

Revista de  
**DIREITO PÚBLICO  
DA ECONOMIA**

# RDPE

**DOCTRINA**

**Diretores**

Vital Moreira

Egon Bockmann Moreira

**FORUM**

---

Esse material é protegido por direitos autorais sendo vedada a reprodução não autorizada, gratuita ou onerosamente, sob pena de ressarcimento, em caso de infração desses direitos.

É permitido citar os excertos em petições, pareceres e demais trabalhos, desde que seja informada a fonte, garantidos os créditos do autor do artigo, do órgão emanador da decisão ou informação e da publicação específica, conforme a licença legal prevista no artigo 46, III da Lei nº 9.610/1998.

ano 18 – n. 70 | abril/junho – 2020  
Belo Horizonte | p. 1-258 | ISSN 1678-7102  
R. de Dir. Público da Economia – RDPE

# Revista de Direito PÚBLICO DA ECONOMIA

# RDPE

**FORUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

# REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA – RDPE

Publicação oficial de

**NUPEDE**  
NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO ECONÔMICO  
PPGD / UFPR

## Diretores

Vital Moreira

Egon Bockmann Moreira

## Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)	Manuel Porto (Coimbra)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)	Marçal Justen Filho (Curitiba)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)	Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)	Maria Sylvania Zanella Di Pietro (São Paulo)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)	Miguel Poiares Maduro (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)	Monica Spezia Justen (Curitiba)
Fábio Nusdeo (São Paulo)	Paula A. Forgioni (São Paulo)
Florian Peixoto de Azevedo Marques Neto (São Paulo)	Paulo Otero (Lisboa)
Leila Cuéllar (Curitiba)	Pedro Gonçalves (Coimbra)
Luís Domingos Silva Morais (Lisboa)	Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)	Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
Manuel Afonso Vaz (Porto)	Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

## Antigos Conselheiros

Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)	Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Rio de Janeiro)
Antônio Sousa Franco (Lisboa)	Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)	Marcos Juruena Villela Souto (Rio de Janeiro)

© 2020 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

**FÓRUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

R454 Revista de Direito Público da Economia : RDPE.  
– ano 1, n. 1, (jan./mar. 2003)-. – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1678-7102  
1. Direito público. 2. Direito econômico.  
I. Fórum.

CDD: 341  
CDU: 342

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos)

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos

# A reversão nos contratos de concessão e seu regime jurídico-econômico

**Rafael Vêras de Freitas**

Professor do LL.M. em Infraestrutura e Regulação da FGV Direito Rio. Coordenador dos Módulos de Concessões e de Infraestrutura da Pós-Graduação *Lato Sensu* da FGV Direito Rio. Doutorando e mestre em Direito da Regulação pela FGV. Advogado.

---

**Resumo:** O objetivo do presente ensaio é o de investigar o regime jurídico-econômico da reversão de bens no direito brasileiro. Cuida-se de objeto de pesquisa que se justifica, considerando que o tema voltou a ganhar destaque, no Direito da Infraestrutura Brasileiro, com a edição da Lei nº 13.448/2017, que estabelece o regime da relicitação dos contratos de concessão de rodovia, ferrovia e aeroportos federais. Para tanto, pretende-se analisar as metodologias servientes a indenizar os concessionários pelos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados, bem como a vinculação do regime da reversão ao equilíbrio econômico-financeiro dos pactos concessórios.

**Palavras-chave:** Contratos de concessão. Bens reversíveis. Metodologia indenizatória.

**Sumário:** Introdução – **1** O regime funcional de afetação dos bens reversíveis – **2** A reversão e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão (verificador independente e conta de reserva de outorga) – **3** As metodologias indenizatórias pelos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados (o contábil e a valor novo de reposição – VNR) – **4** As metodologias indenizatórias pelos investimentos realizados em bens reversíveis no setor de rodovias – Conclusões – Bibliografia.

---

## Introdução

O tema da reversibilidade dos bens nas concessões é uma decorrência do regime jurídico especial ao qual tais contratos se sujeitam. É que, se, de um lado, o ordenamento jurídico (por intermédio da Constituição ou de lei) autoriza que determinadas atividades, em razão de sua essencialidade, sejam retiradas da liberdade iniciativa, de outro, tal prerrogativa impõe um plexo de deveres ao Poder Público (ou a quem lhe faça as vezes). É, nesse quadrante, que se insere a máxima da continuidade dos serviços públicos, na qualidade de um dos principais característicos do dever de prestar um serviço adequado (orientado por metas e fins preestabelecidos) aos usuários.

É, nesse passo, que se insere o instituto da reversão, assim considerado como a afetação contratual do patrimônio necessário a interditar soluções de continuidade na prestação de serviços públicos. Isto porque a extinção do contrato

(seja pelo advento de seu termo, seja de forma antecipada) não poderá importar na interrupção dos serviços prestados aos usuários. Disso decorre que, extinta a concessão, independentemente da propriedade do seu acervo, a sua posse terá de retornar para o Poder Público. Não se trata – vale o registro – de uma penalidade aplicada ao Concessionário, mas de um consectário jurídico e econômico do regime concessório.

O tema votou à agenda do Direito da Infraestrutura, nos últimos anos, em razão da necessidade de se renegociar, com lastro na Lei nº13.448/2017, contratos de concessão em vigor, que se tornaram inexecutíveis, seja pela previsão de obrigações de investimentos desnecessárias (como as previstas nos Contratos de Concessão de Rodovia, celebrados na 3ª Fase do Programa de Rodovias Federais – PROCROFE), seja pelo valor de outorga que não pôde ser honrado pelos concessionários, em razão da não efetivação da demanda projetada no EVTEA (como se deu nas concessões aeroportuárias, celebradas nos idos de 2014). Seguiu daí a necessidade de se levar a efeito, nos termos do art. 17, §1º, VII, da Lei nº 13.448/2017, o “levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados”. O que importou, por conseguinte, na edição da Resolução ANTT nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019, a qual será objeto de análise no presente ensaio.

O tema ganhou especial destaque, na medida em que, a despeito de tal metodologia indenizatória ter de constar do instrumento contratual (consoante dispõe o art. 23, XI, da Lei nº 8.987/1995), os contratos de concessão não vêm disciplinando a matéria (a exemplo do que se passou com os contratos de concessão de rodovia das 1ª, 2ª e 3ª Rodadas do Programa de Concessões Rodoviárias Federais – PROCROFE), o que cria um ambiente de insegurança jurídica para os financiadores do projeto. É que, consoante se depreende das melhores práticas internacionais em projetos de infraestrutura, os investidores procuram financiar projetos sem fornecer garantias pessoais (a exemplo de fianças corporativas), mas, apenas, se valendo de garantias reais derivadas dos direitos emergentes dos contratos de concessão (na modalidade *project finance*). Assim é que, como os financiadores assumem o risco do projeto por uma extinção antecipada, predica-se de um regramento claro a propósito dessa matéria.

Nada obstante, o tema ainda se encontra imerso em controvérsias, seja no que toca à identificação dos bens que reverterão ao patrimônio público, seja no que toca à adequada metodologia indenizatória pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados. Eis o objeto do presente ensaio. Fazer uma incursão sobre o regime jurídico-econômico desses bens, de modo a desmistificar, em primeiro lugar, o entendimento de acordo com o qual existiria um regime jurídico

único de reversão, bem como apontar que tal instituto está relacionado não com a propriedade dominial do patrimônio utilizado na prestação dos serviços, mas, diretamente, com a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro (sem a qual se coloca em risco a continuidade dos serviços públicos).

Para tanto, preliminarmente, investigarei a natureza jurídica do regime jurídico de afetação de bens em um módulo concessório. Posteriormente, o ensaio perpassará pelo estabelecimento de uma relação necessária do instituto da reversão com o equilíbrio econômico dos contratos de concessão. Ao depois, abordar-se-ão os métodos usualmente utilizados para quantificar o valor da indenização pelos investimentos não amortizados e depreciados em bens reversíveis (o Contábil e a Valor Novo de Reposição – VNR). Por fim, farei comentários a propósito da Resolução nº 5.860/2019, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que versa sobre a metodologia de indenização pelos bens reversíveis não amortizados nas concessões de rodovias.

## 1 O regime funcional de afetação dos bens reversíveis

A delegação da prestação de um serviço público a um particular não faz com que o poder público se demita de um cometimento que lhe foi atribuído pela lei ou pela Constituição. De fato, essa manutenção da obrigação do poder público de prestar um serviço essencial à coletividade faz com que, ao final da delegação contratual, o patrimônio necessário a esse desiderato retorne à posse estatal. Trata-se, pois, do instituto da reversão, por intermédio do qual se deve equacionar o princípio da continuidade dos serviços públicos<sup>1</sup> com a esfera patrimonial do concessionário.

Nesse sentido, Flávio Henrique Unes Pereira, Marilda de Paula Silveira e Bruna R. Colombarolli,<sup>2</sup> em trabalho específico sobre o tema, lecionam que “a reversão, portanto, deve ser concebida como decorrência da extinção dos contratos de delegação de serviços públicos, contratualmente prevista, que deve ser implementada à luz das especificidades das situações concretas e em respeito aos direitos fundamentais dos particulares contratados, especialmente o direito de propriedade e da garantia do devido processo administrativo”. Sobre o tema, Juan Carlos Cassagne<sup>3</sup> leciona que “*en rigor, la reversión de los bienes del concesionario no puede considerarse una cláusula implícita del contrato de concesión o licencia, ya que la voluntad de*

<sup>1</sup> V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 696-698.

<sup>2</sup> PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 38-44, nov. 2014.

<sup>3</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo II*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 548-550.

*perder el dominio no se presume (como en general la renuncia de derechos) y toda cláusula de renuncia al derecho de propiedad es de interpretación restrictiva”.*

Toda essa lógica está consagrada no arts. 18, incisos X, XI e 31, II, 23, X, e 35, §1º da Lei nº 8.987/1995. Nada obstante, na prática, não é simples identificar quais bens reverterão ao Poder Concedente, sobretudo em razão da dificuldade em se delimitar a natureza jurídica dos bens da concessionária. É que, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, pelo critério da domialidade, tratar-se-ia de bens privados. A questão não nos parece tão simples. Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques Neto,<sup>4</sup> com sua precisão habitual, assevera que “o que daria o atributo de público aos bens seria a sua utilidade, seu emprego, e não a circunstância de ser o bem de propriedade de pessoa jurídica de direito público”. E conclui “por aí, admitir-se-ia a existência de bem público ainda que integrante do patrimônio privado, como é o caso dos bens particulares utilizados na prestação dos serviços públicos, sejam estes particulares delegatários da prestação de tais serviços”. Assim, o que deverá determinar a natureza jurídica do bem é a sua afetação a uma finalidade pública, e não sua titularidade.<sup>5</sup>

Nesse passo, pode-se afirmar que os bens das concessionárias de serviços públicos terão a sua natureza jurídica vinculada à sua afetação. Dito em outros termos, se os seus bens estiverem afetados à prestação de um serviço público, terão seu regime jurídico pautado pelas prerrogativas publicísticas da imprescritibilidade, da não oneração, da impenhorabilidade e da alienação condicionada.<sup>6</sup> Por outro lado, se não estiverem afetados a nenhum serviço público, serão regidos como se privados fossem. Esse entendimento se aplica à reversão. Explico. Como diagnosticado por Floriano de Azevedo Marques Neto,<sup>7</sup> em trabalho específico sobre o tema, dois são os critérios para a identificação dos bens reversíveis: o *patrimonial* e o *funcional*.

<sup>4</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 117.

<sup>5</sup> Nesse sentido, STF, RE nº 32.865, Segunda Turma, relator: Min. Edgard Costa, julgado em 28.08.1956; STF, RE nº 18135/MT, Segunda Turma, relator: Min. Orozimbo Nonato, julgado em 11.08.1952; STJ, AgRg no REsp 971.851, Segunda Turma, relator: Min. Castro Meira, *Dje* 08.09.2009.

<sup>6</sup> Sobre o tema, vale conferir o posicionamento do STF acerca da empresa pública dos Correios. “À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, §1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 220906, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, *DJ* 14-11-2002). 1. Os bens, as rendas e os serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos são impenhoráveis, e a execução deve observar o regime de precatórios. 2. Nas comarcas onde não há Vara da Justiça Federal, os Juízes Estaduais são competentes para apreciar a execução fiscal” (STF, AgRg. no RE nº 393032, Primeira Turma, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 27.10.2009).

<sup>7</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004.



No primeiro, os bens reversíveis são aqueles cuja titularidade está atrelada ao fato de ser o poder público titular do serviço, de sorte que os “os bens titularizados pela pessoa jurídica de direito privado (concessionária) ou adquiridos por força econômica das receitas auferidas com a exploração do serviço seriam, necessariamente, públicos, ainda que momentaneamente trespassados à posse (ou domínio útil) do particular”. De acordo com esse critério, seriam reversíveis todos os bens integrantes do patrimônio da concessionária. No segundo, o plexo de bens reversíveis estaria ligado à sua afetação ao serviço público, de modo que “seria não uma forma de recomposição (ou enriquecimento) do patrimônio público, mas uma necessidade para se assegurar que os serviços (a) seguirão prestados regularmente independentemente da concessionária”.

Nesse quadrante, a reversão está muito mais ligada ao instituto da afetação (consagração e efetivo emprego do bem a uma dada finalidade de interesse público – no caso ao serviço público concedido) do que à titularidade do bem. Os bens reversíveis correspondem, assim, exclusivamente ao plexo patrimonial necessário a que o serviço público continue a ser prestado por outrem que não a concessionária (o poder público titular do serviço ou um novo delegatário). No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup> já lecionava que “a reversão, como a própria palavra indica, é o retorno do serviço ao concedente, ao término do prazo contratual da concessão. (...) 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”. Do mesmo modo, Maria Sylvia Di Pietro<sup>9</sup> assevera que “em qualquer dos casos de extinção da concessão previstos no artigo 35 da Lei nº 8.987 (advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência e extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular) é cabível a incorporação, ao poder concedente, dos bens *do concessionário necessários ao serviço público, mediante indenização* (artigo 36 da Lei nº 8.987/95); é o que se denomina reversão, a qual encontra seu fundamento no princípio da continuidade do serviço público”.<sup>10</sup>

Cuida-se de racional que vem sendo delineado pela regulação setorial. Assim, cite-se, por exemplo, o disposto no art. 18 da Lei nº 9.427/1996, de acordo com o qual “A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, *exclusiva e*

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo, Malheiros, 1998. p. 351.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 281.

<sup>10</sup> GUERRA, Sérgio. A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004.

*permanentemente*, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica” (grifos postos). Em sentido similar, cite-se o disposto no art. 3º, IV, da Resolução da ANATEL nº 447/2016, que conceitua tais bens como “equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, inclusive Bens de Massa, ou direito integrantes do patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público” (grifos postos). E o disposto no art. 6º, VIII, da Resolução ANTAQ nº 5010/2016, que qualifica tais bens como “*bem originariamente vinculado à área do porto organizado e à atividade portuária*, que tenha sido entregue por meio de decreto, contrato de concessão ou de arrendamento, ou ainda de convênio de delegação, *bem assim aquele resultante de investimentos, previstos em planos, projetos e contratos, realizados pelas próprias Administrações Portuárias*, pelos arrendatários de áreas e instalações portuárias e pela União, assim como todos os demais bens e equipamentos que visam diretamente dar continuidade à atividade portuária” (grifos postos).

A aceção funcional sobre os bens reversíveis também encontra ampla guarida na jurisprudência pátria. Assim, por exemplo, cite-se o já clássico Recurso Extraordinário nº 32.865, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o regime jurídico dos bondes do Distrito Federal, deixou assentado o entendimento de acordo com o qual “(...) Se a reversão estabelecida significa, ou implica, na do serviço concedido, a inteligência a dar à cláusula respectiva, quanto à devolução dos bens da concessionária é de que tais bens são aqueles vinculados, próprios ou afetos à execução do serviço concedido, de forma a assegurar que ela volta ou reverta ao poder concedente devidamente aparelhado”.<sup>11</sup>

O mesmo tribunal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 18135/MT, deixou assentado que “por outro lado, é necessário que, ao fim do contrato, não haja qualquer hiato no serviço público desempenhado pelo concessionário. Essa a razão das cláusulas de reversão, cuja validade sempre se reconheceu”.<sup>12</sup> O Superior Tribunal de Justiça (STJ), na mesma direção, ao apreciar o regime jurídico de imóvel que fora alienado pela Brasil Telecom, deixou assentado que “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”.<sup>13</sup>

Cuida-se de entendimento que vem sendo, reiteradamente, adotado pelas novas modelagens dos contratos de concessão nos últimos anos. Nesse sentido, cite-se, por exemplo, o disposto na Cláusula 14.1 do Contrato de Concessão Aeroportuária

<sup>11</sup> STF, RE 32.865/DF, Segunda Turma, relator: Min. Edgard Costa, julgado em 28.08.1956.

<sup>12</sup> STF, RE 18135/MT, Segunda Turma, relator: Min. Rel. Ozimbo Nonato, julgado em 22.08.1952.

<sup>13</sup> STJ, AgRg no REsp 971.851, Segunda Turma, relator: Min. Castro Meira, julgado em 08.09.2008.

para a exploração do Aeroporto Internacional de Fortaleza – Pinto Martins, de acordo com a qual “Com o advento do termo do Contrato de Concessão, reverterão à União *todos os bens e instalações vinculados à Exploração Aeroportuária*, nos termos dos itens 2.49, 2.50 e 2.51 deste Contrato” (grifos postos). E o disposto na Cláusula 34.1 do Contrato de Concessão Administrativa do Complexo do Mineirão, segundo a qual “Extinta a concessão administrativa, retornam ao poder concedente os bens reversíveis, *direitos e privilégios vinculados à exploração da concessão administrativa*, transferidos à concessionária, ou por esta adquiridos ou implantados, no âmbito da concessão administrativa” (grifos postos)

De tal entendimento, decorrem duas consequências inarredáveis: (i) a primeira de que há uma inalienabilidade relativa desses bens. É dizer, caso tais bens não estejam afetados à prestação do serviço público, ou sejam desafetados por ato material ou normativo, tal patrimônio poderá ser alienado, desde que mediante prévia aquiescência da entidade reguladora;<sup>14</sup> (ii) a segunda de que a reversão não opera, necessariamente, sobre propriedade dos bens, mas poderá incidir sobre a sua posse. Nesse sentido, cite-se o interessante exemplo cogitado, por Caio Mario da Silva Pereira Neto *et al.*,<sup>15</sup> de acordo com o qual os Concessionários de Serviço de Telefonia Comutado (STFC) se utilizam da mesma rede (denominada de “bens multisserviços”), para a exploração do Serviço Móvel Pessoal (SMP) ou do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC). Em tais hipóteses, com o advento do termo contratual do contrato de concessão de telefonia fixa, só incorrerá no regime da reversão o direito de uso da parcela da rede serviente à manutenção da prestação do STFC, na qualidade de um serviço público, e não da parcela utilizada para a exploração das outras atividades reguladas.

Daí se poder concluir este item inicial<sup>16</sup> no sentido de *que a reversão poderá se manifestar como uma forma de devolução dos ativos estatais*, nas hipóteses nas quais são transferidas infraestruturas para suportar o serviço concedido. Assim, por exemplo, cite-se o que se passa, em projetos *brownfield*, a exemplo dos projetos nos quais há a transferência de toda a infraestrutura rodoviária, de uma linha de transmissão; ou de uma rede adutora de saneamento para os concessionários. Há, pois, nesse caso, uma espécie, por assim dizer, de uma propriedade resolúvel, assim considerada como aquela que reverterá ao proprietário

<sup>14</sup> Sobre o tema V. RIBEIRO, Maurício Portugal. Venda de imóvel por concessionária de serviço público no qual se situam bens reversíveis. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 15, mar. 2003. Parecer.

<sup>15</sup> PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. Reversibilidade de bens em concessões de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 73-110, jul./set. 2016.

<sup>16</sup> Em sentido similar, V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Parecer de 24 de outubro de 2018*, a pedido da Deloitte, sobre o regime indenizatório da Rodovia 040 da INVEPAR. Documento gentilmente disponibilizado por seu subscritor.

originário, na hipótese de implementação da condição ou pelo advento do termo (nos termos do art. 1.360 do Código Civil – CC). *A reversão também poderá importar na aquisição originária propriedade privada*,<sup>17</sup> o que se passa, com mais frequência, em contratos de concessão, precedidos da execução de obra pública, é dizer, em projetos *greenfield*, nos quais o ativo construído reverterá para o poder público; ou, em contratos de concessão, que têm nas obrigações de investimentos a sua caracterização mais saliente. Nesse sentido, cite-se, por exemplo, um contrato de concessão que tenha como obrigação principal a construção de uma ponte, ou a construção de uma infraestrutura aeroportuária. Ambas as hipóteses se prestam a garantir a continuidade dos serviços públicos. Nada obstante, para além de servir a evitar solução de continuidade da prestação do serviço público, cuida-se de instituto que compõe o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, tema que será desenvolvido no próximo item.

## 2 A reversão e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão (verificador independente e conta de reserva de outorga)

Não se pode olvidar que a realização de investimentos em bens reversíveis (e, portanto, a própria reversibilidade dos bens) é parte integrante da equação econômico-financeira da concessão. Como tal, tais investimentos devem constar da proposta comercial da concessionária, adotando-se como premissa a amortização integral dos ônus projetados para a concessão, em decorrência da realização de investimentos na aquisição ou construção de ativos, a partir do fluxo de caixa esperado ao longo da vigência contratual (o recebimento das tarifas pagas pelos usuários e eventuais outras receitas auferidas pela concessionária).

Assim é que, se, por alguma razão, tais investimentos não forem, integralmente, amortizados, quando da extinção do termo contratual (em virtude, por exemplo, da extinção prematura do contrato de concessão), o particular fará jus ao recebimento de indenização das parcelas remanescentes, observados os termos da alocação de riscos contratuais. Esse é o racional previsto no art. 36 da Lei nº 8.987/1995, de acordo com o qual, em qualquer caso de extinção contratual, será devida uma

<sup>17</sup> Defino como revisão ordinária, pois que o trespasse do patrimônio ocorre sem gravames. Nesse sentido, é o que dispõe a Cláusula 49.1 do Contrato de Concessão Rodoviária nº 01/2019 da ARTESP: “49.1. Extinta a CONCESSÃO, retornam ao PODER CONCEDENTE os BENS REVERSÍVEIS, direitos e privilégios vinculados à CONCESSÃO, transferidos ou disponibilizados, nos termos deste CONTRATO, à CONCESSIONÁRIA, ou por esta construídos, implantados ou adquiridos, no âmbito da CONCESSÃO, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, independentemente de quaisquer notificações ou formalidades”.

indenização, pelo Poder Público, ao parceiro privado, pelas “parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados”.<sup>18</sup>

A questão pode ser ainda explicada por uma outra abordagem. Os investimentos realizados, pelo concessionário, em bens reversíveis podem ser equiparados a um financiamento do particular ao Poder Concedente. O particular aporta os recursos para a aquisição, construção ou reforma dos bens, com investimentos próprios ou de terceiros (financiadores), e é, posteriormente, remunerado, pelas receitas da concessão (que equivalem ao “pagamento” do Poder Concedente). Caso o valor que foi investido pelo particular não possa ser integralmente ressarcido (amortizado) pelas receitas recebidas durante a vigência contratual, o Poder Público tem o dever de “quitar” o saldo ainda não foi pago (ou seja, as parcelas não amortizadas).

Trata-se de uma forma mais didática de compreender de onde decorre a obrigação do Poder Concedente de indenizar o concessionário pelos investimentos não amortizados em bens reversíveis. Seja como for, o cabimento de indenização pelos bens reversíveis não amortizados também conta com amplo reconhecimento da doutrina administrativista brasileira. Nesse sentido, Marçal Justen filho, para quem “a reversão não se faz gratuitamente. Como regra, o valor dos bens reversíveis é amortização no curso do prazo da concessão. (...) as tarifas deverão ser calculadas de modo a amortizar o valor dos bens empregados pelo particular e que serão ou consumidos na prestação do serviço ou integrados no domínio público ao final do prazo”.<sup>19</sup> Daí por que tenho para mim que a translação da propriedade dos particulares, sem a amortização dos investimentos realizados no ativo, se equipara ao regime das desapropriações, a exigir o pagamento de uma indenização prévia e justa (nos termos art. 5º, XXIV, da CRFB). A isso voltarei doravante.

Cuida-se de uma indenização que terá de ser composta pelo valor de depreciação, assim considerado como o valor utilizado para reduzir o valor de determinado bem, em razão do desgaste natural do ativo (reduzindo exações tributárias) e pelo valor de amortização dos investimentos em bens vinculados à prestação dos serviços, que será calculado com lastro no fluxo de receitas diferido no tempo.

Bem vistas as coisas, é possível se inferir que o regime jurídico dos bens reversíveis está muito mais ligado à estrutura econômica do pacto concessório do que à qualidade ou à importância do bem afetado à prestação do serviço. Dois exemplos ilustram o ponto. No âmbito das concessões de transporte aéreo de passageiros, de que tratam as Lei nº 11.182/2005 (Lei de criação da ANAC) e a Lei nº 7.656/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), malgrado a importância

<sup>18</sup> “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”.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 570.

das aeronaves, elas não integram o acervo de bens reversíveis. No mesmo modo, no âmbito de uma concessão de transporte urbano de passageiros ou de uma concessão de ferrovias, os ônibus e o material rodante, respectivamente, poderão não integrar, necessariamente, o acervo de bens reversíveis, seja porque tais bens, ao final dos contratos, terão uma depreciação tão elevada que a sua inclusão na estrutura econômica contratual não se justificaria, seja por que tal patrimônio poderá se tornar obsoleto, em razão do advento de novas tecnologias.

Nada obstante, tenho que o mais importante é que as “regras do jogo” sejam devidamente previstas no instrumento contratual, pois que não há um regime uniforme para a disciplina dos bens reversíveis.<sup>20</sup> Foi o que, em diversas oportunidades, determinou o Tribunal de Contas da União (TCU). Assim, por exemplo, cite-se o Acórdão 290/2015<sup>21</sup> – Plenário, no qual aquela Corte de Contas, ao acompanhar a concessão para exploração de rodovias federais integrantes da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais – PROCROFE, recomendou, à ANTT que, nas próximas concessões de rodovias federais, indicasse, nos editais de licitação, os bens reversíveis que compõem o Sistema Rodoviário objeto de concessão. No mesmo sentido, cite-se a Decisão nº 334/2001 – Plenário,<sup>22</sup> na qual o TCU determinou à ANATEL: (i) indicação dos bens reversíveis, conforme determinação do art. 23, X, da Lei 8.987/1995; (ii) critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso, conforme o art. 23, XI, do mesmo diploma legal.<sup>23</sup>

Nesse sentido, modelagem contratual que trouxe algum parâmetro para a aferição dos valores indenizatórios pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados foi a plasmada, por exemplo, na Cláusula 51.4 do Contrato de Concessão da Rodovias BR-135, MG-231, e LMG-54, de acordo com o qual “A CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado de bens não previstos no PLANO DE NEGÓCIOS DAS RODOVIAS, cuja aquisição tenha sido autorizada pela SETOP-MG nos últimos 05 (cinco) anos de vigência

<sup>20</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens Reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 2, p.149-174, maio 2016.

<sup>21</sup> TCU. Acórdão 290/2015, Plenário, relator: Min. Walton de Alencar Rodrigues, julgado em 25.02.2015.

<sup>22</sup> TCU. Decisão 334/2001. Plenário, relator: Min. Valmir Campelo, julgado em 06.06.2001.

<sup>23</sup> A despeito de não estabelecer a metodologia, cite-se “7.7 Contrato de Concessão Administrativa para a implantação, operação, manutenção e gestão de unidades de atendimento integrado (Uai)”, o qual estabelece um lista exemplificativa de bens reversíveis: “São BENS REVERSÍVEIS todos aqueles descritos no Anexo I do Edital, destinados à execução dos SERVIÇOS UAI, especialmente: a. os imóveis adquiridos, construídos, bem como as respectivas acessões e benfeitorias; b. os contratos de locação de imóveis; c. o mobiliário adquirido; d. os equipamentos, sistemas eletrônicos, computacionais, hardwares, softwares e seus respectivos equipamentos periféricos; e. sistemas complementares para o funcionamento adequado das unidades, tais como, condicionamento de ar, extinção de incêndio e segurança. f. os códigos fonte e as licenças de uso, perpétuas ou não, dos softwares desenvolvidos, adquiridos ou customizados para atendimento aos requisitos especificados no Anexo I do EDITAL; g. os contratos de locação, leasing ou quaisquer outros que visem à disponibilidade de equipamentos em geral e mobiliário”.

deste CONTRATO”. Cuida-se de modelagem que traz alguma previsibilidade para os contratos nos quais o Plano de Negócios – PN é utilizado, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

Na Concessão nº 01/2019, conduzida pela ARTESP, tenho que o tema ganhou importante nova roupagem, por intermédio da veiculação de sua Cláusula 42.1. Andou bem a referida modelagem, pois que a aferição do montante indenizatório pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados será orientado: (i) pelos valores referentes aos desequilíbrios econômico-financeiros da concessão em favor de cada uma das partes; (ii) será utilizado de um critério de amortização de linha reta; (iii) não serão considerados eventuais valores contabilizados, a título de juros e outras despesas financeiras durante o período de construção; (iv) não serão considerados eventuais valores contabilizados a título de margem de construção; (v) não serão considerados eventuais ágios de aquisição; (vii) não serão considerados eventuais valores contabilizados a título de outorga variável; (vi) o valor das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados será apurado a partir do ativo intangível da Concessionária, e tendo como termo final a data da notificação da extinção do Contrato, de acordo com a Interpretação Técnica ICPC 01 (R1), e os custos contabilizados, de acordo com a sistemática da alínea anterior, terão como limite máximo os valores previstos no EVTEA ou os valores aprovados pela ARTESP, na forma prevista neste contrato.

Caso, porém, não sejam indicados os bens reversíveis, nem a metodologia indenizatória, temos que o mais adequado seria que, pelo menos, a modelagem contratual estabelecesse que um terceiro, equidistante às partes, um árbitro<sup>24</sup> ou um Verificador Independente, com a necessária expertise técnica, pudesse mensurar o valor de tais investimentos e avaliar o inventário de bens reversíveis, de forma imparcial.<sup>25</sup> Nesse quadrante, é digna de nota a Cláusula 58.5 do Contrato de Concessão Patrocinada MG050, de acordo com o qual “Um ano antes da extinção da CONCESSÃO PATROCINADA será formada uma Comissão composta pela SETOP, pela fiscalização do DER-MG, pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE e pela Concessionária, tendo por finalidade proceder à inspeção do sistema rodoviário”. Nessas hipóteses,

<sup>24</sup> Sobre o tema, V. o meu FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 199-227, jan./mar. 2016.

<sup>25</sup> Como bem exposto por Bruno Aurélio “O risco de submissão ao crivo exclusivo da autoridade pública para avaliação de desempenho dos parceiros privados poderia esvaziar a prescrição da Lei nº 11.079, que permite vincular a remuneração do parceiro privado ao seu desempenho. Visando dar eficácia a esta pretensão legislativa, coube à autoridade, além de fixar critérios objetivos de avaliação, agregar ao contrato a figura de um terceiro que, de forma independente, pudesse fiscalizar o cumprimento do contrato, verificando o desempenho do parceiro privado. Neste diapasão, todos os contratos sob análise preveem a possibilidade de ser contratado um verificador independente que irá atribuir nota à execução, condicionando parcela de sua remuneração” (AURÉLIO, Bruno. Novos paradigmas na relação Público-Privado: estudo de caso – as primeiras PPPs Mineiras. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 149-167, jul./dez. 2014).



o Verificador Independente poderá atuar, por exemplo, auxiliando o Poder Público, na elaboração do EVTEA, o que servirá como parâmetro inicial para o cálculo dos valores indenizatórios. Ou, por ocasião do exercício da função de monitoramento da concessão, poderá aferir como as obrigações de investimentos vêm sendo realizadas, para efeito provisionamento dos valores indenizatórios.

Para além da previsão expressa no contrato, outro instituto que pode ser utilizado para conferir previsibilidade ao pagamento de tais indenizações é a criação de uma Conta de Reserva de Outorga. Assim, por exemplo, cite-se a Cláusula 34.8 dos Contratos de Concessão da ARTESP, vazada nos seguintes termos “34.8. Caso ocorra a extinção antecipada do CONTRATO em decorrência da hipótese prevista na cláusula 6.4 (iii), a ARTESP determinará ao BANCO DEPOSITÁRIO a transferência da totalidade dos valores disponíveis na CONTA RESERVA DE OUTORGA para a Conta Bancária Centralizadora, até o limite do montante de indenização devido pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, nos termos da Cláusula 44.4 (iii)”.

Cuida-se de uma modelagem relevante, por intermédio da qual se provisiona valores (a título de uma outorga variável) para arcar com o pagamento de indenizações às partes, seja para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, seja para o pagamento de indenização nas hipóteses de extinção antecipada do pacto concessório. O referido mecanismo se apresenta vantajoso, pois que, para além de evitar a prática de condutas oportunistas dos licitantes – como sói ocorrer em licitações que veiculam o critério de julgamento da menor tarifa – confere liquidez para indenizar os concessionários, em hipóteses de extinção prematura do contrato de concessão, bem como se apresenta serviente a manter a prestação do serviço público em patamares mínimos até a relicitação do ativo.<sup>26</sup>

Em resumo do exposto até aqui, é possível se concluir a primeira parte desse ensaio, por intermédio das seguintes proposições objetivas: (i) no âmbito do procedimento de reversão, deve prevalecer *o critério funcional* segundo o qual só reverterão ao patrimônio público os bens, efetivamente, afetados à prestação do serviço público; (ii) *a reversão integra o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão*, diante do que alguns bens, malgrado a sua importância, podem não integrar o acervo de bens reversíveis (a exemplo do material rodante, no âmbito de concessão de ferrovia); (iii) a despeito da metodologia que vier a ser adotada para indenizar o concessionário (tema que será doravante aprofundado), tal indenização

<sup>26</sup> De acordo com Fernando Camacho, tal modelagem apresenta as seguintes vantagens: (i) assegurar a existência de recursos para reequilibrar o contrato de imediato em caso de qualquer evento de desequilíbrio (inclusive, para assegurar modicidade tarifária); (xix) liquidez para potenciais mecanismos que a requeiram (e.g., proteção de risco cambial); (xx) liquidez para a eventual ocorrência de eventos de desequilíbrio no início do contrato (e.g., riscos de engenharia alocados ao poder concedente); e (xxi) indenizar o particular, ainda que parcialmente, na eventualidade de haver extinção antecipada (caso haja opção por manter recursos significativos durante prazo alongado). (CAMACHO, Fernando. *Inovações para as concessões de rodovias federais*. IFC – International Finance Corporation: [s.d.]).



deverá ser composta pela depreciação do ativo, assim considerada como o valor utilizado para reduzir o valor de determinado bem, em razão do seu desgaste natural, bem como pelo valor de amortização dos investimentos, em bens vinculados à prestação dos serviços, que será calculado com lastro no fluxo de receitas do módulo concessionário diferido no tempo; e (iv) a segurança dos projetos concessionários está, intimamente, ligada à previsibilidade das “regras do jogo”, motivo pelo qual se predica de uma previsão expressa desses parâmetros indenizatórios; caso, porém, não haja tal previsão, recomenda-se que o contrato preveja que tais valores sejam apurados por um arbítrio, por um verificado independente, ou que seja veiculada uma Conta de Reserva de Outorga.

### 3 As metodologias indenizatórias pelos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados (o contábil e a valor novo de reposição – VNR)

Como é cediço, a Lei nº 8.987/1995 disciplina dois regimes jurídicos distintos para a extinção de contratos de longo prazo. O primeiro é o da extinção normal dessa avença, que terá lugar na hipótese de advento do termo contratual. O segundo, o da extinção anômala ou antecipada, o qual terá lugar nas hipóteses de encampação, caducidade, rescisão, anulação e relicitação, o qual contará com variações, de acordo o regime jurídico de cada uma dessas subespécies.

Para tal, permita-nos apontar uma circunstância que tem de estar presente em todas as hipóteses de extinção anômala do contrato de concessão: a *existência de um fato superveniente*. Trata-se de uma espécie de mitigação da prerrogativa publicística da Administração Pública de extinguir, unilateralmente, contratos administrativos celebrados com particulares (prevista no artigo 78, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e no artigo 37 da Lei nº 8.987/1995). É que, se, por um lado, a Administração Pública tem a prerrogativa de extinguir contratos que não estejam mais em consonância com os interesses públicos neles veiculados – decorrente do ainda exorbitante regime jurídico administrativo –, por outro, o particular não poderá ter seu patrimônio expropriado para fazer frente a esse objetivo de interesse geral, sem ser indenizado. Do contrário, ter-se-ia uma violação à igualdade da distribuição dos encargos públicos, fundamentação moral e jurídica da indenização pela prática de atos lícitos estatais.

Assim é que, antes de rescindir a avença, antecipadamente, deverá o Poder Público justificar esse ato (motivá-lo), apontando a existência de uma circunstância superveniente à contratação. Nessa perspectiva, estou de acordo com Bernardo

Strobel Guimarães,<sup>27</sup> para quem “tal justificativa implica em demonstrar que, à luz de um evento superveniente, a manutenção do contrato deixa de ser veículo idôneo para promover o interesse público, impondo-se, pois, o desfazimento do vínculo. Isso vale, inclusive, para a lei que autoriza a encampação, que – por ser de efeitos concretos – sujeita-se aos mesmos controles que qualquer ato administrativo”.

Mais que isso, para além de um fato superveniente, a Administração Pública deverá franquear ao particular a possibilidade de influenciar os termos dessa decisão. Isto porque entendemos que qualquer ablação da propriedade privada se configurará como um sacrifício de direito, o qual predica da observância do devido processo legal expropriatório, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB. Filiamo-nos, neste particular, ao já clássico ensinamento de Carlos Ari Sundfeld,<sup>28</sup> segundo o qual sacrifícios de direitos são “situações impostas compulsoriamente pelo Estado, com base em lei, aos titulares de direitos de conteúdo patrimonial, através do devido processo judicial e mediante indenização, prévia, justa e em dinheiro, implicando em compressão do conteúdo do direito ou em sua extinção”. Daí poder-se concluir que, antes da extinção anômala da concessão, o Poder Concedente deverá observar um devido procedimento, no qual terá de: (i) motivar o ato administrativo de extinção, apontando a existência de fato superveniente que o justifique; (ii) permitir que o concessionário influencie os seus termos; e (iii) indenizar o concessionário pelos prejuízos suportados com a ruptura abrupta da avença.

Pois bem. Para efeito de fixação da metodologia para fixação da indenização pelos bens reversíveis não amortizados,<sup>29</sup> o Poder Público poderá se valer dois critérios: (ii) o *contábil*, que se utilizará do valor registrado na contabilidade da concessionária; ou (iii) o *patrimonial* (ou Valor Novo de Reposição – VNR), que se utilizará do valor de reposição do ativo; é dizer, de modo a garantir que o valor seja serviente à substituição do bem inutilizado para prestação do serviço público.

Ao se adotar o *critério contábil*, o Poder Público deverá se utilizar dos registros contábeis da própria concessionária para calcular os valores devidos pelos bens vertidos ao patrimônio público, preocupando-se com a recuperação imediata do investimento, e não com a rentabilidade do projeto. Cuida-se de uma metodologia que se apresenta vantajosa, na medida em que proporciona uma melhor comparabilidade entre os valores despendidos pela concessionária em uma mesma data e valendo-se do mesmo poder aquisitivo da moeda. Para além disso, tal metodologia apresenta a vantagem de conferir maior previsibilidade ao valor que será devido à concessionária, pois que considera, apenas, a variação dos

<sup>27</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

<sup>28</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 54.

<sup>29</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de Rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017a. p. 157.

efeitos inflacionários em determinado período. Assim é que, como bem apontado por Maria Elisabeth Andrade e Eliseu Martins<sup>30</sup> o método contábil “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 resumo, 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.

De outro lado, a desvantagem dessa metodologia é que ela poderá gerar incentivos para produção de uma espécie de efeito *Averch-Johnson*<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> Ademais disso, na *depreciação contábil*, são desconsiderados os custos e as receitas concessionárias, ao passo que, na amortização financeira, se pressupõe que os investimentos tenham sido remunerados a uma taxa, dentro do período de vigência da concessão. Nesse quadrante, estamos de acordo com Lucas Navarro Prado,<sup>33</sup> para quem o critério contábil “desconsidera, assim, que o investidor abre mão de liquidez, da possibilidade de gastar seus recursos financeiros agora, com a expectativa de ser remunerado pelo período em que deixa de ter livre disponibilidade sobre seus recursos”.

Ao adotar o Valor Novo de Reposição do Ativo (VNR), como já tive a oportunidade de asseverar “o poder concedente deverá se valer do valor de reposição do ativo,

<sup>30</sup> ANDRADE, M.; MARTINS, E. 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*, v. 28, n. 75, p. 344-360, 2017.

<sup>31</sup> BROWN, A. C.; STERN, J.; TENENBAUM, B. *Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems*. Washington D.C.: World Bank, 2006. Disponível em: [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/world\\_bank\\_ppiaf\\_handbook\\_for\\_evaluating\\_infrastructure\\_regulatory\\_systems\\_2006\\_english.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/world_bank_ppiaf_handbook_for_evaluating_infrastructure_regulatory_systems_2006_english.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>32</sup> No mesmo sentido, confira-se os ensinamentos de Marçal Justen Filho, para quem “O concessionário pode promover decisões desastrosas, investindo equivocadamente em bens cujo valor nunca será amortizável em face das condições de outorga. O método do custo histórico transferiria para o poder concedente os efeitos negativos decorrentes de decisões empresariais incorretas” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 570).

<sup>33</sup> PRADO, Lucas Navarro. *Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/1995*. 23 jan. 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/navarroprado/extino-de-contratos-de-ppp-e-concesso-critrios-de-indenizacao>. Acesso em: 28 maio. 2019.

por meio do qual é aferido não só o investimento para a sua disponibilização, mas também os reinvestimentos para o atendimento de obrigações regulatórias”.<sup>34</sup> Dito em outros termos, por intermédio de tal metodologia, ao invés de aferir tal valor pela análise da contabilidade de Concessionária, tal avaliação deverá ser suficiente para repor o bem que será utilizado para a prestação do serviço concedido (por exemplo, a construção de uma nova usina hidrelétrica).

Cuida-se de metodologia já veiculada, no setor elétrico, por intermédio da Lei nº 12.783/2013, no seu art. 8º, §2º, segundo a qual “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”. No mesmo sentido, o Decreto nº 7.805/ 2012, também prevê a utilização da metodologia do valor novo de reposição do bem, que será definido a partir de estudos que serão fundamentados (i) no projeto básico do empreendimento e elaborados pela Empresa de Pesquisa Energética, nos casos de empreendimentos de geração de energia, ou (ii) na base atualizada de dados utilizada para composição das receitas anuais permitidas e elaborados pela própria ANEEL, no caso das instalações de transmissão.

O Tribunal de Contas União – TCU já teve a oportunidade referendar a utilização dessa metodologia. Assim, por exemplo, cite-se o Acórdão 2736/2016 – Plenário, que trata do monitoramento acerca dos impactos da Medida Provisória 579/2012 (convertida na Lei nº 12.783 de 2013), no qual a corte de contas deixou assentado que parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo poder concedente, seria coberta pela tarifa ou pela receita a ser auferida pelas concessionárias renovadas, sendo utilizada a metodologia de valor novo de reposição para o cálculo desses valores.

Por fim, mas não menos relevante, é de destacar o percuente alerta de Bernardo Strobel Guimarães<sup>35</sup> no sentido de que, mais do estabelecer a adequada metodologia indenizatória, deve o poder público garantir que haja disponibilidade de recursos para fazer frente a tal indenização. Nas suas palavras, “nesta linha, o Executivo deve indicar nos termos do art. 16 e 17 da LC 101/2000 de onde retirará os recursos necessários para pagar a indenização devida. Com efeito, o Executivo não pode pretender criar uma despesa para a qual não tenha disponibilidade orçamentária”. Daí porque não me filio ao entendimento de acordo com o qual apenas

<sup>34</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relotação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017b.

<sup>35</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel Guimarães. Encampação de contrato concessão: pressupostos e procedimentos. *Jota*, 03 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/encampacao-de-contrato-concessao-pressupostos-e-procedimentos-03122019>. Acesso em: 20 maio 2020.

na encampação (prevista no art. 37 da Lei nº 8.987/1995), tal indenização teria de ser prévia, o qual vem sendo consagrado, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.<sup>36</sup> Afinal, não se pode olvidar que a expropriação da propriedade privada predica de um devido processo legal expropriatório, como determina o art. 5º, inciso LV c/c inciso XXIV da CRFB, bem como de um adequado planejamento orçamentário, como determina a Lei de Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Nesse quadrante, tenho que suprimir o caráter prévio da indenização pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados em concessões, a um só tempo, incorre em violação: (i) ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, inciso II e 37, *caput*, da CRFB, sob a vertente do dever da repartição equânime de encargos sociais; (ii) ao princípio da liberdade de iniciativa, consagrado no art. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB; (iii) ao direito de propriedade, garantido pelo art. 5º, inciso XXII, da CRFB; (iv) ao direito à indenização nas hipóteses de desapropriação, na forma do art. 5º, inciso XXIV, da CRFB; e (vi) e aos arts. 16 e 17 da LC nº 101/2000.

Nada obstante isso, tenho que, para além da vinculação orçamentária, considerando a assimetria de informações existente entre os concessionários e o regulador, o sistema adequado de reversão predica de uma adequada fiscalização do regulador sobre os investimentos que estão sendo realizados em comparação com os valores que vem sendo contabilizados, ou se tais investimentos são compatíveis para a reposição de um novo ativo. O racional seria que tais investimentos fossem acreditados, pelo poder público, por intermédio de um ato administrativo declaratório. Com isso, poderia ser conferida maior segurança jurídica às partes, o que, na ponta, pode servir como um facilitador para a obtenção de financiamentos. Além disso, melhor seria que o contrato dispusesse a propósito de um regime indenizatório distinto para cada um de suas fases (pré-operacional, de investimentos e amortização). Afinal, para cada uma delas, será necessário estabelecer um racional indenizatório distinto, que venha a recompor os efeitos da extinção prematura do contrato de concessão.

Ademais disso, é de se destacar que o critério de seleção do concessionário também produzirá efeitos no estabelecimento de um regime indenizatório. É o que se passará nas concessões precedidas de licitação por maior valor da outorga (art. 15, II, da Lei nº 8.987/1995). Em termos objetivos, o valor da outorga corresponde ao Valor Presente Líquido (VPL) positivo, aferido a partir de um fluxo de caixa estimado (composto investimentos e custos operacionais), considerando uma

<sup>36</sup> “(...) firmou o entendimento de que, 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 estando condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis, que, em sendo devida, deve ser garantida nas vias ordinárias” (STJ, AREsp nº 144.449/SC, Segunda Turma, relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 10.09.2012).

taxa de desconto eleita pelo regulador setorial. Cuida-se, pois, de um excedente financeiro da concessão, que é devido para que o particular tenha o direito de explorar o ativo. Razão pela qual, na hipótese de extinção prematura do contrato de concessão, tal valor deverá ser devolvido ao concessionário, de acordo com o período já explorado.

Há, portanto, de se concluir esse item no sentido da impossibilidade de se defender o entendimento de acordo com o qual haveria apenas uma metodologia adequada a lastrear a indenização pelos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados. É que a lógica indenizatória dependerá das especificidades técnicas e econômicas de cada subsistema regulado. O tema foi, recentemente, disciplinado, pela ANTT, por intermédio da Resolução nº 5.860/2019, normativo que será analisado no próximo item.

#### 4 As metodologias indenizatórias pelos investimentos realizados em bens reversíveis no setor de rodovias

No âmbito da ANTT, a metodologia para o cálculo da indenização de investimentos não depreciados ou amortizados em bens reversíveis foi disciplinada pela Resolução nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019. De acordo com seu art. 1º, tal normativo será serviente para disciplinar a “metodologia de cálculo dos valores de indenização referentes aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados, devidos à Concessionária em caso de extinção *antecipada de contratos de concessão de rodovias federais*” (grifou-se).

Como se pode notar, o artigo pretende disciplinar a metodologia indenizatória em todas as hipóteses de extinção anômala dos contratos de concessão. Nada obstante isso, não se pode olvidar que, na encampação, o regime indenizatório é um tanto diverso.

Como é de conhecimento convencional “encampar equivale a desapropriar, transferindo compulsoriamente bens e direitos privados para o patrimônio público. Justamente por isso, a encampação subordina-se ao regime jurídico da desapropriação”. É que, ao retomar o serviço delegado, o poder público está subtraindo do concessionário todo o plexo de direitos econômicos que integram a posição de prestador de um cometimento público. Daí porque Alexandre Santos de Aragão,<sup>37</sup> com razão, afirma que “a exigência de prévia e justa indenização é consequência tanto da aproximação do instituto da encampação com aquele da desapropriação,

<sup>37</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Parecer acerca da extinção administrativa de contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública – Requisitos materiais e processuais. *Revista de Contratos Públicos* – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 157-217, mar./ago. 2015.

quanto da garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, nos moldes do que determina o art. 9º, §4º da Lei nº 8.987”.

Isso quer significar que a encampação do serviço influencia toda a rentabilidade do projeto. Razão pela qual a sua indenização deverá ser a mais ampla possível. Nada obstante, o tema da indenização na encampação ainda comporta margem para questionamentos. Explica-se. O art. 36 da Lei nº 8.987/1995, como visto, prevê que “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”. E, de outro lado, o art. 37, da Lei nº 8.987/1995, que disciplina o instituto da encampação, por sua vez, dispõe que “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, nos termos do artigo anterior” (grifamos).

A interpretação literal dos referidos dispositivos nos levaria ao equivocado entendimento no sentido de que, nas hipóteses de encampação, o concessionário só deveria ser indenizado pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (danos emergentes). Não se abona esse entendimento. O artigo 36 disciplina o regime indenizatório nas hipóteses de extinção da concessão, por advento do termo contratual, e não por extinção antecipada. E isso faz toda a diferença. É que, com o advento do termo contratual, presume-se que o concessionário já amortizou seus investimentos, em razão do que foi previsto em seu plano de negócios para fazer frente ao projeto concessionário. Caso isso não tenha ocorrido, a ele será devida indenização, tão somente, do valor ainda não amortizado.

Por outro lado, na extinção anômala (de que é exemplo a encampação), o equilíbrio econômico-financeiro da concessão é todo alterado, para além dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, compreendendo, também, valores outros, tais como os referentes aos contratos por ele rescindidos com terceiros, o custo do capital investido no tempo (seja ele próprio, ou de terceiro), eventuais danos à sua reputação comercial, dentre outros. Daí por que estamos de acordo com Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, para quem, nessas hipóteses, a “indenização derivada da encampação há de comportar a integralidade dos danos suportados pelo concessionário, não devendo se ater apenas ao correspondente a investimentos em bens reversíveis que não tenham sido amortizados”, mas “também à compensação de uma gama de outros prejuízos atuais e potencias, dentre os quais a perda do benefício de continuação da execução do contrato pelo prazo previsto”. Cuida-se de entendimento já referendado, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, para o qual “Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos



daí decorrentes, como tais considerados não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes”.<sup>38</sup>

Nesse quadrante, na encampação, a indenização da concessionária será composta: (i) pelas parcelas dos investimentos realizados, inclusive em obras de manutenção, bens e instalações, ainda não amortizados ou depreciados; (ii) pela sua desoneração em relação às obrigações decorrentes de contratos de financiamentos por esta contraídas, notadamente nas hipóteses nas quais a receita tarifária figurar como garantia do financiamento (*Project Finance*); e (iii) por todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, contratados e terceiros em geral, inclusive honorários advocatícios, em decorrência do conseqüente rompimento dos respectivos vínculos contratuais celebrados em função de seu contrato de concessão.

No mesmo sentido, o Guia do Banco Mundial sobre PPPs 2019<sup>39</sup> dispõe que tal indenização deve ser composta por: “(i) *any materials or goods ordered or Sub-contracts placed that cannot be cancelled without such Losses being incurred; (ii) any expenditure incurred in anticipation of the provision of services or the completion of works in the future; (iii) the cost of demobilization including the cost of any relocation of equipment used in connection with the PPP Project; and (iv) redundancy payments; (b) the Losses are incurred under arrangements and/or agreements that are consistent with terms that have been entered into in the ordinary course of business and on reasonable commercial terms, excluding loss of profits calculated over a period which is longer than [one (1) year] after the Termination Date; and (c) the Private Partner and the relevant Sub-contractor have each used their reasonable endeavors to mitigate the Losses*”.

Na caducidade e na relicitação, por sua vez, a indenização devida à Concessionária restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, do qual serão descontados: (i) os valores das multas contratuais; (ii) quaisquer valores recebidos pela Concessionária, a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a declaração de caducidade – apenas em caso de caducidade, e não no de relicitação; (iii) eventuais prejuízos provocados pelo poder concedente; e (iv) a garantia contratual. Daí que, considerando a diferença dos regimes indenizatórios, melhor seria que o instituto da encampação não fosse abarcado pela minuta de resolução em análise.

<sup>38</sup> STJ. Resp nº1.240.057-AC, Segunda Turma, relator: Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28.06.2011.

<sup>39</sup> WORLD BANK. *Guia do Banco Mundial sobre PPPs 2019*. Washington D.C.: World Bank, 2019. 260 p. Disponível em: [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance\\_on\\_PPP\\_Contractual\\_Provisions\\_EN\\_2019\\_edition.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance_on_PPP_Contractual_Provisions_EN_2019_edition.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.



O art. 1º, §1º prescreve que “Estarão depreciados ou amortizados os bens reversíveis na situação de extinção do contrato de concessão pelo advento do seu termo, não sendo devida indenização pelo Poder Concedente”.

Como é sabido, cuida-se de previsão inspirada na cláusula 4.3.3 do Contrato de Concessão da BR-116/324/BA da 2ª Etapa, fase II, da ANTT. O racional da referida prescrição é o de tentar reduzir as discussões sobre o montante indenizatório devido aos concessionários, ao final dos contratos de concessão. Acontece que os contratos de concessão da rodovia da 3ª fase do PROCROFE são pautados pelos seguintes características: (i) são vinculados a índices de serviço (materializados no fator “Q”), para os quais a concessionária terá de realizar investimentos (por intermédio de gatilhos); e (ii) não guardam vinculação ao Plano de Negócios – PN apresentados pelo Concessionário, no qual estaria previsto um rol de investimentos que seriam realizados. Nesse quadrante, se, no final da concessão, for exigida a realização de um investimento para manutenção do índice de desempenho, e não houver tempo para amortização, tal previsão poderá gerar o desincentivo para a sua não realização. Diante do que se cuida de previsão que mereceria uma relativização.

O art. 2º, §1º, I prescreve que só serão indenizados bens “se contribuírem para a continuidade da prestação do serviço público, *auferindo benefícios econômicos futuros para o sistema rodoviário*” (grifos postos). O art. 7º, V, da mesma forma, prescreve que não serão indenizados “custos pré-operacionais, salvo aqueles que *comprovadamente representem benefício econômico futuro ao sistema rodoviário*” (grifos postos).

A *ratio* dos referidos dispositivos é a de interditar, por exemplo, que investimentos em bens que sirvam ao atendimento de obrigações de investimento que já se exauriram sejam indenizados. Não abonamos tal entendimento. Temos que todas essas espécies de investimentos deveriam ser indenizadas. É que o racional primeiro do art. 36 da Lei nº 8.987/1995 é o de interditar a expropriação do patrimônio do concessionário, caso seus investimentos não sejam amortizados, por intermédio do recebimento de tarifas durante o prazo contratual, pouco importando se os bens importarão em “benéficos econômicos futuros para o sistema rodoviário”. Tanto assim é que essa foi uma das razões pelas quais não se adotou, para efeito de estipulação do quantum indenizatório, o Valor de Reposição do Ativo (utilizado no Setor Elétrico, por exemplo, nos termos da Lei nº 12.783/2013).<sup>40</sup>

Cuida-se de racional que diferencia os contratos de concessão dos singelos contratos de empreitada. Os contratos de concessão, por se tratar de instrumentos

<sup>40</sup> “art. 2º *caput* da Resolução nº 596/2013, à qual foi referendada pelo TCU quando da prolação dos acórdãos nº 2579/2014” (TCU, acórdão nº 2579/2014, Plenário, relator: José Jorge. Julgado em 01.10.2014); 27361/2016 (TCU, acórdão nº 27361/2016, Plenário, Relator: Min. Vital do Rêgo, julgado em 26.10.2016); e 1836/2013 (TCU, acórdão nº 1836/2013), Plenário, Relator: Min. José Mucio Monteiro, julgado em 17.07.2013).

jurídicos com prazo diferido, dentro do qual são realizados vultosos investimentos, predica uma sistemática distinta da dos tradicionais contratos de empreitada. Isso se dá porque, em ajustes de longo prazo, o concessionário deverá ser remunerado pelos investimentos realizados (com capital próprio ou de terceiros) para a implantação/exploração de determinada infraestrutura. Ou seja, enquanto na empreitada tradicional o contratado é remunerado concomitantemente com a execução dos serviços – de acordo com os custos unitários por ele apresentados –, em ajustes de longo prazo, diversamente, o concessionário terá de antecipar recursos para, depois de construída a infraestrutura, ser remunerado pelos utentes do serviço.<sup>41</sup> Assim é que não se pode desconsiderar, para fins indenizatórios, que as “obrigações de desempenho” adimplidas pela Concessionária poderão importar na realização de investimentos em bens reversíveis (os quais podem se exaurir, em razão da sua própria característica).

O que importa, aqui, é a necessidade de permitir o adequado retorno de um recurso que foi “antecipado” (na qualidade de um “empréstimo”, por assim dizer) pelo concessionário e que, em razão da extinção prematura do contrato de concessão, não poderá ser amortizado. Nem se diga que os deveres genéricos de garantir a “adequação” e de “atualidade” (art. 6º, §1º e §2º, da Lei nº 8.987/1995) do serviço subverteriam esse racional, criando uma obrigação genérica de investimentos em bens reversíveis não indenizáveis. Disto em outros termos, que, por força de prescritivos tão abertos, a concessionária tenha de suportar a obrigação de realizar qualquer investimento, sem compensação, máxime se o contrato de concessão vier a ser extinto de forma prematura.

É que a concessionária só é obrigada a responder pelos “objetos” e “metas” previamente previstos no edital, nos termos do art. 18, I, da Lei nº 8.987/1995. E, do mesmo modo, a fazer frente ao atendimento de obrigações previamente delineadas no instrumento contratual (art. 23, V, da Lei Estadual nº 8.987/1995). Dito em termos diretos: as contraprestações da Concessionária devem estar definidas nos quadrantes do racional econômico de cada contrato. De fato, para fazer frente a tal dispêndio, a concessionária deve provisionar, por ocasião da apresentação de sua proposta na licitação, uma estimativa dos custos que seriam suportados para fazer frente à prestação de um serviço adequado e atual na vigência do contrato de concessão. Assim é que, para cumprir as obrigações atreladas à adequada

<sup>41</sup> Nesse sentido, advertem Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro que, nesses contratos, “a obrigação de despendar recursos sem perceber a remuneração equivalente de imediato transforma os custos e despesas do concessionário em investimentos, que pressupõem a necessidade de antecipar recursos cuja contrapartida não caracteriza propriamente uma remuneração, mas, sim, a amortização” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014. p. 141).

prestação do serviço público, como bem destacado por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara,<sup>42</sup> o concessionário terá de dar cabo de encargos programados e de encargos adicionais.

Os encargos programados são aqueles que já foram previstos, de forma individualizada, desde a celebração do instrumento contratual. Não é por outra razão que tal espécie de encargo se constitui como uma cláusula essencial do contrato de concessão, a teor do art. 23, V, da Lei nº 8.987/1995, de acordo com o qual se prevê a obrigatoriedade do estabelecimento de “direitos, garantias e obrigações do Poder Concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”. Os encargos adicionais, por sua vez, são aqueles que não foram, originalmente, previstos na modelagem econômico-financeira dos contratos de concessão – mas que, pela sua incompletude, são estabelecidos, posteriormente, seja pelo Poder Concedente, seja pela agência reguladora setorial.

Para fazer frente ao custeio de tais encargos, o concessionário terá de dar cabo do que Gabriela M. Engler Pinto<sup>43</sup> denomina de investimentos contingentes não precificados para a atualização dos serviços,<sup>44</sup> os quais serão exigíveis quando for verificada determinada condição. De acordo com a referida autora, tais investimentos, usualmente, têm lugar nas seguintes situações: (i) ou são investimentos que, a rigor, deveriam ter sido previstos inicialmente à época da licitação do projeto como investimentos contingentes e não o foram, sobretudo pela dificuldade que é modelar esse tipo de obrigação e precificá-la adequadamente; ou (ii) são investimentos decorrentes de inovações tecnológicas, naturalmente imprevisíveis, mas necessárias para agregar confiabilidade na operação e conforto aos usuários na prestação dos serviços.

Assim é que, nos casos de encargos não programados, relacionados ao atendimento de obrigações de desempenho, não há dúvidas de que há um aporte

<sup>42</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

<sup>43</sup> PINTO, Gabriela M. Engler. Novos Investimentos em concessões de PPPs: contornos de limites. *In: Infraestrutura Fluminense: Um Panorama dos Atuais desafios*. Comissão de Infraestrutura da OAB-RJ. No prelo.

<sup>44</sup> Para ilustrar, citam-se como exemplo as seguintes cláusulas do contrato de concessão de rodovias do estado de São Paulo com mecanismo *free flow*, fruto do edital de concorrência internacional nº 03/2016: “24.13. A ARTESP definirá a necessidade de readequação do PLANO DE INVESTIMENTOS vigente e/ou elaboração de novo(s) PLANO(S) DE INVESTIMENTO(S), que passará(ão) a vigorar, após aprovado(s), sendo vinculativos para a CONCESSIONÁRIA nos anos subsequentes. (...) 24.15 Após o processamento de cada uma das etapas anteriormente descritas neste Capítulo, as PARTES procederão ao cálculo do desequilíbrio, se for o caso, considerando eventuais compensações de haveres e ônus devidos por cada uma das PARTES e, conforme o regramento estabelecido por este CONTRATO, à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”.

adicional de recursos da concessionária, o qual predicará de uma amortização no tempo. Do contrário, estar-se-ia estipulando “obrigações em branco”, as quais teriam de ser sempre adimplidas, durante toda a vigência do contrato de concessão. Cuidar-se-ia de prescrição violadora do art. 104, II, do Código Civil, o qual, tratando da validade do negócio jurídico, exige que o seu objeto seja “determinado” (ou “determinável”).

De fato, em qualquer negócio jurídico, a indeterminação do objeto, que resulta da indefinição das prestações a serem executadas, é causa de invalidade da obrigação. Ademais disso, se a introdução de encargos adicionais (a exemplo da realização de investimentos em obrigações de desempenho), não fosse passível de indenização, nas hipótese de extinção antecipada, com base no singelo argumento de que as concessionárias teriam assumido os deveres genéricos de “adequação” e de “atualidade dos serviços”, elas ficariam submetidas ao puro arbítrio do Poder Concedente – o que é interdito pelo art. 122 do Código Civil, que não admite como válidas cláusulas contratuais puramente potestativas, assim consideradas como as modeladas “ao puro arbítrio de uma das partes”.

Em conclusão: o racional da amortização de investimentos integra o equilíbrio-econômico financeiro da concessão; e ele deve ser aferido pelo critério funcional, e não patrimonial, de sorte que todos os investimentos que não forem amortizados, utilizando-se da variável “prazo”, no “serviço público de exploração rodoviária”, (e não, necessariamente, apenas bens corpóreos), terão de ser indenizados, sob pena se uma expropriação ao patrimônio do concessionário. Razão pela qual tais previsões mereceriam uma revisão, de sorte que a indenização devida ao concessionário abarque os investimentos em bens reversíveis decorrentes do cumprimento de obrigações de desempenho, nos casos em que estejam em curso, ou já tenham sido realizadas e se exaurido. O critério veiculado de que só serão indenizados investimentos em bens que “comprovadamente representem benefício econômico futuro ao sistema rodoviário”, para além de não encontrar lastro no ordenamento jurídico, poderá importar em expropriações ao patrimônio das concessionárias.

## Conclusões

A título de conclusão, tenho que algumas regras deveriam ser utilizadas em modelagens de contratos de infraestrutura para disciplinar a indenização pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados. A primeira delas é a previsão de um devido processo legal, que venha disciplinar as regras de apuração do valor indenizatório, bem como de eventuais questionamentos, por parte da concessionária sobre tal valor, o que geraria incentivos para a redução da judicialização. A segunda é a de que se institua, em cada módulo concessionário, um regime de fiscalização dos investimentos que estão sendo realizados pelo concessionário, por intermédio

de um ato administrativo que possibilite interações periódicas entre concedente e concessionário, que venha a diminuir os embates, por ocasião da extinção antecipada do contrato de concessão. Para tanto, no âmbito desse procedimento, deve se atribuir ao concessionário o ônus de comprovar que os valores contratados são compatíveis com os de mercado, a preceder de modelos simplificados de contratação, compatíveis com o setor privado. Para além disso, tais modelagens devem incluir mecanismos que propiciem que os financiadores possam acompanhar a realização de tais investimentos, o que pode ser feito, por intermédio de um acordo tripartite, que discipline adequadamente períodos de cura e os *step-in rights*.

Além disso, melhor seria que os módulos concessórios dispusessem a propósito de um regime indenizatório distinto para cada fase a execução do contrato de concessão (pré-operacional, de investimentos e amortização). Afinal, para cada uma delas, será necessário estabelecer um racional indenizatório distinto, que venha a recompor os efeitos da extinção prematura do contrato de concessão. Também é seria necessário que tais indenizações sejam diferenciadas para as hipóteses de extinção por culpa do concessionário, ou por culpa em sentido amplo do Poder Público. Nas hipóteses de extinção prematura provocadas pelo poder público, a indenização será composta: (i) pelas parcelas dos investimentos realizados, inclusive em obras de manutenção, bens e instalações, ainda não amortizados ou depreciados; (ii) pela sua desoneração em relação às obrigações decorrentes de contratos de financiamentos por esta contraídas, notadamente nas hipóteses nas quais a receita tarifária figurar como garantia do financiamento (*Project Finance*); e (iii) por todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, contratados e terceiros em geral, inclusive honorários advocatícios, em decorrência do consequente rompimento dos respectivos vínculos contratuais celebrados em função de seu contrato de concessão.

Nas hipóteses de extinção por culpa concessionária, tal indenização será composta: (i) os valores das multas contratuais; (ii) quaisquer valores recebidos pela Concessionária, a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a declaração de caducidade – apenas em caso de caducidade, e não no de relicitação; (iii) eventuais prejuízos provocados pelo poder concedente; e (iv) a garantia contratual. É de destacar, por relevante, que, em contratos de concessão, que se utilizaram da licitação de maior valor de outorga, na hipótese de extinção prematura do contrato de concessão, tal valor deve ser devolvido ao concessionário, de acordo com o período já explorado, valor esse que será composto pelo Valor Presente Líquido (VPL) positivo, aferido a partir de um fluxo de caixa estimado (composto de investimentos e custos operacionais), considerando uma taxa de desconto eleita pelo regulador setorial.

Enfim, contratos de concessão são pactos de confiança. É que o prazo diferido de tais ajustes impõe um racional de previsibilidade à solução das contentas entre as partes, que terão lugar durante o prazo de vigência de tais ajustes. Não é por outra razão que o concessionário precifica os riscos das incertezas contratuais, o que terá lugar caso o contrato não estipule as “regras do jogo” das indenizações pelos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados. Daí a necessidade de que o regime jurídico dos bens reversíveis seja, na medida no possível (num ambiente de incompletude e de racionalidade limitada), delineado no instrumento contratual. Do contrário, o preço a ser pago pela incerteza pode ficar caro.

---

### The Reversion of Assets in Concession Agreements and its Legal-Economic Regime

**Abstract:** The purpose of this essay is to investigate the legal-economic regime for the reversion of assets under Brazilian law. This is justified considering that the topic has gained prominence again, in the Brazilian Infrastructure Law, since the edition of Law No. 13.448/2017, which establishes the regime for the re-bidding of highway concession contracts, railroad and federal airports. To achieve this purpose, the present essay intends to analyze the methodologies used to indemnify the concessionaires for the investments made in not amortized reversible assets, as well as the link between the *reversion regime* and the economic-financial balance in concession agreements.

**Keywords:** Concession agreements. Reversible assets. Indemnification methodology.

---

## Bibliografia

ANDRADE, M.; MARTINS, E. 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*, v. 28, n. 75, p. 344-360, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Parecer acerca da extinção administrativa de contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública – Requisitos materiais e processuais. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 157-217, mar./ago. 2015.

AURÉLIO, Bruno. Novos paradigmas na relação Público-Privado: estudo de caso – as primeiras PPPs Mineiras. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 149-167, jul./dez. 2014.

BROWN, A. C.; STERN, J.; TENENBAUM, B. *Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems*. Washington D.C.: World Bank, 2006. Disponível em: [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/world\\_bank\\_ppiaf\\_handbook\\_for\\_evaluating\\_infrastructure\\_regulatory\\_systems\\_2006\\_english.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/world_bank_ppiaf_handbook_for_evaluating_infrastructure_regulatory_systems_2006_english.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.

CAMACHO, Fernando. *Inovações para as concessões de rodovias federais*. IFC –International Finance Corporation: [s.d.].

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo II*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 199-227, jan./mar. 2016.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de Rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017a.

FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017b.

GUERRA, Sérgio. A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel Guimarães. Encampação de contrato concessão: pressupostos e procedimentos. *Jota*, 03 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/encampacao-de-contrato-concessao-pressupostos-e-procedimentos-03122019>. Acesso em: 20 maio 2020.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Parecer de 24 de outubro de 2018*, a pedido da Deloitte, sobre o regime indenizatório da Rodovia 040 da INVEPAR. Documento gentilmente disponibilizado por seu subscritor.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 35-50, out./dez. 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/95*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo*. Coimbra: 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann; FREITAS, Rafael Vêras de. Contratos no setor elétrico, partes relacionadas e conflitos de interesse. In: AMORIM, Fabio. *Temas relevantes do direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2015. v. 4. p. 156-175.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. Reversibilidade de bens em concessões de telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 73-110, jul./set. 2016.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 38-44, nov. 2014.



PINTO, Gabriela M. Engler. Novos Investimentos em concessões de PPPs: contornos de limites. In: *Infraestrutura Fluminense: Um Panorama dos Atuais desafios*. Comissão de Infraestrutura da OAB-RJ. No prelo.

PRADO, Lucas Navarro. *Extinção de contratos de PPP e concessão*: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/1995. 23 jan. 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/navarroprado/extino-de-contratos-de-ppp-e-concesso-critrios-de-indenizao>. Acesso em: 28 maio. 2019.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Venda de imóvel por concessionária de serviço público no qual se situam bens reversíveis. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 15, mar. 2003. Parecer.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

WORLD BANK. *Guia do Banco Mundial sobre PPPs 2019*. Washington D.C.: World Bank, 2019. 260 p. Disponível em: [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance\\_on\\_PPP\\_Contractual\\_Provisions\\_EN\\_2019\\_edition.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance_on_PPP_Contractual_Provisions_EN_2019_edition.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.

Recebido em: 29.01.2020

Aprovado em: 05.04.2020

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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.

---



ESTA REVISTA  
FAZ PARTE DA  
**PLATAFORMA FÓRUM  
DE CONHECIMENTO  
JURÍDICO®**

**FÓRUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO



E pode ser assinada separadamente  
em nossa loja virtual.

**ASSINE A REVISTA**

[loja.editoraforum.com.br](http://loja.editoraforum.com.br) | 0800 704 3737