o § 2º do art. 35 da lei de Concessões reza que, extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. Já o § 3º do mesmo artigo complementa que a assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis. Uma interpretação literal destes dispositivos conjugados leva ao entendimento de que o poder concedente poderá apossar-se das instalações e bens do concessionário ainda antes de proceder ao pagamento das indenizações correspondentes, especialmente daquelas alusivas à transferência de bens ainda não amortizados ou plenamente depreciados (art. 36 da Lei n. 8.987/95).

O problema desta interpretação é que ela padece de inconstitucionalidade. A Constituição Federal não autoriza a apropriação e o apossamento de bens privados pelo Estado sem a devida e prévia indenização (art. 5º, inc. XXIV). Não seria viável ao legislador infraconstitucional criar hipótese de apossamento de bens sem prévia indenização. Em termos práticos, a hipótese do § 3º do art. 35 da Lei n. 8.987/95 poderá corresponder a uma expropriação de bens privados, o que impede de ser tratada à

interpretação no sentido de que poderia o Poder Concedente fazê-lo em relação aos bens privados do concessionário – não os bens notadamente considerados reversíveis em que se discute valores residuais de amortização e depreciação – sem antes proceder ao pagamento das indenizações correspondentes, especialmente quando esses bens ainda tiverem sido amortizados ou plenamente depreciados.

Carlos Ari Sundfeld¹⁶⁷ vai além ao ponderar que os bens, direitos e privilégios (o serviço) somente reverterão ao Poder Concedente com o advento do termo contratual quando respeitado o equilíbrio contratual e a observância das disposições legais (art. 35 § 4º) que determina a obrigação ao Poder Concedente de antecipar-se à extinção e estabelecer os montantes da indenização devida à concessionária. Isso porque, se o concessionário não for compensado concomitantemente à reversão, haveria uma supressão de direitos com a expropriação administrativa ilícita e confisco indireto de seus capitais e direitos, de modo que reversão “(...) pura e simples é via de fato, medida totalmente à margem do Direito, e o Judiciário tem de coibi-la, quando acionado”.

Marcio Monteiro Reis¹⁶⁸ lembra das recentes judicializações promovidas por empresas estatais em face dos municípios nas concessões de saneamento e fornecimento de água, diante do movimento de retomada do controle dessas concessões pelos municípios e da resistência das estatais para se manter no serviço até que tenham recebido o justo valor pelos investimentos realizados.

margem do regime constitucional estatuído pela norma do inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal.”

¹⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **O direito à fruição in natura da concessão pública e a sua expropriação indireta abusiva.** O Direito Administrativo na Atualidade. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 251-261: “O concedente está evidentemente obrigado à composição de créditos e débitos. Não pode apenas pelo advento formal do termo contratual querer privar de imediato o concessionário da exploração do serviço, suprimindo-lhe a fonte de receitas capaz de viabilizar o recebimento dos créditos remanescente. O estado incidiria em evidente enriquecimento ilícito se pudesse, mesmo inadimplente, tomar dos serviços bens, implantados ou melhorados justamente à custa dos investimentos e trabalhos do concessionário, e, em quaisquer ônus, passar a fruir das correspondentes receitas, desviando-as de sua destinação natural, que é o pagamento desses investimentos e trabalho. O estado não pode agir assim, em evidente má-fé. (...) É certo que os bens, direitos e privilégios – isto é, o serviço – reverterão ao concedente quando “extinta a concessão” (art. 35, §§ 1º a 3º), mas, segundo a lei, isso depende da prévia adoção das providências exigidas pelo § 4º do mesmo art. 35. (...) Trata-se, portanto, de providência anterior à extinção, não posterior. (...) Em suma, a retomada dos bens e serviços, mesmo no advento do termo contratual, se não compensada concomitantemente com indenização dos créditos remanescentes do concessionário, seria uma supressão de direitos, uma forma de expropriação administrativa ilícita; um confisco indireto de seus capitais e direitos. Retomada pura e simples é via de fato, medida totalmente à margem do Direito, e o Judiciário tem de coibi-la, quando acionado.”

¹⁶⁸ REIS, 2018, p. 475-520.

Mais recente ainda, em decorrência da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio (Concer) buscou tutela perante o Judiciário, face ao reconhecimento pela ANTT, do desequilíbrio decorrente dos impactos gerados pela pandemia de Covid-19 e iminência do advento do termo do contratual. A tutela foi deferida preliminarmente pelo Desembargador Federal Sousa Prudente da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁶⁹.

Há, inclusive, quem defenda¹⁷⁰ que o valor da indenização ao antigo concessionário poderá advir da remuneração paga pelo novo delegatário do serviço público a título de outorga (trata-se do valor a ser pago pelo licitante pela delegação do serviço público, com fundamento no art. 15, II, da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o critério de julgamento fundado na maior oferta, nos casos de pagamento ao Poder Concedente pela outorga da concessão).

Entretanto, independentemente de a indenização advir de receitas do orçamento público ou do valor de outorga do novo concessionário, a reversão somente poderá ocorrer com a prévia indenização ao concessionário pelos bens reversíveis não depreciados ou amortizados. Essa medida não prejudicaria a continuidade do serviço público, visto que o concessionário poderia continuar a prestar o serviço até que lhe seja garantida a rentabilidade pactuada contratualmente, reduzindo assim a eventual indenização de haveres e deveres de final do contrato. Um entendimento em sentido contrário permitiria confiar ao Poder Concedente a prerrogativa de retardar ao longo da vigência contratual os desequilíbrios em seu desfavor e autorizar a apropriação dos bens e direitos do concessionário pelo simples advento do termo contratual, sendo que esses abusos não encontram amparo em nosso direito.

¹⁶⁹ Agravo de Instrumento. 5ª Turma. Desembargador Federal Souza Prudente. Processo referência: 1005306-15.2021.4.01.3400. Até o encerramento deste estudo, a ação judicial ainda não tinha decisão de mérito.

¹⁷⁰ OBARA SOARES DA SILVA, Alessandra; VOLPATO BEDONE, Igor; MARTINS PELEGRINI, Guilherme; TELES SANCHES, Vinícius; CAMPOS ESCUDERO PAIVA, Yara de. Término da parceria público privada: hipóteses de extinção contratual e pontos polêmicos. *Parcerias Público-Privadas. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: n. 77-78, jan./dez. 2013, p. 229-230: “Por fim, no que tange ao momento de pagamento da indenização, a jurisprudência vem entendendo que, no caso de extinção pelo advento do termo final, não há necessidade de pagamento prévio para que o Poder Público assumira os serviços. Assim, não há obstáculos a que o contrato defina que o pagamento ocorra quando da assunção do serviço concedido pelo Poder Concedente ou por terceiro sem que se configure pré-condição ao ato.”

5.3. Extinção Antecipada do Contrato

Nas hipóteses de “extinção da concessão antecipada” - seja por “encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária” (art. 35 da Lei 8.987/1995) e “extinção amigável, decorrente de relicitação (art. 4º, inciso III, da Lei 13.448/2017) -, a situação é bem diferente. Nesses casos, é certo que os investimentos parcialmente realizados pelo concessionário ainda não terão sido depreciados e amortizados.

No que diz respeito à encampação, a Lei nº 8.987/95¹⁷¹ estabelece: “a retomada do serviço pelo Poder Concedente (...), por motivo de interesse público”, está condicionada à “lei autorizativa específica e prévio pagamento da indenização” (art. 37) “(...) das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (art. 36).

Tendo em vista que, no caso de encampação, não há qualquer culpa ou responsabilidade imputável ao concessionário, a indenização, segundo o entendimento doutrinário¹⁷² e jurisprudencial¹⁷³, deverá comportar a integralidade das perdas suportadas pelo concessionário, não devendo se ater apenas ao correspondente a investimentos em bens reversíveis que não tenham sido amortizados.

¹⁷¹ BRASIL. **Lei nº 8.987/1995**: “Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

¹⁷² BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 722: “A Lei 8.987, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37), só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; entretanto, é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes.”

DI PIETRO, 2019, p. 144: “Da mesma forma que na rescisão contratual prevista no art. 79, § 2º, da Lei n.º 8.666, a encampação dá direito a uma compensação pecuniária por parte do concessionário, abrangendo inclusive os bens revertidos para a Administração, se for o caso; é o que decorre do art. 37 da Lei n.º 8.987. Evidentemente, se outros prejuízos forem causados ao concessionário, em decorrência da encampação, terão os mesmos que ser indenizados, quer em face do princípio geral de direito segundo o qual quem cause dano a outrem é obrigado a repará-lo, quer em face do art. 79, § 2º, da Lei n.º 8.666, de aplicação subsidiária às concessões.”

¹⁷³ REsp nº 1.240.057-AC, STJ, 2ª Turma, relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 28 de junho de 2011; REsp 1155771/DF, Primeira Turma, j. em 02/09/2010; AgRg no REsp 929.310/RS, Primeira Turma, j. em 20/10/2009; EREsp 737741/RJ, Primeira Seção, j. em 12/11/2008.

Portanto, deverá, também, comportar: os custos financeiros assumidos em virtude da execução do contrato - acaso o Poder Concedente não venha a assumir a dívida em lugar do concessionário -; e os danos decorrentes da inexecução de contratos celebrados em razão da concessão de receita líquida para o prazo restante do contrato (expectativas de lucros), montante a ser aferido de acordo com o plano de negócios do concessionário, ou com os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA), quando o edital não estabelecer a entrega de Plano de Negócios (o que corresponderia aos lucros cessantes), entre outros, consoante o art. 37 da Lei nº 8.987/95, os artigos 78, XII e 79, § 2º, da Lei Federal 8.666/1993¹⁷⁴, o artigo 137, VII, e o art. 138, § 2º, da Lei 14.133/2021¹⁷⁵.

No caso da caducidade, por se tratar de uma situação de “inadimplemento contratual por parte da concessionária”, caracterizado conforme disposição do art. 38, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, alterado pela Lei nº 12.767/2012¹⁷⁶, a extinção do contrato de concessão ocorrerá independentemente de indenização prévia, que será calculada no decurso do processo considerando as parcelas dos investimentos

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

Art. 79. (...) § 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: I – devolução de garantia; II – pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III – pagamento do custo da desmobilização.”

¹⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. “Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: § 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a: I - devolução da garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção; e III - pagamento do custo da desmobilização.

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante.”

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 8.987/1995**: “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. § 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço; II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados visando a “garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária, não resultando ao Poder Concedente qualquer responsabilidade “em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária”¹⁷⁷.

De todo modo, cabe lembrar que, no caso de caducidade, a indenização do Poder Concedente limita-se à parcela correspondente aos bens reversíveis não depreciados e amortizados.

A Lei nº 8.987/95 traz a possibilidade de extinção do contrato de concessão por rescisão, que poderá ocorrer, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁸, “a pedido do concessionário, quando inadimplente o Poder Concedente (art. 39), ou a pedido do concedente, quando inadimplente o concessionário, se o Poder Público optar pelo recurso às vias judiciais”.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁹ entende que a Lei nº 8.987/1995 se refere à rescisão somente por descumprimento do Poder Concedente, porque o descumprimento das normas legais, regulamentares ou contratuais por parte do concessionário foi denominada pela lei como caducidade, e que a extinção do contrato de concessão pela rescisão somente será possível na via judicial, dado que, “na via administrativa, o Poder Concedente dificilmente reconhecerá seu inadimplemento”, e também porque o art. 39, parágrafo único, da Lei nº 8.987/1995, estabelece que o concessionário não poderá interromper ou paralisar os serviços até a decisão judicial

¹⁷⁷ DI PIETRO, 2019, p. 145: “A caducidade corresponde à rescisão por inadimplemento contratual por parte da concessionária e só pode ocorrer nas hipóteses indicadas no art. 38, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, alterado pela Lei nº 12.767, de 27-12-2012. (...) Se comprovada a inadimplência, será decretada a caducidade. Nesse caso, não cabe qualquer direito à compensação pecuniária, ressalvada a indenização pelos bens que reverterem para o patrimônio do poder concedente; caso contrário, ter-se-ia o confisco. Poderá até ocorrer que a concessionária é que tenha que indenizar o poder concedente por prejuízos eventualmente causados na execução do contrato.”

¹⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 721.

¹⁷⁹ CARVALHO FILHO, 2019, p. 434: “O Estatuto das Concessões, porém, ao se referir à rescisão, considerou-a como de iniciativa do concessionário, reservando nomenclatura própria (caducidade) para a rescisão deflagrada pelo concedente. Resulta daí, portanto, que, nos termos da lei vigente, a rescisão é a forma de extinção cuja atividade deflagradora é atribuída ao concessionário. (...)”

O único caminho para esse tipo de rescisão é a via judicial. Com efeito, na via administrativa o concedente dificilmente reconhecerá seu inadimplemento. Soma-se, ainda, o fato de que, discussão por discussão, prevalece a vontade da Administração, dotada que é do privilégio da presunção de legitimidade. Surgindo, portanto, o conflito de interesses, e certo o concessionário do descumprimento, pelo concedente, das obrigações que lhe incumbem, deve ele recorrer ao Judiciário para postular não somente o desfazimento do pacto concessional, mas também a eventual reparação dos prejuízos causados pelo Poder Público por sua atuação ilícita.”

transitada em julgado, não se aplicando a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido)¹⁸⁰ – muito embora a doutrina destaque a inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* ser mitigada quando houver encargos extraordinários e insuportáveis ao concessionário, em razão de inadimplemento por longos períodos.

No caso de extinção do contrato de concessão por rescisão, caberá ao Poder Concedente a indenização pelos investimentos em bens reversíveis não depreciados e amortizados; e, no caso de “culpa do concedente, o juiz fixará a composição dos lucros que o concessionário não tenha auferido por força da extinção da concessão”¹⁸¹.

Em relação à anulação do contrato de concessão, trata-se de modalidade de extinção contratual decorrente de irregularidade insanável no procedimento licitatório ou na execução contratual, até porque, em caso de vício sanável, o art. 55 da Lei nº 9.784/1999 atribui à Administração o poder de convalidação dos atos e contratos.

Contudo, mesmo no caso de vícios insanáveis, adotando o mesmo posicionamento da doutrina, da jurisprudência e da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (LINDB)¹⁸², a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) estabelece que a extinção do contrato poderá ser determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta (art. 138) desde que precedida de autorização escrita e fundamentada com a indicação de modo expresso das suas consequências jurídicas e administrativas reduzidas a termo no respectivo processo.

Para tanto, deverá ser assegurado o regular exercício prévio do contraditório e da ampla defesa (art. 137)¹⁸³ com a observância do devido processo legal que garanta a imparcialidade do julgador, a oportunidade de defesa e a produção de provas.

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

¹⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 722.

¹⁸² BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657/1942**, alterado pela Lei nº 13.665/2018. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

¹⁸³ A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 79, I, dispõe que a rescisão do contrato poderá ser: determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do art.

A anulação do Contrato de Concessão mostra-se como medida excepcional, visto que a decisão de anulação deverá vir acompanhada de demonstração clara das consequências jurídicas e administrativas, como a comprovação de interesse público e dos impactos e consequências práticas, concretas e substanciais do ponto de vista econômico, financeiro, social, ambiental etc. (art. 147), até porque, para evitar a paralisação do serviço, da obra ou de dano ambiental, a invalidação de um contrato pode, por exemplo, levar à necessidade de contratações emergenciais sem licitação, e todos esses fatores precisam ser avaliados e sopesados pelo julgador.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁸⁴ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁸⁵, acompanhados de grande parte da doutrina, entendem que a anulação do Contrato de Concessão poderá se dar tanto pela via administrativa como pela via judicial. Carlos Ari Sundfeld¹⁸⁶ e Adilson Abreu Dallari¹⁸⁷, por outro lado, defendem que o Poder Concedente não poderá anular unilateralmente o Contrato de Concessão, pois a Lei de Concessões, em seu art. 29, inciso IV, estatuiu que a extinção da concessão somente poderá ocorrer nos casos previstos naquela lei, e para todas as outras modalidades de extinção da Concessão há definição do modo produção do ato

78. Notem que a nova Lei de Licitação não mais adota a expressão “rescisão”, mas sim “extinção do contrato”.

¹⁸⁴ CARVALHO FILHO, 2019, p. 433-434: “A anulação do contrato de concessão é decretada quando o pacto foi firmado com vício de legalidade. Sua decretação, como é próprio do fenômeno anulatório, pode provir de decisão administrativa ou judicial, e os efeitos que produz são *ex tunc*, ou seja, a partir da ocorrência do vício. Está prevista no art. 35, V, da Lei de Concessões.

O que não se pode conceber é o prosseguimento da atividade, se esta decorre de um ajuste com vício de legalidade. Presente o vício, há presumida lesão ao patrimônio público, o que permite o ajuizamento de ação popular para postular-se a anulação do ajuste.”

¹⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio De Janeiro: Forense, 2014, p. 232: “A anulação do contrato administrativo é o seu desfazimento, declarando-se-o defectivo quanto a seus elementos essenciais (inexistência) ou em caso deles não se conformarem à lei (invalidade). Por se tratar de um referencial de legalidade, atinente aos elementos competência, finalidade, forma, motivo, objeto, capacidade especial da parte privada e ao consenso, tanto a Administração quanto o Poder Judiciário poderão decretá-la.”

¹⁸⁶ Carlos Ari SUNDFELD defende que a Lei de Concessões, em seu art. 29, inciso IV, estatuiu que a extinção da concessão somente se dará nos casos previstos naquela lei e na forma prevista no contrato, e que a Lei de Concessões não indicou, tal como fez para as outras modalidades de extinção da concessão, o modo de produção do ato extintivo para o caso de anulação do contrato (não há previsão de ato administrativo unilateral para anulação do contrato de concessão). Portanto, a extinção da concessão pela anulação somente poderá se dar por decisão judicial (Os Contratos de Concessão e sua anulação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador. Nº 7 – julho/agosto/setembro de 2006, p. 2-4).

¹⁸⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Anulação do Contrato Administrativo**. Contratações Públicas. Estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013: “Por sua vez, a Lei nº 8987/95, que delineia o regime especial dos contratos de concessão, no art. 35, faz uma clara distinção entre rescisão e anulação, cuidando detalhadamente dos casos de extinção, mas não da anulação. Ou seja, ela disciplina as ações extintivas que podem ser levadas a efeito pela Administração, mas, ao contrário, é eloquentemente silenciosa no tocante à anulação, exatamente porque isso somente pode ser feito em sede judicial, com a observância da legislação processual civil.”

extintivo, não existindo tal precisão para a anulação do Contrato de Concessão, de modo que, no silêncio da lei, a anulação somente poderia ser feita pelo Poder Judiciário.

A nosso ver, mesmo que o Poder Concedente pretenda a extinção do Contrato de Concessão por ato administrativo unilateral, discordando dessa decisão, ainda assim poderá o Concessionário, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da CF/88), buscar o Poder Judiciário para comprovar a inexistência de vício insanável no procedimento licitatório ou na execução contratual, bem como para demonstrar eventual desvio de finalidade ou inobservância do princípio do devido processo legal, além da extrapolação do princípio da autotutela, já que, ao tornar nulo o Contrato de Concessão, a Administração Pública não estaria apenas anulando seus próprios atos, mas também atos alheios à sua vontade, uma vez que o Contrato de Concessão decorre de acordo bilateral de vontades entre a Administração e um parceiro privado.

No que diz respeito à indenização, “Se não tiver havido má-fé do concessionário, cabe-lhe indenização pelas despesas efetuadas e, no caso de já se encontrar o serviço em funcionamento, revertidos os bens, terá de ser indenizado pelas parcelas não amortizadas”¹⁸⁸.

Quanto à extinção da concessão por motivo de falência do concessionário, a Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) estabelece que “a decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei”. No caso, a mencionada legislação é o art. 35, VI, da Lei nº 8.987/1995.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁸⁹ chama a atenção para o fato de a Lei nº 8.987/1995 não arrolar a falência como condição para a caducidade, mas como causa autônoma para a extinção da concessão, o que permite concluir que não haveria a

¹⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 775.

¹⁸⁹ MARQUES NETO, 2009, p. 184-185: “Note-se que a Lei nº 8.987/95 não arrola a falência como condição para a caducidade da concessão (artigo 38, § 1º) e sim como causa autônoma para a extinção da mesma (artigo 35, VI). Disto decorre que, no caso de falência da concessionária, não há que se falar em procedimento prévio para a extinção da concessão (como ocorre com as causas de caducidade, *vis-à-vis* os §§ 2º e 3º do artigo 37), bastando apenas o decreto de falência. Extinta a concessão, o poder concedente assume imediatamente a prestação do serviço (artigo 35, § 2º), revertendo imediatamente os bens vinculados a essa atividade (artigo 35, § 3º). Operada a reversão, não há mais que se falar em bens da concessionária, descabendo, portanto, arrolar tais bens (lembramos, os imprescindíveis à continuidade dos serviços, arrolados como reversíveis) como integrantes da massa falida. Em poucas palavras: os bens reversíveis, mesmo que originalmente adquiridos pela concessionária que faliu, não podem responder pelas dívidas de quaisquer credores, pois a falência os faz, *ex vi legis*, transferidos para o acervo patrimonial do poder concedente.”

necessidade de um procedimento prévio para a extinção da concessão, bastando apenas o decreto de falência para a assunção imediata da prestação do serviço pelo Poder Concedente, revertendo imediatamente os bens vinculados.

A falência do concessionário pode decorrer de sua incapacidade ou deficiência na gestão de suas atividades, como registra Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁰, situação em que a extinção do contrato de concessão ocorrerá de maneira automática com a reversão dos bens aplicados ao serviço ao Poder Concedente, e que, neste caso, seria necessário considerar a posição dos credores que não poderão se saciar no acervo de bens relacionados à prestação do serviço, mas somente aos bens da concessionária não afetados à prestação do serviço, sendo que o Poder Concedente assumirá responsabilidade subsidiária integral pelos prejuízos resultantes da própria execução do serviço até o limite do valor dos bens revertidos, já que assumiu para si o acervo que servia de garantia aos credores¹⁹¹.

No que se refere à recuperação judicial, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹² sublinha:

Também é importante assinalar que o simples pedido de recuperação judicial formulado pela empresa concessionária de serviço público, com base na Lei de Falências, não justifica a extinção da concessão. A Lei nº 8.666/1993 (promulgada na vigência da anterior lei de falência, que falava em concordata) estabelecia, no art. 80, § 2º, que “é permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas

¹⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 724: “e) Falência do concessionário: a decretação judicial da falência do concessionário, que pode ocorrer em razão de sua insolvência oriunda de incapacidade ou deficiência deste na gestão das atividades a que se obrigou - se porventura chegar a ocorrer antes de a Administração extinguir a concessão, por verificar a deterioração dos serviços-, acarretará automaticamente a extinção da concessão, por ser declaração manifesta de que o concessionário não está em condições de prosseguir o serviço.”

¹⁹¹ Ibid., p. 729: “Em face do que se expôs, é preciso considerar a posição dos credores diante da falência de concessionários, pois, conforme visto, por ocorrência dela opera-se em favor do concedente a reversão dos bens aplicados ao serviço.

Já por força da reversão, já por força do princípio da continuidade do serviço público - que, aliás, estriba a necessidade de reversão -, fica perceptível a todas as luzes que os credores não se poderiam saciar no acervo requerido para a prestação do serviço. De outro lado, também não poderiam, pelo só fato de a falida ser concessionária, ver simplesmente (...) escamoteados os recursos sobejantes correspondentes à massa.

Então, desde logo, concorrem aos bens da concessionária não afetados à prestação do serviço, pois no que a estes concerne é estranho o poder concedente. Outrossim, consoante já visto, o concedente assumirá responsabilidade subsidiária integral pelos prejuízos resultantes da própria execução do serviço.

Põem-se, agora, em pauta tão só os créditos estranhos à hipótese acima aludida. A solução, no que a estes concerne, será o Estado responder até o montante do valor dos bens revertidos, porquanto, graças à reversão, assumiu para si o acervo que seria garante dos credores.”

¹⁹² DI PIETRO, 2019, p. 145.

atividades de serviços essenciais”. Vale dizer que deixou a critério da Administração decidir pela continuidade ou rescisão do contrato.

Todavia, cabe registrar que a nova Lei de Licitações (Lei. Nº 14.133/2021) não trouxe dispositivo similar ao do art. 80, § 2º, Lei 8.666/1993, e, como não poderia ser diferente, o simples pedido formulado pelo concessionário, com base na Lei de Falências, não justificaria a extinção da concessão.

A respeito da relicitação, a Lei nº 13.448/2017 a define como o procedimento que compreende “a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”, exclusivamente para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

Até o advento da Lei nº 13.448/2017, não havia previsão legal específica de devolução amigável para as concessões nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal da concessão por iniciativa do concessionário.

Analisaremos, na sequência, o cenário da reversão de bens face às diretrizes trazidas pela Lei nº 13.448/2017 para a extinção do contrato por meio da relicitação. A relicitação do contrato de concessão está condicionada à celebração de termo aditivo com o concessionário atual, sendo que a Lei nº 13.448/2017 estabeleceu também que poderão constar do referido termo aditivo e do futuro contrato de concessão a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente cláusulas com a previsão de: (i) pagamento pelo futuro concessionário das indenizações referentes a bens reversíveis não amortizados ou depreciados eventualmente devidas pelo Poder Concedente ao concessionário original, nos termos e limites a serem disciplinados no termo aditivo e replicados no futuro edital da relicitação; e (ii) pagamento, integral ou parcial, diretamente aos financiadores e garantidores do contratado original, dos valores correspondentes às indenizações devidas pelo Poder Concedente ao concessionário.

Apesar de a Lei nº 13.448/2017 estabelecer como facultativa¹⁹³ a cláusula de pagamento da indenização pelo futuro contratado ao contratado original no edital de

¹⁹³ BRASIL. **Lei nº 13.448/2017**: “Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente (...): § 1º Também **poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado** pelo

relicitação e a minuta do futuro contrato de concessão, o Decreto nº 9.957/2019, que regulamentou a matéria, fixou como obrigatória a referida cláusula¹⁹⁴.

É evidente que a indenização a ser paga pelo futuro contratado em relação ao contratado original refere-se à parcela incontroversa, qual seja, aquela em que tanto o concessionário atual como o Poder Concedente estão de acordo quanto aos montantes. Isso porque eventual parcela de indenização controversa entre as partes poderá ser apurada e paga posteriormente, após decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos¹⁹⁵.

Nesse sentido, o Poder Concedente defende que eventual decisão que conclua por montantes indenizatórios em favor do concessionário deverá observar o disposto no art. 100 da CF/88¹⁹⁶, ou seja, o pagamento deverá ser realizado por ordem cronológica de apresentação dos precatórios, o que nos parece ser inconstitucional (art. 5º, inc. XXIV).

Em outras palavras, a situação de inadimplemento das obrigações contratuais ou financeiras originais e o conseqüentemente risco de descontinuidade da prestação de serviço público podem levar o contrato de concessão à caducidade, independentemente de indenização prévia, que será calculada no decurso do processo.

órgão ou pela entidade competente: I - **a previsão de que as indenizações** apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei **serão pagas pelo novo contratado**, nos termos e limites previstos no edital da relicitação.” (grifos nossos)

¹⁹⁴ BRASIL. **Decreto nº 9.957**, de 06 de agosto de 2019. Regulamenta o procedimento para relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário de que trata a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. “Art. 10. O **edital de relicitação e a minuta do futuro contrato de parceria conterão a previsão de pagamento** de que trata o inciso XV do *caput* do art. 8º **pelo futuro contratado, nos termos e nos limites previstos no termo aditivo.**” (grifos nossos)

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.448/2017**. “Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...)

III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: (...) II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão.”

¹⁹⁶ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 1988. “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Por outro lado, concluindo o Poder Concedente pela pertinência e razoabilidade da extinção da concessão de maneira coordenada e negociada para assegurar a continuidade da prestação dos serviços, terá a prerrogativa de habilitar o projeto para fins de relicitação e possibilitar ao concessionário a adesão ao processo de extinção amigável do contrato de concessão, desde que esteja disposto a aceitar o recebimento dos valores apurados naquele processo como montantes indenizatórios incontroversos, ou, caso contrário, deverá buscar e aguardar que o conflito seja solucionado pela via judicial ou arbitral para posterior e eventual indenização da parte controversa que defende ser por meio de precatório.

Por vezes, a permanência no projeto economicamente inviável e o risco de decretação da caducidade (diante da incapacidade de corrigir eventuais falhas e transgressões) acabam por impor ao concessionário ter que decidir entre curvar-se a valores de indenizatórios que não correspondem ao montante efetivamente devido (apenas para torná-lo incontroverso e receber o quanto antes) ou ao tempo e dispêndio do processo judicial ou arbitral.

É importante lembrar também que o início do novo contrato de concessão está condicionado ao pagamento da indenização pelo novo concessionário ao anterior concessionário¹⁹⁷.

Quanto à metodologia de cálculo das indenizações, a Lei nº 13.448/2017 atribuiu aos órgãos da entidade competente o dever de discipliná-la em ato normativo específico¹⁹⁸, em que deverão ser estabelecidos os critérios para bens reversíveis, bem como a forma de cálculo da indenização (base de cálculo, taxas de depreciação e amortização, índice de atualização etc.).

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.448/2017**: “Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...) § 3º O pagamento ao anterior contratado da indenização calculada com base no § 2º deste artigo será condição para o início do novo contrato de parceria.”

¹⁹⁸ Ibid. “Art. 17. O órgão ou a entidade competente promoverá o estudo técnico necessário de forma precisa, clara e suficiente para subsidiar a relicitação dos contratos de parceria, visando a assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional. (...) § 2º A metodologia para calcular as indenizações de que trata o inciso VII do § 1º deste artigo será disciplinada em ato normativo do órgão ou da entidade competente.”

O primeiro processo a tratar da relicitação no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁹⁹ refere-se à Rodovia BR-040/DF/GO/MG (Trecho Brasília - Juiz de Fora), administrada pela Concessionária BR-040 S.A (Via040)²⁰⁰.

Em referido processo, ao analisar a metodologia de cálculo dos valores de indenização referentes a bens reversíveis não depreciados ou amortizados devidos ao concessionário, o TCU, em sede cautelar (Acórdão 2.611/2020 - TCU-Plenário - Ministra Relatora Ana Arraes), decidiu pela necessidade de: (i) revisão da metodologia de cálculo para considerar como base de cálculo o ativo intangível registrado contabilmente, nos termos das normas contábeis aplicáveis à espécie (contidas no ICPC-01); e (ii) definição de um teto ao valor das indenizações a partir dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA), já que a concessão da Rodovia BR-040/DF/GO/MG não previu a entrega de Plano de Negócios.

Inconformada com a decisão, a ANTT recorreu, argumentando que (i) a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, constante da Resolução ANTT Nº 5.860/2019, contempla as normas contábeis aplicáveis à espécie; (ii) não se pode aplicar de maneira irrestrita o valor

¹⁹⁹ A concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN ingressou com pedido de relicitação pela Inframerica na ANAC em 05/03/2020, e a qualificação do empreendimento foi feita na 13ª reunião do Conselho do PPI, por meio da Resolução nº 122, de 10/06/2020, que deu origem ao Decreto nº 10.472, publicado em 25/08/2020. O processo de acompanhamento no TCU (TC 028.392/2020-9) foi instaurado em 17/08/2020, ou seja, posteriormente ao processo de relicitação da Rodovia BR-040/DF/GO/MG (Trecho Brasília - Juiz de Fora), administrada pela Concessionária BR-040 S.A (Via040).

Contudo, no âmbito do TCU, o processo de relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN (ASGA) teve o andamento mais célere, sendo oportuno registrar que o processo não ingressou, por ora, na discussão quanto aos bens reversíveis, tampouco a metodologia de cálculo da indenização, mas na ausência de quantificação dos valores a serem indenizados e do parecer dos auditores independentes no ato de publicação do edital de relicitação, que aumenta o risco percebido pelos potenciais licitantes a ponto de impactar negativamente os lances ofertados no leilão.

²⁰⁰ A Via040 protocolou, em 11/9/2017, pedido de adesão à relicitação, o qual foi indeferido, um ano depois, em razão da ausência de regulamentação da referida lei. Com o advento do Decreto nº 9.957/2019, o qual regulamentou a Lei nº 13.448/2017, a concessionária, em 20/8/2019, protocolou novo requerimento de qualificação do empreendimento. Conforme o Portal Gov.br, BR-040/GO/MG – Concessão (<https://portal.ppi.gov.br/br-040-df-go-mg-ratificacao-da-qualificacao-ad-referendum>), “O projeto foi qualificado na 12ª Reunião do Conselho do PPI por meio da Resolução nº 105, de 10/01/2020, convertida no Decreto nº 10.248, de 18/02/2020. (...) No dia 20/11/2020 foi assinado com a ANTT o Termo Aditivo de adesão ao processo de devolução da concessão, seguida de sua relicitação. A resolução CPPI nº 210/2021, de 16/12/2021, aprovou a prorrogação do prazo de relicitação por 18 meses.”

O TCU instaurou processo de acompanhamento do processo de relicitação da Rodovia BR-040/DF/GO/MG (TC.008.508/2020-8). Ao analisar a minuta do termo aditivo em questão, a unidade técnica identificou, dentre outros itens, indícios de irregularidade na metodologia de quantificação de bens reversíveis que seria incompatível com a matriz de riscos do contrato de concessão.

recuperável como métrica, visto que a norma contábil sequer a impõe, também por constituir confusão entre a metodologia de contabilização de ativos da concessão e a apuração da indenização devida ao concessionário pelos “investimentos realizados”; (iii) a impossibilidade jurídica – por ausência de amparo legal e contratual – de se pré-definir um valor teto pela indenização; e, por fim, (iv) o EVTEA tem por finalidade exclusiva orientar a precificação do empreendimento a ser licitado, e o seu caráter exclusivamente referencial do EVTEA, além do elevado nível de imprecisão das estimativas de investimento que o compõem, impossibilitam sua utilização como base para cálculo da indenização.

Até a conclusão deste estudo, o TCU ainda não havia analisado o mérito processual da representação (TC.008.508/2020-8) que tem por objeto a extinção amigável (relicitação) e a metodologia de cálculo de indenização dos bens reversíveis, muito embora, até este momento, também inexista, no âmbito do Governo Federal, a conclusão, exitosa ou não, de qualquer processo de relicitação.

No contexto da extinção amigável do contrato de concessão, o Poder Concedente ou regulador poderia propor um teto para a indenização, e a concessionária, a depender dos seus interesses, poderia até aceitá-la. Contudo, em nossa opinião, a imposição de um valor teto de indenização, além de encontrar impedimento contratual e legal, em razão das disposições que determinam o pagamento de indenização ao concessionário e vedam o enriquecimento sem causa, também encontra a vedação constitucional ao confisco.

5.4. Apuração do acervo de bens reversíveis e metodologia de cálculo de indenização. Valor contábil (Custo Histórico Corrigido – CHC) e Valor patrimonial (Valor Novo de Reposição – VNR)

A reversão do acervo de bens necessários à continuidade da prestação de serviços deverá ser feita com o advento do termo contratual, mediante “indenização das parcelas dos investimentos vinculados (...) ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (art. 36, Lei nº 8.987/1995).

Antecipando-se à extinção da concessão, o Poder Concedente ou regulador procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes que poderão ser devidos à concessionária a título de “indenização das

parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados” durante a vigência contratual (art. 35, Lei nº 8.987/1995). Isso porque o investimento realizado pela concessionária deve ser “remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” (inciso III, art. 2º, Lei nº 8.987/1995).

Ao tratar da reversão de bens ao Poder Concedente, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰¹ esquematiza:

a) Se esta finda a expiração normal do prazo previsto, o concedente deverá apenas implementar o valor do capital ainda não amortizado (se ocorrer tal hipótese), computando, inclusive, para efeito de abatimento no valor devido, a depreciação dos bens proveniente do desgaste ou da obsolescência deles.

b) Se esta finda antes do prazo previsto, cumpre considerar as seguintes hipóteses:

Encerrada a concessão sem culpa do concessionário (encampação ou resgate), o concedente deverá, além de pagar-lhe, na forma da hipótese “a”, o equipamento necessário ao serviço revertido ao patrimônio, compensar-lhe os lucros não auferidos, mantendo, destarte, íntegra a equação econômico-financeira.

Encerrada a concessão por culpa do concessionário (decadência ou caducidade) ou por decisão judicial que a reconheça, o concedente nada terá a compensar ao concessionário pela antecipação do término da concessão. Deverá apenas pagar-lhe o equipamento revertido, com dedução da parte já amortizada, da depreciação por desgaste ou obsolescência e dos prejuízos que haja sofrido em razão da necessidade de extinguir antecipadamente a concessão. Estes poderão já estar previstos em cláusula penal ou corresponder à indenização por danos efetivamente sofridos.

Em quaisquer dos cenários, após a identificação dos bens que deverão ser revertidos, há necessidade de verificação da existência de saldo não depreciado ou para fins de cálculo de eventual saldo indenizatório a ser pago ao concessionário. Nesse sentido, Fernando Vernalha Guimarães²⁰² ensina:

Auditorias e perícias serão necessárias para apurar o eventual montante de indenização a ser paga ao concessionário. Será relevante que o contrato de concessão disponha suficientemente sobre os critérios para os cálculos atinentes, o que importará eleger

²⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 727-728.

²⁰² VERNALHA GUIMARÃES, 2014, p. 348.

ou o custo histórico ou o custo de reprodução dos bens para fins de determinar a necessidade de indenização, assim como o montante.

Será adequado que os expedientes de verificação dos bens reversíveis, assim como a de sua situação contábil para os fins de definir montante de indenização, sejam realizados por um verificador ou perito independente. O contrato deverá dispor sobre o tema, definindo, por exemplo, os peritos ou a comissão de peritos que atuarão neste mister, a parte responsável pela sua contratação, assim como os procedimentos e critérios para a verificação.

Ao tratar da infraestrutura e do bem público (obra pública), Augusto Neves Dal Pozzo²⁰³ aproximou a ciência jurídica da ciência contábil e trouxe outro conceito de bens vinculados à prestação do serviço público, no qual bens públicos de uso especial, afetos à atividade de infraestrutura, estão alocados em uma subcategoria denominada ativo público, em razão dos benefícios que são auferidos devido à destinação do bem. Por isso, argumenta que é possível conceituar os ativos públicos como

(...) uma espécie de bem de uso especial, afetados à atividade de infraestrutura, de maneira que sua operação e manutenção ofereçam benefícios concretos à sociedade, qualificados pelo impulso do desenvolvimento econômico e social, bem como para garantia de materialização de direitos fundamentais do cidadão.

Costuma-se adotar dois métodos para a avaliação de bens, ao final da concessão, para fins de aferição do montante da indenização: o do valor contábil, também denominado de valor segundo o “Custo Histórico Corrigido” (CHC); e o do valor patrimonial, também denominado “Valor Novo de Reposição” (VNR) ou valor segundo custo de mercado ou, ainda, valor de mercado em uso. Estes métodos são definidos em lei, contrato ou norma regulamentadora, a depender do setor, conforme veremos neste estudo, mas é de suma importância que essa definição seja realizada antes do processo licitatório para que todos os licitantes possam considerá-la na formação da proposta.

Maria Elisabeth Moreira Carvalho Andrade e Eliseu Martins²⁰⁴ apresentam a seguinte definição e explicação sobre o Custo Histórico Corrigido (CHC):

²⁰³ DAL POZZO, Augusto Neves. **O Direito Administrativo da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 76-77.

²⁰⁴ CARVALHO ANDRADE, Maria Elisabeth Moreira; MARTINS, Eliseu. Desafios na política pública de mensuração dos ativos para a formação das tarifas no setor elétrico: alguém deve ser beneficiado e

É o valor pelo qual um bem, uma receita ou uma despesa é registrado pelo seu valor original atualizado por determinado índice de variação geral de preços, ou seja, fica possibilitada a manutenção do custo original em data posterior. Não se trata de custo corrente, sendo apenas o CH recalculado em função de variações do poder aquisitivo geral da moeda. Assim, não representa o novo valor de venda no mercado do ativo, mas sim o investimento feito no ativo atualizado monetariamente ou o valor de uma despesa ou de uma receita também atualizado pelos efeitos inflacionários. Seu objetivo é somente refletir os efeitos da inflação e não produzir valores de mercado.

Em outros termos, o Custo Histórico Corrigido (CHC) considera o valor do bem no momento de sua aquisição, isto é, aquele registrado na contabilidade e nas demonstrações financeiras do concessionário, tendo por objetivo aplicar os efeitos da inflação sobre o valor investido no bem.

Conforme indicado por Maria Elisabeth Moreira Carvalho Andrade e Eliseu Martins²⁰⁵ – e mencionado por outros autores, como Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues²⁰⁶ e Rafael Vêras de Freitas²⁰⁷ –, a adoção do método de avaliação do bem pelo CHC traz como vantagens:

- (i) transparência, eficiência e melhor avaliação e verificação dos bens a partir dos relatórios contábeis, tornando-os facilmente auditáveis;
- (ii) proporciona melhor comparabilidade, pois permite colocar vários custos ocorridos em datas distintas em valores de capacidade aquisitiva de mesma data;
- (iii) é mais objetivo por se basear em valores que foram praticados;
- (iv) facilita a identificação por todos que compartilham as informações financeiras;
- (v) oferece importante apoio aos gestores sobre os movimentos financeiros;
- (vi) confere melhor previsibilidade ao valor que será devido à concessionária, na medida em que considera apenas a variação dos efeitos inflacionários em determinado período;

alguém deve ser sacrificado? **Revista Contabilidade & Finanças (RC&F)** da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 28, n. 75, p. 344-360, set./dez. 2017.

²⁰⁵ CARVALHO ANDRADE; MARTINS, 2017, p. 344-360.

²⁰⁶ CAMACHO, Fernando Tavares e RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação Econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? **Revista do BNDES** 41. Distrito Federal, junho 2014.

²⁰⁷ FREITAS, 2020, p. 149-176.

- (vii) preserva o valor do ativo;
- (viii) recupera o investimento e a taxa anteriormente acordada;
- (ix) permite a aplicação do conceito de lucro à base da manutenção do capital monetário;
- (x) consistente com o conceito de justo valor; e
- (xi) atribui ao Poder Concedente apenas a preocupação com a recuperação imediata do investimento.

Por outro lado, como apontado por Carvalho Andrade e Martins²⁰⁸ – e mencionado por outros autores, como Camacho e Rodrigues²⁰⁹, e Freitas²¹⁰ –, não podemos deixar de apontar que também existem desvantagens na adoção do método de avaliação do bem pelo Custo Histórico Corrigido (CHC):

- (i) dificuldade em sua aplicação, no caso de grandes variações de preços de mercado;
- (ii) complicação em relação à atribuição de valor individualizado dos ativos que funcionam em conjunto com outros ativos;
- (iii) não identificação de mudanças nos custos e preços que afetam os demonstrativos contábeis;
- (iv) cálculos dos custos de depreciação sobre os valores que não consideram a variação da moeda;
- (v) não consideração das inovações de mercados e avanços tecnológicos, de modo que o valor apurado por essa metodologia tende a ser superestimado quando há avanço tecnológico significativo, deixando de beneficiar o consumidor;
- (vi) se a Taxa Interna de Retorno (TIR) do projeto for maior do que o custo de capital real, o concessionário tenderá a investir em bens reversíveis de valores expressivos, objetivando que esse valor investido não só seja remunerado pela TIR²¹¹ – que lhe é mais vantajosa e lhe permitirá aumentar o seu lucro –, como também que a amortização não seja

²⁰⁸ CARVALHO ANDRADE; MARTINS, 2017, p. 344-360.

²⁰⁹ CAMACHO; RODRIGUES, 2014.

²¹⁰ FREITAS, 2020, p. 149-176.

²¹¹ CAMACHO; RODRIGUES, 2014: “Quando a taxa de retorno estabelecida pelo regulador é maior do que o custo de capital real, a firma tem incentivos em aumentar seu lucro por meio do aumento da base de ativos. (...) Esse é o chamado efeito Averch-Johnson.”

realizada no prazo da concessão – que lhe permitirá uma melhor indenização²¹² –, sendo este o chamado efeito Averch-Johnson; e

- (vii) o valor apurado por essa metodologia tende a ser subestimado se necessário maior investimento para repor o anterior (por conta de problemas ambientais, por exemplo), deixando de beneficiar o investidor.

Rafael Vêras Freitas²¹³ resume o critério contábil da seguinte forma:

(...) tal metodologia considera o equivalente ao valor do ativo intangível não depreciado da companhia, mas sujeito a um conjunto de deduções como: definição de bens reversíveis e não reversíveis, investimentos não obrigatórios, juros de correção e atualização, juros capitalizados de empréstimos e financiamentos, transações com partes relacionadas, margem de construção, obras em andamento, reequilíbrio econômico e financeiro, despesas pré-operacionais e BDI.

Adotam a metodologia de avaliação do bem pelo Custo Histórico Corrigido (CHC): a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) - tanto para o setor rodoviário²¹⁴ como para o setor ferroviário²¹⁵ -; a Agência Nacional de Transporte

²¹² FREITAS, Rafael Vêras de. A reversão nos contratos de concessão e seu regime jurídico-econômico. **Revista de Direito Público da Economia** – RDPE, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 149-176, abr./jun. 2020. Freitas registra que: “(...) a desvantagem dessa metodologia é que ela poderá gerar incentivos para produção de uma a (sic.) espécie de efeito *Averch-Johnson* para o concessionário. É que à medida que a indenização será apurada pelos dados contábeis do particular, em razão da existência de uma assimetria de informações entre as partes, o concessionário terá o incentivo para investir em bens cujo valor não será amortizado no prazo da concessão”.

²¹³ *Ibid*, 2020, p. 163.

²¹⁴ **Resolução ANTT Nº 5.860/2019**. “Art. 4º Os valores da indenização dos bens reversíveis serão calculados pelo custo histórico, considerando a base de ativos contábeis e seus ajustes constante da Seção II deste Capítulo.”

²¹⁵ Contrato de Subconcessão. **Edital de Concorrência Internacional nº 02/2018**. Porto Nacional/TO – Estrela d’Oeste/SP. “Cláusula 36.4. O cálculo do valor da indenização dos bens não amortizados será feito com base no valor contábil constante nas demonstrações contábeis da Subconcessionária, apurado segundo a legislação e regulamentação aplicáveis e as regras contábeis pertinentes, desconsiderados os efeitos de eventual reavaliação de ativos, salvo quando essa estiver sido feita com autorização expressa e sem ressalvas nesse sendo da ANTT.”

Aquaviário (ANTAQ)²¹⁶; a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)²¹⁷; e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)²¹⁸.

Já o método de avaliação do bem pelo Valor Novo de Reposição (VNR) considera o preço de reposição de cada bem novo, idêntico ou similar ao que está em apreciação, tendo por objetivo precificar os bens reversíveis conforme os parâmetros e valores atuais praticados no mercado, preocupando-se com a rentabilidade do projeto, como registram Maria Elisabeth Moreira Carvalho Andrade e Eliseu Martins²¹⁹.

Rafael Véras de Freitas (2020, p.163-164) pontua que, ao adotar o VNR, “o Poder Concedente deverá se valer do valor de reposição do ativo, por meio do qual é aferido não só o investimento para a sua disponibilização, mas também os reinvestimentos para o atendimento de obrigações regulatórias”.

A vantagem do método de avaliação do bem pelo VNR é que o valor do bem estará sempre próximo ao valor econômico de mercado, pois representará o novo valor de venda do bem. Entretanto, para que essa vantagem seja genuinamente realista, o bem reversível deveria dispor de liquidez suficiente no mercado, a possibilitar sua utilização para fins diversos daqueles previstos no âmbito do contrato de concessão, ao ponto de que, a qualquer momento, fosse possível ao concessionário liquidá-lo no mercado mediante livre negociação.

Não é, entretanto, o que se verifica em grande parte dos bens reversíveis, que substancialmente são ativos que possuem valor apenas por sua afetação à

²¹⁶ **Resolução ANTAQ Nº 5010/2016** – “Art. 29. §4º Os investimentos ainda não completamente amortizados, vinculados a bens reversíveis em áreas e instalações arrendadas, serão indenizados pelo Poder Concedente, em montante a ser determinado pela ANTAQ a partir de levantamento conjunto dos agentes envolvidos, o qual corresponderá exclusivamente a seu valor contábil residual. §5º É vedada indenização relativa a ativos intangíveis.”

²¹⁷ **Resolução ANAC nº 533/ 2019**. “Art. 4º A indenização será calculada com base nos valores do custo de aquisição dos bens reversíveis, líquidos de tributos recuperáveis e adquiridos ou formados em consonância com as obrigações assumidas pela Concessionária.”

²¹⁸ A ANATEL adota a metodologia de custo histórico desde 2006, conforme Regulamento de Controle de Bens Reversíveis - Resolução ANATEL nº 447/ 2006. “Art 8. O controle de Bens de Massa deve ser feito por tipo de bem, com indicação da correspondente quantidade, custo histórico atualizado e depreciado.”

Com a revogação da Resolução ANATEL nº 447/2006 pela Resolução ANATEL nº 744/2021 – que trouxe o Regulamento de Continuidade da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC) em Regime Público –, a ANATEL continuou a adotar a metodologia de custo histórico, mas criou uma espécie de flexibilização para a definição do valor da indenização que, a nosso ver, poderá gerar muita insegurança. – “Art. 16. Ao final da concessão, somente caberá indenização em favor da Prestadora caso existam Bens Reversíveis ainda não integralmente amortizados, cuja aquisição tenha sido previamente autorizada pela Anatel, com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade da prestação do STFC em regime público. (...) § 7º O valor contábil e o custo de aquisição informados pela Prestadora não vinculam o montante eventualmente devido a título de indenização.”

²¹⁹ CARVALHO ANDRADE; MARTINS, 2017, p. 344-360.

concessão, não lhe sendo permitida a sua desvinculação não devido à impossibilidade de deslocamento físico do bem, mas também em razão das restrições legais, regulatórias e contratuais que impossibilitam sua utilização para qualquer outro fim que não seja aquele para o qual foi implementado. Temos como exemplo as pistas de pouso e decolagem, os terminais de passageiros e os pátios de aeronaves construídas para atendimento ao contrato de concessão dos aeroportos, ou, ainda, uma obra de arte especial (pontes, viadutos e passarelas) construída para o atendimento ao contrato de concessão de rodovias.

Carvalho Andrade e Martins²²⁰ listam diversas desvantagens em relação ao critério de Valor Novo de Reposição (VNR) – tema este também mencionado por Camacho e Rodrigues²²¹ e por Freitas²²²:

- (i) maior grau de subjetividade;
- (ii) dificuldade de encontrar ativos iguais ou similares;
- (iii) menos transparente e de maior complexidade para fins de auditoria;
- (iv) depende de fatos que ainda acontecerão, trazendo insegurança em relação ao montante indenizatório, na medida em que os valores somente serão apurados e conhecidos após um longo período de tempo, podendo ser muito diverso daquele valor investido;
- (v) pode não recuperar o investimento inicial devido à variabilidade dos preços dos insumos, que são *commodities*;
- (vi) pode receber de volta todo o valor investido e ainda obter caixa adicional que não será chamado de lucro;
- (vii) faz com que os usuários atuais arquem com os custos de um bem que será adquirido futuramente e não pela prestação de serviços já realizada;
- (viii) pode ser prejudicial para o usuário, se o bem sofrer valorização durante a vigência contratual, de modo que a tarifa do serviço público será impactada; e
- (ix) pode de ser prejudicial para o investidor, se o bem sofrer desvalorização durante a vigência contratual, nas situações de obsolescência face ao avanço tecnológico.

²²⁰ CARVALHO ANDRADE; MARTINS, 2017, p. 344-360.

²²¹ CAMACHO; RODRIGUES, 2014.

²²² FREITAS, 2020, p. 149-176.

A metodologia de avaliação do bem reversível pelo VNR é adotada no setor elétrico pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) após a edição da Lei nº 12.783/2013²²³ (Conversão da Medida Provisória nº 579 2012, regulamentada pelo Decreto nº 7.805/ 2012²²⁴).

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Sergio Guerra²²⁵ observam que, antes do advento da lei, o cálculo da indenização de bens reversíveis no setor elétrico era realizado pelo custo histórico atualizado. Todavia, com a alteração da lei,

(...) tanto para os novos contratos decorrentes da relicitação quanto para os antigos objetos de renovação, o cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizaria como base a metodologia de Valor Novo de Reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento a ser expedido pelo poder concedente.

A ANEEL, por sua vez, publicou a Resolução Normativa ANEEL nº 596/2013, estabelecendo a metodologia de cálculo do montante da indenização pelas parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados. Considerando que nem todos os bens reversíveis são passíveis de liquidez e negociação no mercado, a ANEEL definiu que a metodologia para a aferição dos montantes consistirá no levantamento do valor do bem novo, idêntico ou similar ao avaliado, obtido a partir do banco de preços da concessionária, ou do banco de preços referenciais, quando homologado, ou do custo contábil atualizado.

²²³ BRASIL. **Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013**. “Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária (...). Art. 8º § 2º O cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente.”

²²⁴ BRASIL. **Decreto nº 7.805**, de 14 de setembro de 2012. Regulamenta a Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, sobre a modicidade tarifária, e dá outras providências. “Art. 9º A indenização do valor dos investimentos dos bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados será calculada com base no Valor Novo de Reposição - VNR, e considerará a depreciação e a amortização acumuladas a partir da data de entrada em operação da instalação, até 31 de dezembro de 2012, em conformidade com os critérios do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico - MCSE. Parágrafo único. O valor da indenização será atualizado até a data de seu efetivo pagamento à concessionária.”

²²⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro, GUERRA Sergio. Relicitação das concessões de geração de energia elétrica e a reversão de bens. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 9, n. 1 p. 371-388, 2019, p. 384.

A metodologia de avaliação do bem reversível pelo VNR foi avaliada pelo plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2736/2016, que tratou do monitoramento das determinações e da recomendação expedidas em decorrência de auditoria operacional acerca dos impactos da Medida Provisória 579/2012 (convertida na Lei nº 12.783/2013) na Conta de Desenvolvimento Energético, concluindo que as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, depreciados ou indenizados pelo Poder Concedente seriam cobertas pela tarifa ou pela receita a ser auferida pelos concessionários nas concessões renovadas, sendo utilizada a metodologia de cálculo do VNR.

Ao analisar os critérios de avaliação dos bens reversíveis, Marçal Justen Filho²²⁶ teceu duras críticas à aferição da avaliação do bem pelo valor de custo de mercado que daria margem para grandes prejuízos ou lucros excessivos para uma das partes em detrimento da outra, na medida em que, no curso do tempo, o bem pode produzir elevação ou redução do seu valor, sendo certo que o concessionário não adquire bens para fins especulativos, mas para fins de interesse público, além do fato de dificultar a definição do valor da tarifa, já que o valor do bem somente seria aferido ao final da concessão, diante de circunstâncias imponderáveis, e, por fim, diante da incerteza do montante indenizatório, levando o concessionário a realizar investimentos de menor monta, ainda que indispensáveis à prestação do serviço.

Após analisarmos as duas metodologias para avaliação dos bens reversíveis que permitem a aferição do montante da indenização ao final de uma concessão, constatamos que, no plano abstrato, a utilização do valor contábil ou Custo Histórico

²²⁶ JUSTEN FILHO, 2003, p. 571: “Remeter a avaliação ao critério do valor de mercado daria margem a prejuízo para ambas as partes. A evolução do mercado, no curso do tempo, pode produzir elevação ou redução do valor dos bens. Logo, haveria possibilidade de o concessionário obter grandes lucros ou sofrer grandes prejuízos, por ocasião da avaliação dos bens. Ora, o concessionário não adquire bens para fins especulativos, mas para atender ao interesse público.

Depois, a concessão funda-se em determinada equação econômico-financeira: assegura-se ao concessionário determinada margem de lucro, inalterável no curso da concessão. Ora, se a determinação do valor dos bens reversíveis devesse fazer-se a preços de mercado, no momento da extinção da concessão, surgiria circunstância imponderável. Seria impossível determinar, de antemão, a relação entre encargos e benefícios assegurados ao concessionário. Bem por isso, seria impossível estabelecer, com precisão, a tarifa adequada para remunerar o concessionário. Nem seria possível produzir a amortização dos bens no curso da concessão. Essa amortização pressupõe que os bens sejam considerados por seu valor histórico, pelo preço de aquisição atualizado.

A isso deve acrescentar-se que outra solução daria margem a hesitações do concessionário em realizar investimento de maior dimensão, indispensável à prestação do serviço, se fosse previsível a perda de valor do bem. Isso fica muito claro no mercado de informática. A redução de preços processa-se em velocidade equivalente à obsolescência dos equipamentos.”

Corrigido (CHC) mostra-se mais adequada do que a adoção do valor patrimonial ou Valor Novo de Reposição (VNR) face aos interesses dos usuários, dos concessionários e do próprio Poder Concedente, diante da previsibilidade, segurança e transparência durante a vigência contratual, até porque o concessionário não adquire bens para fins especulativos, mas para atender ao interesse público. Entretanto, no caso concreto, caberá ao Poder Concedente, no plano da organização e estruturação legal, definir qual será a metodologia mais adequada para o serviço público.

Cabe lembrar que, mesmo nas concessões em que a norma regulamentadora ou os contratos de concessão fixam a adoção do CHC para fins de avaliação dos bens reversíveis e aferição do montante da indenização ao final de uma concessão, ainda assim haverá a necessidade de analisar o Plano de Exploração e o Plano de Negócios (que normalmente são anexos do contrato de concessão), visto que estes instrumentos podem trazer parâmetros de vida útil para os bens reversíveis, muito próximos de bens novos²²⁷.

Citamos como exemplo o Edital nº 0291/93-00 da Primeira Etapa do Programa de Concessões Federais, que tratou da concessão da Rodovia BR-116/RJ/SP (Rod. Presidente Dutra), cujo termo de referência para elaboração da proposta da tarifa de pedágio estabeleceu que, ao final da concessão, os equipamentos, dentre eles os veículos operacionais, deveriam ter vida útil remanescente igual ou superior a 80%; portanto, deveriam ser praticamente novos.

Com o encerramento da concessão da Rodovia BR-116/RJ/SP (Rod. Presidente Dutra), em esclarecimento ao novo Edital de Licitação nº 003/2021, a ANTT estabeleceu que os bens móveis da concessão anterior – dentre eles, os veículos operacionais praticamente novos – deverão integrar por 12 (doze) meses a nova concessão para que haja tempo hábil para a aquisição de bens novos; e, passados tal lapso temporal, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte

²²⁷ BRASIL. **Edital nº 0291/93-00**. Termo de Referência para Elaboração da Proposta da Tarifa de Pedágio. No tópico 3.3 – Premissas Básicas da Proposta Técnica, subtópico 3.3.3.1. – Vida útil e Valor Residual dos Equipamentos, constam as seguintes disposições:

“3.3.3.1. Vida Útil e Valor Residual dos Equipamentos.

Neste item, a licitante deverá preencher o Quadro 7, com as seguintes informações:

- Indicar o prazo de vida útil considerado pela licitante para cada equipamento/mobiliário/sistema deste quadro, respeitando como prazo limite o indicado no mesmo e a necessidade de, ao final da Concessão, o mesmo ser repassado ao DNER, em estado de novo (vida restante $\geq 0,80$ da vida útil considerada).”

(DNIT) deverá indicar quais bens considera servíveis e tem interesse em recebê-los por transferência, sendo que aqueles bens considerados inservíveis deverão ter sua destinação definida pela ANTT²²⁸.

Já na Primeira Etapa do Programa de Desestatização e Parcerias do Estado de São Paulo, o Edital de Licitação nº 018/CIC/97 do Lote 10 não foi explícito quanto à determinação de vida útil remanescente para os bens móveis ao final da concessão, apenas fazendo remissão à adoção da legislação vigente. Ao realizar o novo certame, incluindo parte do trecho anteriormente concedido, em esclarecimento ao Edital de Licitação nº 05/2016, a ARTESP concluiu que apenas os equipamentos e sistemas de controle seriam transferidos à nova concessionária, e que os veículos administrativos (não necessariamente voltados à continuidade da prestação de serviço público) e os veículos operacionais (voltados à continuidade da prestação de serviço público) não

²²⁸ BRASIL. **Ata de Respostas aos pedidos de Esclarecimentos ao Edital nº 003/2021** - BR-116/RJ/SP e BR-101/RJ/SP:

“83. ESTUDO DE VIABILIDADE – BENS MÓVEIS

Como o PER não cita referências aos bens reversíveis, solicitamos esclarecer:

1) Os bens revertidos terão parâmetros de desempenho iguais aos equipamentos novos? 2) Os equipamentos atuais, em caso de estarem em condição comprovadamente precária e não atenderem aos parâmetros de desempenho, ensejarão reequilíbrio em caso de troca? 3) Os quantitativos dos equipamentos transferidos estão inclusos nos quantitativos totais do PER? (Quando o tipo de equipamento existir no PER) 4) Entendemos que, no caso de os equipamentos estarem contidos nas quantidades totais, as eventuais melhorias e/ou adequações deverão ocorrer no mesmo prazo da implantação; está correto? Como serão transferidos e validados as quantidades, modelos e estado de conservação dos componentes? Isso antes e depois da assunção da nova concessão? Quem será o responsável por tais relatórios?

Resposta: Como regra geral, na data de assunção do sistema rodoviário, o termo de arrolamento e transferência de bens inicial a ser celebrado entre a atual e a futura concessionária, com interveniência da ANTT e do DNIT, indicará todo conjunto de bens móveis e imóveis revertidos ao Poder Concedente pela antiga concessionária e imediatamente recebidos pela nova concessionária. Os bens imóveis deverão integrar a concessão de forma definitiva enquanto os bens móveis não integrarão a nova concessão. Os bens móveis arrolados deverão ser mantidos temporariamente e poderão ser utilizados pela nova concessionária na prestação dos serviços da concessão, com vistas à preservação da continuidade do serviço público. Até a data da revisão do termo de arrolamento e transferência de bens definitivo, em até 12 meses da celebração do contrato de concessão, a concessionária deverá prover novos bens móveis necessários ao atendimento das obrigações do contrato de concessão, seja pela sua aquisição ou qualquer outra forma de contratação de sua disponibilidade, a exemplo da locação. O conjunto total de bens móveis inicialmente arrolados deverá, até a revisão do termo de arrolamento e transferência de bens, ser reapresentado ao DNIT, que indicará quais bens considera servíveis e que, portanto, serão assumidos pelo Poder Concedente, neste ato representado pelo DNIT (art. 2º, Decreto nº 8.376, de 15 de dezembro de 2014). Em relação aos bens que eventualmente vierem a ser considerados inservíveis pelo DNIT, a concessionária se obriga, sem fazer jus a reequilíbrio, a dar a eles o destino que aquela autarquia estabelecer. A concessionária não poderá fazer uso destes bens após a lavratura do termo de arrolamento e transferência de bens definitivo. A ANTT fiscalizará de forma amostral o conjunto de bens reapresentados ao DNIT e poderá solicitar comprovação da destinação daqueles por ele não assumidos.”

seriam transferidos à nova concessionária, mas ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem de São Paulo (DER/SP)²²⁹.

Notem que, a despeito de grande parte da doutrina afirmar que o objetivo dos bens reversíveis é garantir e preservar a continuidade dos serviços públicos (em tópico acima, demonstramos que seu objetivo também é garantir o retorno do investimento realizado pelo concessionário) nas concessões federais, a ANTT, na nova concessão da BR-116/RJ/SP e BR-101/RJ/SP, concluiu que tais bens deverão garantir a continuidade por um período de apenas 12 (doze) meses, devendo os licitantes considerarem, na elaboração de sua proposta de tarifa, os custos de aquisição de novos bens móveis. Além disso, vale mencionar que, em São Paulo, a ARTESP concluiu, no caso do Edital de Licitação nº 05/2016, que os veículos (administrativos ou operacionais), bens reversíveis, não deverão garantir a continuidade naquele trecho rodoviário.

No que diz respeito ao plano de negócios, as agências reguladoras têm utilizado esse instrumento como ferramenta para identificação dos quantitativos, qualidade e vida útil dos bens a serem revertidos ao final da concessão.

Contudo, a partir de 2011, com a 2ª Etapa das Concessões de Aeroportos Federais (Brasília – Campinas e Guarulhos)²³⁰ e a 3ª Etapa – Fase III do Programa de Concessão de Rodovias Federais²³¹ (BR-163/MS), o plano de negócios deixou de ser

²²⁹ ESTADO DE SÃO PAULO. **Edital de Concorrência Internacional nº 05/2016**. Contrato de Concessão ARTESP nº 0359/ARTES/2017 - Lote Rodovias dos Calçados - ARTESP e a Viapaulista. Ata de Esclarecimentos ao Edital de Concorrência Pública nº 05/2016:

“33º Questionamento: O documento que integra o Anexo 07 menciona como deverão ser devolvidos os veículos, equipamentos e sistemas operacionais ao término da concessão; entretanto, é omissivo quanto às condições de devolução dos veículos, equipamentos e sistemas operacionais do Sistema Remanescente, por ocasião do Termo de Transferência do Sistema Remanescente. O documento “Anexo 10 do Contrato de Concessão 009/CR/1998” também não esclarece as condições de devolução pela Concessionária AUTOVIAS. Assim, com vistas à isonomia das propostas, solicita-se que sejam disponibilizados a todos os licitantes nesta fase da licitação os quantitativos atuais, bem como a estimativa de vida útil remanescente de tais veículos, equipamentos e sistemas operacionais da Concessionária AUTOVIAS, de forma individualizada.” Ref.: Contrato. Anexo 07.

“RESPOSTA DA COMISSÃO: Os quantitativos de Equipamentos e Sistemas de Controle serão transferidos para a Concessionária conforme disposto no Anexo X do Edital de Licitação DER nº 018/CIC/97 e Contrato 009/CR/1998. Já veículos administrativos e operacionais deverão ser adquiridos na forma prevista no Anexo V do Contrato.”

²³⁰ BRASIL. **Edital ANAC nº 2/2011** - Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos Internacionais Brasília – Campinas – Guarulhos: “4.31. Não poderá ser incluído na proposta econômica da Proponente o plano de negócio apresentado à instituição financeira, sob pena de desclassificação da Proponente e aplicação de multa equivalente ao valor da Garantia de Proposta, com sua consequente execução.”

²³¹ BRASIL. **Edital ANTT nº 005/2013**. Concessão para exploração da Rodovia BR-163/MS. Contrato de Concessão de Serviço Público precedido de obra pública – Celebrado entre a União, por intermédio Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária de Rodovia Sul-

um instrumento exigido no processo licitatório, e, mais do que isso, a sua inclusão em quaisquer dos envelopes enseja a desclassificação da proponente e aplicação de multa equivalente ao valor da garantia da proposta²³². Esse modelo de processo licitatório para concessões de serviços públicos de rodovias, sem a apresentação de um plano de negócios, também passou a ser utilizado pelo Estado de São Paulo²³³.

O plano de negócios é considerado como um dos principais instrumentos para aferição da viabilidade econômico-financeira do empreendimento (para aferição da exequibilidade da proposta), e como ferramenta para o reequilíbrio econômico-financeiro para os investimentos originalmente previstos no contrato.

Contudo, para além das duas finalidades apontadas, certo é que o plano de negócios, ao final da concessão, também tem sido utilizado como instrumento para averiguação do cumprimento das obrigações contratuais pelo concessionário, na identificação dos bens reversíveis e no cálculo dos montantes indenizatórios em processos de haveres e deveres de final de contrato.

A inexistência de um plano de negócios e o encerramento das concessões que não possuem tal instrumento serão agora enfrentados com o encerramento antecipado decorrente da extinção amigável (relicitação) de algumas das concessões da 2ª Etapa das Concessões de Aeroportos Federais e da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais.

Matogrossense S.A.: “9.6 Não poderá ser incluído na Proposta Econômica Escrita da Proponente, nem nos demais volumes mencionados no subitem 6.1, o plano de negócio apresentado à instituição financeira, sob pena de desclassificação da Proponente e aplicação de multa equivalente ao valor da Garantia da Proposta, com sua consequente execução.”

²³² Em substituição ao plano de negócios, as agências reguladoras passaram a exigir a apresentação de uma declaração assinada por instituição financeira afirmando que analisou o plano de negócios da proponente e concluindo que ele se mostrou exequível do ponto de vista econômico-financeiro, financiável, e que o valor ofertado em sua Proposta Econômica é adequado à conjuntura e compatível com a correta execução do Contrato de Concessão. Diante do desconforto das instituições financeiras de assinar esse tipo de declaração e dos riscos envolvidos - o que, por certo, acabava por tornar o processo licitatório mais dispendioso, com o pagamento da remuneração correspondente ao risco assumido pela instituição financeira -, o Governo Federal, no Edital de Licitação nº 003/2021 - BR-116/RJ/SP e BR-101/RJ/SP, deixou de exigir a declaração assinada por instituição financeira e passou a exigir a declaração do próprio proponente licitante. Em suma, é o proponente licitante que declara possuir capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações contratuais.

²³³ Neste estudo, não ingressaremos nas críticas que ensejaram a decisão governamental de excluir o plano de negócios dos documentos necessários ao processo licitatório para não desviarmos do tema central.

CONCLUSÃO

Constata-se não ser recomendável para a reversão de bens nas concessões de serviços públicos soluções vagas ou instáveis, sujeitas ao casuísmo e alvedrio subjetivo de cada julgador e que deve perscrutar, em nome da segurança jurídica, soluções precisas e estáveis, em consonância com todo o ordenamento jurídico.

O problema do instituto da reversão de bens nas concessões de serviços públicos não está no encerramento da concessão (caducidade, encampação, advento do termo contratual etc.), mas na sua concepção.

O instituto da reversão de bens precisa ser analisado a partir de uma abordagem mais ampla e realista. O exame baseado na etimologia da palavra, do princípio da continuidade dos serviços ou do regime de bens, não tem se mostrado suficiente diante das diversas questões que são enfrentadas por ocasião da extinção do contrato de concessão.

O respeito ao princípio da eficiência, alicerce das concessões de serviços públicos, tem que vir acompanhado de projetos estruturadores com definições claras e precisas a respeito das questões relacionadas à reversão de bens. Ademais, o atendimento ao princípio da modicidade tarifária somente restará observado quando os licitantes tiverem clareza quanto àquilo que está sendo precificado em sua proposta.

A observância do princípio da continuidade para enquadramento dos bens reversíveis deve vir acompanhada da identificação desses bens considerados imprescindíveis à continuidade do serviço, até porque, conforme vimos, a reversão não decorre da relevância do bem para a prestação de serviço público, mas de diversos outros fatores, como a fácil obsolescência e substituição da possibilidade de concorrência, das necessidades e características locais e, por certo, da oneração da tarifa aos usuários do serviço público, na medida em que tais bens deveriam ser depreciados e amortizados durante o prazo da concessão.

Como já abordado, compete ao Poder Público, no exercício das competências relacionadas às dimensões da criação e organização do serviço público, avaliar, sob a ótica dos princípios da continuidade, eficiência e modicidade tarifária, a necessidade de bens reversíveis para fins da prestação do serviço público adequado.

Haverá situações em que o Poder Público concluirá que a adequabilidade do serviço público estará garantida, mesmo sem a existência de bens reversíveis,

quando estiver diante de: (i) um curto prazo de vigência contratual; (ii) serviços públicos pouco rentáveis; (iii) risco de dano ao erário em virtude da obrigatoriedade do Poder Concedente ter de incorporar bens inservíveis e obsoletos devido aos avanços do desenvolvimento tecnológico; ou, ainda, (iv) possibilidade da exploração do serviço ser realizada em regime privado.

O Poder Público já constatou que, nos setores de energia elétrica, telecomunicações, transporte rodoviário de passageiros, portuário e ferroviário, há serviços públicos cuja continuidade independe da reversão de bens.

Destarte, concluindo que a inexistência de bens reversíveis na concessão do serviço público não prejudicará a prestação do serviço público adequado, ainda assim estará o Poder Concedente, por força das disposições contidas na Lei nº 8.987/1995, obrigado a dispor no edital e no contrato de concessão cláusulas que explicitem essa decisão.

Por outro lado, concluindo o Poder Público pela necessidade de bens reversíveis para a prestação do serviço público adequado, deverá o Poder Concedente, no edital e no contrato de concessão, dispor de cláusulas com: (i) indicação de quais seriam esses bens a partir de um inventário completo, tal como é exigido dos concessionários durante a execução contratual, com descrição completa dos bens, dimensões, localização, quantidade, estado de conservação, valor e critério de avaliação e valoração, entre outros; (ii) definição dos critérios e das fórmulas que deverão ser utilizados no cálculo de eventual indenização; e (iii) definição das condições de recebimento, atualidade devolução (respectiva vida útil), conforme disposições contidas na Lei 8.987/1995.

Do nosso ponto de vista, para evitar divergências e discussões a respeito do tema, antes da outorga dos serviços o edital deveria dispor de uma minuta de contrato de concessão com uma redação clara quanto à reversão de bens, com definição de quais são os bens reversíveis.

Temos que reconhecer que há determinados serviços públicos que imperiosamente demandam a existência de bens reversíveis, como em projetos de concessões *brownfield*, que contam com uma infraestrutura existente de titularidade do Poder Concedente que é transferida ao concessionário por ocasião da celebração do instrumento contratual (rodovias, aeroportos existentes etc.), ou ainda nas situações em que o Poder Concedente decreta de utilidade pública um determinado

bem para fins da implantação de infraestrutura (p. ex., para fins de desapropriação e ampliação da capacidade de uma rodovia).

A pretensão deste estudo não é o enquadramento dos bens reversíveis em um regime dos bens, se privado ou público, ou apresentar novas classificações, mas demonstrar que mais do que a questão conceitual, decidindo-se pela reversão de bens nas concessões de serviços públicos, deve o Poder Público definir, antes da celebração do instrumento de outorga, balizas claras e precisas por meio de edital, contrato, regulamento ou lei, de modo a permitir que os licitantes possam considerar em suas respectivas propostas de preço todos os ônus e bônus do projeto, bem como evitar numerosas, dispendiosas e intermináveis discussões para a Administração Pública.

Por fim, esperamos que este estudo tenha contribuído para um maior entendimento sobre a reversão de bens nas concessões de serviços públicos, especialmente no que tange à demonstração da necessidade de definições, critérios e qualificações iniciais claros para que as partes tenham a dimensão de suas obrigações do início do processo licitatório durante a execução contratual e, por fim, com a extinção contratual, de maneira que futuros trabalhos nesta área possam aplicar os resultados aqui apresentados para maior clareza e segurança jurídica, utilizando, assim, este estudo como um ponto de partida para a modelagem dos novos projetos de concessões e formação dos instrumentos contratuais e para investigações futuras.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Grupo GEN, 2013a. 978-85-309-4557-2. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4557-2/>. Acesso em: 26 fev. 2022.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2013b.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª edição. São Paulo: Jus Podivm Malheiros, 2021.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessões de Serviços Públicos**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 1995.

BRASIL. **Decreto nº 24 de 17 de setembro de 1835**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224219>>. Acesso em: 17 out. 2022.

_____. **Decreto No. 641, de 26 de junho de 1852**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL641-1852.htm>. Acesso em: 03 set. 2022.

_____. **Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 17 abr. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

_____. **Edital nº 0291/93-00**. Contrato PG-137-95 - ANTT - Contrato de Concessão de Serviço Público precedido de obra pública – Celebrado entre a União, por intermédio do Departamento Nacional de Transportes Terrestres (DNER), posteriormente sucedido pela Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT) e a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. (NovaDutra). Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/66a58711-94a8-0213-7021-bf0ef0a6d7b2>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2022.

_____. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2022.

_____. **Lei nº 9.074 de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2022.

_____. **Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 16 abr. 2022.

_____. **Contrato de Concessão nº 162/98 para Distribuição de Energia Elétrica**, celebrado entre a União e a Eletropaulo Metropolitana Eletricidade De São Paulo S.A., tendo por objeto a exploração dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/Contrato/Documentos_Aplicacao/162.pdf> Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 10 dez. 2022.

_____. **Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm>. Acesso em: 22 abr. 2022.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 22 abr. 2022.

_____. **Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 05 mar. 2022.

_____. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. **Resolução ANATEL Nº 447**, de 29 de setembro de 2006. Aprova o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis. Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2006/380-resolucao-447>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. **Contrato PBOA/SPB Nº 143/2011** - Anatel - Contrato De Concessão Do Serviço Telefônico Fixo Comutado Modalidade Longa Distância Nacional – LDN – Celebrado entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Brasil

Telecom S.A. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=262425&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=262425.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. **Edital ANAC nº 2/2011** - Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos Internacionais Brasília – Campinas – Guarulhos. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/guarulhos/audiencia-Guarulhos_SP_DF_SP>. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. **Decreto nº 7.805**, de 14 de setembro de 2012. Regulamenta a Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, sobre a modicidade tarifária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7805.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. **Edital ANTT nº 005/2013**. Concessão para exploração da rodovia BR-163/MS. Contrato de Concessão de Serviço Público precedido de obra pública – Celebrado entre a União, por intermédio Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT) e a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ms-via/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos>>. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. **Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12783.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. **Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. **Resolução ANTAQ Nº 5010**, de 29 de setembro de 2016. Aprovar a proposta de norma que estabelece os novos procedimentos e critérios para a reversibilidade de bens nos Portos Organizados, incluindo a incorporação e desincorporação de bens da União sob a guarda e responsabilidade das administrações portuárias e seus arrendatários. Disponível em: <<https://juris.antaq.gov.br/index.php/2016/10/11/5010-16/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. **Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm>. Acesso em: 22 abr. 2022.

_____. **Contrato de Subconcessão ANTT** - Edital de Concorrência Internacional nº 02/2018. Subconcessão para prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas associado à exploração de infraestrutura ferroviária, no trecho compreendido entre Porto Nacional/TO – Estrela d'Oeste/SP. Disponível em: <<https://antt-hml.antt.gov.br/documents/359178/1136795/Contrato+de+Subconcess%C3%A3o.pdf/e4739acb-5bf1-d892-8d4f-85e6c3bfccc6?t=1593389523810>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

_____. **Decreto nº 9.957**, de 06 de agosto de 2019. Regulamenta o procedimento para relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário de que trata a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9957.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. **Lei nº 13.879, de 03 de outubro de 2019**. Altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e a Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, e revoga dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13879.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. **Resolução ANAC Nº 533**, de 7 de novembro de 2019. Regulamenta os procedimentos e a metodologia de cálculo dos valores de indenização referentes aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados em caso de extinção antecipada do contrato de concessão por relicitação, caducidade ou falência. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2019/resolucao-no-533-07-11-2019f>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Resolução ANTT Nº 5.860**, de 3 de dezembro de 2019. Estabelece a metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5.860-de-3-de-dezembro-de-2019-231555799>>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. Advocacia Geral da União. **PARECER n. 00080/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. NUP: 50000.001466/2020-52. Disponível em: <<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00080376068129CS.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. **Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2021-Sul** - Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração Dos Aeroportos Integrantes Do Bloco Sul – Celebrado entre a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Concessionária do Bloco Sul S.A. Disponível em: <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/aeroportos-concedidos/bloco-sul/contrato-assinado/contrato-de-concessao-n-002-anac-2021-bloco-sul.pdf/view>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Contrato de Concessão referente ao Edital nº 003/2021 - ANTT -** Contrato de Concessão de Serviço Público precedido de obra pública – Celebrado entre a União, por intermédio Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT) e a Concessionária do Sistema Rodoviário Rio – São Paulo S.A. (RioSP). Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/3627142/Contrato___BR_116_101_RJ_SP_ASSINATURA_CF_CV_ESMC_versao_final.pdf/db933144-afe0-822b-6428-5402d8c960fe?t=1646742421837> e <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/0/Ata+de+Respostas+aos+Pedidos+de+Esclarecimentos_+Edital+n%C2%BA+03-2021.pdf/7800b26c-d97b-539d-4208-f0af7e307e8c?t=1646449900613> Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. **Resolução ANTT Nº 5.926**, de 2 de fevereiro de 2021. Estabelece diretrizes para encerramento, relicitação e extensão dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária sob competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-5.926-de-2-de-fevereiro-de-2021-302052283>>. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. **Lei nº 14.133 de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. **Resolução ANATEL Nº 744**, de 08 de abril de 2021. Aprova o Regulamento de Continuidade da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (STFC) em Regime Público. Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2021/1526-resolucao-744#art2>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. **Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021**. Estabelece a Lei das Ferrovias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14273.htm>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CAMACHO, Fernando Tavares e RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Regulação Econômica de infraestruturas**: como escolher o modelo mais adequado? Revista do BNDES 41. Distrito Federal, junho 2014. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2572/1/RB%2041%20Regulacao%20economica%20de%20infraestruturas_P.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

CARVALHO ANDRADE, Maria Elizabeth Moreira e MARTINS, Eliseu. Desafios na política pública de mensuração dos ativos para a formação das tarifas no setor elétrico: alguém deve ser beneficiado e alguém deve ser sacrificado? **Revista Contabilidade & Finanças (RC&F)** da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 28, n. 75, p. 344-360, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rcf/issue/view/10177>>. Acesso em: 14 out. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

DAL POZZO, Augusto Neves. **O Direito Administrativo da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. **Anulação do Contrato Administrativo**. Contratações Públicas. Estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. **Parcerias na Administração Pública – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986599/>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Contrato de Concessão nº 005/CR/98**, celebrado entre o Estado de São Paulo e a Concessionária do Sistema Anhanguera-Bandeirantes S.A., tendo por objeto a exploração do sistema rodoviário. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

_____. **Edital de Concorrência Internacional nº 05/2016**. Contrato de Concessão ARTESP nº 0359/ARTES/2017 para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público do Sistema Rodoviário denominado Lote Rodovias dos Calçados firmado entre o Estado de São Paulo, por Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP e a Viapaulista S.A. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>>. Acesso em: 13 out. 2022.

ESTADO DO PARANÁ. **Contrato de Concessão nº 075/97**. Contrato de Concessão de Obra Pública celebrado entre o Estado Do Paraná, por intermédio do Departamento de Estradas de Rodagem - DER, a União, como interveniente, através do Ministério dos Transportes, o Departamento Nacional de Estradas e Rodagem e a Rodonorte – Concessionária de Rodovias Integradas S.A. Disponível em: <https://www.der.pr.gov.br/sites/der/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/contratolote05.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. **Portaria DER N° 108 - 29 de abril de 2021**. Estabelecer as diretrizes para o encerramento dos contratos de concessão pertencentes ao Programa de Concessão Rodoviária no Estado do Paraná. Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=247694&indice=5&totalRegistros=341&anoSpan=2022&anoSelecionado=2021&mesSelecionado=0&isPaginado=true>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

FREIRE, André Luiz. **O Regime de Direito Público na Prestação de Serviços Públicos por Pessoas Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Rafael Vêras de. A reversão nos contratos de concessão e seu regime jurídico-econômico. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 149-176, abr./jun. 2020.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book. 9788502149236. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502149236/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

GUERRA, Sérgio. A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out/dez. 2004.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu. **Contabilidade Introdutória**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Bens Públicos: função social e exploração econômica**. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 43ª Edição. Malheiros. São Paulo, 2017.

MOREIRA, Bockmann Egon. **Direito das Concessões de Serviços Públicos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio De Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001**. Dispõe sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, autoriza o Poder Público a delegar a sua execução, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-13241-de-12-de-dezembro-de-2001>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

_____. **Decreto nº 58.200**, de 19 de abril de 2018. Confere nova regulamentação à Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001, que dispõe sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo e autoriza o Poder Público a delegar a sua execução; altera o “caput” do artigo 2º do Decreto nº 57.320, de 16 de setembro de 2016, e revoga o Decreto nº 56.232, de 2 de julho de 2015. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-58200-de-19-de-abril-de-2018#historico>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

OBARA SOARES DA SILVA, Alessandra; VOLPATO BEDONE, Igor; MARTINS PELEGRINI, Guilherme; TELES SANCHES, Vinícius; CAMPOS ESCUDERO PAIVA, Yara de. Término da parceria público privada: hipóteses de extinção contratual e pontos polêmicos. Parcerias Público-Privadas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 77-78, jan./dez. 2013.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; ADAMI, Mateus Piva; DE CARVALHO, Felipe Moreira. **Reversibilidade de Bens em Concessões de Telecomunicações**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16520/20160425%20-%20Artigo%20Reversibilidade.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 out. 2022.

PORTAL GOV.BR. *Obter outorga para exercer serviços de radiodifusão comercial*. 18 out. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-outorga-para-exercer-servicos-de-radiodifusao-comercial>>. Acesso em: 28 out. 2022.

REIS, Márcio Monteiro. De onde vêm, o que são, para onde vão e quanto custam os bens reversíveis? **Regulação e Infraestrutura**. Belo Horizonte. Fórum, p. 475-520, 2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Receitas Acessórias Decorrentes de Novos Projetos Imobiliários em Concessões e PPPs. Parcerias Público-Privadas. Reflexões Sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 371-388.

RIBEIRO, Maurício Portugal; NAVARRO PRADO, Lucas. **Comentários à Lei de PPP Parceria Público Privada, fundamentos econômicos-jurídicos**. 1ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; GUERRA Sergio. Relicitação das concessões de geração de energia elétrica e a reversão de bens. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 9, n. 1 p.371-388, 2019.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Subvenções, transferências e aportes de recursos nas parcerias público-privadas. Parcerias Público-Privadas. Reflexões Sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 2, mai./ago. 2016, p. 149-174 - DOI 10.5380/rfdufr.v61i2.45093.

SUNDFELD, Carlos Ari. Os Contratos de Concessão e sua anulação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador. Nº 7 – julho/agosto/setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=125>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O direito à fruição in natura da concessão pública e a sua expropriação indireta abusiva**. O Direito Administrativo na Atualidade. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **PPP – Parceria Público Privada**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Concessão de Serviço Público**. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2014.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. A reversibilidade de bens nos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) - Telefônica Do Brasil S.A.

Revista de Direito das Comunicações. São Paulo: vol. 8/2014, p. 169 – 253, jul-dez.
2014 DTR\2015\7977.