



Projeto PNUD – EPL

Ativos Reversíveis em Concessões
Rodoviárias e Aeroportuárias

Produto 1

6 de novembro de 2017

Projeto PNUD – EPL – Ativos Reversíveis em Concessões Rodoviárias e Aeroportuárias

São Paulo, 6 de Novembro de 2017

Atenção:

Empresa de Planejamento e Logística (EPL)

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)

Prezados Senhores,

Conforme contrato de prestação de serviços profissionais da KPMG Advisory S.p.A com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) BRA 10-35768/2017, referente a RFP JOF 0211-31072/2017, a KPMG Consultoria Ltda. Encaminha a versão draft do Produto 1 do contrato em questão, referente ao documento técnico contendo o levantamento e análise do arcabouço legal, doutrinário, jurisprudencial e regulatório que disciplina a matéria.

O presente documento foi realizado com apoio da Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados, nomeadamente nos Capítulos 1 a 4, e 6.

Este documento é destinado exclusivamente à EPL e PNUD (em conjunto referidos como “Cliente”) e foi preparado de acordo com a solicitação do Cliente à KPMG. A divulgação deste documento para terceiros é proibida. A KPMG não tem obrigação de atualizar este relatório posteriormente à data de sua emissão.

Ficamos a disposição para maiores esclarecimentos.

Atenciosamente,

Fernando Faria

KPMG Consultoria Ltda.

Glossário

ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres.
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
Concessionária ou Parceiro Privado	A empresa privada detentora de um contrato de Concessão ou Parceria Público Privada, responsável pela prestação dos serviços do contrato de Concessão, definido de forma genérica neste documento.
EPL	Empresa de Planejamento e Logística.
Poder Concedente	A entidade pública responsável pela concessão dos serviços e contratação do Parceiro Privado, definido de forma genérica neste documento.
PPP	Parceria Público-Privada.
Projeto	Projeto de Concessão ou Parceria Público Privada, definido de forma genérica neste documento.
Step-in-rights	Possibilidade transferência do controle da Concessionária para seus financiadores com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Direito dos financiadores de tomar o controle societário do parceiro privado no caso de inadimplência dos pagamentos de dívida.

Produto 1

Levantamento do arcabouço legal, doutrinário, jurisprudencial e regulatório que disciplina a reversibilidade de bens em contratos de concessão

Conteúdo

Introdução	6
1. Definições para “bens reversíveis”	7
1.1. Conforme a doutrina	7
1.2. Conforme a legislação	9
1.3. Conforme a regulação	19
1.4. Conforme a jurisprudência e o entendimento das Cortes de Contas	27
2. Licitação e contratação das concessões que envolvam bens reversíveis	29
2.1. Legislação	30
2.2. Regulação	36
2.3. Doutrina	38
2.4. Entendimentos da jurisprudência e das Cortes de Contas	40
3. Extinção dos contratos e indenização dos particulares	42
3.1. Legislação	44
3.2. Regulação	50
3.3. Doutrina	53
3.4. Entendimentos da jurisprudência e das Cortes de Contas	58
4. Penalidades	61
4.1. Legislação	61
4.2. Regulação	65
4.3. Doutrina	67
4.4. Entendimentos da jurisprudência e das Cortes de Contas	70
5. Benchmarking Internacional: Término antecipado de contrato	72
5.1. Fontes de Informação	72
5.2. Casos de término antecipado de contrato	72
5.3. O conceito de pagamento de rescisão	73

5.4.	Provisões em contratos de pagamento por rescisão	73
5.5.	Principais considerações para o Poder Concedente	74
5.6.	Indenização por inadimplemento de termos contratuais pelo Poder Concedente, mudança de lei ou término voluntário	75
5.7.	Indenização pelo Poder Concedente por inadimplemento dos termos contratuais pelo Concessionário	78
5.8.	O método e período de pagamento das indenizações	80
5.9.	Estudo de Caso – Reino Unido	81
5.10.	Estudo de Caso - Colômbia	83
5.11.	Riscos associados ao término antecipado de contrato	84
6.	Síntese e próximas fases	87
ANEXO I – Quadro resumo da legislação		105
ANEXO II – Quadro resumo da regulação		113

Introdução

Este produto objetiva apresentar um levantamento legislativo, doutrinário, jurisprudencial e regulatório acerca do tratamento Jurídico conferido aos bens reversíveis, foi realizado com o suporte da Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados.

Para atender às solicitações do termo de referência, o texto foi dividido em 5 capítulos, os quais analisam (i) as definições propostas para bens reversíveis, (ii) a necessidade de tratamento em editais de licitações e em contratos, (iii) a extinção dos contratos e a necessidade de indenização, (iv) as penalidades, (v) benchmarking internacional para término antecipado de contrato.

Os quatro capítulos iniciais foram divididos em tópicos específicos que abordam separadamente os aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e regulatório. No que diz respeito à legislação setorial foram analisadas normas em matéria de energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás, transportes terrestres e aquaviários, transportes aéreos e saneamento básico. O quinto capítulo, de referência internacional de término antecipado de contrato, foi baseado no guia do Banco Mundial para provisões em contratos PPP, e outras referências internacionais.

As normas regulatórias examinadas incluíram os mesmos setores, com exceção do saneamento básico. Ocorre que a prestação dos serviços de saneamento básico é competência dos Municípios. Assim, a regulação destes serviços encontra-se bastante fragmentada, uma vez que pode ser exercida por ente municipal ou delegada a entidade estadual ou consorcial. Assim, seria inviável realizar uma verificação exaustiva das normas reguladoras sobre a matéria.

Cumpre-nos salientar que a análise do tratamento conferido aos bens reversíveis nos diferentes setores não objetiva indicar que um método seria melhor que outro, mas apenas apontar as peculiaridades de cada um e ressaltar as diferentes formas possíveis de abordar a questão.

Ao final do produto será apresentada uma breve conclusão, resumindo os principais aspectos abordados e os pontos de atenção. Passemos, então, à análise dos aspectos referentes à reversibilidade de bens.

1. Definições para “bens reversíveis”

1.1. Conforme a doutrina

De maneira geral, a doutrina caracteriza os bens reversíveis como aqueles necessários à continuidade da prestação dos serviços públicos delegados aos particulares, ou seja, aqueles que sejam não somente úteis, mas essenciais, indispensáveis à referida prestação¹.

Floriano de Azevedo Marques Neto explica que, ao delegar a prestação de serviços públicos aos particulares, seja por permissão, seja por concessão, há necessidade de se estabelecer o conjunto de bens que servirão *direta e necessariamente à prestação do serviço*, bem como a sua *permanência no domínio do delegatário* durante a vigência do contrato de delegação, com sua posterior reversão ao poder concedente, uma vez que o *domínio destes bens está condicionado à continuidade da prestação do serviço por seu titular*. Portanto, a reversão ocorre não para penalizar o particular, mas porque a afetação do bem, ou seja, sua destinação a uma determinada finalidade, *é predominante sobre a titularidade*².

Em outra obra, o mesmo autor explica que a forma de abordar o tema dividiu-se em duas correntes, as quais denomina como “patrimonial”, que justifica a reversibilidade afirmando que os bens adquiridos em razão das receitas recebidas pela prestação dos serviços seriam bens públicos, e a “funcional”, que reafirma a afetação do bem ao serviço, ou seja, que a reversão decorre da essencialidade para a prestação:

Na primeira, os bens reversíveis são aqueles cuja titularidade está aferrada ao fato de ser o poder público o titular do serviço público. Sendo o serviço público uma atividade reservada à prestação em regime público (excepcional em relação à regra geral de liberdade de empresa e de iniciativa) e de titularidade do ente estatal, teríamos que 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.

Na segunda, funcional, o plexo de bens reversíveis estaria mais ligado à sua afetação ao serviço público. Ou seja, o traço da reversibilidade decorreria não do fato do bem integrar o patrimônio de um delegatário do poder público ou ter

¹ Nesse sentido, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 170; JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 330; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 281.

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op cit.*, p. 170.

sido adquirido com receitas de natureza tarifária. Seria sim decorrência do seu emprego, da utilização ou, melhor ainda, de sua essencialidade (imprescindibilidade) para a prestação do serviço público³.

O autor defende a segunda corrente, explicando que a reversão não deve penalizar o concessionário, tampouco objetivar o enriquecimento patrimonial do poder concedente, onerando excessivamente as tarifas, mas apenas garantir a continuidade do serviço público.

Esta opinião é reiterada pelos autores que acordam o tema. E, conforme apontam Flávio Pereira *et al*, é justamente o risco de interromper a atividade que justifica a transferência de patrimônio do privado ao público:

No direito brasileiro, a extinção do contrato de concessão de serviços públicos tem como consequência a reversão dos bens indispensáveis para a regularidade e continuidade do serviço ao patrimônio do poder público. Em outras palavras, se não houvesse óbice à livre alienação dos bens afetos ao serviço público, correr-se-ia o risco de interrupção da atividade, razão pela qual se justifica a transferência de patrimônio, do privado para o público, ao final do contrato⁴.

De forma semelhante, a doutrina de Hely Lopes Meirelles afirma que a reversão deveria abranger somente os bens que assegurem a adequada prestação dos serviços⁵.

Deve-se salientar que não necessariamente todos os bens reversíveis serão conhecidos ao início das respectivas concessões ou permissões. É possível que, no decorrer da execução do contrato, o particular tenha de adquirir bens que assumirão esta característica e, portanto, deverão ser sujeitos ao mesmo regime.

Contudo, seria impossível que uma lei geral indicasse todos estes bens, já que há diversas peculiaridades concernentes a cada setor em questão. Por esta razão,

³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens reversíveis nas concessões do setor de telecomunicações. In: Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 8, out./dez. 2004, p. 101

⁴ 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, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=219043>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 379.

torna-se ainda mais importante que as regras setoriais sobre sua identificação e eventuais indenizações sejam claras e garantam segurança jurídica ao particular contratado, ao mesmo tempo que permitam um cálculo ajustado das tarifas de uso dos serviços, ao longo da concessão.

Ocorre que, apesar de ser um conceito essencialmente jurídico, delineado em função da necessidade de que seja garantida a continuidade da prestação dos serviços públicos, dele decorrem dois impactos econômicos centrais: (i) seus reflexos na tarifa, e (ii) a eventual obrigação de que o poder concedente indenize o particular, caso ao final da concessão, os investimentos realizados não tenham sido amortizados.

Assim, é fundamental considerar que eventual excesso na indicação de bens reversíveis pode acarretar um ônus ao invés de um benefício ao poder concedente.

É ainda importante mencionar que, em alguns setores, a despeito de não haver propriamente bens reversíveis, há bens que se sujeitam a regime semelhante. É o caso, por exemplo, das concessões de transporte aéreo. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques esclarece:

No concernente aos bens, as concessões aéreas têm um regime bastante diverso do comumente verificado nas concessões de serviços públicos. No seu âmbito, não há propriamente que se falar em bens reversíveis, embora o uso de bens públicos seja imprescindível para o transporte aéreo: a infraestrutura aeroportuária e mesmo os horários de utilização do espaço aéreo para pousos e decolagens (slots). Basicamente, o acervo de bens necessários à operação do transporte aéreo regular (o objeto da concessão) é composto por um conjunto de bens intangíveis, direitos de uso e direitos de arrendatário. Não obstante, a específica disciplina do setor leva a que o regime dos bens imprescindíveis ao serviço concedido acabe por receber tratamento bem próximo ao da reversão⁶.

Desse modo, ainda que não se trate exatamente de “bens reversíveis”, o setor de aviação civil também necessita de normas para regulamentar o tema.

1.2. Conforme a legislação

Ao analisar o regime jurídico das concessões no Brasil, verifica-se que não há uma definição expressa para “bens reversíveis”. Na legislação geral, é natural que não

⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 217.

haja uma indicação precisa dos bens reversíveis, uma vez que esta definição depende de especificidades de cada setor. É, inclusive, importante que não haja tal indicação, de modo a garantir certa margem de discricionariedade para que o poder concedente possa avaliar no caso concreto a necessidade de incluir um novo bem como reversível

O que deve haver é uma expressa vinculação à imprescindibilidade destes bens à continuidade do serviço, delimitada em conformidade com o setor, já que a existência destes bens onera a tarifa e pode gerar uma obrigação de indenização por parte do poder público. Entretanto, conforme demonstrado a seguir, mesmo as legislações setoriais apresentam lacunas quanto ao tema, transferindo geralmente ao edital e ao contrato a obrigação de disciplinar o tratamento dos bens reversíveis e, frequentemente, também há lacunas ou falhas nas disposições destes instrumentos.

1.2.1. Regime geral

A despeito de conter regras sobre a matéria, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, (a partir de então, referida como Lei de Concessões), não traz um conceito para bens reversíveis. Conforme exposto adiante, a Lei transferiu a definição para o edital de licitação e apenas se preocupou com a necessidade de previsão contratual sobre o tema, bem como com questões referentes à extinção do contrato,

Do mesmo modo, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, (adiante referida como Lei de PPPs) também não se preocupou em apresentar tal definição.

As poucas referências a conceitos para o tema podem ser encontradas apenas nas legislações setoriais que, por diversas vezes, remetem à necessidade de atuação das entidades de regulação.

1.2.2. Setor de Energia Elétrica

No **setor de energia elétrica**, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplina o regime das concessões de serviços públicos no setor, traz uma referência indireta ao fundamento da continuidade do serviço, ao afirmar, em seu art. 18, que: “A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles **utilizados, exclusiva e permanentemente**, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica” (grifo nosso).

Ao utilizar a qualificação “exclusiva e permanentemente” a lei deixa clara a intenção de reverter ao poder público apenas os bens essenciais à prestação, o que resta confirmado adiante, na análise da regulação do setor.

1.2.3. Setor de Telecomunicações

Por sua vez, no **setor de telecomunicações**, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação e funcionamento do órgão regulador, apresentava uma disciplina normativa bastante semelhante à Lei de Concessões, transferindo ao contrato parte do ônus de definir as regras sobre a matéria.

Com a alteração introduzida pela Lei nº 12.485, de 2011, o parágrafo único do art. 86 da LGT passou a prever, dentre *os critérios e condições para a prestação de outros serviços de telecomunicações diretamente pela concessionária* (fora do regime público), a *existência de mecanismos que assegurem o adequado controle público no que tange aos bens reversíveis* (inciso III). Entretanto, não foi inserida qualquer definição para “bens reversíveis”.

Uma caracterização de parcela destes bens pode ser encontrada no Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000, que dispõe sobre a regulamentação do Fundo de

Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust). Seu art. 12⁷ determina que sejam incluídos, no rol de bens reversíveis, os bens descritos no art. 11:

Art. 11. As aquisições e contratações de equipamentos, materiais e serviços associados à execução do plano de universalização, que utilizem parcela de recursos do Fust, somente poderão ser concretizadas observando critérios de preço, qualidade, tecnologia, racionalidade, compatibilidade, desempenho, prazo de entrega e assistência técnica, dentre outros. (grifo nosso)

Com isso, conclui-se que no conceito de bens indispensáveis à continuidade dos serviços, estão incluídos aqueles bens essenciais ao atingimento das metas do setor, especialmente, quando recursos públicos são utilizados para esta finalidade, como é o caso da utilização de recursos do FUST para a universalização dos serviços de telecomunicações.

1.2.3.1. Da disputa sobre a reversibilidade de imóvel onde funcionava a sede administrativa de empresa concessionária.

A Telefônica do Brasil S.A., na qualidade de concessionária do serviço de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, utilizava diversos bens imóveis que compunham o denominado Complexo Martiniano de Carvalho, onde esteve instalada a sede administrativa da empresa, mas que se encontrava desocupado quando do debate sobre o tema.

Considerando o entendimento doutrinário, bem como dispositivos legais e regulatórios sobre o tema, entende-se que tais imóveis não deveriam ser reversíveis, pois (i) não se tratava de bem funcional para a concessão (indispensável para a continuidade do serviço), já que o complexo era utilizado apenas como sede administrativa; (ii) o bem reversível não constava no contrato de concessão como tal; (iii) não há qualquer referência ou associação que atribua ao instituto da reversibilidade o condão de viabilizar economicamente a concessão e que impute a todo o patrimônio da concessionária (e não só aquela parcela diretamente relacionada à prestação do serviço) o ônus de suportar e garantir economicamente concessão; e (iv) a União

⁷ Art. 12. Os bens decorrentes das aquisições e contratações citadas no art. 11 deste Decreto deverão ser relacionados no acervo de bens reversíveis da concessionária.

Federal alienou sua participação acionária na companhia, em leilão público, tendo sido remunerada pelo valor de todos os bens e direitos que compunham seu acervo patrimonial.

Entretanto, com base na Análise nº 131/2012-GCRZ, a ANATEL, afirmou que os imóveis eram bens reversíveis, argumentando que (i) são considerados como tal tanto os bens que tenham importância funcional, como os que tenham importância patrimonial na concessão (importância econômica para a modicidade tarifária); (ii) o aspecto patrimonial tem seu foco nos efeitos da evolução patrimonial sobre a eficiência da concessão e sobre a modicidade tarifária; (iii) o imóvel tem importância fundamental para assegurar a viabilidade econômica da concessão e seu valor econômico no longo prazo; e (iv) a reversibilidade do patrimônio da concessionária não é exceção, mas regra geral e abrangente.

Além disso, alega-se que o ônus da reversão não alcança somente os itens patrimoniais ligados intrinsecamente à prestação do serviço público, mas se estende, no caso dos imóveis, por exemplo, àqueles dedicados ao desenvolvimento de atividades que dão suporte ao serviço concedido, podendo, inclusive, aplicar-se a bens imóveis que funcionam como sede administrativa de empresa que preste serviço em regime público.

Desse modo, conclui a ANATEL que o aspecto patrimonial dos bens reversíveis não pode ser afastado, visto que são os bens concedidos, tangíveis e intangíveis, que asseguram a viabilidade econômica e a competitividade das concessionárias em um mercado disputado com empresas operando no regime privado.

De acordo com a agência reguladora, os bens vinculados à concessão não se restringem ao menor conjunto possível de ativos necessários para a prestação do serviço, correspondendo, na verdade, ao conjunto de todos os bens que possam ser utilizados na prestação do serviço adequado e que contribuam para a valorização econômica da concessão e, principalmente, para a eficiência e a modicidade tarifária de longo prazo.

Assim, a decisão proferida pela ANATEL afirma que os bens reversíveis são aqueles imprescindíveis à manutenção operacional da prestação e da eficiência

associada ao serviço adequado, destacando sua relevância patrimonial e econômica para a modicidade tarifária. Conclui, portanto, que o enquadramento dos imóveis administrativos como bens reversíveis, não só seria perfeitamente possível, como deveria se configurar como regra geral no caso do patrimônio das concessionárias. E, no caso específico do complexo administrativo em questão, conclui que, como sede administrativa de atividades essenciais à concessão, se caracterizaria indubitavelmente como bem reversível.

Houve, então, a interposição de recurso que alegou que os bens reversíveis devem ser definidos pelo critério funcional e não patrimonial. Assim, considerando também a legislação sobre a matéria, a reversão dos bens estaria associada à necessidade de assegurar que os serviços públicos continuem sendo prestados regularmente após o término da concessão, seja pelo poder concedente, seja por outro particular.

Em novo exame sobre o tema, foi publicada a Análise nº 161/2017/SEI/IF, da ANATEL, segundo a qual somente é cabível a reversão dos bens que sejam indispensáveis à prestação do serviço público concedido, não sendo aplicável àqueles que não se revistam desse caráter de imprescindibilidade.

Destacou-se ser facultada às concessionárias do STFC a exploração de outros serviços de telecomunicações. Logo, os bens utilizados na exploração desses outros serviços – que não se revelem também indispensáveis à fruição do STFC – constituem patrimônio privado excluído da reversão e livremente disponíveis.

Assim, os bens das concessionárias que não são utilizados na prestação do serviço concedido, ainda que gerem rendas para a concessionária, não são atingidos pela reversão, e somente podem ser transferidos ao domínio do Estado mediante desapropriação ou mecanismo equivalente.

A Análise acrescentou, ainda, que a maximização do estoque de bens reversíveis não implica a viabilidade econômica da concessionária, tampouco a modicidade tarifária. Ao contrário do exposto na Análise nº 131/2012-GCRZ, argumenta que impor diretrizes que visem à maximização do estoque de bens reversíveis representa um entrave à produtividade da prestadora com efeito nocivo sobre as tarifas.

Desse modo, manter bens reversíveis imporia ônus extraordinário à concessionária, com efeitos indesejáveis sobre as tarifas, e um risco à União, que poderia, eventualmente, ser condenada a indenizá-la.

Assim, manter a reversibilidade sobre esses bens mostra-se medida prejudicial à eficiência empresarial e à própria modicidade tarifária, pois faz recair sobre a tarifa o custo de amortização de um bem que não mais é necessário à prestação do serviço.

Por fim, a Análise assevera que a incidência da reversibilidade sobre imóveis - ainda que dedicados ao uso administrativo - não deve ser presumida, mas aferida.

No entanto, ainda não houve uma decisão final sobre a questão.

Neste caso, o que se observa é uma confusão entre o que seriam os bens afetados pelo interesse público no serviço, num vizez patrimonial (antes da aferição das fontes de custeio de sua aquisição) e os bens imprescindíveis à prestação do serviço público. O debate contribui para a distinção entre a abordagem finalística ou institucional do tema e a matéria de índole eminentemente econômica que cerca a definição dos bens reversíveis em uma concessão.

1.2.4. Setor de Petróleo e Gás

Passando ao **setor de petróleo e gás**, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, também não conceitua bens reversíveis.

1.2.5. Setor de Transportes Terrestres e Aquaviários

Do mesmo modo, no **setor de transportes terrestres e aquaviários**, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, também não conceitua os bens reversíveis e, inicialmente, tratava pouco do tema.

Conforme será visto adiante, a lei transfere ao contrato a obrigação de definir os critérios para reversibilidade dos ativos. Ainda, com a alteração introduzida pela Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, tal obrigação foi estendida ao edital de licitação, mas não foi fixada qualquer definição ou forma de identificação de bens reversíveis.

Ainda analisando o setor de transportes terrestres, o Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, que Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da ANTT, afirma, em seu art. 3º, que é competência da agência *analisar e classificar, quanto às suas reversibilidades e indenizações, os bens das concessionárias bem como os investimentos autorizados e por elas realizados* (inciso XIII) e *tomar as medidas para que os investimentos em bens reversíveis sejam contabilizados em contas específicas* (inciso XIV). Quanto ao transporte ferroviário, o art. 4º, III, disciplina a competência para *promover e julgar licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados*.

1.2.5.1. Prorrogação das Concessões Ferroviárias: da Confusão entre “bens da concessão” e “bens reversíveis”

Em face da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016 (recentemente, convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabeleceu diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal), foi autorizada a prorrogação antecipada de contratos ferroviários.

Para atender às exigências da referida MP nº 752/2016, poderiam ser prorrogados contratos cujos prazos estivessem entre 50 a 90% do seu curso, com as condições de que (i) incluíssem investimentos não previstos no instrumento contratual então vigente e (ii) cumprissem metas de produção e segurança definidas contratualmente.

No âmbito da Audiência Pública nº 010/2016, que visava ao aprimoramento da minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da América Latina Logística Malha

Paulista S/A (“Termo Aditivo”), foram identificadas questões relevantes a respeito do tratamento dado aos bens reversíveis ali envolvidos.

Em um primeiro momento, verificou-se que o instituto da reversibilidade dos bens no âmbito dos contratos de concessão tem por fundamento a garantia da continuidade da prestação de serviço público concedido quando da extinção do respectivo contrato de concessão.

Assim, deveriam ser considerados reversíveis os bens que se fizessem necessários à manutenção da prestação do serviço público concedido, o que vincula a noção de reversibilidade a um **critério funcional**. Ou seja, nem todos os bens vinculados à execução de um contrato devem ser considerados como reversíveis.

Contudo, constatou-se que, a despeito de o Termo Aditivo contemplar o critério funcional em uma de suas cláusulas (Cláusula 48.1), em outras ocorre uma confusão entre o conceito de “bens da concessão” (que deveria abranger todos os bens utilizados pela concessionária para a prestação dos serviços ferroviários que lhe foram outorgados) e a noção de “bens reversíveis” (que somente deveria abranger os bens necessários à continuidade dos serviços), senão vejamos.

A Cláusula 38.2 do Termo Aditivo previa:

38.2 Extinta a **Concessão**, retornam para a **ANTT** todos os **Bens da Concessão**, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, e cessarão, para a **Concessionária**, todos os direitos emergentes do **Contrato**.
38.2.1 Os **Bens da Concessão** deverão, em conjunto, representar capacidade de tração e de carga equivalente ou superior àquela verificada no momento da assinatura do **Contrato de Concessão Original**, independentemente de apresentarem natureza ou características distintas dos bens originalmente transferidos à **Concessionária** no **Contrato de Arrendamento**.

A solução apontada para evitar tal conflito, foi retirar das definições iniciais (Cláusula 1ª), a possibilidade de a ANTT definir quais bens seriam tidos como reversíveis. Dessa forma, a redação da cláusula deixaria de ser:

(vi) Bens Reversíveis: os Bens da Concessão indispensáveis à continuidade dos serviços da Concessão, conforme definidos pela ANTT, nos termos da regulamentação específica, e que serão revertidos à União ao término do Contrato.

E passaria a ser:

(vi) Bens Reversíveis: os Bens da Concessão indispensáveis à continuidade dos serviços da Concessão que serão revertidos à União ao término do Contrato.

Além disso, propôs-se alterar a cláusula 38.2, no sentido de substituir “bens da concessão” por “bens reversíveis”, acrescentando que somente poderiam ser declarados, como Bens Reversíveis, os bens imóveis situados dentro da Faixa de Domínio e os bens móveis necessários à garantia da capacidade de tração e carga mínima prevista na subcláusula 38.2.1.

Tem-se, pois, que há uma necessidade de clareza sobre como se dá a qualificação de bens como reversíveis, que não aparenta se satisfazer com a reserva de todos os bens ou a previsão de que o poder concedente poderia, à seu talante, operar tal qualificação (independente do mecanismo contratual de custeio dos bens) mas com a observância de critério objetivo, que no caso do Termo Aditivo, era o de que seriam reversíveis os bens “situados dentro da Faixa de Domínio” e os bens móveis “necessários à garantia da capacidade de tração e carga mínima” prevista em cláusula anterior.

1.2.6. Setor de Transportes Aéreos

Já no setor de **transportes aéreos**, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, não contém qualquer disposição sobre o tema. A lacuna também não é suprida pelo Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. O Decreto apenas tangencia a questão dos bens reversíveis, mencionando a possibilidade de dá-los em garantia, sem apresentar qualquer definição.

1.2.7. Setor de saneamento básico

Por fim, no âmbito do **setor de saneamento básico**, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, trata

brevemente da questão, tendo, inclusive, alterado o art. 42 da Lei de Concessões para incluir a necessidade de levantamento dos bens reversíveis em concessões de caráter precário (que deveriam ter sido extintas até 2010, nos termos do §3º do mesmo dispositivo). Entretanto, também não apresenta qualquer definição.

Conforme visto, a legislação não avança na definição do que seriam os bens reversíveis. As leis gerais que disciplinam as concessões não apresentam qualquer definição, e as legislações setoriais acabam por transferir esta obrigação aos contratos e editais e à regulação específica de cada setor.

Ainda que seja importante manter certa margem à discricionariedade, para eventuais inclusões de bens que se tornem necessários à prestação dos serviços nas diversas situações específicas, as legislações setoriais ou mesmo a Lei de Concessões poderiam estabelecer os critérios determinantes para a identificação destes bens, facilitando a tarefa de reguladores e gestores.

Passamos, então, a analisar as normas regulatórias acerca do tema.

1.3. Conforme a regulação

1.3.1. ANEEL

No **setor de energia elétrica**, a Resolução Normativa nº 596, de 19 de dezembro de 2013, da Aneel, define, em seu art. 3º, *caput*, os bens reversíveis de forma bastante específica e mantendo a conformidade com a Lei nº 9.427/1996:

Art. 3º Os bens reversíveis de que trata esta Resolução são aqueles **utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção de energia elétrica**, cujos investimentos prudentes foram realizados com o objetivo de **garantir a continuidade e atualidade do serviço** concedido.

A definição é complementada pelo teor dos §1º e §2º do dispositivo, que exemplificam tanto os bens considerados reversíveis, como os que não devem ser reverter ao poder concedente:

§ 1º Constituem bens reversíveis o conjunto de itens de infraestrutura comuns à usina, tais como, reservatórios, barragens tomada d'água, condutos, canais, vertedouros, comportas, casa de comando, além dos equipamentos de geração, como turbinas, geradores, transformadores, serviços auxiliares e relacionados ao sistema de transmissão de interesse restrito.

§ 2º Não constituem bens reversíveis, exemplificativamente, os bens administrativos, tais como móveis, utensílios, veículos, terrenos, edificações, urbanização e benfeitorias.

§ 3º Não serão considerados os investimentos decorrentes de alterações na configuração do sistema elétrico autorizados pela ANEEL nos termos da Resolução Normativa nº 330, de 26 de agosto de 2008.

Assim, são reversíveis ao poder concedente, apenas aqueles bens essenciais à continuidade dos serviços, excluindo-se, por exemplo, os utilizados para fins administrativos, sejam móveis, sejam imóveis.

1.3.2. ANATEL

No **setor de telecomunicações**, a Anatel dispõe de um “Regulamento de Controle de Bens Reversíveis”, aprovado pela Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006, e que integra a referida resolução como anexo.

Nos termos do art. 2º, “[e]ste Regulamento dispõe sobre os procedimentos relacionados a Inventário, Relação de Bens Reversíveis (RBR), Registro, Desvinculação, Alienação, Oneração ou Substituição de Bens Reversíveis utilizados na prestação de serviço de telecomunicações no regime público”.

Assim, o art. 3º estabelece diversas definições, dentre as quais:

IV - Bens Reversíveis: 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; (grifo nosso)

De modo semelhante à regulação da ANEEL, o conceito de bens reversíveis definido pela ANATEL também está fundamentado na sua essencialidade à continuidade e à atualidade da prestação.

Ainda, em seu inciso X, o mesmo dispositivo determina a obrigatoriedade de ser elaborada uma relação, indicando todos os bens reversíveis vinculados à concessão:

Art. 3º. (...)

X - Relação de Bens Reversíveis (RBR): documento em que se acham registrados os Bens Reversíveis, contendo, no mínimo, a descrição, com número de patrimônio, situação (onerado ou não), localização, entidade responsável pela guarda e outras informações que os identifiquem de forma precisa;

Evidentemente, conforme já mencionado, é possível que haja alteração dos bens indicados ao início da contratação, de modo que esta lista poderá ser dinâmica. Qualquer alteração deve ser aprovada pela ANATEL, nos termos do art. 9º da Resolução⁸.

Ainda, o parágrafo único do art. 3º referido anteriormente inclui dentre os bens reversíveis as autorizações de uso de radiofrequências, dado que são essenciais à continuidade dos serviços:

Art. 3º (...)

Parágrafo único. São, também, considerados Bens Reversíveis e devem integrar a RBR, definida no inciso X deste artigo, as autorizações de uso de radiofrequências que sejam outorgadas à Prestadora e, quando couber, o direito de uso de posições orbitais, observado o disposto nos artigos 48 e 161 da Lei nº 9.472, de 1997.

Finalmente, o regulamento contém um anexo denominado “Qualificação dos bens reversíveis”, que sinaliza no sentido de que revertam ao poder concedente apenas os bens essenciais ao serviço. Ao enumerar os tipos de bens relacionados ao serviço telefônico fixo comutado (STFC) que reverterão ao poder concedente, o rol é finalizado com a indicação de “[o]utros [bens] indispensáveis à prestação do serviço”⁹.

Por sua vez, o Regulamento de Operacionalização da Aplicação de Recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust), aprovado pela

⁸ Art. 9º A RBR pode ser alterada por meio de Registro e, desde que a Prestadora tenha obtido anuência prévia da Anatel, por meio de Desvinculação, Alienação, Oneração ou Substituição.

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

⁹ I - Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC

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

Resolução nº 269, de 9 de julho de 2001, traz em seus artigos 39 e 41 normas bastante semelhantes às contidas nos art. 11 e 12 do Decreto nº 3.624/2000. Seu art. 41¹⁰ determina que sejam incluídos, no rol de bens reversíveis, os bens descritos no art. 39:

Art. 39. As aquisições e contratações de equipamentos, materiais e serviços associados à execução de Planos de Metas para a Universalização, que utilizem parcela de recursos do Fust, somente poderão ser concretizadas observando critérios de preço, qualidade, tecnologia, racionalidade, compatibilidade, desempenho, prazo de entrega e assistência técnica, dentre outros.

Assim como dito anteriormente, a norma enfatiza que bens adquiridos com a contribuição de recursos públicos, para o atingimento das metas do setor, também deveriam reverter ao poder concedente ao final da concessão.

1.3.3. ANP

No **setor de petróleo e gás**, a definição está presente em mais de uma das resoluções da ANP.

A Resolução ANP nº 28, de 18 de outubro de 2006, estabelece os procedimentos referentes à *Alienação e Reversão de Bens pertencentes a Sistemas de Produção e à Devolução de Áreas de Concessão na Fase de Produção conforme disposto no art. 28, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no Contrato de Concessão (art. 1º)*. Em seu art. 2º, ela apresenta a seguinte definição para bens reversíveis:

Art. 2º (...)

a) Bens Reversíveis – São todos e quaisquer bens móveis e imóveis, principais e acessórios, de propriedade do Concessionário, existentes em qualquer parcela da área da concessão, cujos custos de aquisição são dedutíveis de acordo com as regras aplicáveis para o cálculo da Participação Especial e que, **a critério exclusivo da ANP, sejam necessários para permitir a continuidade das Operações ou sejam passíveis de utilização de interesse público;** (grifo nosso)

Por sua vez, a Resolução ANP nº 25, de 24 de abril de 2014, aprova o Regulamento Técnico de Devolução de Áreas na Fase de Exploração, contido no

¹⁰ Art. 41. Os bens decorrentes das aquisições e contratações, citadas no art. 39, serão relacionados no acervo de bens reversíveis da Prestadora Contratada, nos termos da legislação vigente.

Anexo a esta Resolução (art. 1º). Também em seu art. 2º, a resolução apresenta uma definição para bens reversíveis:

Art. 2º (...)

III - Bens Reversíveis: são todos e quaisquer bens móveis e imóveis, principais e acessórios, existentes em qualquer parcela da Área sob Contrato, e que, **a critério exclusivo da ANP, sejam necessários para permitir a continuidade das operações ou sejam passíveis de utilização de interesse público.**
(grifo nosso)

Ambos os dispositivos transcritos conceituam os bens reversíveis de forma semelhante. Entretanto, diferem sutilmente das resoluções analisadas até o momento, uma vez que deixam à discricionariedade exclusiva da ANP decidir quanto à necessidade do bem para continuidade das operações, além de adicionarem a noção de utilização de interesse público como critério determinante da reversibilidade.

Esta definição é bastante vaga, especialmente, se analisada em conjunto com o inciso XII do mesmo artigo, que conceitua “reversão de bens” como *o ato de transferir à propriedade da União e à administração da ANP um bem que teve como propósito original a Exploração de Petróleo ou Gás Natural*. Esta definição pode ensejar conflitos, porque inclui não apenas os bens essenciais ao serviço, mas amplia o conceito para abranger bens cujo propósito original tenha sido a exploração de petróleo ou gás natural, ainda que não sejam essenciais à continuidade do serviço.

É importante destacar que o §4º do art. 3º da mesma Resolução ANP nº 25/2014 exclui do conceito as instalações para atividades de exploração de petróleo ou gás natural que sejam compartilhadas entre contratados¹¹. Do mesmo modo, o art. 8º da já mencionada Resolução ANP nº 28/2006 prevê que instalações de produção de petróleo ou gás natural, compartilhadas entre campos, não serão reversíveis (a menos que haja extinção simultânea de todos os contratos)¹².

¹¹ Art. 3º (...)

§4º Qualquer instalação destinada às atividades de Exploração de Petróleo ou Gás Natural, compartilhada entre Contratados, não será considerada Bem Reversível.

¹² Art. 8º Qualquer Instalação de Produção de petróleo ou gás natural compartilhada entre campos não será considerada como um Bem Reversível, a menos que se verifique simultaneamente para todos eles a extinção da concessão, como prevista no art. 28 da Lei nº 9.478, de 06.08.1997.

Ainda, o art. 9º da mesma Resolução ANP nº 28/2006 traz uma lista exemplificativa de bens que deverão reverter ao poder concedente ao final da concessão, incluindo os equipamentos considerados necessários à prestação dos serviços¹³. Por sua vez, o art. 10º inclui, para os casos de extinção do contrato por esgotamento das jazidas, *poços que possam ser recompletados para produção de água potável*, além das *vias de acesso de propriedade do Concessionário*¹⁴, o que foge ao conceito regular de bens reversíveis, dado que não constituem bens essenciais à continuidade do serviço. Entretanto, podem ser interpretados na noção de “usos de interesse público” referida pela agência em diversos regulamentos.

1.3.4. ANTT

No **setor de transportes terrestres**, as resoluções tratam do tema apenas de forma tangencial, não havendo definição para o **setor de transportes rodoviários**.

Especificamente para o **setor ferroviário**, a Resolução nº 3.543, de 7 de julho de 2010 estabelece procedimentos e prazos a serem adotados pelas concessionárias prestadoras de serviço público de transporte ferroviário para registro de bens, investimentos e projetos associados junto à ANTT. Da combinação dos seus artigos 7º e 1º, é possível extrair o conceito de bens reversíveis para a ANTT, aquele modal. O art. 7º dispõe que:

Art. 7º Os **bens e investimentos constantes do art. 1º, parágrafo único, inciso I, alínea b, e inciso II, alíneas a e b**, desde que autorizados e concluídos, constituem a base de informações necessárias para fins de

¹³ Art. 9º No caso de extinção do Contrato de Concessão, em decorrência do previsto no art. 28 da Lei nº 9.478, de 06.08.1997, os bens relacionados a seguir, existentes em qualquer parcela da área da concessão, serão considerados Bens Reversíveis e poderão reverter à posse e propriedade da União e à administração da ANP, a saber, mas não se limitando a: - Todos os poços e seus equipamentos de completação; - Árvores de natal; - Linhas de surgência; - Umbilicais; - Risers; - Manifolds submarinos e satélites de produção; - Estações de produção; - Unidades de produção; - Unidades de produção marítimas; - Plantas de processamento primário; - Estações de compressão; - Estações de bombeamento; - Dutos de escoamento da produção; - Unidades de tratamento de petróleo e gás; - Unidades de tratamento de efluentes; - Centrais de geração de eletricidade; - Centrais de geração de vapor; - Vias de acesso de propriedade do concessionário; - Linhas de transmissão.

¹⁴ Art. 10. No caso de extinção do Contrato de Concessão em decorrência do esgotamento das jazidas, segundo os cálculos e previsões constantes do último Plano de Desenvolvimento aprovado para o campo, os bens relacionados a seguir, existentes em qualquer parcela da Área da Concessão, que sejam passíveis de utilização de interesse público, serão considerados Bens Reversíveis e poderão reverter à posse e propriedade da União Federal e à administração da ANP, a saber:

- Poços que possam ser recompletados para produção de água potável;
- Vias de acesso de propriedade do Concessionário.

remuneração dos investimentos, a ser contemplada no cálculo das tarifas de transporte ferroviário e em eventual **indenização decorrente de reversibilidade de bens** ao final da concessão.

Parágrafo único. Os bens e investimentos de que trata este artigo, enquanto não informados e registrados no sistema GIGFER e ratificados pela ANTT, nos termos da presente Resolução, não serão considerados no cálculo das tarifas de transporte ferroviário para fins de remuneração da concessionária ou de eventual indenização por ocasião de declaração de reversibilidade de bens ao final da concessão.

Assim, desde que informados e registrados no sistema GIGFER e ratificados pela ANTT, serão considerados reversíveis os *bens móveis e imóveis de propriedade da concessionária que sejam utilizados na prestação do serviço público de transporte ferroviário*, vinculados à concessão (alínea 'b' do inciso I), e os investimentos para aumentar a capacidade produtiva do sistema ferroviário, seja para *aquisição, expansão, construção, modernização ou recuperação de bens em função de danos ocorridos antes da assinatura do contrato de concessão*, seja para *implantação de sistemas de telecomunicações, sinalização, energia e informática*:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Para fins desta Resolução, são considerados:

I - bens vinculados à concessão:

(...)

b) os bens móveis e imóveis de propriedade da concessionária que sejam **utilizados na prestação do serviço** público de transporte ferroviário.

II - **investimentos** vinculados à concessão, especialmente os recursos aplicados **para aumentar a capacidade produtiva** do sistema ferroviário na prestação do serviço público de transporte ferroviário, tais como:

a) aquisição, expansão, construção, modernização ou recuperação de bens em função de danos ocorridos antes da assinatura do contrato de concessão; e
b) implantação de sistemas de telecomunicações, sinalização, energia e informática.

(...) (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que a definição é bastante ampla, uma vez que o conceito abrange bens utilizados na prestação e os investimentos para aumentar a capacidade produtiva, tornando completa a noção de bens necessários à continuidade da prestação.

1.3.5. ANTAQ

No **setor de transportes aquaviários**, foi editada recentemente a Resolução nº 5010/2016, que aprova a proposta de norma que estabelece os novos procedimentos

e critérios para a reversibilidade de bens nos Portos Organizados, incluindo a incorporação e desincorporação de bens da União sob a guarda e responsabilidade das administrações portuárias e seus arrendatários (art. 1º), e que deve ser submetida a audiência pública (art. 2º). Portanto, o anexo que contém a nova norma **ainda não está em vigor**.

Caso seja aprovado, o texto trará uma definição expressa para bens reversíveis:

Art. 6º Para os efeitos desta Resolução, consideram-se: (...)
VIII – bem reversível: 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**; (grifo nosso)

Observa-se que o conceito colocado se fundamenta na noção reiterada de continuidade da prestação dos serviços. A norma determina, ainda, a manutenção de cadastro atualizado dos referidos bens¹⁵.

De acordo com o inciso XV do art. 6º, a lista de bens reversíveis deverá incluir levantamento físico e contábil¹⁶. O registro contábil deverá obedecer a norma específica da agência, e qualquer operação financeira depende de prévia comunicação à ANTAQ¹⁷.

¹⁵ Art. 31. As autoridades portuárias e as arrendatárias deverão manter permanentemente atualizados os cadastros e controles da propriedade e guarda dos bens reversíveis e dos bens da União sujeitos à desincorporação por meio de ato autorizativo desta Agência.

§1º Anualmente deverá ser apresentado a esta Agência, pela administração portuária e pelo arrendatário, da parte que lhe cabe, em calendário a ser divulgado pela ANTAQ, um Inventário e uma Lista de Bens Reversíveis, respectivamente, cujo conteúdo mínimo obedecerá ao Art. 5º desta Norma.

§2º A administração portuária exercerá fiscalização permanente dos bens reversíveis em poder dos arrendatários, de modo a manter catalogados, no inventário desses bens, os investimentos efetuados, conforme pactuado no contrato de arrendamento.

¹⁶ Art. 6º (...) XV – Lista de Bens Reversíveis: levantamento físico e contábil de todos os bens reversíveis localizados na área do porto organizado, incluindo as demais informações para sua caracterização conforme Art. 5º e Capítulo XI desta Norma, destinado aos concessionários, delegatários por convênio e arrendatários, realizada por Comissão Especial Permanente, evidenciando, em separado, as Variações Patrimoniais em relação à demonstração do período anterior resultantes de investimentos e outras operações relacionadas nesta Norma;

¹⁷ Art. 30. Os bens reversíveis deverão ser registrados contabilmente pelos respectivos responsáveis, de acordo com norma específica desta Agência, atendendo ao disposto nos artigos 4º e 5º desta norma.

O regulamento prevê, ainda, que a análise e a classificação dos bens da União seja realizada pela ANTAQ, conforme norma específica¹⁸, a qual deve ainda ser editada.

1.3.6. ANAC

No **setor de transportes aéreos**, a regulação não apresenta qualquer conceituação ou identificação de quais bens devam reverter ao poder concedente ao final da concessão. Há apenas dois manuais de procedimentos que foram aprovados recentemente: (i) o Manual de Procedimento MPR/SRA-025-R00 sobre Inventário de Bens Reversíveis, aprovado pela Portaria ANAC nº 2.507/2017; e o (ii) Manual de Procedimento MPR/SRA-013-R00 sobre Desfazimento de Bens Reversíveis, aprovado pela Portaria nº 2.839/2017.

1.4. Conforme a jurisprudência e o entendimento das Cortes de Contas

É evidente que não cabe ao Poder Judiciário, tampouco às Cortes de Contas, estabelecer um conceito para bens reversíveis. Entretanto, em razão das lacunas encontradas na legislação e regulação setorial, não raro o tema é objeto de disputas entre o poder concedente e os particulares, concessionários de serviços públicos.

São frequentes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os debates envolvendo bens reversíveis. Geralmente, as questões envolvem dois aspectos centrais: o primeiro diz respeito ao conceito de bens reversíveis, com casos que discutem se determinado bem seria ou não reversível; o segundo diz respeito à indenização prévia devida ao concessionário em razão da reversão. O debate sobre a indenização é apresentado adiante.

Agora, tratando da conceituação, o entendimento firmado é de que bens reversíveis são aqueles “indispensáveis à continuidade e à atualidade da prestação do serviço no regime público”. Nesse sentido, pode ser mencionada a decisão proferida

§1º Os bens reversíveis devem ter destinação predeterminada, e qualquer operação financeira ou contábil em relação a esses bens dependerá de comunicação prévia à ANTAQ.

¹⁸ Art. 33. Cabe à ANTAQ a análise e a classificação dos bens da União quanto a sua reversibilidade, conforme norma específica.

no Agravo Regimental no Recurso Especial 971.851/SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008, que afirma expressamente que um bem que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação e, portanto, não deve ser reversível¹⁹.

O entendimento contido neste acórdão ressurgiu em outras decisões do STJ, como, por exemplo no REsp 1.268.143/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, também já se manifestou por diversas vezes acerca do tema. No Acórdão 939/2011 – Plenário, Rel. Valmir Campelo²⁰, o TCU reafirmou o princípio da continuidade do serviço público como o fundamento da reversibilidade dos bens:

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

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 971.851/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 08/09/2008: ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO. 1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os "equipamentos, infra-estrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público" (grifo nosso). **2. A tese de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço.** 3. O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95. 4. No caso, como se afere do acórdão recorrido, o contrato de concessão originalmente firmado não previa o imóvel objeto da ação popular como bem reversível. 5. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 447/2006, os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária no curso do contrato de concessão deverão ser informados anualmente à Anatel por meio da Relação de Bens Reversíveis - RBR, sujeita à aprovação da Agência, que poderá incluir neste rol outros bens não informados pela Prestadora. 6. Na espécie, ainda que tenha sido adquirido após o início da vigência do contrato de concessão, o imóvel alienado continuou à margem do rol dos bens reversíveis, já que a Anatel, como bem reconhece o aresto recorrido, em fiscalização realizada nos bens da Brasil Telecom, expressamente afastou a reversibilidade do imóvel controvertido nesta ação popular. 7. Agravo regimental não provido.

²⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão 939/2011, Plenário, Relator Valmir Campelo, Data da sessão: 13/04/2011.

O TCU fez, no entanto, a ressalva de que, como a concessão pode ser extinta a qualquer tempo nas situações previstas no art. 35 da Lei 8.987, o poder concedente deve estar em condições de assumir a concessão a qualquer momento, o que obriga que disponha de lista atualizada dos bens reversíveis, e que esses bens só possam ser alienados com autorização da agência reguladora.

A Corte aponta que outro motivo para que o poder concedente disponha de tal lista seria a determinação do art. 11 do Decreto 7.205/2010, que impede que a concessionária dê em garantia, bens reversíveis resultantes de investimentos. Assim, o poder concedente deve ter condições de, a qualquer momento, identificar esses bens.

No sentido de identificação de bens reversíveis, o Acórdão 1174/2012 – Plenário²¹, estabeleceu, como objeto de fiscalização da Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-1), para o biênio de 2012-2013, esclarecer os critérios e procedimentos para a declaração de bens reversíveis ao final da concessão ferroviária, porque, como o estado de conservação original dos bens ferroviários arrendados é desconhecido pela ANTT, se tais critérios e procedimentos não fossem avaliados, poderia haver ônus injustificado para a União.

É possível concluir, portanto, que os entendimentos da jurisprudência e da Corte de Contas estão alinhados com a doutrina e com a maioria dos dispositivos legais, afirmando que sejam reversíveis somente os bens essenciais a continuidade dos serviços.

2. Licitação e contratação das concessões que envolvam bens reversíveis

Constatamos as lacunas normativas no que se refere ao detalhamento dos critérios de definição de um conceito para bens reversíveis, ao passo em que são constantes as disposições que remetem à obrigação de previsão dessas definições no edital e no contrato.

²¹ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1174/2012 – Plenário, Rel. José Múcio Monteiro. Data da sessão: 16/05/2012

Além de verificar estas normas, é relevante também examinar aquelas que se refiram às obrigações ao longo da vigência do contrato, cujo eventual descumprimento poderá vir a ensejar a aplicação de penalidades (as quais serão examinadas em capítulo posterior).

2.1. Legislação

2.1.1. Regime geral

Conforme mencionado, a Lei de Concessões traz algumas normas sobre a necessidade de se prever no edital e no contrato de concessão a disciplina dos bens reversíveis. Sobre o edital de licitação, o art. 18 prevê o seguinte:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

Afirmamos anteriormente que nem sempre será possível elaborar o rol completo dos bens reversíveis referentes a uma determinada concessão. Portanto, a indicação dos bens referida no inciso X do artigo acima transcrito refere-se apenas àqueles bens dos quais já se tem conhecimento ao tempo da licitação.

Evidentemente, esta indicação deve ser atualizada ao longo da concessão na medida em que novos bens que devam assumir a natureza de reversíveis sejam adquiridos, conforme dispõe o art. 31 da Lei de Concessões:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

(...)

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

Por esta razão, é importante também conhecer as características destes bens, conforme buscamos detalhar no tópico anterior, quando constatamos diversas lacunas na legislação e regulação do tema. Possivelmente, esta carência decorre das

peculiaridades e especificidades de cada setor, impossíveis de serem enfrentadas por uma lei geral de concessões.

Desse modo, verifica-se que a Lei de Concessões transfere não apenas ao edital de licitação, mas também ao contrato de concessão a obrigação de prever a disciplina dos bens reversíveis. Assim, o art. 23, dentre os conteúdos essenciais às cláusulas do contrato, indica expressamente aquelas relativas aos bens reversíveis:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
(...)
X - aos bens reversíveis;

A já mencionada Lei de PPPs determina que os contratos atendam ao quanto previsto no art. 23 da Lei de Concessões. Portanto, também deverão conter cláusulas que disciplinem o tratamento dos bens reversíveis. Adicionalmente, nos termos do inciso X do art, 5º, deverão também prever a realização de vistoria nestes bens:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:
(...)
X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

De acordo com o §2º do Art. 6º, o contrato também poderá prever o aporte de recursos públicos em favor do privado, para aquisição de bens reversíveis:

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

Resta claro, portanto, que os investimentos em bens reversíveis podem ter origem tanto em recursos privados, como em recursos públicos. Neste último caso, conforme detalhado adiante, não há que se falar em indenizações ao particular quando da reversão do bem ao poder concedente.

2.1.2. Setor de Energia Elétrica

No setor de energia elétrica, o Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta estes serviços, traz diversas previsões sobre bens reversíveis. Seu art. 88 determina que a reversão da propriedade em função do serviço configura condição geral de toda concessão²². Assim, nos termos do art. 87, as cláusulas que tratem das condições de reversão dos bens e instalações devem constar obrigatoriamente dos contratos²³.

O contrato deverá prever as condições de reversão, que poderão ocorrer com ou sem indenização²⁴. Neste último caso, o concessionário deverá, durante a vigência da concessão, amortizar o montante investido²⁵. Caso haja previsão de indenização, ela deverá ser prévia²⁶.

Por sua vez, a Lei nº 9.427/1996 determina, em seu art. 14, que a responsabilidade da concessionária pela realização de investimentos em bens reversíveis²⁷, bem como a indisponibilidade destes bens²⁸, sejam consideradas no

²² Art 88. São condições gerais de toda concessão: a) a reversão da propriedade em função do serviço (art. 44), ao fim do prazo da concessão; (...)

²³ Art 87. Dos contratos constarão obrigatoriamente cláusulas referentes a: (...) I) condições de reversão dos bens e instalações;

²⁴ Art 90. Nos contratos de concessão serão estipuladas as condições de reversão, que poderá ser com ou sem indenização.

²⁵ Art. 92. No caso de reversão sem indenização o concessionário deverá amortizar, na vigência da concessão, o montante de investimento reconhecido (artigo 62), deduzido do saldo das contribuições referidas na alínea a do artigo anterior.

§ 1º A amortização será feita pela inclusão, na tarifa, de quota destinada a esse fim e, uma vez revertida a propriedade, o saldo do fundo de compensação de Resultados ficará livremente disponível para o concessionário. (Incluído pelo Decreto nº 54.938, de 1964)

§ 2º Se na época da extinção da concessão ou da reversão dos bens o montante da Reserva para amortização for insuficiente para amortizar o investimento reconhecido (artigo 62), o concessionário terá direito a receber do Poder Concedente a parte não amortizada, cujo valor ficará sujeito a correção monetária até o seu efeito pagamento.

²⁶ Art. 91. No caso de reversão com indenização esta será prévia e no montante do investimento reconhecido (artigo 62), e deduzido de: a) as importâncias relativas às Contas de Códigos ns. 53 e 53.2; (Redação dada pelo Decreto nº 54.938, de 1964); e b) os saldos das Reservas para Depreciação e Reversão e o saldo da conta de Resultados a compensar.

²⁷ Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

(...)

II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;

²⁸ Art. 14. (...) V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis.

regime econômico e financeiro da contratação. Seu art. 16 possibilita, ainda, que o contrato preveja obrigação de investimento anual mínimo por parte da concessionária, para fins de expansão, ampliação e modernização do serviço²⁹.

Já a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária prevê, em seu art. 8º, §1º, a possibilidade de que os contratos de concessão no setor sejam licitados sem que tenha havido a reversão prévia dos bens vinculados ao serviço³⁰.

Considerando que a reversão objetiva permitir a continuidade dos serviços, é natural que o processo licitatório possa transcorrer antes da transferência dos bens, sem que haja interrupção na prestação.

O art. 15 da mesma lei determina, ainda, que a tarifa considere eventuais investimentos não amortizados vinculados a bens reversíveis (e que seja revisada periodicamente, na forma do contrato)³¹. A metodologia de cálculo para tanto é detalhada adiante, no capítulo que trata das indenizações.

A concessionária deverá seguir as normas previstas no Decreto, em relação à sua contabilidade e à apresentação dos seus resultados³².

²⁹ Art. 16. Os contratos de concessão referidos no artigo anterior, ao detalhar a cláusula prevista no inciso V do art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, poderão prever o compromisso de investimento mínimo anual da concessionária destinado a atender a expansão do mercado e a ampliação e modernização das instalações vinculadas ao serviço.

³⁰ Art. 8º. As concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas, nos termos desta Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos.

§ 1º. A licitação de que trata o caput poderá ser realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço.

³¹ Art. 15. A tarifa ou receita de que trata esta Lei deverá considerar, quando houver, a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo poder concedente, e será revisada periodicamente na forma do contrato de concessão ou termo aditivo.

³² Art 29. As empresas apresentarão, até 30 de abril de cada ano, o seu relatório com os seguintes elementos relativos ao exercício anterior: a) balanço anual analítico; b) conta de lucros e perdas; c) demonstração analítica do ativo imobilizado a 31 de dezembro; (Quadro I); d) demonstração analítica do investimento remunerável a 31 de dezembro; (Quadro II); e) demonstração das quotas de reversão ou amortização e de depreciação; (Quadro III); f) demonstração da conta Reserva para Reversão ou para Amortização; (Quadro IV); g) demonstração da receita de exploração; (Quadro V); h) demonstração da despesa de exploração; (Quadro VI); i) demonstração dos empréstimos em moeda estrangeira; (Quadro VII); j) demonstração do lançamento à Conta Resultados a Compensar; (Quadro VIII); k) o extrato das

2.1.3. Setor de Telecomunicações

No **setor de telecomunicações**, a maior parte das normas sobre bens reversíveis é tratada pela regulação. A LGT contém poucos dispositivos sobre o tema. Seus artigos 93 e 120 determinam respectivamente que, caso existam bens reversíveis, eles sejam indicados nos respectivos contratos de concessão³³ ou termos de permissão³⁴.

Adicionalmente, nos termos do art. 101, *a alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência*. Desse modo, a maior parte das regras sobre reversibilidade de bens no setor de telecomunicações é encontrada nas resoluções da ANATEL, conforme exposto adiante.

2.1.4. Setor de Petróleo e Gás

No **setor de petróleo e gás**, a Lei nº 9.478/1997, de forma semelhante à Lei de Concessões, determina, em seu art. 43, que dentre as cláusulas essenciais ao contrato de concessão, sejam previstas *a especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens*³⁵.

contas bancárias de depósito dos Fundos de Reversão, Amortização e de Compensação de Resultados; l) a relação dos acionistas, especificando o capital integralizado e o a realizar; m) a relação de obras executadas durante o ano, com sua descrição e custo; n) a prova dos recolhimentos relativos aos Fundos de Reversão e de Compensação de Resultados; o) a relação nominal dos seus diretores gerentes e as respectivas funções; p) quando se tratar de sociedade de economia mista geradora ou distribuidora, o programa anual de expansão e investimento com a discriminação dos recursos por origem, bem assim o demonstrativo dos recursos relativos a quotas estaduais e municipais do imposto único sobre energia elétrica aplicados no exercício anterior.

³³ Art. 93. O contrato de concessão indicará: (...)XI - os bens reversíveis, se houver;

³⁴ Art. 120. A permissão será formalizada mediante assinatura de termo, que indicará: (...) IX - os bens reversíveis, se houver;

³⁵ Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

VI - a especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens

2.1.5. Setor de Transportes Terrestres e Aquaviários

Conforme já mencionado, no **setor de transportes terrestres e aquaviários**, a Lei nº 10.233/2001, que cria a ANTT e a ANTAQ, delega aos contratos a obrigação de fixar os critérios para reversibilidade de ativos³⁶. Com a alteração introduzida pela Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, adicionou-se ao edital de licitação, a obrigação de prever as condições referentes aos bens reversíveis³⁷.

Esta obrigação de previsão nos editais e contratos é reforçada pelos artigos 25 e 27, que disciplinam respectivamente as competências da ANTT e da ANTAQ. O art. 25, III determina, em relação ao transporte ferroviário, que a ANTT publique editais, julgue as licitações e celebre contratos com cláusulas de reversão de ativos³⁸, enquanto o art. 27, III, determina que a ANTAQ cumpra e faça cumprir cláusulas dos contratos quanto à manutenção e reposição de bens reversíveis³⁹.

2.1.6. Setor de Transportes Aéreos

No **setor de transportes aéreos**, conforme já mencionado, a Lei nº 11.182/2005 não disciplina a matéria.

³⁶ Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

(...) XI – critérios para reversibilidade de ativos;

³⁷ Art. 34-A. As concessões e as suas prorrogações, a serem outorgadas pela ANTT e pela Antaq para a exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infraestrutura, poderão ter caráter de exclusividade quanto a seu objeto, nos termos do edital e do contrato, devendo as novas concessões serem precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência.

(...)

§ 2º O edital de licitação indicará obrigatoriamente, ressalvado o disposto em legislação específica: I - o objeto da concessão, o prazo estimado para sua vigência, as condições para sua prorrogação, os programas de trabalho, os investimentos mínimos e as condições relativas à reversibilidade dos bens e às responsabilidades pelos ônus das desapropriações.

³⁸ Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: (...) III – publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados;

³⁹ Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: (...) XVI - cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições dos contratos de concessão de porto organizado ou dos contratos de arrendamento de instalações portuárias quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União de que trata o inciso VIII do caput do art. 5º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012

Por sua vez, o Decreto nº 7.624/2011 apenas prevê a possibilidade de que bens reversíveis sejam dados em garantia, nas seguintes condições:

Art. 19. Sem prejuízo de outros critérios e condições definidos pela ANAC, os bens reversíveis poderão ser dados em garantia, desde que:

I - ao final da concessão, sejam transferidos ao poder público livres de quaisquer ônus ou encargos; e

II - no caso de sua alienação durante a concessão, a concessionária proceda à sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores aos substituídos.

Assim, de modo indireto, a norma acabou por autorizar a alienação de bens reversíveis, desde que sejam substituídos por outros equivalentes. A disciplina é relevante por privilegiar a gestão por “conta e risco” do concessionário em detrimento da “reserva” do bem que será futuramente revertido.

2.2. Regulação

2.2.1. ANEEL

No **setor de energia elétrica**, é interessante observar que, a despeito de a ANEEL ter editado uma resolução específica sobre os procedimentos de cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, não há normas específicas sobre a licitação e a contratação, tampouco sobre as obrigações referentes aos bens reversíveis durante a vigência do contrato. Entretanto, conforme visto, a legislação setorial é bastante detalhada na disciplina desta matéria.

2.2.2. ANATEL

No **setor de telecomunicações**, o Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência, aprovado pela Resolução nº 65, de 29 de outubro de 1998 (doravante simplesmente Regulamento de Licitações) determina que os instrumentos convocatórios indiquem os bens reversíveis relacionados à concessão⁴⁰ ou à

⁴⁰ Art. 64. Do instrumento convocatório, além dos elementos fixados no art. 14, deverão constar: (...) V - os bens reversíveis, se houver, e as condições em que serão postos à disposição da Anatel, quando extinta a concessão;

permissão⁴¹ em questão, bem como as condições em que serão postos à disposição da ANATEL ao final da concessão.

Do mesmo modo, o Regulamento de Licitações prevê que os instrumentos contratuais, sejam os contratos de concessão⁴², sejam os termos de permissão⁴³, indiquem os bens reversíveis.

2.2.3. ANP

No **setor de petróleo e gás**, não há normas que regulem o tratamento a ser conferido aos bens reversíveis ao longo do processo licitatório e da contratação, tampouco as obrigações do concessionário durante a vigência da concessão. Como a legislação setorial também é vaga, caso a matéria não esteja bem regulada no contrato (e respectivo edital), tal lacuna pode gerar controvérsia, especialmente, quanto à eventual configuração de infrações a obrigações do concessionário, por exemplo, de substituir bens.

2.2.4. ANTAQ

No **setor de transportes aquaviários**, não há normas que abordem o tratamento que deva ser conferido aos bens reversíveis no processo licitatório, tampouco as obrigações ao longo da execução dos contratos.

A única previsão de obrigação referente à execução do contrato está prevista no regulamento sobre procedimentos e critérios para reversibilidade nos portos organizados, que será submetido à audiência pública (conforme a Resolução nº 5010/2016). O art. 32 determina a obrigação de conservação dos referidos bens e eventual reposição em caso de danos, para assegurar a continuidade da prestação⁴⁴.

⁴¹ Art. 74. Do instrumento convocatório, além dos elementos fixados no art. 14, deverão constar: (...) V - os bens reversíveis, se houver, e as condições em que serão postos à disposição da Anatel, quando extinta a permissão;

⁴² Art. 67. O contrato de concessão indicará: (...)XI - os bens reversíveis, se houver;

⁴³ Art. 77. O termo de permissão indicará: (...) IX - os bens reversíveis, se houver;

⁴⁴ Art. 32. Deverá ser promovida e garantida a contínua manutenção, conservação e a reposição dos bens da União e dos bens reversíveis, de forma a assegurar a prestação de serviço adequado e a garantir a regularidade das operações quando da reversão dos bens.

2.3. Doutrina

Os bens reversíveis devem receber tratamento particular durante a vigência de um contrato de concessão, já que se configuram como bens imprescindíveis à continuidade de um determinado serviço público. Devem, portanto, seguir regime jurídico próprio.

Tais bens reversíveis, no entanto, não compreendem apenas os que inicialmente são delegados à concessionária, mas também os que futuramente virão a compor a execução do serviço público e serão, como indicado, estritamente necessários ao seu funcionamento.

A doutrina enfatiza a necessidade da clareza da disposição em edital e contrato da relação de bens reversíveis delegados e o seu regime de disposição ao final do contrato de concessão, para que o particular possa avaliar adequadamente quais os gastos envolvidos na prestação do serviço e ajustar o custo necessário à materialização do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como para que se possa definir a tarifa.

Além disso, como já mencionado, não se pode prever totalmente quais serão os bens reversíveis durante a vigência da relação contratual, logo se faz mister também dispor sobre o método de tipificação de tais bens, evitando a ocorrência de insegurança na vigência do pacto. Em favor de tal tese, Fernando Vernalha Guimarães, dentre outros⁴⁵, assevera que:

Será imprescindível que o contrato identifique os bens que serão revertidos ao poder concedente ao final da concessão. Em muitos casos, essa identificação não será viável, sobretudo por abranger bens ainda não adquiridos ou que serão construídos ao tempo da contratação. Daí por que o contrato deverá não só trazer uma relação de bens já existentes ao tempo da formalização do

(...)

§2º A reposição dos bens reversíveis, no caso de dano, perda total ou extravio, deverá ser submetida à administração portuária e, se for o caso, à ANTAQ

⁴⁵ Nesse sentido, também concorda Floriano de Azevedo Marques Neto: “De todo modo, e aqui uma vez mais avulta a importância do caráter contratual do pacto concessório, o contrato deve disciplinar detidamente quais são os bens reversíveis (art. 18, incs. X e XI) e o regime a ser observado em relação a eles (art. 23, inc. X).” (Marques Neto, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 180).

contrato e que serão reversíveis ao final da concessão, mas também a tipificação de bens reversíveis, com vistas a permitir a adequada caracterização como tal de bens futuramente integrados à concessão.”⁴⁶

Também se compreende que o particular **possa alienar bens reversíveis**. Isso se dá mediante determinadas condições, traduzidas fundamentalmente na prévia autorização do poder concedente e por meio da demonstração de que o bem poderá ser substituído por outro na prestação, ou até mesmo da assunção, pelo comprador, da obrigação de emprego do bem no serviço público a que serve⁴⁷.

Como visto, tais regras estão sujeitas às peculiaridades de cada setor, sendo possível que se encontrem normas distintas.

Por exemplo, no caso de uma concessão portuária, Floriano de Azevedo Marques destaca que o próprio porto constitui um bem reversível:

O próprio porto organizado é considerado pela Lei nº 12.815/2013 como um bem público (art. 2º, inc. I), que é transferido para a concessionária para que lá se desenvolva o objeto concedido (“atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias”). **Segue daí que o regime de reversão ao final da concessão é inerente a essa modalidade concessória.** (...) ao término da concessão devem retornar ao poder concedente o porto organizado e todos os bens que tenham a ele sido incorporados com vistas à ampliação e à modernização dos serviços portuários. É o que lemos no art. 5º, §2º, que determina a reversão, ao patrimônio da União, de todos os bens “vinculados à concessão ou ao arrendamento”, o que, como já visto, não significa falar em reversão de todos os bens da concessionária. O contrato de concessão deve disciplinar o regime dos bens reversíveis e o procedimento de reversão⁴⁸.

O mesmo pode ser verificado em uma concessão rodoviária, onde a rodovia também constitui bem público que deve reverter ao poder concedente ao final da concessão com tudo o que tiver sido nela incorporado para viabilizar o serviço.

Nestes casos é natural que as regras de manutenção e conservação dos bens sejam mais rigorosas e que não haja possibilidade de alienação.

⁴⁶ Guimarães, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

⁴⁷ Marques Neto, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 184.

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 235.

2.4. Entendimentos da jurisprudência e das Cortes de Contas

Conforme visto, diversas normas transferem aos editais de licitação e instrumentos contratuais a obrigação de disciplinar o tratamento a ser conferido aos bens reversíveis, bem como de indicá-los. Entretanto, a prática demonstra que muitos editais e contratos também apresentam lacunas quanto a estas disposições, o que acaba por gerar diversas controvérsias.

O Acórdão 102/2007 – Plenário⁴⁹ abordou exatamente a ausência desta definição em contrato de subconcessão do trecho ferroviário da Ferrovia Norte-Sul. O TCU determinou à ANTT que esclarecesse a definição de bens reversíveis, mencionados no item I da cláusula vigésima terceira⁵⁰ do respectivo edital, afirmando que não estão claros quais seriam os bens declarados reversíveis pela Valec. O TCU também aponta um possível vício de interpretação em razão de erro gramatical cometido pelos contratantes:

Além disso, a vírgula que aparece no trecho ‘em bens arrendados, [sic] declarados reversíveis’ denota que todos os bens de propriedade da subconcessionária e aqueles resultantes de investimentos por esta efetivados em bens arrendados foram declarados reversíveis pela Valec. Porém, parece que era intenção que o texto se referisse aos bens que vierem a ser declarados reversíveis.

De modo semelhante, no Acórdão de relação 2961/2009 – Plenário, proferido no âmbito do Processo TC-016.189/2008-9, o Tribunal de Contas recomendou à ANTT que, na minuta do Contrato de Concessão para restauração, manutenção, operação e aumento da capacidade de trechos rodoviários da BR-116 e da BR-324, no Estado da Bahia (Via Bahia)⁵¹: “regulamente o relatório previsto no item 13.1.3. (vi) do Contrato

⁴⁹ Tribunal de Contas da União. Acórdão 102/2007 – Plenário, Rel. Augusto Nardes, Data da sessão: 07/02/2007.

⁵⁰ CLÁUSULA VIGÉSIMA-TERCEIRA – DA REVERSÃO E DA INDENIZAÇÃO

Com a extinção da SUBCONCESSÃO, qualquer que seja a sua causa:

I – Retornarão à VALEC todos os direitos e privilégios transferidos à SUBCONCESSIONÁRIA, junto com os bens de propriedade da SUBCONCESSIONÁRIA e aqueles resultantes de investimentos por esta efetivados em bens arrendados, que serão declarados reversíveis pela ANTT, por serem necessários à continuidade da prestação do serviço concedido.

⁵¹ Tribunal de Contas da União. Acórdão de relação 2961/2009 – Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 09/12/2009.

de Concessão a fim de garantir a identificação e o efetivo controle sobre os bens reversíveis da concessão durante todo o período de exploração; (...)”. O item 13.1.3 (vi) do referido Contrato⁵² previa:

13.1. No Prazo da Concessão, e sem prejuízo das demais obrigações de presta as in formações estabelecidas no Contrato ou na legislação aplicável, a Concessionária deverá:

(...)

13.1.3 de acordo com a regulamentação da ANTT, apresentar à ANTT, na periodicidade por ela estabelecida, relatório com informações detalhadas sobre (...)

(vi) os Bens da Concessão, incluindo descrição do seu estado e valor;

Referido item (vi) passou a vigorar com a seguinte redação:

(...) (vi) os Bens da Concessão, inclusive os Bens Reversíveis à ANTT, no que concerne à descrição do seu estado, valor, bem como seu efetivo controle durante todo o período de exploração, conforme ato normativo regulamentador;⁵³

No Acórdão 290/2015 – Plenário⁵⁴, o TCU, ao acompanhar a concessão para exploração de rodovias federais integrantes da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais - Procrofe⁵⁵, recomendou, à ANTT que, nas próximas concessões de rodovias federais, indique nos editais de licitação os bens reversíveis que compõem o Sistema Rodoviário objeto de concessão, conforme estabelecido no inciso X, art. 18, da Lei 8.987.

Isto porque, em 2014, foi expedida diligência acerca da 3ª Etapa solicitando que a ANTT apresentasse as razões pelas quais os bens reversíveis não estavam indicados de forma expressa nos editais de licitação referentes às rodovias integrantes daquela etapa.

⁵² Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Via_Bahia.html Acesso em: 19/09/2017.

⁵³ Disponível em: <http://www.valec.gov.br/ferrovias/ferrovia-norte-sul/operacoes/tramo-norte-subconcedido> Acesso em: 19/09/2017

⁵⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão 290/2015 – Plenário, Rel. Walton de Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 25/02/2015.

⁵⁵ Nos trechos BR-101/BA (Lote 1), BR-262/ES/MG (Lote 2), BR-153/TO/GO e TO-080 (I=Lote 3), BR-050/GOMG (Lote 4), BR-060/153/262/DF/GO/MG (Lote 5), BR-163/MS (Lote 6) e BR-163/MT (Lote 7) e BR-040/DF/GO/MG.

Na Decisão 334/2001 – Plenário⁵⁶, o TCU aprovou com ressalvas o Primeiro, o Segundo e o Terceiro estágios das licitações nº 004/99 e 005/99-TVC-SCM/ANATEL. Entre as irregularidades constatadas encontrava-se a não inclusão, na minuta de contrato de concessão, de cláusula essencial relativa à: (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.

3. Extinção dos contratos e indenização dos particulares

Cada contrato é planejado para vigorar por um período determinado, de modo que ao apresentar sua proposta ao poder concedente, quando da licitação, o particular propõe um preço calculado com base nas receitas que espera receber ao longo da vigência do contrato.

Assim, a realização de investimentos em bens reversíveis também é projetada para ser amortizada com o fluxo de caixa esperado. Esta equação econômico-financeira inicialmente prevista deve ser mantida até o momento da extinção do contrato, de modo a evitar eventual enriquecimento ilícito de qualquer das partes. Ocorre que é possível que o contrato seja finalizado antes do seu termo inicial, antes que o particular tenha conseguido amortizar os investimentos realizados nos bens que reverterão ao poder concedente. Neste caso, ele deverá ser indenizado.

Por outro lado, caso o contrato vigore pelo tempo previsto, mas ainda haja investimentos não amortizados ao final, em decorrência de frustração da estimativa de receita inicialmente prevista, é importante considerar que a possibilidade de indenização está relacionada também à forma como foi pactuada a alocação dos riscos no contrato.

Antes de passar à análise da legislação, é importante mencionar que diversas normas (legais e infralegais) apresentam problemas, na medida em que confundem os conceitos de amortização e depreciação, tratando-os como semelhantes. Neste

⁵⁶ Tribunal de Contas da União. Decisão 334/2001 – Plenário, Rel. Valmir Campelo, Data da Sessão: 06/06/2001.

relatório, as normas são descritas conforme sua redação original. Entretanto, deve-se ter em mente a importância de distinguir estes conceitos quando da elaboração de um novo regulamento, principalmente, para mitigar os conflitos acerca da definição da metodologia a ser empregada no cálculo das indenizações.

Enquanto a depreciação é empregada para reduzir o valor de um determinado bem, em razão do desgaste, e viabilizar menor incidência tributária, a amortização provoca a redução da “dívida” correspondente ao valor investido, pelos ganhos obtidos durante o seu uso.

Assim, ao investir em um determinado bem vinculado a um serviço público, o concessionário pode amortizar o valor a partir da receita tarifária recebida, de modo que o retorno pelo investimento realizado fica diferido no tempo, conforme o fluxo de recebimento da tarifa. Por sua vez, a aplicação da depreciação não representa uma entrada no caixa, mas apenas permite que o ativo seja desvalorizado, para efeitos de diferimento da contabilização do investimento, com reflexos no resultado e, portanto, redução da carga tributária incidente.

Desse modo, o real déficit do concessionário ao reverter um bem ao poder público é o valor investido, descontado da amortização e corrigido monetariamente. Considerar a depreciação no cálculo da indenização devida ao concessionário quando da reversão pode não refletir o efeito desejado, a depender da natureza do bem e a relação da depreciação com a fixação da tarifa.

Por outro lado, o debate sobre o método a ser aplicado para avaliação do ativo a ser revertido será detalhado adiante. A despeito de existirem diversas técnicas econômicas que poderiam ser aplicadas para o cálculo deste valor, verifica-se que no âmbito jurídico, considerando a regulação e a legislação em vigor sobre a matéria, a discussão resta resumida à contraposição entre as metodologias de cálculo a partir do valor novo de reposição do bem ou do custo histórico aferido e atualizado do investimento realizado.

Constata-se, ainda, que os debates doutrinários sobre o tema refletem a mesma dualidade, geralmente sopesando as vantagens e desvantagens referentes apenas a

estes dois métodos, deixando de lado uma análise aprofundada sobre as outras possibilidades.

Afirma-se, geralmente que, enquanto o valor de reposição do bem permitiria grande variação do resultado, a depender da natureza do bem, o custo histórico atualizado estaria embasado em critério contábil, capaz de avaliar com maior previsibilidade o valor devido ao concessionário, inclusive, porque se fundamenta em informações por ele fornecidas e utilizadas para embasar os cálculos do valor da tarifa. A adoção do critério contábil, de outro lado, não afastaria as possibilidades de aferição, ajustes, correção e mesmo glosas quando existirem razões técnicas, econômicas ou contratuais. Já o método do custo de reposição poderia levar a valores mais variáveis, uma vez que repor um bem ao final da concessão pode implicar um gasto maior ou menor do que o valor histórico dos investimentos. Adicionalmente, a variabilidade da avaliação pode levar a litígios entre as partes a partir de temas metodológicos ou da simples discrepância com os investimentos históricos. Contudo, conforme apresentado adiante, a legislação e a regulação sobre o tema são ainda bastante incipientes, o que pode ter o reflexo positivo de permitir que sejam avaliadas novas metodologias, conforme o caso concreto.

3.1. Legislação

3.1.1. Regime Geral

Nos termos do art. 35 da Lei de Concessões, a concessão pode ser extinta por (i) advento do termo contratual, (ii) encampação, (iii) caducidade, (iv) rescisão, (v) anulação, e (vi) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

A encampação é definida pelo art. 37, como ***a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior*** (grifo nosso). Por sua vez, o art. 38 apresenta a definição de caducidade como decorrente da inexecução por parte do contratado, seja total, seja parcial:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

Voltando à análise do art. 35, é relevante verificar o teor dos seus parágrafos, os quais apresentam a disciplina da reversão dos bens ao poder concedente.

Considerando a necessidade de continuidade do serviço, os §1º e §2º descrevem o cenário imediatamente posterior ao fim da concessão, determinando, respectivamente, o retorno dos bens reversíveis ao poder concedente⁵⁷ e a assunção do serviço pelo poder concedente⁵⁸. A previsão do §3º decorre das anteriores, garantindo que o poder público possa ocupar as instalações e utilizar os bens reversíveis⁵⁹, para dar continuidade à prestação.

Em qualquer caso, se os bens reversíveis não tiverem sido ainda amortizados pelo concessionário, será devida uma indenização pelo poder público.

De acordo com o §4º, nos casos de encampação e de advento do termo contratual, o poder público deverá realizar o levantamento e a avaliação necessários para determinar o valor da indenização devida ao concessionário⁶⁰. Assim, a norma não define a metodologia de cálculo, mas apenas transfere ao poder concedente a obrigação de realizar a avaliação.

Ainda, o art. 36 determina que a indenização seja feita sobre as parcelas dos investimentos vinculados aos bens “ainda não amortizados ou depreciados”:

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.

⁵⁷ Art. 35 (...), “§1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato

⁵⁸ Art. 35 (...), § 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários

⁵⁹ Art. 35 (...), § 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

⁶⁰ Art. 35 (...), § 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

Neste artigo, verifica-se a já mencionada confusão entre os conceitos de amortização e depreciação.

Conforme já aludido, o art. 6º da Lei nº 11.079/2004 traz a possibilidade de que os investimentos em bens reversíveis sejam realizados com recursos originados de aportes do poder público⁶¹. Neste caso, o §5º do mesmo dispositivo prevê que não haja indenização:

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

O teor do dispositivo transcrito é uma consequência natural do próprio objetivo fundamental da indenização, que é evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes. De fato, não faria sentido pensar em indenizar o particular por um investimento realizado com recursos do poder público.

3.1.2. Setor de Energia Elétrica

No setor de energia elétrica, o Decreto nº 41.019/1957 prevê que a indenização seja calculada com base no montante dos investimentos reconhecidos, aplicadas as deduções cabíveis⁶².

Ainda, o art. 19 da Lei nº 9.427/1996 prevê a indenização por perdas e danos, caso haja extinção por encampação⁶³.

⁶¹ Art. 6º (...). § 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

⁶² Art. 91. No caso de reversão com indenização esta será prévia e no montante do investimento reconhecido (artigo 62), e deduzido de: a) as importâncias relativas às Contas de Códigos ns. 53 e 53.2; (Redação dada pelo Decreto nº 54.938, de 1964); e b) os saldos das Reservas para Depreciação e Reversão e o saldo da conta de Resultados a compensar.

⁶³ Art. 19. Na hipótese de encampação da concessão, a indenização devida ao concessionário, conforme previsto no art. 36 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, compreenderá as perdas decorrentes da extinção do contrato, excluídos os lucros cessantes.

Sobre a metodologia de cálculo a ser aplicada para o cálculo da indenização, a Lei nº 12.783/2013 afirma em diversos dispositivos que deverá ser considerado o “valor novo de reposição” do bem⁶⁴, considerando somente os investimentos em bens que forem apresentados pelo concessionário⁶⁵.

No mesmo sentido, o Decreto nº 7.805, de 14 de setembro de 2012, também prevê a utilização da metodologia do valor novo de reposição do bem⁶⁶, 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 energia⁶⁷, ou (ii) na base atualizada de dados utilizada para composição das receitas anuais permitidas e elaborados pela própria ANEEL, no caso das instalações de transmissão⁶⁸. Nos termos do Art. 12, *o valor da indenização será estabelecido em ato do poder concedente, até a data da convocação para assinatura dos termos aditivos aos contratos de concessão.*

Como se pode verificar, é importante que, especialmente ao se empregar a metodologia do valor novo de reposição, os estudos para calcular a indenização sejam elaborados por entidade tecnicamente qualificada para tanto, uma vez que, conforme

⁶⁴ Art. 8º (...) § 2º. O cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente.

Art. 15. (...) § 1º. O cálculo do valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, para a finalidade de que trata o caput ou para fins de indenização, utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente.

⁶⁵ Art. 15 (...) § 6º. As informações necessárias para o cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, das concessões prorrogadas nos termos desta Lei, que não forem apresentadas pelos concessionários, não serão consideradas na tarifa ou receita inicial, ou para fins de indenização.

⁶⁶ Art. 9º A indenização do valor dos investimentos dos bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados será calculada com base no Valor Novo de Reposição - VNR, e considerará a depreciação e a amortização acumuladas a partir da data de entrada em operação da instalação, até 31 de dezembro de 2012, em conformidade com os critérios do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico - MCSE. Parágrafo único. O valor da indenização será atualizado até a data de seu efetivo pagamento à concessionária.

⁶⁷ Art. 10. Os estudos para a definição do VNR dos empreendimentos de geração de energia elétrica serão realizados pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE, a partir das informações do Projeto Básico do Empreendimento a ser fornecido à ANEEL pela concessionária de geração.

⁶⁸ Art. 11. Os estudos para a definição do VNR das instalações de transmissão autorizadas pela ANEEL a partir de 31 de maio de 2000 serão realizados pela ANEEL, a partir da base atualizada de dados utilizada para a composição das respectivas Receitas Anuais Permitidas.

Parágrafo único. Os valores a serem utilizados nos estudos de que trata o caput serão obtidos a partir do banco de preços homologado pela ANEEL.

já referido, este cálculo está sujeito a certo grau de variabilidade, podendo ensejar insegurança ao concessionário e litígios em torno de temas metodológicos ou da natureza dos investimentos realizados.

3.1.3. Setor de Telecomunicações

No **setor de telecomunicações**, objetivando garantir a continuidade da prestação, o art. 117 da LGT prevê que, caso a concessão seja extinta antes do termo contratual, a ANATEL poderá ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis, bem como manter contratos firmados pela concessionária com terceiros⁶⁹.

Assim, o art. 102 determina que a posse dos bens reversíveis seja transmitida à União quando da extinção do contrato⁷⁰. Contudo, caso a reversão dos bens ocorra antes do fim do prazo contratual, o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que o concessionário faça jus a uma indenização pelos investimentos não amortizados ou depreciados:

Art. 102. (...) Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Não se verifica, contudo, uma definição acerca da metodologia a ser empregada para o cálculo da referida indenização.

3.1.4. Setor de Petróleo e Gás

No **setor de petróleo e gás**, a Lei nº 9.478/1997 aborda a extinção dos contratos em seu art. 28. Contrariando tanto a legislação geral como leis e regulamentos de outros setores, não há qualquer previsão de indenização ao concessionário quando da

⁶⁹ Art. 117. Extinta a concessão antes do termo contratual, a Agência, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, poderá:

I - ocupar, provisoriamente, bens móveis e imóveis e valer-se de pessoal empregado na prestação dos serviços, necessários a sua continuidade;

II - manter contratos firmados pela concessionária com terceiros, com fundamento nos incisos I e II do art. 94 desta Lei, pelo prazo e nas condições inicialmente ajustadas.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, os terceiros que não cumprirem com as obrigações assumidas responderão pelo inadimplemento.

⁷⁰ Art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.

reversão de bens, mas, de forma oposta, uma previsão de que não haverá qualquer ônus para o poder concedente, tampouco indenização ao concessionário (art. 28, §1^{o71}).

3.1.5. Setor de Transportes Terrestres e Aquaviários

No **setor de transportes terrestres**, o Decreto nº 4130/2002, determina, em seu art. 3º, que é competência da ANTT *analisar e classificar, quanto às suas reversibilidades e indenizações, os bens das concessionárias bem como os investimentos autorizados e por elas realizados* (inciso XIII), além de *tomar as medidas para que os investimentos em bens reversíveis sejam contabilizados em contas específicas* (inciso XIV)⁷².

Para o **setor de transportes aquaviários**, o Decreto nº 4.122/2002 apresenta norma idêntica à anterior⁷³, transferindo estas obrigações à ANTAQ.

3.1.6. Setor de Saneamento Básico

Por fim, **no setor de saneamento básico**, a Lei nº 11.445, de 2007, (conhecida como Lei Nacional de Saneamento Básico ou “LNSB”) traz, em seu art. 42, norma que indica a intenção do legislador em disciplinar a contabilidade patrimonial das concessões e definir a metodologia de cálculo da indenização ao particular quando da reversão de bens. Seu art. 42 dispõe que:

Art. 42. Os **valores investidos** em bens reversíveis pelos prestadores constituirão **créditos perante o titular**, a serem recuperados mediante a exploração dos serviços, nos termos das normas regulamentares e contratuais

⁷¹ Art. 28 (...)

§ 1º A devolução de áreas, assim como a reversão de bens, não implicará ônus de qualquer natureza para a União ou para a ANP, nem conferirá ao concessionário qualquer direito de indenização pelos serviços, poços, imóveis e bens reversíveis, os quais passarão à propriedade da União e à administração da ANP, na forma prevista no inciso VI do art. 43.

⁷²Art. 3º À ANTT compete, em sua esfera de atuação: (...) XIII - analisar e classificar, quanto às suas reversibilidades e indenizações, os bens das concessionárias bem como os investimentos autorizados e por elas realizados; XIV - tomar as medidas para que os investimentos em bens reversíveis sejam contabilizados em contas específicas;

⁷³ Art. 2º A ANTAQ tem por finalidade: (...) XXII - analisar e classificar quanto a suas reversibilidades e indenizações, os bens das concessionárias, bem como os investimentos autorizados e por elas realizados; XXIII - tomar as medidas para que os investimentos em bens reversíveis sejam contabilizadas em contas específicas;

e, quando for o caso, observada a legislação pertinente às sociedades por ações.

§ 1º. Não gerarão crédito perante o titular os investimentos feitos sem ônus para o prestador, tais como os decorrentes de exigência legal aplicável à implantação de empreendimentos imobiliários e os provenientes de subvenções ou transferências fiscais voluntárias.

§ 2º. Os investimentos realizados, os valores amortizados, a depreciação e os respectivos saldos serão anualmente auditados e certificados pela entidade reguladora.

§ 3º. Os créditos decorrentes de investimentos devidamente certificados poderão constituir garantia de empréstimos aos delegatários, destinados exclusivamente a investimentos nos sistemas de saneamento objeto do respectivo contrato.

A lei refere-se expressamente a “**valores investidos**”, o que difere do valor dos próprios bens. Portanto, no caso do saneamento básico, não haveria que se cogitar a aplicação de uma metodologia diferente, como o valor de reposição do bem, uma vez que a própria legislação indica que o critério que fundamenta o cálculo de eventual indenização ao concessionário seja baseado no custo histórico do investimento.

3.2. Regulação

3.2.1. ANEEL

No setor de energia elétrica, a Resolução Normativa ANEEL n. 596, de 19 de dezembro de 2013, em consonância com a legislação setorial, também determina a obrigação de pagamento de indenização pelos investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados:

Art. 5º Para o cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, será utilizada a mesma base de referência de custos unitários prevista no § 1º do art. 10 do Decreto nº 7.805, de 2012, a preços de 31 de dezembro de 2012.

Art. 6º Para o recebimento do pagamento dos investimentos vinculados aos bens reversíveis de que trata esta Resolução, seja por indenização em espécie seja por reconhecimento na base tarifária, a concessionária deverá, caso solicitado pela ANEEL, apresentar inventário realizado por auditoria independente credenciada pela ANEEL atestando os quantitativos de materiais, equipamentos e serviços.

§ 1º O valor de pagamento será revisto para os casos em que os quantitativos de que trata o caput divergirem daqueles inicialmente apresentados à ANEEL.

§ 2º Para fins de fiscalização, a ANEEL poderá solicitar laudos, perícias e documentação complementar não especificados neste regulamento.

§ 3º Os custos comprovadamente realizados para a contratação de inventário e de outros levantamentos requeridos pela ANEEL serão avaliados e considerados no reajuste tarifário subsequente.

Nota-se que no setor de energia, a disciplina regulatória não precisa definir a metodologia de cálculo da indenização, uma vez que a legislação setorial já o faz.

3.2.2. ANATEL

No setor de telecomunicações, é interessante observar que o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução nº 447/2006, não disciplina a indenização devida ao particular quando da reversão, nem aprofunda o tratamento acerca da extinção da concessão.

3.2.3. ANP

No setor de petróleo e gás, a Resolução ANP nº 28/2006 apresenta, em seu art. 7º, norma semelhante ao já mencionado §1º do art. 28 da Lei nº 9.478/1997, determinando a reversão de bens sem ônus para a União:

Art. 7º A critério exclusivo da ANP, os Bens Reversíveis passarão à posse e propriedade da União e à administração da ANP, na data da devolução da Área de Concessão, em decorrência do previsto no art. 28, Incisos I, II e III e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.478, de 06.08.1997, sem ônus de qualquer natureza para a União ou para a ANP.

Outra norma que trata brevemente da reversibilidade é a Resolução ANP nº 25/2014, que determina que a notificação e devolução de áreas contenha a relação de bens reversíveis⁷⁴ e que o concessionário será responsável pela remoção de bens não reversíveis quando da desativação de instalações⁷⁵.

3.2.4. ANTT

No setor de transportes terrestres, são poucas as disposições sobre o tema.

⁷⁴ Art. 3º A notificação da Devolução de Áreas, em todas as circunstâncias previstas nos Contratos, será feita por escrito e conterá a relação de Bens Reversíveis existentes na parcela a ser devolvida e a delimitação do polígono das áreas a serem retidas, se as houver, feita conforme o Padrão ANP4B.

⁷⁵ Art. 4º A Desativação de Instalações ligadas a atividades de Exploração de Petróleo ou Gás Natural, em casos de extinção ou não do Contrato, se fará por conta e risco exclusivos do Contratado, incluindo a remoção dos bens que não sejam objeto de Reversão ou Alienação bem como a Recuperação Ambiental da área ocupada, de acordo com o Regulamento Técnico aqui instituído.

O Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo, visando à integração do Sistema Ferroviário Nacional, aprovado pela Resolução nº 3695, de 14 de julho de 2011, e que a integra como anexo, disciplina o compartilhamento de infraestrutura. O art. 10 determina que:

Art. 10. Os bens decorrentes de investimentos de expansão de capacidade incorporar-se-ão ao patrimônio da concessionária cedente.

§ 1º Caso os investimentos de expansão de capacidade sejam suportados pela cedente, quando da extinção da concessão, os bens declarados reversíveis serão passíveis de indenização pelo Poder Concedente, nos termos de regulamentação específica sobre a matéria.

§ 2º Caso os investimentos de expansão sejam suportados pela requerente, quando da extinção da concessão, não haverá qualquer indenização do Poder Concedente à requerente, que deverá ter o retorno de seu investimento atrelado à utilização da infraestrutura ferroviária nos termos do COE.

Nada é mencionado quanto ao cálculo da indenização.

3.2.5. ANTAQ

No **setor de transportes aquaviários**, o regulamento sobre procedimentos e critérios para reversibilidade de bens, a ser submetido a audiência pública, nos termos da Resolução nº 5010/2016, caso aprovado, passará a dispor que:

Art. 29. A reversão de bens à União dar-se-á na ocasião da extinção do vínculo legal ou do contrato administrativo, atendendo-se às condições dos termos jurídicos que os regem. §4º Os investimentos ainda não completamente amortizados, vinculados a bens reversíveis em áreas e instalações arrendadas, serão indenizados pelo Poder Concedente, em montante a ser determinado pela ANTAQ a partir de levantamento conjunto dos agentes envolvidos, o qual corresponderá exclusivamente a seu valor contábil residual.

Ao mencionar o valor contábil residual, o texto deixa clara a intenção de que seja adotada a metodologia do custo histórico atualizado. A norma prevê, ainda, que quando da reversão, a ANTAQ deverá providenciar parecer técnico contendo a avaliação patrimonial resumida e a lista de bens a serem revertidos⁷⁶.

⁷⁶ Art. 33. (...) Parágrafo único. A reversão e a liquidação de bens da União será efetivada pelo Poder Concedente, devendo, para tanto, a ANTAQ proceder com a entrega de Parecer Técnico contendo avaliação patrimonial resumida, lista definitiva de bens a serem revertidos, e os resultados do cálculo financeiro para pagamento de indenização, quando couber.

3.3. Doutrina

A partir do conceito de bens reversíveis aqui descrito, fundamentado em sua imprescindibilidade à continuidade dos serviços, é natural deduzir que na hipótese de extinção da concessão, seja no termo contratual, seja antes dele, tais bens deverão reverter ao poder concedente, sendo garantida ao particular uma indenização. Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro afirma:

Em qualquer caso de extinção de concessão, 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 público⁷⁷.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho defende que sejam diferenciados aqueles bens que são necessários à prestação daqueles que sejam somente úteis. É exatamente a característica da essencialidade que deve determinar a reversão do bem ao final da concessão:

É necessário, então, estabelecer uma diferenciação entre bens úteis e bens necessários à prestação do serviço público. Há alguns que facilitam, mas não são indispensáveis à referida prestação. Outros, por seu turno, são essenciais a tanto.

A essencialidade do bem à prestação do serviço produz sua submissão a esse regime jurídico próprio e inconfundível, dotado de características e peculiaridades próprias. Todos os bens passam a ter um regime próprio de direito público, ainda que se trate de bens de propriedade original do concessionário. A afetação do bem à satisfação da necessidade coletiva impede a aplicação do regime de direito privado comum. Não é possível, por isso, o concessionário invocar seu domínio para dar o bem o destino que bem lhe aprouver. Nem poderia pretender usar e fruir do bem como bem entendesse. Portanto e ainda que se configure bens privados, não é possível cogitar da sua penhorabilidade ou alienabilidade, sem a prévia desafetação – a qual se fará por ato formal do poder concedente, depois de verificada a viabilidade da continuidade do serviço público sem sua utilização. Encerrada a concessão e se verificando a desnecessidade dos bens para a continuidade do serviço público, voltará a incidir o regime de direito privado sobre eles. **Se os bens forem indispensáveis à manutenção da regularidade do serviço público, consolidar-se-á seu domínio em favor do poder concedente ao final da concessão**, numa sistemática jurídica equivalente a uma forma de desapropriação – inclusive na acepção de subordinar-se ao regime jurídico correspondente. (...) ⁷⁸ (grifo nosso)

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 281

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654 p.330-331.

Desse modo, ao retirar um bem do domínio particular para entregá-lo ao poder público, será devida ao particular a indenização correspondente. É evidente que, ao apresentar a sua proposta no processo licitatório, o concessionário deve considerar os valores a investir em bens reversíveis, bem como a sua amortização por meio do recebimento da tarifa. Assim, esta amortização deve ser considerada no cálculo do valor da indenização. Bernardo Guimarães afirma:

Outro ponto a ser examinado diz respeito ao regime indenizatório relativo aos contratos de concessão. Como se assinalou acima, o regime normativo alude à indenização dos bens reversíveis não amortizados, nada indicando expressamente acerca da existência do dever de indenizar os lucros cessantes. Desse modo, a única indicação objetiva feita pela Lei ao tratar da indenização em caso de extinção prematura da concessão alude aos bens reversíveis não amortizados ainda⁷⁹.

Entretanto, conforme mencionamos, há grande polêmica quanto à metodologia que deva ser empregada para avaliar os ativos, o que pode ter impactos diferentes em conformidade com o setor em questão. Também é importante ressaltar que exatamente em razão das especificidades de cada setor, devem ser analisadas as vantagens e desvantagens de cada método, associando-as ao caso concreto.

No caso dos investimentos em serviços de saneamento básico, por exemplo, a experiência releva que o emprego da metodologia do custo novo de reposição (empregada no setor de energia elétrica) levaria a valores expressivamente maiores do que o calculado a partir do custo histórico atualizado do investimento, descontada a amortização. Sabe-se que o método do valor novo não atende ao critério da LNSB, exatamente porque oneraria a tarifa paga pelo usuário final de forma injustificada e desnecessária.

Tal aspecto é importante porque em outros setores de infraestrutura, a questão não se encontra tão clara, sendo reconhecida a controvérsia sobre qual a metodologia de cálculo a ser utilizada para a recuperação dos investimentos.

⁷⁹ 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, set. 2013/fev. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=104601>>. Acesso em: 25 set. 2017

Dentre as outras metodologias possíveis, cumpre-nos mencionar aqui que também há diversos defensores do método do custo corrente (ou valor novo) de reposição, baseado no valor atual das propriedades de utilidade pública, pois este expressaria o custo que se teria para “repor” a infraestrutura construída. Ocorre que esta reposição, ainda que de um bem antigo, geralmente implica um custo maior, uma vez que dificilmente se poderia, no tempo presente, repor um determinado bem por outro antigo. O que ocorre é que geralmente a reposição acaba levando em conta o valor de um bem novo. Por outro lado, caso haja necessidade de substituir o bem mais de uma vez ao longo da concessão, a aplicação do método do custo de reposição traria um problema sobre como avaliar o primeiro investimento realizado.

Assim, há expressiva doutrina contrária ao emprego do valor de reposição, que afirma que a aplicação deste método poderia levar a valores maiores ou menores do que os efetivamente investidos, dando margem a subjetividade e insegurança. Este método pode, inclusive, gerar grandes divergências entre o valor da indenização e os valores constantes nas demonstrações financeiras do concessionário. Portanto, ele não seria o mais adequado a avaliar o quanto foi investido.

Esta corrente defende que o correto (e que explica a opção do legislador na disciplina do saneamento básico) é o cálculo pelo método do **custo histórico atualizado**, ou seja, a partir da atualização financeira dos valores efetivamente aplicados aos serviços. Não obstante, a opção por uma determinada metodologia deve considerar as peculiaridades de cada configuração contratual ou de desenvolvimento dos serviços.

Recorrendo ao escólio de J. H. Meirelles Teixeira, em estudo publicado em 1941, constatamos que já se defendia o emprego do custo histórico atualizado:

... o princípio dos investimentos reais, como base de tarifas, não somente toma em consideração as mudanças das condições econômicas, como as resolve da maneira mais justa e consentânea com o interesse público, ao permitir o reajustamento da remuneração do concessionário seja pela modificação na taxa de lucro, seja no próprio custo histórico, mediante índices corretivos, capazes de refletir as alterações nos níveis de preços.

Afastam-se, assim, as prolongadas, repetidas, dispendiosas e hipotéticas “avaliações” do capital físico das empresas, com todos os seus males e gravíssimos inconvenientes para a regulamentação⁸⁰.

Outra razão para aplicar o custo histórico reside no fato de que eventuais novos investimentos realizados para substituição da infraestrutura seriam computados a partir da data de sua realização, gerando novos créditos perante o titular e, inclusive, podendo refletir na atualização do valor da tarifa. Contudo, não se poderia considerar como crédito o valor que seria despendido para repor a infraestrutura sem que tais valores tivessem efetivamente sido investidos, sob pena de se violar frontalmente a lei e o interesse público, pois certamente haveria perda de modicidade tarifária. Neste sentido, novamente J. H. Meirelles Teixeira:

... se esse aparelhamento tivesse realmente de ser substituído, sê-lo-ia, sem dúvida, de acordo com o progresso e a técnica atual de execução do serviço, isto é, em condições talvez de maior economia, conforto e segurança. Não, porém, copiando-se o antigo aparelhamento, aos preços atuais, como querem os escassíssimos defensores do “custo de reprodução”.

Adotado o método do “custo histórico”, nos termos já expostos, o público pagará sempre, como é justo, de acordo com o realmente despendido pelo concessionário. Se o aparelhamento é acrescido de novas instalações, o custo efetivo destas, sem dúvida as mais modernas e eficientes, será computado no cálculo das novas tarifas⁸¹.

Ainda é importante analisar a prudência do investimento que se irá computar, pois “de fato, o custo histórico escriturado pode muitas vezes ser fantástico, ou representar inversões reais, mas desarrazoadas ou desonestas”. Assim, “certas inversões, a que manifestamente não haja presidido nenhum critério de efetiva vantagem para o serviço, ou mesmo maliciosamente efetuadas, não devem ser tomadas em consideração no cálculo das tarifas”⁸².

⁸⁰ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos**. Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de São Paulo, Procuradoria Administrativa. São Paulo, 1941, pp. 352-353.

⁸¹ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos**. Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de São Paulo, Procuradoria Administrativa. São Paulo, 1941, p. 336.

⁸² TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos**. Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de São Paulo, Procuradoria Administrativa. São Paulo, 1941, pp. 331-332.

Contudo, tal fiscalização pelo poder concedente não representaria um ônus a mais, uma vez que ela já deve ser realizada para fins de controle da concessão e de avaliação da tarifa.

Neste mesmo sentido, Bilac Pinto, ao defender a aplicação do sistema americano de regulamentação dos serviços de utilidade pública, por meio de Comissões, elenca, dentre os princípios cardeais que devem reger a elaboração de contratos-padrão para concessões, a previsão de “remuneração adequada do capital, em regime de serviço pelo custo, e com avaliações baseadas na inversão prudente, menos depreciação”⁸³.

Por estas razões, em Ofício da Associação Paulista de Municípios – APM, enviado em 11 de maio de 2010 à consulta pública realizada pela ARSESP, foi consignado que:

...os Municípios paulistas não concordam que seja adotado o método do **custo corrente de reposição** para determinar a base de remuneração regulatória dos ativos dos serviços de saneamento básico prestados pela SABESP.
(...)
... ao prestador dos serviços deve se retornar o quanto efetivamente investiu (**valor histórico atualizado**), e sobre este valor, no período em que estiver aplicado aos serviços, é que deve incidir a remuneração⁸⁴.

No caso dos serviços de transportes, há que se considerar as peculiaridades dos bens classificados como reversíveis, para que se tome uma decisão embasada acerca da metodologia a ser aplicada para o cálculo da indenização, estudando eventualmente a possibilidade de utilizar outras técnicas econômicas. É imprescindível que qualquer que seja a opção, inclusive quando se optar por maior margem de discricionariedade, que ela esteja refletida de forma clara nos dispositivos que regulam a matéria. Entretanto, é clara a tendência da doutrina em eleger o critério do custo histórico atualizado, e dele descontar apenas a amortização, eventuais ajustes ou glosas..

⁸³ PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. 2ª edição, atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 89 e 115 a 117.

⁸⁴ ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MUNICÍPIOS – APM. **Legislação do Saneamento**. Manifestação Encaminhada pela APM à ARSESP, p. 163 a 171.

3.4. Entendimentos da jurisprudência e das Cortes de Contas

O Acórdão 3661/2012 – Plenário⁸⁵, referente ao acompanhamento do 1º estágio das concessões de áreas e instalações localizadas nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e terminais de Outeiro e Miramar, fala na **necessidade de elaboração de metodologia clara e objetiva para definir a forma de levantamento de bens reversíveis.**

Considerando o acórdão anterior, no Acórdão 1995/2014 – Plenário⁸⁶, que versa sobre consolidação de auditorias de qualidade, e sobre acompanhamentos de concessões, realizadas no âmbito do Fiscobras 2013, constatou-se, no acompanhamento dos arrendamentos portuários, que o Poder Concedente não havia realizado levantamento dos bens reversíveis, tampouco adotado “metodologia criteriosa para apurar o estado e o valor de tais ativos, gerando incertezas na apuração dos investimentos necessários e assimetria de informação entre os possíveis licitantes”.

Verifica-se que diversos acórdãos ressaltam esta carência de informações precisas sobre o levantamento dos bens reversíveis.

No mesmo sentido, no Acórdão 2200/2015 – Plenário⁸⁷, o TCU aborda a indenização de bens reversíveis pelo Poder Público. Trata-se de acompanhamento de procedimentos para prorrogação antecipada de contratos de concessões portuárias, adotados pela Secretaria de Portos da Presidência da República e pela ANTAQ, em relação à prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários, instituída pelo art. 57 da Lei 12.815/2013⁸⁸.

Ao analisar os riscos associados à opção pelo mecanismo da antecipação de prorrogação de contratos de arrendamento portuário em vigor, em detrimento da realização de novas licitações, o TCU ressaltou a ausência de informação sobre “investimentos em bens reversíveis que ainda não tenham sido totalmente amortizados

⁸⁵ Tribunal de Contas da União. Acórdão 3661 – Plenário, Rel. Ana Arraes, Data da Sessão: 10/12/2013.

⁸⁶ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1995/2014 – Plenário, Rel. Weder de Oliveira, Data da Sessão: 30/07/2014.

⁸⁷ Tribunal de Contas da União. Acórdão 2200/2015 – Plenário, Rel. Ana Arraes, Data da sessão: 02/09/2015

⁸⁸ Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.

ou depreciados, a serem indenizados pela União na hipótese de se decidir pela extinção dos contratos atuais para posterior licitação”.

Em relação ao setor de energia elétrica, que apresenta previsões mais claras sobre a metodologia de cálculo, o TCU examina o texto normativo, para concluir que a indenização seja calculada com base no valor novo de reposição do bem. No Acórdão 2736/2016 – Plenário⁸⁹, que trata do monitoramento acerca dos impactos da Medida Provisória 579/2012 (convertida na Lei nº 12.783 de 2013) na Conta de Desenvolvimento Energético, o TCU assinalou que:

De acordo com o art. 15 da MP 579/2012, a 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.

No Acórdão 2579/2014 – Plenário⁹⁰, autos de auditoria operacional realizada na Base de Remuneração Regulatória adotada pela ANEEL no cálculo das revisões tarifárias das Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica, o TCU, avaliando os critérios utilizados na avaliação dos ativos nos três ciclos de revisão tarifária realizados pela ANEEL entre a promulgação da Lei 8.987 e 13/02/1995, afirmou:

Os critérios adotados nos três ciclos pautaram no princípio de que os ativos efetivamente utilizados e necessários para a prestação dos serviços, que podem ser chamados de “investimento prudente”, deveriam ser atualizados em condições econômicas e não contábeis. Assim, a Base de Remuneração Regulatória, desde o 1º CRTP, não é, em tese, determinada pelo custo contábil (custo histórico) dos ativos das distribuidoras, e sim, pelo Valor Novo de Reposição, com vistas a manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

⁸⁹ Tribunal de Contas da União. Acórdão 2736/2016 – Plenário, Rel. Vital do Rêgo, Data da sessão: 26/10/2016.

⁹⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão 2579/2014 – Plenário, Rel; José Jorge, Data da sessão: 01/10/2014.

No Acórdão 2565/2014⁹¹, o TCU afirma que os critérios para cálculo do Valor Novo de Reposição estão consolidados na Resolução Normativa Aneel nº 589⁹².

No Acórdão 1836/2013 – Plenário⁹³, reproduzindo instrução elaborada pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Energia e Comunicações, o TCU traz metodologia baseada no cálculo do Valor Novo de Reposição que demonstra as dificuldades do tema, pois envolve o desconto da depreciação, um dado eminentemente contábil:

Pode-se conceituar VNR como sendo o resultado do cálculo do valor de um ativo (no caso, um bem reversível de geração ou transmissão vinculado a uma concessão vincenda), se fosse construído/adquirido a preços atuais. Após a obtenção do VNR, chega-se ao valor de indenização por meio do seguinte produto:

$$\text{INDENIZAÇÃO} = \text{VNR} \times (100\% - \text{DEPRECIÇÃO ACUMULADA}\%)$$

No setor de telecomunicações, o Acórdão 3076/2016 – Plenário⁹⁴, o TCU, em levantamento realizado com o objetivo de aprofundar os conhecimentos sobre a rediscussão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações e das concessões do serviço de telefonia fixa, identificou que os bens reversíveis são aqueles afetados à prestação do Serviço de Telefonia Fixa Comutado e que sejam revertidos ao poder público ao término da concessão.

Valendo-se da doutrina de Alexandre Aragão, afirma o acórdão que, na reversão, somente serão indenizados os bens que não tiverem sido amortizados. Determina, ainda, que segundo o art. 102 da Lei Geral das Telecomunicações, que a indenização ocorra antes do término do contrato.

No Acórdão 1598/2017 – Plenário⁹⁵, o TCU, realizando o acompanhamento do primeiro estágio do Leilão – Aneel 1/2017, referente à licitação para outorga de quatro

⁹¹ Tribunal de Contas da União. Acórdão 2565/2014 – Plenário, Rel. José Jorge, Data da Sessão: 01/10/2014.

⁹² No mesmo sentido: Tribunal de Contas da União. Acórdão 1253/2016 – Plenário, Rel. Raimundo Carreiro, Data da sessão: 18/05/2016; Tribunal de Contas da União. Acórdão 1598/2017 – Plenário. Rel. Aroldo Cedraz, Data da Sessão: 26/07/2017;

⁹³ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1836 – Plenário, Rel. José Mucio Monteiro. Data da Sessão: 17/07/2013

⁹⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão 3076/2016 – Plenário, Rel. Bruno Dantas, Data da sessão: 30/11/2016.

⁹⁵ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1598/2017 – Plenário, Rel. Aroldo Cedraz, Data da Sessão: 26/07/2017.

usinas hidrelétricas em operação, entendeu que, de acordo com o artigo 8º, da Lei 12.783/2013, referido leilão poderia ser realizado sem a reversão prévia dos bens vinculados à concessão de então, mas caberia a indenização do concessionário referentemente aos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados.

Nesse momento, é importante destacar a obrigação de indenização e realizar um contraponto com a jurisprudência do STJ⁹⁶, que tem firmado o entendimento de que não há previsão acerca da necessidade de se promover a indenização prévia dos bens reversíveis⁹⁷.

Contudo, deve-se ressaltar que isto não significa suprimir a obrigação de indenizar, mas refere-se apenas ao momento em que a indenização será realizada.

4. Penalidades

4.1. Legislação

4.1.1. Regime Geral

A Lei de Concessões determina que, dentre as cláusulas essenciais ao contrato estejam aquelas referentes às sanções⁹⁸, mas não aprofunda a disciplina das penalidades a serem aplicadas em casos de descumprimentos contratuais. Apenas

⁹⁶ Nesse sentido: STJ, REsp 1.059.137/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008 - ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95.

I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou deprecitados. II - **Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens.** III - Recurso especial improvido.

⁹⁷ Ver também: STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.197.430/SC Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 02/10/2010 e STJ, REsp 1.314.050/SC Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012.

⁹⁸ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação.

prevê a possibilidade de declaração de caducidade em diversas hipóteses, inclusive pelo descumprimento das penalidades impostas⁹⁹.

4.1.2. Setor de Energia Elétrica

No **setor de energia elétrica**, o Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, indica diversas hipóteses em que poderão ser aplicadas multas ao concessionário, dentre elas *pelo não fornecimento nos prazos que lhe forem assinados, de dados estatísticos de natureza técnica, contábil e econômica ou de quaisquer informações requisitadas diretamente pelo C.N.A.E.E. ou pela Fiscalização*, o que pode se referir à falta de dados sobre bens reversíveis (inciso I do art. 178)¹⁰⁰.

Por sua vez, enquanto a Lei nº 9.427/1996 não prevê qualquer tipo de penalidade, o Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, que a regulamenta, determina que:

Art. 17. A ANEEL adotará, no âmbito das atividades realizadas pelos agentes do setor de energia elétrica, em conformidade com as normas regulamentares e os respectivos contratos, as seguintes penalidades a serem aplicadas pela fiscalização:

I - advertência escrita, por inobservância a determinações da fiscalização ou de normas legais;

II - multas em valores atualizados, nos casos previstos nos regulamentos ou nos contratos, ou pela reincidência em fato que tenha gerado advertência escrita;

III - suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como impedimento de contratar com a Autarquia, em caso de não execução total ou parcial de obrigações definidas em lei, em contrato ou em ato autorizativo;

⁹⁹ Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: (..)

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

¹⁰⁰ Art. 178. Os concessionários de serviço de energia elétrica incorrerão em multas:

I - Pelo não fornecimento nos prazos que lhe forem assinados, de dados estatísticos de natureza técnica, contábil e econômica ou de quaisquer informações requisitadas diretamente pelo C.N.A.E.E. ou pela Fiscalização; II - Se se verificar deficiência de operação ou de conservação das instalações e se as características do fornecimento não satisfizerem as exigências deste Regulamento e não forem as mesmas normalizadas dentro do prazo fixado pela Fiscalização, ressalvados os casos de força maior; III - Se não forem executadas as ampliações e melhoramentos das instalações determinadas de acordo com a lei e dentro do prazo fixado, ressalvados os casos de força maior; IV - Se uma vez atingindo o mínimo permitido do fator de reserva do seu sistema gerador, não tomar o concessionário as providências previstas no art. 50; V - Pelo não cumprimento das demais exigências do presente Regulamento e de suas instruções e normas técnicas

- IV - intervenção administrativa, nos casos previstos em lei, no contrato, ou em ato autorizativo, em caso de sistemática reincidência em infrações já punidas por multas;
- V - revogação da autorização, nos termos da legislação vigente ou do ato autorizativo;
- VI - caducidade da concessão ou permissão, na forma da lei e do respectivo contrato.

Ainda, o dispositivo transfere à ANEEL a obrigação de editar regulamento sobre a matéria, uma vez que determina que *a ANEEL definirá os procedimentos administrativos relativos à aplicação de penalidades, de cobrança e pagamento das multas legais e contratuais, assegurados o contraditório e o direito de ampla defesa (§1º) e que as multas serão graduadas segundo a natureza e a gravidade das infrações e aplicadas em múltiplos, conforme dispuser o respectivo regulamento da ANEEL, nos casos de reincidência, podendo ser cumuladas com outras penalidades (§ 4º).*

4.1.3. Setor de Telecomunicações

No **setor de telecomunicações**, a LGT determina que as sanções sejam previstas no contrato de concessão¹⁰¹ ou no termo de permissão¹⁰², mas disciplina, em seu art. 173, os tipos de penalidades aplicáveis:

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

- I - advertência;
- II - multa;
- III - suspensão temporária;
- IV - caducidade;
- V - declaração de inidoneidade.

O art. 179 dispõe, ainda, sobre a limitação da multa aplicada:

Art. 179. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para cada infração cometida.

§ 1º Na aplicação de multa serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

¹⁰¹ Art. 93. O contrato de concessão indicará: (...) XIV - as sanções;

¹⁰² Art. 120. A permissão será formalizada mediante assinatura de termo, que indicará: (...) VIII - as sanções;

Entretanto, as especificações acerca das penalidades aplicáveis para cada caso são tratadas pela regulação, conforme detalhado adiante.

4.1.4. Setor de Petróleo e Gás

No **setor de petróleo e gás**, a Lei nº 9.478/1997 apenas determina que as penalidades sejam previstas no contrato¹⁰³ e não aborda a gestão dos bens reversíveis.

4.1.5. Setor de Transportes Terrestres e Aquaviários

Do mesmo modo, no **setor de transportes terrestres e aquaviários**, na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o art. 78-A indica, de modo geral, os tipos de sanções aplicáveis, sem abordar o caso específico da gestão dos bens reversíveis:

Art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

- I – advertência
- II – multa;
- III - suspensão
- IV – cassação
- V - declaração de inidoneidade.
- VI - perdimento do veículo.

4.1.6. Setor de Aviação

No setor de **transportes aéreos**, nem a Lei nº 11.182/2005, nem o Decreto nº 7.624/2011 disciplinam as penalidades aplicáveis às eventuais infrações, seja das normas sobre o tema, seja das previsões contratuais.

¹⁰³ Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...)XII - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.

4.2. Regulação

4.2.1. ANEEL

No **setor de energia elétrica**, também apresenta disposição genérica a Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, que aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. Nos termos do art. 2º:

Art. 2º As infrações tipificadas nesta resolução sujeitarão a infratora às penalidades de:

I – advertência;

II – multa;

III – embargo de obras;

IV – interdição de instalações;

V – suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como de impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica;

VI – revogação de autorização;

VII – intervenção administrativa;

VIII – caducidade da concessão ou da permissão.

Entretanto, nenhuma norma regula a aplicação de sanções especificamente para os casos de descumprimentos na gestão dos bens reversíveis.

4.2.2. ANATEL

No **setor de telecomunicações**, o já mencionado Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução nº 447/2006, que contém normas sobre procedimentos relacionados a Inventário, Relação de Bens Reversíveis (RBR), Registro, Desvinculação, Alienação, Oneração ou Substituição de Bens Reversíveis, traz um dispositivo bastante claro quanto às sanções, estabelecendo que quaisquer infrações sejam punidas de acordo com as sanções previstas pela LGT, pelos instrumentos contratuais e pelo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas:

Art. 20. A infração ao disposto neste Regulamento, bem como a inobservância dos deveres dele decorrentes ou demais atos relacionados, sujeita os infratores às sanções, aplicáveis pela Anatel, definidas no Livro III, Título VI “Das

Sanções” da Lei nº 9.472/97, bem como nos contratos de concessão ou termos de permissão e no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel.

Por sua vez, nos termos do art. 9º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, as infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, como leves, médias e graves¹⁰⁴. De acordo com o inciso III do §2º do mesmo artigo, violações a dispositivos que objetivem proteger bens reversíveis são classificadas como infrações médias¹⁰⁵.

Os tipos de sanções incluem aplicação de advertência¹⁰⁶, suspensão temporária¹⁰⁷, declaração de inidoneidade¹⁰⁸, obrigações de fazer e de não fazer¹⁰⁹, multa¹¹⁰ e caducidade¹¹¹, devendo sempre considerar os critérios estabelecidos pelo art. 10º do Regulamento¹¹².

¹⁰⁴ Art. 9º As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em: I - leve; II - média; e III - grave.

¹⁰⁵ § 2º A infração deve ser considerada média quando verificada uma das seguintes hipóteses, desde que inexistam elementos que justifiquem o seu enquadramento como grave: (...)

III - violação a dispositivo normativo ou contratual que tenha por objetivo a proteção a bens reversíveis;

¹⁰⁶ Art. 12. A critério da Agência, nas infrações classificadas como leves, e quando não houver reincidência específica, pode ser aplicada a sanção de advertência ao infrator.

¹⁰⁷ Art. 13. A sanção de suspensão temporária poderá ser aplicada nas infrações classificadas como graves, cumulativamente com a sanção de multa, e terá prazo de duração não superior a 30 (trinta) dias. Parágrafo único. Na ocorrência de aplicação cumulativa de sanções de suspensão, ultrapassando o prazo limite de 30 (trinta) dias, pode ser adotado, após decisão fundamentada da Agência, o procedimento de intercalação das suspensões previstas, em prazo não superior a 10 (dez) dias, mediante solicitação fundamentada do infrator.

¹⁰⁸ Art. 14. A declaração de inidoneidade deve ser aplicada, cumulativamente com a sanção de multa, a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação.

Parágrafo único. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não deve ser superior a 5 (cinco) anos, contado do recebimento da intimação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso.

¹⁰⁹ Art. 15. As sanções de obrigação de fazer e de não fazer poderão ser aplicadas nas infrações classificadas como leves, médias e graves, cumulativamente ou não com a sanção de multa, quando a autoridade competente, valendo-se da oportunidade e conveniência, verificar que a imposição de prática ou abstenção de conduta à sancionada será mais razoável e adequada para o atingimento do interesse público, devendo a escolha ser devidamente motivada, observados os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e economicidade.

¹¹⁰ Art. 17. A multa pode ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ultrapassar o valor previsto na lei.

¹¹¹ Art. 23. A sanção de caducidade será aplicada nas hipóteses expressamente previstas em Lei ou em Regulamento, bem como em infração grave, quando os antecedentes do infrator demonstrarem a ineficácia de outra sanção menos gravosa.

¹¹² Art. 10. Na definição da sanção devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios: I - a classificação da infração; II - os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais; III - as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos arts. 19 e 20 deste regulamento; IV - os antecedentes do infrator; V - a reincidência específica; VI - o serviço explorado; VII - a abrangência dos interesses a que o serviço atende; VIII - o regime jurídico de exploração do serviço;

No caso de aplicação de multa, há também limites a serem respeitados, aplicáveis de acordo com a natureza jurídica da pessoa (se pessoa jurídica ou pessoa física), o tamanho da empresa e estendendo a penalidade a administradores¹¹³, podendo variar de R\$ 220.000,00 a R\$ 25.000.000,00¹¹⁴.

4.2.3. ANP

No **setor de petróleo e gás**, a Resolução nº 25/2014, que define os procedimentos a serem adotados na Devolução de Áreas na Fase de Exploração, contém norma geral de penalização para os casos de descumprimento de quaisquer de suas disposições:

Art. 11 - O não cumprimento das disposições desta Resolução e do Regulamento Técnico que ela institui acarretará a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e nas demais disposições normativas aplicáveis.

4.2.4. ANTAQ

No **setor de transportes aquaviários**, regulamento sobre procedimentos e critérios para reversibilidade de bens, a ser submetido a audiência pública, nos termos da Resolução nº 5010/2016, prevê apenas que sejam aplicadas as penalidades previstas em norma específica da agência, em caso de descumprimento das suas normas:

Art. 37. No caso de descumprimento desta norma, aplicam-se as penalidades previstas em norma específica desta Agência, mediante o devido processo administrativo sancionador.

4.3. Doutrina

No que se refere à aplicação de penalidades, assim como em relação aos demais aspectos do tratamento dos bens reversíveis, o entendimento doutrinário

IX - a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio; X - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; e XI - o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator.

¹¹³ Art. 17 (...) § 1º O valor da multa, para cada infração cometida, deve respeitar os limites mínimos e máximos previstos no Anexo ao presente Regulamento.

¹¹⁴ Para mais detalhes, ver o Anexo ao Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>.

caminha no sentido da necessidade de previsão nos instrumentos convocatórios e contratuais.

É importante mencionar que muito pouco é estudado sobre o tema, assim como também são poucas as previsões legais e regulatórias sobre a questão, o que leva a crer que as lacunas normativas levam também a uma carência no aprofundamento dos estudos sobre o tema.

Geralmente, a doutrina ou analisa o regime geral dos bens reversíveis, sem abordar as sanções aplicáveis, ou examina as penalidades aplicáveis para quaisquer descumprimentos em contratos de concessão.

As verificadas lacunas normativas, por sua vez, configuram um problema que exige a atenção das agências reguladoras, pois, nas palavras de Floriano de Azevedo Marques:

A atividade punitiva é um dos pilares centrais para o órgão regulador. Em princípio, é necessário prever em lei um regime de sanções, sem o que resta frágil a atividade apenadora da Agência. É imprescindível o estabelecimento na regulamentação e no contrato de concessão de I) uma estrutura de condutas puníveis com as respectivas penas; II) um regime de escusas de punibilidade, atenuantes e agravantes; III) um procedimento sancionatório que assegure o direito de defesa e o devido processo legal¹¹⁵.

Conforme explica Fernando Vernalha, a aplicação das sanções deriva da lei, da regulação e do contrato, sendo fundamental que se observe a proporcionalidade e a razoabilidade da sanção cominada em relação à conduta punível:

Logo, a disciplina jurídica a orientar a aplicação de sanções ao concessionário (e às demais partes envolvidas na concessão) deriva da lei, dos regulamentos e do contrato de concessão. Há diversos níveis de ordenação da conduta do concessionário, encadeados hierarquicamente. Como dito, a maior ou menor densidade normativa em relação ao tema dependerá do bloco de legislação setorial.

Ao contrato caberá, portanto, definir os contornos mais específicos relativamente à aplicação das penalidades administrativas, preenchendo os espaços deixados pela lei e pelos regulamentos, identificando procedimentos, discriminando hipóteses de incidência etc. além de delimitar as hipóteses e condições para as penalidades contratuais.

¹¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos Regulatórios a serem Considerados na Formulação de um Novo Modelo para o Setor de Saneamento Básico no Brasil. São Paulo, Interesse Público - IP, ano 3, n. 10, p.43-59, abri./jun. 2001

O fundamental será a obediência à proporcionalidade e à razoabilidade na fixação e calibragem das sanções contratuais ou administrativas relativamente às hipóteses de incidência que lhes são atreladas. Essa calibragem acabará sendo fruto de uma avaliação contida na esfera dos espaços em branco deixados pela lei, pelos regulamentos e, ainda, pelo esgotamento das zonas de certeza positiva e negativa resultante da aplicação dos princípios aos casos concretos¹¹⁶. (grifos nossos)

Sobre esta necessidade de previsão contratual, além da doutrina já mencionada nos capítulos anteriores, podemos citar ainda José Madeira e Jansen Madeira, que afirmam que os bens reversíveis e a descrição de sanções constituem elementos essenciais que devam estar previstos no contrato:

Outros elementos essenciais que devem estar previstos no contrato são as possíveis receitas e eventuais fontes de financiamento alternativas, complementares e acessórias. Os bens reversíveis, acaso existentes, as questões de compartilhamento das redes fiscais, as regras definidoras de transferência e extinção do contrato, a descrição das sanções e suas respectivas infrações, sobretudo as de natureza grave¹¹⁷.

Os mesmos autores analisam, também, a aplicação de sanções como uma consequência da prerrogativa do poder concedente de intervir no serviço:

A aplicação de sanções é mais uma das prerrogativas que é atribuída ao poder concedente, na qualidade de titular do serviço público objeto de concessão, e do poder de fiscalizar sua adequada prestação. Assim como nas demais medidas já citadas, a aplicação de sanção pelo Poder Público às empresas concessionárias responsáveis pela execução do serviço público se reveste do seu peculiar poder de império. Quanto à legalidade de sua aplicação, esta não será tão-somente por conta da discricionariedade que advém de seu poder de fiscalização, mas pressupõe a precedência de uma falta cometida pela concessionária¹¹⁸.

Assim, caso o concessionário descumpra quaisquer de suas obrigações, inclusive aquelas pertinentes à gestão de bens reversíveis, estará sujeito à aplicação de penalidades, respeitando a proporcionalidade e garantindo o contraditório e a ampla defesa.

¹¹⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. 407 p.312

¹¹⁷ MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo. Concessão e permissão de serviços públicos – Novos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais (Primeira parte). Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 73, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51829>>. Acesso em: 26 set. 2017

¹¹⁸ Idem ibidem.

4.4. Entendimentos da jurisprudência e das Cortes de Contas

Conforme visto, a aplicação de sanções por falhas na gestão dos bens reversíveis é competência das respectivas agências reguladoras. Portanto, qualquer procedimento de aplicação de sanções (garantidos o contraditório e a ampla defesa) deve ser conduzido em âmbito administrativo, pela Agência responsável pela regulação do setor.

Desse modo, estes debates dificilmente chegam ao judiciário e estão geralmente fora da competência das Cortes de Contas, a não ser na ocorrência de outros problemas, como falhas na própria aplicação da sanção, considerando também em sua análise a o exame da atuação da agência.

Como exemplo de entendimento do TCU, podemos mencionar o voto proferido no Acórdão 3311/2015 – Plenário¹¹⁹, onde são apontadas diversas fragilidades na aplicação de penalidades pelo descumprimento da obrigação de solicitar anuência prévia da agência para proceder à alienação de bens reversíveis:

4.2. Quanto ao processo de controle e acompanhamento dos bens reversíveis
4.2.5. Alienação, desvinculação, substituição e oneração de bens reversíveis e assinatura de contratos relativos a bens de terceiros sem a anuência prévia da Anatel

118. Consoante exposto anteriormente neste Voto, o art. 101 da LGT, o art. 14 do regulamento e os contratos de concessão determinam que a realização das operações envolvendo bens reversíveis depende de anuência prévia da agência. Contudo, em diversos processos administrativos e fiscalizações realizadas entre 2004 e 2014, foi constatada a ocorrência, desde 1998, de mais de um milhão de alienações, substituições, desvinculações e onerações de bens reversíveis, além da assinatura de vários contratos relativos a bens de terceiros, sem as devidas solicitação e obtenção de anuência prévia da agência.

(...)

120. A Anatel, em seus relatórios de fiscalização, identificou fragilidades no controle e tratamento das onerações pelas concessionárias, o que dificultava a obtenção de informações por parte dos fiscais da agência. Assim, por exemplo, em algumas ocasiões, os servidores da agência pesquisaram diretamente nos sítios públicos dos Poderes Judiciários Estadual e Federal para localizar ações onerando bens reversíveis.

121. **Em que pese a agência ter instaurado processos administrativos para apurar as infrações identificadas nos relatórios de fiscalização citados nos parágrafos acima, observa-se que as multas aplicadas podem ser consideradas pequenas frente à quantidade de descumprimentos, o índice de quitação é baixo, o tempo de tramitação dos processos é longo e os processos instaurados após 2010 ainda aguardam análise em 1ª instância. Além disso, constatou-se a existência de casos em que ocorreu a revisão e a redução das penalidades aplicadas devido às discordâncias sobre a**

¹¹⁹ Tribunal de Contas da União. Acórdão 3311/2015 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler, Data da sessão: 09/12/2015

caracterização da infração ou a dosimetria da multa entre os fiscais, a área responsável pelo controle e acompanhamento e os Conselheiros da Anatel, como exemplificado nas Análises nº 27 e nº 28/2015 - GCIF.

(...)

123. Considero cabível salientar, ainda, a existência de casos em que a Anatel somente teve ciência do descumprimento do seu Regulamento por intermédio do Ministério Público Federal ou da imprensa, o que demonstra a ineficácia do acompanhamento pela agência da situação dos bens reversíveis.

124. Por fim, saliento que, apesar da relevância e materialidade dos indícios de irregularidades acima mencionados, não foram identificadas vendas de bens reversíveis que teriam sido anuladas ou desfeitas devido à ausência da anuência prévia da agência.

O voto também aponta as fragilidades no próprio processo de aplicação de penalidades:

4.3. Quanto ao processo de aplicação de penalidades

141. A unidade técnica identificou diversas fragilidades nos procedimentos de apuração e aplicação de penalidades, tais como:

- a) longo prazo de tramitação, chegando a 6,5 anos;
- b) baixo índice de quitação de multas;
- c) baixo índice de instauração de processos frente aos descumprimentos sistemáticos do regulamento de bens reversíveis, que ultrapassam em média dez mil por ano;
- d) ausência de instrução dos processos desde a reestruturação da Anatel, ocorrida em 2013; e
- e) ausência de julgamento em 1ª instância dos processos instaurados desde 2010.

No caso em questão, foram verificadas diversas críticas à atuação da ANATEL, a despeito de esta agência ser a única que dispõe de regulamento detalhado sobre a aplicação de penalidades.

Assim, resta evidente a importância de que os regulamentos não apenas indiquem de maneira objetiva a gradação das sanções para cada caso, mas também disciplinem de forma expressa os seus procedimentos de fiscalização e penalização.

5. Benchmarking Internacional: Término antecipado de contrato

O presente capítulo visa apresentar conceitos relacionados ao término antecipado de contratos de concessão e Parcerias Público-Privadas, metodologias e práticas adotadas em mercados maduros, conforme relatórios e guias disponíveis sobre os temas.

5.1. Fontes de Informação

Devido à maior maturidade dos mercados de infraestrutura, concessão e parcerias público privadas em países como Reino Unido, Canadá, países da Europa Continental, Austrália, entre outros, a previsão sobre a ocorrência do término antecipado de contratos é comum nos contratos de Parcerias Público Privadas e concessão nestes países, e também em guias de Parcerias Público Privadas e Concessões disponibilizados por instituições como Banco Mundial, Banco Europeu de Investimentos e Tesouro do Reino Unido.

O Governo do Reino Unido, por exemplo, publicou o “PPP Policy Note: Early termination of contracts”, guia que apresenta diretrizes relacionadas aos casos de término antecipado de contrato.

5.2. Casos de término antecipado de contrato

Conforme o Guia de Provisões Contratuais de Contratos de PPP¹²⁰, disponibilizado pelo Banco Mundial, os termos antecipados de contratos podem ocorrer pelos seguintes casos:

- a) Pelo Poder Concedente, por inadimplemento dos termos contratuais pelo Concessionário;
- b) Pelo Parceiro Privado, por inadimplemento de termos contratuais pelo Poder Concedente;
- c) Término voluntário do contrato pelo Poder Concedente, por conveniência ou razões de política pública;

¹²⁰ World Bank, Guidance on PPP Contractual Provisions (2017)

d) Por quaisquer das partes envolvidas, por força maior ou mudança na lei.

5.3. O conceito de pagamento de rescisão

Nos contratos de concessão em que a indenização por rescisão antecipada não é tratada especificamente, as partes dependerão do método de resolução de disputas escolhido para determinar o montante de qualquer dano em caso de encerramento, o que pode envolver ações judiciais.

De acordo com a experiência prévia, mesmo uma parte inadimplente pode ter direito a uma indenização para refletir de forma justa o valor de qualquer obra ou serviço realizada. Em certos contratos, em vez de se basear na legislação, pode haver previsão contratual sobre a forma de indenização a se pagar, caso ocorram eventos de rescisão por motivos específicos.

5.4. Provisões em contratos de pagamento por rescisão

A experiência prévia nos mercados de concessão e PPPs mostra que as entidades financiadoras não estão dispostas a disponibilizar linhas de financiamento a Concessionárias sem garantia de que serão reembolsadas pelos montantes disponibilizados. Ao realizar a diligência dos projetos antes do fechamento financeiro, os credores precisam garantir que a sua dívida seja protegida no caso de rescisão antecipada do Contrato de Concessão, sem depender de processos legais longos e potencialmente incertos para determinar o nível de indenização. Os investidores de capital próprio, da mesma forma, desejarão proteger o seu investimento em circunstâncias em que a rescisão ocorre sem responsabilidade do Parceiro Privado.

Embora os processos legais possam resultar em uma indenização por rescisão pelo Poder Concedente, o nível de certeza fornecido por disposições contratuais expressas é fundamental para os credores disponibilizem linhas de financiamento para o Projeto. Os pagamentos de rescisão são, portanto, um elemento-chave da alocação de risco em um contrato de concessão e essenciais para a viabilização financeira de um projeto de concessão.

Os motivos para a rescisão e os pagamentos conseqüentes podem ser complexos. Eles estão incluídos nos contratos de concessão para fornecer segurança

quanto às mecânicas e os efeitos da rescisão. Isso, por sua vez, permite que os credores classifiquem sua dívida com base em um perfil de risco menor, o que, por sua vez, gera redução do risco do contrato de concessão, maximizando o preço oferecido pelo Parceiro Privado pelo contrato e o value-for-money.

5.5. Principais considerações para o Poder Concedente

5.5.1. Segurança dos contratos

As metodologias para indenização pelo término de contrato devem incluir métodos de cálculo simples e objetivos, que proporcionarão maior segurança para as partes envolvidas, minimizando o risco de disputas e permitindo a diminuição do risco do Parceiro Privado. Os elementos de capital e de dívida a serem compensados devem ser claramente definidos e compreendidos por todas as partes, incluindo os custos por quebra dos contratos de financiamento.

5.5.2. Contratos e acordos relevantes

Segundo o guia de provisões de contratos de PPP do Banco Mundial, quando as indenizações pela rescisão antecipada são definidas com referência aos contratos de financiamento, com relação aos acordos de acionistas para alocação de capital próprio ou contratos do projeto, o Poder Concedente deve rever e aprovar estes contratos. O Poder Concedente deve também requerer direitos de aprovação com relação a eventuais alterações destes acordos e contratos, tendo em vista que seu potencial passivo pode ser afetado por essas alterações.

Também é importante mencionar que tendo em vista a alocação de recursos públicos nas possíveis indenizações por término de contrato, e que os projetos de infraestrutura envolvem a prestação de serviços públicos, ambas partes devem encontrar formas de continuidade do contrato de concessão por meio de renegociações dos contratos. Desta forma, evita-se o dispêndio de recursos públicos e permite-se a continuidade da prestação de serviços.

5.6. Indenização por inadimplemento de termos contratuais pelo Poder Concedente, mudança de lei ou término voluntário

5.6.1. Prática de mercado

No caso do término antecipado do contrato por inadimplemento de termos contratuais pelo Poder Concedente, a abordagem de mercado é que o Parceiro Privado deve ser compensado pelo Poder Concedente como se o contrato tivesse chegado ao fim, ou seja, considerando-se os valores de financiamento do projeto por fontes de dívida e capital próprio, bem como o retorno de capital projetado. Além disso, o Parceiro Privado poderá esperar que sejam compensados os valores referentes à quebra dos contratos relacionados aos projetos, como custos por quebra de contratos de financiamento, por demissão de funcionários e demais contratos do projeto (por exemplo, contratos de obras ou de terceirização).

5.6.2. Método de indenização

Existem dois métodos de indenização "completos" que o Poder Concedente deverá considerar:

- Indenização pelo valor contábil: esta é baseada nos custos de investimento que o Parceiro Privado pode incorrer na construção do Projeto. Os custos de terceiros serão adicionados no topo. Este método não é tão comumente usado e, embora seja relativamente claro e simples, geralmente não é recomendado, uma vez que não a indenização do Parceiro Privado de forma justa não é garantida. Existe um risco de pagamento insuficiente (o que criaria problemas de bancabilidade para credores) ou o pagamento em excesso (o que pode gerar incentivos incorretos para o parceiro privado). Também pode haver problemas se as regras contábeis mudarem durante a vida do Contrato. Deve-se notar que é improvável que os valores contábeis dos ativos levem em consideração seu estado físico.
- Indenização de financiamento: esta abordagem é baseada no financiamento do Projeto (por exemplo, dívida senior (seja sob a forma de banco ou financiamento de obrigações), dívida subordinada e patrimônio líquido), novamente com os custos de terceiros em cima. Esta abordagem é mais comum no mercado.

5.6.3. Componentes da indenização de financiamento

Conforme mencionado, este tipo de pagamento de rescisão é constituído por uma indenização em relação à dívida senior, patrimônio líquido e custos de terceiros. Estes componentes são explicados abaixo.

5.6.3.1. Indenização pela dívida sênior

Este pagamento normalmente consiste em:

(i) saldo do principal (seja este financiamento bancário ou por debêntures, que pode ser limitado por referência aos valores previstos no caso base original, no caso em que o Parceiro Privado fornece Plano de Negócios na licitação); mais

(ii) juros, penalidades e taxas (e pagamentos completos em qualquer título ou taxa fixa empréstimo); mais

(iii) custos de quebra dos contratos de financiamento;

Decrescido por valores tais como:

(a) valores creditados nas contas bancárias do Parceiro Privado (garantidos em benefício dos credores);

(b) pagamentos líquidos recebidos como resultado da rescisão dos contratos de hedge cambial e, em alguns casos, lucros com empréstimos prefixados de taxa fixa;

(c) receita de seguro recebida ou a ser recebida antes da data de pagamento da rescisão; e

(d) quaisquer outras somas recuperadas pelos credores antes da data de pagamento da rescisão.

5.6.3.2. Indenização em relação ao patrimônio líquido

Existem essencialmente três opções diferentes que o Poder Concedente deve considerar em relação à indenização de capital próprio. Estes podem levar a resultados diferentes, de modo que o Poder Concedente deve ser orientado pelas circunstâncias do Projeto.

(a) Abordagem do Caso Base Original : nesta abordagem, o valor a pagar é determinado em referência ao Caso Base Original. O Poder Concedente paga uma

quantia que, quando tomada em conjunto com todos os montantes já pagos aos investidores antes da data em que o Contrato de PPP for rescindido, assegurará que os investidores recuperem a TIR do Caso Base.

(b) Abordagem do Valor de Mercado: nesta abordagem, o valor a pagar é determinado pela avaliação do preço que investidores de mercado estejam dispostos a pagar por: (i) ações do Parceiro Privado e (ii) recebíveis decorrentes de dívidas subordinadas, sujeito a determinadas premissas (inclusive que o evento que deu origem à rescisão antecipada não ocorreu).

(c) Abordagem de Caso Base ajustado: de acordo com essa abordagem, o valor a pagar é determinado por referência às distribuições que os investidores de capital esperariam receber sob o Caso Base Original, a partir da data de término do contrato. O valor a pagar será o montante das distribuições previstas no Caso Base Original a ser feito após a data de rescisão, descontado usando a TIR do Caso Base.

5.6.3.3. Indenização em relação a custos de terceiros

O Parceiro Privado incorrerá em outros custos como resultado da rescisão antecipada do Contrato, incluindo os custos de demissão dos empregados, bem como outros custos a pagar pela quebra dos contratos dos subcontratados. Embora a prática do mercado seja para que esses custos sejam incluídos no pagamento de indenização para esta categoria de rescisão, o escopo pode variar dependendo da jurisdição. Os principais pontos para o Poder Concedente ter em conta incluem:

- Revisão dos Contratos do Projeto - conforme os termos de financiamento, antes da assinatura do Contrato, o Poder Concedente e os seus consultores devem rever os Contratos do Projeto para avaliar quaisquer disposições de rescisão antecipada que possam dar origem a indenização de custos de terceiros. Em particular, o Poder Concedente desejará garantir que não existam pagamentos de rescisão excessivos incluídos em contratos com partes relacionadas, e que sejam subcontratadas.

- Definição e limitação de responsabilidades - na medida do possível, o Contrato deve estabelecer o alcance exato da indenização por custos de terceiros. Como os custos de terceiros podem ser significativos e variáveis ao longo do tempo, o Poder

Concedente poderá limitar o montante de sua responsabilidade, embora normalmente sejam definidos os bens indenizáveis, ao invés de um valor monetário.

- Indenização pela perda de lucro - uma das principais questões que o Poder Concedente precisará abordar é em que medida a indenização deve cobrir a perda de lucros futuros dos subcontratados, possivelmente estabelecendo-se um limite de anos.

- Custos de demissão - deve ser dada atenção cuidadosa à indenização pela demissão da mão de obra empregada pelo Parceiro Privado e seus subcontratados. Essa indenização dependerá da legislação, e possível capacidade de reaproveitar a mão de obra afetada.

5.7. Indenização pelo Poder Concedente por inadimplemento dos termos contratuais pelo Concessionário

5.7.1. Prática de mercado

Em caso de rescisão pelo Poder Concedente por motivos de inadimplemento do Parceiro Privado, a prática de mercado é que o Contrato de Concessão deve prever expressamente a forma de indenização. Embora isso possa parecer inicialmente em desacordo com o motivo do encerramento, há justificativas para tanto:

(a) O Poder Concedente poderia beneficiar-se do inadimplemento do Parceiro Privado (por exemplo, apropria-se de um bem construído sem ter pago por este) e, em teoria, poderia ser incentivado a rescindir o Contrato de Concessão. Isso poderia resultar em ação judicial por parte do Parceiro Privado, o que poderia, em última instância, levar o Poder Concedente a pagar uma indenização, bem como os custos legais incorridos;

(b) sem uma provisão expressa em contrato, o Parceiro Privado teria que cobrar um prêmio de risco maior em sua oferta e, portanto, o Poder Concedente pagaria mais pelo contrato;

(c) a prática do mercado mostra que as entidades financiadoras geralmente não disponibilizarão linhas de financiamento para um projeto de concessão em que

nenhuma indenização seja expressamente definida nessas circunstâncias (ou seja, o Projeto não será financiável). Embora exista um argumento de que o risco de nenhuma indenização em contrato possa incentivar os financiadores a resgatar (*step in rights*) um projeto problemático (e houve alguns exemplos dessa abordagem contratual em alguns contratos de PPP no Reino Unido, por exemplo), o mercado em geral, afastou-se disso pelas razões enumeradas nos itens a e b.

(d) o Parceiro Privado ainda geralmente perde seu investimento de capital e o retorno sobre o patrimônio líquido, que é sua principal motivação para a realização do investimento no projeto, em primeiro lugar.

5.7.2. Método de indenização

Embora a prática de mercado seja pagar uma indenização pela rescisão padrão do Parceiro Privado, o Poder Concedente deve escolher um método que não resulte em indenização excessivamente generosa para o Parceiro Privado. Isso não geraria incentivos adequados para o Parceiro Privado atender aos termos contratuais (nem os credores a realizar diligências completas sobre o Projeto, ou exercer seus direitos de monitorar e entrar no Projeto). As opções estão descritas abaixo.

(a) Indenização baseada no valor da dívida: de acordo com essa abordagem, o Parceiro Privado (ou seus credores) é compensado com base nos valores a pagar do financiamento senior. O Contrato de Concessão deve definir claramente os elementos da dívida a serem compensados e também as deduções aplicáveis dos valores disponíveis para os credores.

A inconveniência deste tipo de abordagem reside no fato de que as entidades financiadoras teriam menos incentivos para realizar as diligências apropriadas, e exercer os direitos de entrada no projeto. Tendo isto em vista, recomenda-se que a indenização seja baseada em uma porcentagem do valor total do saldo da dívida sênior. Outra opção para mitigar este risco de desincentivo mútuo de cumprimento dos termos contratuais pelo Parceiro Privado e entidades financiadoras, seria estabelecer que o valor da indenização seria definido pelo saldo do valor da dívida menos o valor das

contribuições de capital próprio (equity), considerando-se assim que os financiadores receberiam do Parceiro Privado o valor restante do saldo da dívida.

(b) Valor de mercado: em geografias nos quais o mercado de concessão é suficientemente líquido e há uma perspectiva razoável de relicitação do Contrato de concessão, a abordagem mais justa seria a de calcular a indenização a pagar ao Parceiro Privado por referência ao valor de mercado do Contrato. Isto garante, em teoria, que o Poder Concedente não pagará ao Parceiro Privado mais do que o valor remanescente do Contrato. Como resultado, este cálculo protege os interesses do Poder Concedente.

A posição de retorno se não houver mercado líquido, ou se o Poder Concedente optar por não seguir este caminho por qualquer motivo, é que o pagamento de indenização é calculado com base no valor estimado que teria sido obtido em uma relicitação, determinado por uma avaliação independente, realizada por terceiros. Este tipo de abordagem é observada em mercados como Bélgica, Austrália, Holanda e África do Sul.

(c) Valor contábil: embora seja visto em algumas jurisdições europeias, o cálculo dos pagamentos compensatórios com base no valor contábil não é a abordagem recomendada, pois o resultado pode não refletir com precisão a realidade das somas devidas.

5.8. O método e período de pagamento das indenizações

O método de pagamento da indenização de rescisão também deve ser considerado pelo Poder Concedente. De um modo geral, o fornecimento de pagamento por montante fixo no Contrato é uma prática de mercado mais comum, mas há uma série de fatores a se levar em conta, incluindo os motivos para a rescisão:

- Capacidade de pagamento - o Poder Concedente terá de avaliar se poderá pagar uma quantia fixa, se um pagamento tão grande não puder ser orçamentado ou suportado pela secretaria de finanças do governo.

- Perspectiva do Parceiro Privado e credores: é provável que o Parceiro Privado e seus credores prefiram um pagamento fixo. Este é particularmente o caso da rescisão padrão do Poder Concedente, pois a causa mais provável é a falta de pagamento. O

Parceiro Privado e os seus credores geralmente querem diminuir ou zerar sua exposição a um Projeto encerrado e evitar o risco de crédito do Poder Concedente o mais rápido possível. O Poder Concedente deve tentar negociar um período de indenização razoável o suficiente para levantar os fundos necessários.

- Juros - O pagamento de juros ao longo do tempo incorrerá em custos de juros para o Poder Concedente, geralmente a partir da data em que o pagamento é reconhecido até o pagamento final. Se o Poder Concedente selecionar esse método, será necessário considerar uma taxa de juros apropriada.

- Transferência de ativos - Os credores podem ser relutantes em liberar suas garantias com relação aos ativos do Projeto até que os pagamentos de indenização tenham sido feitos na íntegra, o que pode dificultar a reversão dos ativos para o Poder Concedente. Esta dificuldade pode ser negociada com os credores por meio de uma transferência dos ativos ao Poder Concedente condicional a que este complete os pagamentos de indenização aos credores.

5.9. Estudo de Caso – Reino Unido

O Governo do Reino Unido disponibiliza o “PPP Policy Note: Early termination of contracts”¹²¹, guia que apresenta exemplos apenas para os casos de término contratual.

No Reino Unido, para que os contratos de PPP ou PFI (Private Finance Initiative) sejam assinados, uma análise de value-for-money terá que ter sido realizada à época da contratação do projeto, demonstrando o melhor valor da contratação do projeto por vias de uma PPP ou Concessão, quando comparada a contratação tradicional, em que o governo, por exemplo, constrói e opera a infraestrutura. O guia referido menciona que esta análise de value-for-money deverá ser revisitada apenas no caso em que as circunstâncias tenham se alterado de tal forma que a análise de valor para o setor pública tenha se alterado, devido a estas mudanças. As autoridades devem garantir também que os serviços estabelecidos nos contratos de concessão continuem a ser prestados de acordo com os padrões contratuais e entregando os benefícios esperados de tais contratos.

¹²¹ HM Treasury, PPP Policy Note: Early termination of contracts (2015)

Portanto, no contexto britânico, os contratos apenas podem ser alterados no caso em que se altere o value-for-money dos projetos devido a alteração de circunstâncias. Caso o setor público tenha razões suficientes para acreditar que ocorreram mudanças nas circunstâncias para tanto, deve iniciar uma análise de value-for-money que demonstre tais alterações, e que a alteração, ou término do contrato, apresenta maior value-for-money do que com a opção de se deixar o contrato como fora assinado.

A análise quantitativa de value-for-money deve comparar:

- O valor presentes dos pagamentos futuros da Autoridade ao concessionário, considerando que o contrato de PFI continuará existindo, em comparação aos custos de término do contrato mais o valor presente dos custos futuros de se entregar um serviço semelhante

Por sua vez, os custos de término do contrato são estabelecidos como:

- O valor de término da dívida sênior do projeto, incluindo custos de quebra dos contratos de financiamento
- Custos de demissão da mão de obra do concessionário
- Custos de quebra dos subcontratos
- Indenização pelo valor do caso base ou valor de mercado do patrimônio líquido do concessionário e dívida subordinada

Segundo a política britânica, as análises devem levar em contato o método pelo qual o pagamento de término será financiado pela autoridade pública. Caso a autoridade pública decida alocar recursos disponíveis em caixa, a avaliação deverá mostrar o timing do pagamento para o concessionário. Caso a autoridade pública deseje financiar com dívida estes pagamentos, as análises deverão levar em conta os custos de financiamento deste pagamento.

5.10. Estudo de Caso - Colômbia

A quarta geração de concessões rodoviárias da Colômbia inclui em seus contratos de concessão cláusulas relacionadas ao término antecipado de contrato, descritas abaixo.

A seção de definições dos contratos incluem termo relacionado ao término antecipado dos contratos, e definem que o término ocorrerá quando as partes aceitem a ocorrência da mesma, quando a câmara de arbitragem declare sua ocorrência, quando seja necessária a emissão de um ato administrativo para tanto ou quando a Agência Nacional de Infraestrutura (ANI) notifique o Concessionário quanto ao término antecipado.¹²²

Os contratos de concessão apresentam as seguintes causas para término antecipado de contrato:

- Causas imputáveis ao Concessionário, por declaração de caducidade do contrato, ou declaração de término unilateral;
- Causas imputáveis a nenhuma das partes: por evento sem responsabilidade das partes, cuja duração supere 90 dias, caso as partes concluam que as obrigações do contrato afetadas pelo evento são de tal importância que tenham levado à suspensão do prazo contratual; por declaração de término unilateral; por solicitação de qualquer das partes por cláusulas relacionadas a realização de compensações ambientais, não cumprimento de prazo para realização de obras ou por eventos de força maior que impeçam a obtenção de licenças ambientais.
- Por solicitação do Concessionário caso pagamentos por parte da Agência Nacional de Infraestrutura estejam em atraso superior a 60 dias.
- Por decisão unilateral da Agência Nacional de Infraestrutura caso esta requeira a recompra dos direitos econômicos da concessão, conforme fórmula pré definida no contrato.

Os contratos incluem fórmulas distintas para a liquidação dos contratos para 4 casos, sendo eles:

¹²²Fonte: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-19-5730078>

- Término antecipado anterior ao início da fase de construção;
- Término antecipado na fase de construção;
- Término antecipado na etapa de operação e manutenção;
- Término antecipado no caso de vencimento do prazo sem obtenção de valor presente de receitas de pedágio;

As fórmulas relacionadas à liquidação dos contratos trazem referências a aspectos específicos dos contratos de concessão na Colômbia (como, por exemplo, a fórmula que leva em conta o valor presente das receitas de pedágio).

Os contratos incluem os efeitos do término antecipado de contrato, seja no caso que os agentes financiadores decidam tomar o controle do contrato de concessão, ou no caso que ocorra a reversão do contrato para a autoridade pública. Ainda, também incluem cláusula expressa que a Agencia Nacional de Infraestrutura poderá relimitar o projeto para contratação de um novo concessionário no caso de seu término.

5.11. Riscos associados ao término antecipado de contrato

Segundo o manual de riscos disponibilizado pelo GI Hub¹²³, o risco de término antecipado de contrato é tratado de forma distinta nos países desenvolvidos e nos mercados emergentes em projetos rodoviários, conforme indicado abaixo:

A alocação do risco é tratada como compartilhada entre o Parceiro Privado e o Poder Concedente, e nos mercados desenvolvidos a indenização é calculada como:

- No caso de inadimplemento do Poder Concedente: o Parceiro Privado receberia as dívidas sênior e subordinada, patrimônio líquido e um nível de retorno pelo investimento. A indenização pelo patrimônio líquido estaria limitada a um montante calculado como o valor presente do fluxo de caixa futuro no momento do término de contrato.
- Caso de término antecipado sem responsabilidade das partes: o Parceiro Privado receberia dívida sênior e retorno pelo patrimônio líquido. O retorno pelo patrimônio

¹²³ Global Infrastructure Hub, Allocating Risks in Public-Private Partnership (2016)

líquido seria limitado ao valor presente do fluxo de caixa futuro no momento de término.

- No caso de inadimplemento do Parceiro Privado: o Parceiro Privado receberia uma porcentagem pré-definida em contrato do saldo da dívida, subtraído de possíveis reinvidações ou multas do Poder Concedente, sem compensação pelo patrimônio líquido. Alternativamente, pode ser definido como o preço de relicitação do Projeto menos danos e custos pelo término antecipado, e pela relicitação.

O manual coloca as seguintes observações quanto à indenização: deve haver mitigantes para garantir que não haja um incentivo ao descumprimento dos objetivos do contrato, e que sejam definidos percursos em contrato para o caso de inadimplemento. Também devem ser definidos em contrato os step-in-rights para os financiadores, e o Parceiro Privado deve mitigar alguns riscos alocando-os aos subcontratados (tipicamente de obras e manutenção).

Em mercados emergentes, a indenização seria calculada conforme abaixo, dependendo da razão para término:

- Inadimplemento do Poder Concedente: o Parceiro Privado receberia a dívida sênior, patrimônio líquido e um nível de retorno pelo capital próprio.
- Término sem responsabilidade das partes: o Parceiro Privado receberia dívida sênior e o patrimônio líquido
- Inadimplemento do Parceiro Privado: receberia indenização que é função dos custos do projeto (incluindo custos de construção e valor contábil da Concessionária) ou o valor da dívida sênior.

Mais uma vez, deve haver incentivos bem definidos em contrato para garantir o cumprimento dos termos contratuais, e um caminho bem definido de procedimentos para o caso de término de contrato.

Além dos pontos mencionados acima, há alguns riscos associados ao término antecipado de contrato, que devem ser monitorados e endereçados apropriadamente pelo Poder Concedente em contratos de concessão:

- Riscos de manutenção: o Poder Concedente deve garantir que os indicadores de desempenho de manutenção estejam apropriadamente endereçados no contrato de concessão, para que os serviços permaneçam sendo prestados em bom nível no evento de término antecipado de contrato.
- Riscos cambiais: dependendo do projeto em específico, os riscos cambiais podem ser definidos em contrato como ensejantes para término antecipado de contrato sem responsabilidade das partes. Isto dependente do nível de exposição das receitas a flutuações cambiais (mais frequente em projetos aeroportuários), e de possíveis financiamentos em moeda estrangeira.

6. Síntese e próximas fases

O relatório ora apresentado consiste em um panorama geral do atual tratamento conferido aos bens reversíveis pela legislação, regulação, jurisprudência e doutrina jurídica em diversos setores regulados. Para essa finalidade optamos por estruturar o relatório em capítulos que abordam cada uma das principais questões pautadas para o tema, de maneira a que se possa ter uma noção geral sobre as diferentes abordagens existentes, em cada um dos tópicos cuja avaliação se requer.

Conforme se pode constatar, a disciplina normativa sobre a matéria varia bastante de setor para setor, notadamente em complexidade e nas ocasiões em que se descrevem as peculiaridades dos regimes contratuais, mas, de outro lado, assenta-se, amplamente sobre as mesmas balizas legais estabelecidas para o tema e que podem ser resumidas em dois preceitos básicos: i) a reversibilidade dos bens em vista de sua imprescindibilidade para a continuidade dos serviços; e, ii) o dever de indenização pelo fato de a concessionária não ter amortizado os investimentos efetivamente realizados – enquanto corolário do princípio que veda o enriquecimento sem causa. No mais e, especialmente, sob o ponto de vista das metodologias de aferição dos custos, investimentos e sua amortização, as abordagens variam tendo em vista as peculiaridades de cada negócio ou cada setor econômico, bem como os objetivos de cada contratação, como não poderia deixar de ser.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara ressaltam que há um “equivoco metodológico em se assumir a premissa de que os temas de direito administrativo, especialmente os relacionados aos contratos públicos, estariam sujeitos a um plexo uniforme de princípios”¹²⁴.

Tal constatação tem reflexos nos diversos aspectos aqui analisados, desde a identificação de quais bens devem reverter ao Poder Público, passando pela amortização dos investimentos, pela forma de cálculo da indenização daqueles bens que não tenham sido amortizados e, finalmente, pela aplicação de sanções.

¹²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral.** Revista da Faculdade de Direito (UFPR), v. 61, p. 149-174, 2016

Assim, especialmente no caso dos bens reversíveis, torna-se ainda mais relevante a flexibilidade conferida ao administrador para estipular as condições para identificação dos bens reversíveis e cálculo da indenização, de modo a permitir melhor adequar o contrato ao caso concreto.

Sobre a identificação dos bens reversíveis, impende destacar outra lição de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, *in verbis*:

(...) a determinação do rol exato de bens reversíveis nos contratos de concessão específicos não pode ser feita a partir de uma teoria geral da reversibilidade em direito administrativo, aplicável a quaisquer casos. Tal teoria é impossível, pois a extensão e modo da reversibilidade – e até sua própria existência – dependem de aspectos que variam de setor a setor, de contrato a contrato¹²⁵. (grifo nosso)

O que a Administração pode e deve ter em conta ao estabelecer o rol de bens reversíveis de uma determinada concessão é que quanto mais bens forem indicados como necessariamente reversíveis, maior será o investimento na aquisição ou manutenção/reposição desses bens e maiores serão as amortizações necessárias dentro da equação econômica do contrato, amortizações essas que, se não ocorrerem regularmente durante o prazo de execução contratual, poderão determinar um maior valor da indenização a ser paga ao concessionário pelos investimentos não amortizados quando da extinção da concessão. Essa percepção, todavia, deve ser submetida aos temperamentos correspondentes a cada “economia contratual específica”, a ser avaliada para cada serviço considerado.

Assim, partindo-se da noção geral de serviço público “industrial”, ou autossustentável, assume-se a premissa de que a economia da prestação dos serviços reside no equilíbrio dinâmico entre os custos de produção dos serviços (nestes incluídos os eventuais investimentos em bens a serem revertidos) em face das contrapartidas recebidas pelo Concessionário, dos usuários, com o pagamento de

¹²⁵ SUNDFLED, 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.

taxas, tarifas, preços públicos e demais receitas ancilares, essas últimas havendo de ser consideradas nos termos e proporções que tenham sido pactuados originalmente ou ao longo da execução contratual, conforme dispõe o artigo 11 da Lei de Concessões.

Cada pacto contratual, portanto, contém as definições particulares da equação econômica com que se convencionou a viabilização econômica da prestação dos serviços e, nessa medida, os dados econômicos que servirão de base para as estimativas ou cálculos econômicos destinados à aferição dos custos operacionais, custos de capital e resultados auferidos ao longo da execução contratual.

O cotejo da legislação e da regulação setorial em vigor, no Brasil, demonstra que a economia contratual de determinado serviço público pode estar submetida a uma ampla regulação da cadeia de valor envolvida, disciplinando a fixação e composição microeconômica das tarifas de atacado e de varejo e sua destinação contábil e patrimonial no âmbito de cada elo da cadeia de valor movimentada para a prestação dos serviços público, tal como se verifica na regulação da ANEEL para o setor elétrico. Mas também pode se contentar com o mero acompanhamento dos investimentos e, bem assim, das tarifas, preços e receitas ancilares (não tarifárias), negociadas em regime de maior ou menor liberdade de preços, pelos delegatários dos serviços ou dos bens públicos explorados, como ocorre no setor aeroportuário, em que a exploração das atividades de apoio às empresas de transporte aeroviário e aos seus usuários, responde pela maior parcela dos recursos que deverão custear as despesas e investimentos associados aos serviços e, bem assim, prover ao Concessionário os meios de arcar com o compromisso de pagamento do valor de outorga convencionado com o Poder Concedente.

É claro que essa observação apenas exprime o fato de que a tarefa que galvaniza a regulação mais complexa é antes o controle da tarifa e seu impacto social do que, propriamente, o acompanhamento da economia contratual, em sentido estrito.

Anote-se que o leque de variações no controle regulatório da equação econômico-financeira do contrato de concessão, acima sugerido, descreve as variações possíveis entre as contratações submetidas ao regime jurídico contratual que prevê a garantia do equilíbrio econômico-financeiro da equação original dos contratos. Fora daquele contexto, entretanto, também existem possibilidades contratuais e que

estão representadas nesse levantamento pelo regime jurídico da outorga dos direitos de prospecção e exploração de petróleo, em que o delegatário dos bens públicos concedidos assume integralmente os riscos do empreendimento, arcando integralmente tanto com os custos do eventual malogro da prospecção, quanto das futuras margens de lucro que serão obtidas com a comercialização do petróleo que vier a ser extraído¹²⁶. É bem verdade que, nesse caso, não estamos tratando da exploração de serviço público, mas da exploração de bem público que, tendo sido entregue para a exploração do particular, ao ser restituído, após a exploração (ou após o malogro da exploração), praticamente esgota o sentido da “reversibilidade dos bens” nessa modalidade de negócio. Portanto, ressalvadas as hipóteses em que a equação econômica contratual não preveja a proteção do equilíbrio econômico financeiro originalmente pactuado, nas demais hipóteses, o regime de regulação setorial do rol de bens reversíveis e, bem assim, de acompanhamento dos investimentos e de sua amortização ao longo da execução contratual, encontra-se diante da mesma tarefa de identificar os bens reversíveis, imprescindíveis para a continuidade dos serviços e, bem assim, avaliar a eventual existência de investimentos não amortizados em bens que serão revertidos, tendo sempre em consideração a matriz de risco estabelecida em contrato e o efetivo equilíbrio ou desequilíbrio dinâmico enfrentado pela equação econômico-financeira durante a execução contratual. A metodologia que vier a ser empregada para a realização dessa tarefa, naturalmente, haverá de combinar uma dimensão técnico-operacional (necessária à definição dos requisitos para a garantia de continuidade dos serviços) de abordagem, com outra econômico-financeira (destinada

¹²⁶ Vide Lei Federal n. 9.478/99: “Art. 28. As concessões extinguir-se-ão: I - pelo vencimento do prazo contratual; II - por acordo entre as partes; III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato; IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme definido no contrato; V - no decorrer da fase de exploração, se o concessionário exercer a opção de desistência e de devolução das áreas em que, a seu critério, não se justificarem investimentos em desenvolvimento.

§ 1º A devolução de áreas, assim como a reversão de bens, não implicará ônus de qualquer natureza para a União ou para a ANP, nem conferirá ao concessionário qualquer direito de indenização pelos serviços, poços, imóveis e bens reversíveis, os quais passarão à propriedade da União e à administração da ANP, na forma prevista no inciso VI do art. 43.

§ 2º Em qualquer caso de extinção da concessão, o concessionário fará, por sua conta exclusiva, a remoção dos equipamentos e bens que não sejam objeto de reversão, ficando obrigado a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes.”

a identificar os fluxos financeiros e sua destinação econômica), sobre a base jurídico-legal da matriz de riscos contratual.

Portanto, é de se concluir que a disciplina normativa da matéria, legal e também regulatória, atribui ao âmbito contratual a efetiva regulação dos principais núcleos de sentido do tema da reversibilidade dos bens: os critérios de sua identificação, acompanhamento e reversão e, bem assim, o regime de amortização dos investimentos relacionado à sua aquisição, reposição ou atualização até o momento da reversão.

Nesse sentido, é também importante destacar a lição de Flávio Pereira *et al* que afirmam que:

Desse modo, a disciplina de índole mais genérica busca viabilizar maior integração normativa da reversão, definida pela Lei Geral de Concessões, com marcos regulatórios setoriais, voltados à disciplina específica de determinados serviços públicos. Afinal, **a cláusula da reversão assumirá feições distintas a depender do objeto do contratual** — telecomunicações, transporte coletivo, saneamento básico, etc.

O ordenamento jurídico, portanto, confere certa **autonomia normativa ao poder público para disciplinar critérios e o modo de delimitação de bens reversíveis, à luz das especificidades do objeto de cada contrato**. Nesse contexto, destaca-se a relevância do devido processo administrativo, porquanto é nele que se apresentarão as particularidades fáticas de determinado bem em determinado momento, circunstâncias que devem ser consideradas sob pena de nulidade (princípio da motivação)¹²⁷. (grifos nossos)

Não é somente a diferença entre setores que influencia as cláusulas que disciplinam a reversão, mas também as particularidades do escopo de cada contrato, que pode interferir na determinação do rol de bens que deverão reverter ao poder concedente, bem como em diferentes metodologias de cálculo do valor destes mesmos bens.

¹²⁷ 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.

Ao discorrer sobre a reversão no setor de telecomunicações, Floriano de Azevedo Marques Neto lembra que:

A acelerada evolução tecnológica e mesmo a obsolescência de tecnologias, traços marcantes no setor, ensejam que em algumas circunstâncias não haja conveniência ou necessidade de que a retomada dos serviços seja associada à reversão dos bens. Pode haver situação em que os bens empregados na prestação, ao final da concessão, estejam tão superados ou depreciados que sua reversão não traga nenhuma utilidade para o poder concedente¹²⁸.

Em outra oportunidade, o mesmo autor destaca, ainda, que esta realidade de mutação, percebida no setor de telecomunicações não é verificada em todos os setores, uma vez que em determinados setores como, por exemplo, o saneamento básico, a infraestrutura é geralmente mantida após a concessão:

(...) o legislador já percebera que a concessão de serviços de telecomunicações vincula-se estreitamente à infraestrutura de rede que lhe dá suporte; contudo, essa relação é distinta daquela de outros serviços públicos (como o de saneamento básico, por exemplo) em que a infraestrutura de rede permanece a mesma ao longo de toda a concessão e possivelmente depois dela. Especificamente no setor de telecomunicações a realidade é cambiante, dinâmica¹²⁹.

Entretanto, há situações em que os bens em questão estarão obsoletos e não serão mais úteis à prestação, mas deverão ser revertidos ao poder concedente, por terem sido originalmente bens públicos. Como exemplo desta situação, Gustavo Guadanhin menciona as estações ferroviárias:

¹²⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE** Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Outubro / Dezembro 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12788>>. Acesso em: 9 out. 2017.

¹²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões em telecomunicações: perspectivas para um serviço em extinção. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 133-146, out./dez. 2015.

Dentre esses bens operacionais, alguns revelaram-se inúteis à prestação do serviço, notadamente as estações ferroviárias, haja vista o desenvolvimento tecnológico que permite o controle do tráfego via satélite, de forma centralizada.

Entretanto, por serem bens reversíveis, no sentido de bens originalmente públicos, devendo retornar ao poder concedente após o fim do contrato de concessão, não podem ser desafetados por simples fato jurídico, notadamente o desuso, necessitando de ato formal que o faça, que deve ocorrer dentro de procedimento disciplinado pela ANTT (art. 24, X, da Lei nº 10.233/2001) e não pela simples vontade da concessionária¹³⁰.

Esta norma denota com clareza um dos problemas frequentemente presentes na temática da reversibilidade: a formalidade pode prevalecer sobre a finalidade. A abordagem excessivamente formal tem como único resultado acarretar um ônus ao poder concedente para reverter bens que já não possuem utilidade e que serão descartados.

Assim, a identificação dos bens que deverão reverter ao Poder Público ao final da concessão depende não somente do setor, mas também das especificidades do caso concreto.

Por este motivo, em um cenário inicial da equação econômico-financeira do contrato de concessão, o valor das receitas (tarifárias ou não tarifárias) deve ser presumido como suficiente para que o concessionário consiga amortizar os investimentos previstos para serem realizados dentro do prazo de vigência do contrato. Aí está a importância do adequado planejamento econômico-financeira da concessão e da existência de um plano de negócios de referência que preveja o volume de investimentos necessários e estime o fluxo de caixa que será obtido pela exploração dos serviços (quaisquer que sejam as fontes de receita, taxas, tarifas ou receitas ancilares que deverão constituí-lo). A realização de estudos econômicos prévios terá

¹³⁰ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. Serviço público de transporte ferroviário: devolução pelo concessionário de bens de valor histórico-cultural não utilizados. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 33-46, set. 2015.

demonstrado, antecipadamente, a viabilidade da amortização ao longo da execução contratual e a forma como tais objetivos seriam alcançados.

Ainda, como os contratos podem ser encerrados antes do termo inicialmente previsto, deve-se ter clareza quanto à metodologia a ser utilizada para o cálculo dos valores da indenização paga pela Administração ao concessionário em razão da reversão de bens não amortizados.

No que diz respeito à definição desta metodologia, há que se destacar a dificuldade de se advogar por um único critério, alçando-o à categoria de geral, isto é, de estabelecer como regra a adoção de um determinado método, seja para todos os setores, seja para cada setor individualmente.

Eis que a doutrina se limita a ressaltar a importância de se definirem critérios de cálculo, geralmente, sem adentrar a discussão sobre quais critérios seriam mais adequados. Um exemplo de estudo geral foi feito por Rafael Veras de Freitas, que aborda superficialmente três métodos geralmente utilizados pelo poder concedente, deixando de lado o desenvolvimento de metodologias alternativas:

(...) por se tratar de instituto novidadeiro, o poder público terá que indicar a metodologia por meio da qual tal valor será calculado. Para esse efeito, poderá se valer de três critérios: (i) o *financeiro*, que se utilizará da metodologia de fluxo de caixa descontado; (ii) o *contábil*, que se utilizará do valor registrado na contabilidade da concessionária; ou (iii) o *patrimonial*, que se utilizará do valor de reposição do ativo.

Explico cada um deles. Adotando o *critério financeiro*, o cálculo será realizado por meio de uma taxa que seja suficiente para remunerar o capital investido durante todo o projeto (a taxa interna de retorno do projeto). A ideia é que as receitas tarifárias ou as contraprestações públicas remunerem todos os investimentos do projeto concessionário – tanto os novos quanto os realizados na vigência da concessão. Já se o poder público adotar o *critério contábil*, 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. Por fim, caso adote o *critério patrimonial*, deverá se valer do valor de reposição do ativo, por meio do qual é aferido não só o

investimento para a sua disponibilização, mas também os reinvestimentos para o atendimento de obrigações regulatórias¹³¹.

Tais critérios individualmente não devem ser vistos como concorrentes no estabelecimento de uma metodologia adequada para o cálculo da indenização. Eles podem ser utilizados em diferentes combinações, para produzir métodos distintos, aplicáveis ao caso concreto. A escolha destas combinações, contudo, deve sempre ser motivada, tarefa que, em se tratando de uma metodologia de cálculo relacionada um contrato de concessão, deverá combinar as dimensões i) técnico-operacional (que identificará a pertinência para a preservação dos serviços); ii) econômico-financeira (que descreverá os fluxos financeiros e sua destinação econômica) e, iii) jurídico-contratual (que demonstrará o atendimento da matriz de risco original).

Não há dúvidas quanto à dificuldade de padronização do cálculo por um único método para setores tão diferentes como, por exemplo, telecomunicações e aeroportos ou rodovias. De acordo com a já mencionada lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, em alguns setores, os bens utilizados durante a concessão podem perder utilidade ao final do contrato, enquanto, em outros setores, podem continuar sendo utilizados. Contudo, a verdade é que, mesmo dentro de um único setor, a dificuldade de se estabelecer uma metodologia uniforme se revela, senão vejamos.

No setor de energia elétrica, encontra-se uma dualidade de critérios na disciplina normativa da matéria. Como apontado por Dilermando Gomes de Alencar, ao transcrever a Nota Técnica nº 56/2007-SCG/ANEEL, o Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), em seu artigo 166, especifica que a reversão com indenização será calculada pelo custo histórico menos a depreciação, com a dedução da amortização já efetuada quando houver¹³².

¹³¹ 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. 2017

¹³² ALENCAR, Dilermando Gomes de. Prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de serviço público. A&C - **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n.

Contudo, conforme visto ao longo desse relatório, diversas normas regulatórias bem como a legislação, estabelecem o critério do valor novo de reposição. Esta situação é destacada por Pedro de Souza, que assinala que a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, adotou o custo de reprodução como critério de cálculo, contrariando o Código de Águas, que não foi expressamente revogado até os dias de hoje¹³³.

O autor discorre sobre o assunto, recorrendo à doutrina de Alfredo Valladão, que data de 1943 e defende a aplicação do custo histórico, com fundamento na doutrina norte-americana e na legislação inglesa, preocupando-se em evitar a caracterização de confisco e em conferir uma 'justa retribuição sobre a justa avaliação', de modo a evitar que houvesse confisco:

A discussão sobre qual seria o valor justo das instalações para a justa retribuição do capital empregado dividiu-se em duas visões distintas. A primeira, pautada no 'custo histórico', sendo este resultante do valor total empregado nos ativos de produção e distribuição de energia menos a depreciação. A segunda, no 'custo de reprodução' ou 'substituição', que significava que o valor das instalações consistiria no montante em dinheiro necessário para substituir as instalações, menos a depreciação.

Alfredo Valladão, amparado na metodologia inglesa do Electricity Act, de 1926 e na doutrina aceita pela Interstate Commerce Commission norte-americana, defendia o emprego do 'custo histórico'. Afirmava que o 'custo de reprodução' padecia do defeito de ser uma soma inconstante, que oscilava de acordo com as flutuações de preços de todos os elementos que compunham a exploração da atividade. Assim, a precificação demandaria inúmeras e sucessivas avaliações, passíveis de debates e pendências judiciais. Além disso, afirmou, citando doutrina econômica específica, que tal método favoreceria a inflação¹³⁴.

34, out./dez. 2008. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=55999>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹³³ SOUZA, Pedro Guilherme Gonçalves de. O Código de Águas e o potencial hidrelétrico no Brasil: a construção jurídica de um discurso político. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 4, nº 7, p. 163-182, mar./ago. 2015.

¹³⁴ Idem ibidem.

Considerando as diferentes visões sobre o tema, verifica-se que não há como se apontar de antemão que uma metodologia seria, por princípio, correta ou errada. A realidade é que diferentes objetos podem levar à melhor adequação de metodologias distintas. Portanto, o estabelecimento de um critério de cálculo como regra geral, em detrimento de uma escolha técnica feita caso a caso, não passaria ileso de questionamentos.

À guisa de conclusão, considerando as diferentes abordagens doutrinárias, uma forma de abordar a questão é a criação de diretrizes setoriais que preservem um grau de autonomia ao administrador, para adotar os critérios mais adequados ao caso concreto, deixando-os claros no instrumento convocatório e no contrato.

Por sua vez, as disposições destes instrumentos (convocatório e contratual) deverão ser seguidas integralmente, preservando a equação econômico-financeira do contrato, de modo a evitar o enriquecimento ilícito, conforme bem ressaltam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho de Arruda Câmara:

Nos casos disciplinados pela lei federal, cogita-se a transferência de bens, mesmo quando não há contrato disciplinando a medida. Não existe uma equação econômico-financeira contratualmente estabelecida para ser verificada. Todavia, o legislador previu a realização de levantamentos de índole econômico-financeira para apurar se há bens a transferir e qual a situação dos investimentos destinados à sua aquisição. Constatada a realização de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, a lei reconhece o dever de o poder concedente indenizar o antigo prestador do serviço.

Essa medida se justifica apesar da ausência de previsão contratual a respeito. É decorrência direta da aplicação do princípio que proíbe o enriquecimento sem causa e da moralidade administrativa. Se o particular investiu em determinada infra-estrutura ou em equipamentos, na expectativa de amortizar esse investimento com a exploração do serviço e, antes de amortizá-lo, se vê obrigado a transferir os bens ao poder concedente, não seria justo que este se beneficiasse do investimento alheio, apropriando-se sem contrapartida ao investidor. Para evitar tal conduta, proscrita pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa e o confisco, é que a lei federal determinou a realização de levantamentos para apurar a existência de investimentos não amortizados nos serviços que serão objeto de nova licitação. A existência de

recursos não amortizados produzirá a obrigação de o concedente compensar o prestador do serviço, por um dos mecanismos fixados na lei¹³⁵.

Conclui-se, portanto, que as ferramentas normativas de maior acuidade para estabelecer o tratamento específico a ser conferido aos bens reversíveis, em uma determinada concessão, são o edital e o contrato (na qualidade de descrições primeiras das bases econômicas do negócio entabulado), onde deverão estar identificados o rol de bens reversíveis já existentes ou seus critérios de identificação, junto com a equação econômico financeira que permitirá pressupor a amortização dos investimentos em bens reversíveis inicialmente previstos, além de prever a metodologia adequada para o cálculo de eventuais indenizações por investimentos que não tenham sido amortizados ao tempo da extinção contratual, seja pela superveniência de investimentos necessários, adequados e imprevistos, seja pela quebra da equação econômica original naquelas circunstâncias em que for aplicável a regra que obriga ao reequilíbrio econômico financeiro.

A execução do contrato está sempre pautada por um planejamento econômico-financeiro prévio e pelo acompanhamento da realização dos investimentos, ocorrendo periodicamente a atualização das informações financeiras e o inventário de bens. É claro que a metodologia de acompanhamento orienta-se pela forma de organização do negócio. Assim é que, no monitoramento de serviços explorados em regime de monopólio (em que os custos operacionais e de capital são imediatamente repassados para a tarifa) o processo de acompanhamento financeiro prioriza padronização contábil, planilhas de custos e metodologias de reajustes financeiros e revisão periódica, enquanto na regulação contratual de serviços explorados em regime de competição (em que as margens de lucro são ajustadas nas disputas por fatias do mercado) as tarifas tendem a ser referenciais e os controles sobre a amortização dos investimentos não tem a mesma finalidade de controle dos preços finais para os usuários, mas se satisfazem com o mero acompanhamento do status dos bens e dos investimentos que

¹³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho. Transição da exploração precária para o regime de concessões: o caso do transporte coletivo de passageiros. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP** Belo Horizonte, n. 20, ano 6 Janeiro / Março 2008 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=52598>>. Acesso em: 9 out. 2017.

ampliam a capacidade produtiva do concessionário, assentando-se sobre o emprego dos instrumentos de regulação econômica setorial, tais como maiores ou menores barreiras de entrada de competidores, níveis mínimos de serviço (evitando competição desleal), obrigações de universalização, prestação de serviços de utilidade pública, esses últimos regulando a apropriação de margens, etc.

Quando da extinção do contrato, as previsões contratuais referentes à reversibilidade representam a referência mais relevante, garantindo segurança jurídica ao concessionário e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Portanto, a abordagem da disciplina da reversibilidade dos bens afetos a uma determinada concessão, considera os seguintes eixos centrais: (i) a adequada definição do rol de bens reversíveis, como aqueles necessários à continuidade do serviço, (ii) a necessidade de amortização dos investimentos realizados ao longo do prazo de vigência do contrato. Nota-se porém que a doutrina não contempla a tese de que a indenização seja feita sempre com base nos investimentos efetivamente realizados (custo histórico de aquisição destes bens). O que se pode concluir da doutrina é que haverá direito de indenização quando se apurar investimentos não amortizados, sendo uma decisão técnica a definição sobre a metodologia de cálculo mais adequada para a justa indenização.

Tais conteúdos estão estreitamente conectados, pois o pagamento de indenizações insuficientes levaria à configuração de enriquecimento ilícito do poder concedente, enquanto o pagamento de indenizações excessivas conformaria o enriquecimento ilícito do concessionário. Ainda, a determinação de um rol de bens dispensáveis à continuidade do serviço traria um aumento desnecessário dos ônus de amortização e, eventualmente, valores maiores de indenização. Por outro lado, a não reversão de um bem essencial pode impactar a continuidade do serviço.

Ante o cenário descrito, resumimos aqui nossas constatações e apresentamos nos anexos ao final do documento duas tabelas contendo os dispositivos mais relevantes mencionados ao longo do texto. O Anexo A resume as previsões legais, enquanto o Anexo B resume os dispositivos regulatórios sobre o tema.

Concluimos, portanto, que:

1. Em relação ao conceito de “bens reversíveis”

A despeito do conceito de bens reversíveis estar consolidado pela legislação e pela doutrina como aqueles bens essenciais à continuidade da prestação dos serviços, em alguns casos, as lacunas nas regulações setoriais dão ensejo a disputas em torno de bens comprovadamente não essenciais, sob a lógica da afetação de outros bens alcançados pelo conceito genérico dos “usos de interesse público”. As hipóteses ampliativas do conceito, todavia, não afastam o dever de indenizar os bens não amortizados, de tal forma que a decisão sobre a matéria terá sempre importantes consequências sobre a modicidade tarifária e os custos de eventuais ressarcimentos.

Assim, em qualquer abordagem sobre o tema, é importante que tais bens sejam definidos da maneira mais expressa e antecipada possível, de acordo com seu aspecto funcional (e não apenas patrimonial), considerando os impactos econômicos da reversibilidade sobre tarifas (ou outros custos de acesso aos serviços) e estimativas de amortização. Ampliar desnecessariamente a lista de bens reversíveis acarreta ônus tanto ao poder concedente, em decorrência do eventual dever de indenização de bens não amortizados, como ao consumidor do serviço, pois a maior necessidade de reverter bens ao poder público pode resultar em maiores tarifas (ou outros custos de acesso aos serviços). Adicionalmente, é imprescindível que o rol de bens reversíveis seja bem definido no contrato, bem como os eventuais investimentos em futuros bens, para que se tenha maior segurança ao calcular o valor da tarifa.

2. Quanto às obrigações durante a licitação e a contratação

Verificamos que diversas normas deixam de conceituar os critérios que norteiam a definição dos bens reversíveis para transferir esta obrigação ao edital de licitação e ao contrato. Assim estes instrumentos devem prever o tratamento a ser dado aos bens reversíveis. Essa atribuição de competência que a regulamentação faz ao modelo contratual especificamente adotado há de ser entendida com um espaço de administração técnica da arquitetura contratual e econômica da concessão, de tal maneira, que o gestor contratual está em condições de lançar mão das técnicas e soluções metodológicas que mais se adequem ao cometimento a ser atingido.

Ocorre que, em que pese a clara necessidade prática de se configurar cada situação a partir dos casos específicos, transferir estas obrigações aos instrumentos convocatórios e contratuais exige que esses instrumentos possuam grande clareza econômica e conceitual sob pena de ensejar insegurança tanto ao concessionário como ao poder público. A indefinição inicial sobre os bens reversíveis ou sobre seus custos de aquisição ou reposição ao longo do contrato representam dificuldade maior para as tarefas de gestão do tema do que qualquer adequação metodológica.

3. Sobre a extinção do contrato e a obrigação de indenização

Observamos que, salvo raras exceções, a maioria das normas, legais e regulatórias, estabelece a obrigação do poder público de, ao final da concessão, indenizar o particular pelos investimentos realizados nos bens reversíveis. Ocorre que raras normas determinam os critérios a serem aplicados para o cálculo do valor desta indenização, o que frequentemente gera controvérsias.

Conforme reiterado ao longo deste relatório, apesar de constituir um conceito jurídico que objetiva garantir a continuidade dos serviços públicos, assegurando que os bens essenciais à prestação retornem ao poder concedente, há relevantes impactos técnicos, econômicos e contábeis a serem considerados.

Ainda que algumas normas nada mencionem sobre indenização é evidente que o poder público não pode se apropriar de um bem produzido por recursos privados sem pagar a devida indenização (tanto quanto não se pode admitir a apropriação, sem custo, de um bem adquirido com recursos públicos). Tal atitude configuraria enriquecimento ilícito do poder concedente em detrimento do particular concessionário, assemelhando-se mais a uma desapropriação ou penalidade confiscatória.

Porém, não é suficiente garantir a adequada identificação dos bens e prever que haverá uma indenização. As partes devem saber antecipadamente como será feito o cálculo desta indenização, especialmente, em caso de uma rescisão antes do fim do termo contratual.

Nesse sentido, é importante estudar as ferramentas econômicas apropriadas a cada caso, para que se opte por um método de avaliação adequado, sem deixar de lado os interesses do poder concedente.

Considerando-se as metodologias aqui referidas (frequentemente referidas nos debates jurídicos sobre a matéria), verifica-se geralmente a alegação de que a aplicação do método do valor novo (ou custo corrente) de reposição ensejaria maiores riscos jurídicos e poderia dar maior margem a litígios, especialmente por fundamentar-se em uma estimativa do valor atual de um bem equivalente novo, podendo, inclusive, resultar em indenizações maiores do que aquelas baseadas nos investimentos históricos. Tal metodologia, todavia, tem o condão de permitir uma avaliação do valor atual do bem reversível que independe das circunstâncias históricas que tenham afetado os investimentos realizados pelo Concessionário.

Por outro lado, afirma-se também que com a adoção do método baseado no investimento histórico o risco de litígios poderá ser mitigado, em vista de que suas bases de cálculo assentam-se sobre dados produzidos pelo próprio concessionário, todavia, tal método poderá, igualmente, não produzir o resultado adequado quando a informação contábil preparada pela Concessionária não refletir perfeitamente os fluxos financeiros ou sua destinação econômica.

Há vantagens e desvantagens da adoção dos diferentes métodos de indenização, e o poder concedente deverá pesar as vantagens e desvantagens de um método e de outro para definição da metodologia escolhida para tal fim, motivando a escolha com base nos aspectos técnicos, econômicos e contratuais relevantes.

É importante que estudos econômicos sejam conduzidos para aferir as vantagens e desvantagens não apenas destes dois métodos, mas também de outras metodologias passíveis de utilização para esta finalidade, de modo que o poder concedente possa tomar uma decisão embasada, associando a diretriz jurídico institucional da cabal amortização dos bens necessários à continuidade dos serviços, com a metodologia que se revele mais adequada para a arquitetura contratual específica. Sobre esta matéria, interessa avaliar a experiência internacional.

Em qualquer cenário, todavia, a tarefa da construção de uma metodologia de aferição da indenização devida pela não amortização dos bens reversíveis exigirá uma motivação assentada, simultaneamente, sobre (i) uma abordagem técnico-operacional, que identifique a relevância dos bens revertidos para a continuidade dos serviços; (ii) uma abordagem econômico-financeira, que identifique os fluxos financeiros da concessão e sua destinação econômica; e, (iii) uma abordagem jurídico-contratual, que demonstre o cumprimento da matriz de risco contratua

4. Acerca do Benchmarking Internacional

Da análise da experiência internacional e da literatura disponível sobre o cálculo das indenizações por término antecipado de contratos de concessão, são identificadas diversas metodologias que poderão ajudar a ultrapassar as desvantagens elencadas nos métodos baseados no investimento histórico ou no valor de reposição dos ativos.

Fica claro que a escolha do método de indenização deve ter em consideração as motivações que geraram o término do contrato mas também a preservação dos incentivos ao cumprimento das obrigações contratuais por ambas as partes do contrato.

5. Acerca das penalidades

Em relação às penalidades, há grande carência de normas claras sobre os eventuais descumprimentos quanto à gestão dos bens reversíveis. O único setor que se preocupa em incluir o tema dentre as gradações de infrações, estabelecendo, ainda, diferentes penalizações de acordo com a situação financeira do particular é o setor de telecomunicações.

A abordagem do tema, portanto, pode tomar como base tais normas, complementando-as com maiores detalhes sobre os possíveis tipos de infrações em relação à gestão de bens reversíveis, de modo a garantir maior segurança jurídica, evitando litígios.

Estas referências, associadas ao arcabouço jurídico brasileiro quanto ao tema, e a temas específicos dos contratos de concessão em questão, nomeadamente contábeis, financeiras, de inventário e de medição de obras inacabadas, e da definição de ativos reversíveis, permitirão o desenvolvimento da metodologia de cálculo para o valor do bem reversível, e de sua indenização.

Estas foram as considerações que julgamos mais relevantes para a abordagem do tema.

ANEXO I – Quadro resumo da legislação

LEGISLAÇÃO				
REGIME GERAL	DEFINIÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS	LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DAS CONCESSÕES QUE ENVOLVAM BENS REVERSÍVEIS	EXTINÇÃO DOS CONTRATOS E INDENIZAÇÃO DOS PARTICULARES	PENALIDADES
Lei 8.987 de 1995	<p>A Lei nº 8.987 não traz um conceito para bens reversíveis e transferiu a definição para o edital de licitação, se preocupando apenas com a necessidade de previsão contratual sobre o tema, bem como com questões referentes à extinção do contrato.</p>	<p>Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) X - a indicação dos bens reversíveis; XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;</p> <p>Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) X - aos bens reversíveis;</p>	<p>Art. 35. Extingue-se a concessão por: I - advento do termo contratual; II - encampação; III - caducidade; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.</p> <p>§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.</p> <p>§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.</p> <p>§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.</p> <p>§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à</p>	<p>Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação.</p> <p>Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.</p> <p>§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: (...) V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;</p>

			concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei. 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.	
Lei 11.079 de 2004	A Lei nº 11.079 também não se preocupou em apresentar tal definição.	Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas. Art. 6º, § 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012	Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei (...) § 5º Por ocasião da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos de que trata o § 2º	
SETOR	DEFINIÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS	LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DAS CONCESSÕES QUE ENVOLVAM BENS REVERSÍVEIS	EXTINÇÃO DOS CONTRATOS E INDENIZAÇÃO DOS PARTICULARES	PENALIDADES

ENERGIA	<p>L. 9.427, art. 18. A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica</p>	<p>L. 9.427, art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;</p> <p>(...)</p> <p>V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis</p> <p>L. 9.427, art. 16. Os contratos de concessão referidos no artigo anterior, ao detalhar a cláusula prevista no inciso V do art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, poderão prever o compromisso de investimento mínimo anual da concessionária destinado a atender a expansão do mercado e a ampliação e modernização das instalações vinculadas ao serviço.</p> <p>L. 12.783, art. 8º. As concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas, nos termos desta Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos. § 1º A licitação de que trata o caput poderá ser realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados</p>	<p>Decreto 41.013, art. 91. No caso de reversão com indenização esta será prévia e no montante do investimento reconhecido (artigo 62), e deduzido de: a) as importâncias relativas às Contas de Códigos ns. 53 e 53.2; b) os saldos das Reservas para Depreciação e Reversão e o saldo da conta de Resultados a compensar</p> <p>L. 9.427, art. 19. Na hipótese de encampação da concessão, a indenização devida ao concessionário, conforme previsto no art. 36 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, compreenderá as perdas decorrentes da extinção do contrato, excluídos os lucros cessantes.</p> <p>L. 12.783, art. 8º. As concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas, nos termos desta Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos. § 2º O cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente.</p> <p>L. 12.783, art. 15. A tarifa ou receita de que trata esta Lei deverá considerar, quando houver, a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo poder concedente, e será revisada periodicamente na forma do contrato de concessão ou termo aditivo. § 6º As</p>	<p>Decreto 41.019, art. 178. Os concessionários de serviço de energia elétrica incorrerão em multas:</p> <p>I - Pelo não fornecimento nos prazos que lhe forem assinados, de dados estatísticos de natureza técnica, contábil e econômica ou de quaisquer informações requisitadas diretamente pelo C.N.A.E.E. ou pela Fiscalização;</p> <p>II - Se se verificar deficiência de operação ou de conservação das instalações e se as características do fornecimento não satisfizerem as exigências deste Regulamento e não forem as mesmas normalizadas dentro do prazo fixado pela Fiscalização, ressalvados os casos de força maior;</p> <p>III - Se não forem executadas as ampliações e melhoramentos das instalações determinadas de acordo com a lei e dentro do prazo fixado, ressalvados os casos de força maior;</p> <p>IV - Se uma vez atingido o mínimo permitido do fator de reserva do seu sistema gerador, não tomar concessionário as providências previstas no art. 50;</p> <p>V - Pelo não cumprimento das demais exigências do presente Regulamento e de suas instruções e normas técnicas</p> <p>Decreto nº 2.335, art. 17. A ANEEL adotará, no âmbito das atividades realizadas pelos agentes do setor de energia elétrica, em conformidade com as normas regulamentares e os respectivos contratos, as seguintes penalidades a serem aplicadas pela fiscalização:</p> <p>I - advertência escrita, por inobservância a determinações da fiscalização ou de</p>
----------------	---	--	---	---

		<p>à prestação do serviço. L. 12.783, art 15. A tarifa ou receita de que trata esta Lei deverá considerar, quando houver, a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo poder concedente, e será revisada periodicamente na forma do contrato de concessão ou termo aditivo</p>	<p>informações necessárias para o cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, das concessões prorrogadas nos termos desta Lei, que não forem apresentadas pelos concessionários, não serão consideradas na tarifa ou receita inicial, ou para fins de indenização. Decreto 7.805, art. 9º. A indenização do valor dos investimentos dos bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados será calculada com base no Valor Novo de Reposição - VNR, e considerará a depreciação e a amortização acumuladas a partir da data de entrada em operação da instalação, até 31 de dezembro de 2012, em conformidade com os critérios do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico - MCSE.</p>	<p>normas legais; II - multas em valores atualizados, nos casos previstos nos regulamentos ou nos contratos, ou pela reincidência em fato que tenha gerado advertência escrita; III - suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como impedimento de contratar com a Autarquia, em caso de não execução total ou parcial de obrigações definidas em lei, em contrato ou em ato autorizativo; IV - intervenção administrativa, nos casos previstos em lei, no contrato, ou em ato autorizativo, em caso de sistemática reincidência em infrações já punidas por multas; V - revogação da autorização, nos termos da legislação vigente ou do ato autorizativo; VI - caducidade da concessão ou permissão, na forma da lei e do respectivo contrato</p>
TELECOM	<p>Decreto nº 3.624, art. 12. Os bens decorrentes das aquisições e contratações citadas no art. 11 deste Decreto deverão ser relacionados no acervo de bens reversíveis da concessionária. Decreto nº 3.624, art. 11. As aquisições e contratações de equipamentos, materiais e serviços associados à execução do plano de</p>	<p>L. 9.472, art. 93. O contrato de concessão indicará: XI - os bens reversíveis, se houver; L. 9.472, art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência. L. 9.472, art. 120. A permissão será formalizada mediante assinatura de termo, que indicará: IX - os bens reversíveis, se houver;</p>	<p>L. 9.472, art. 117. Extinta a concessão antes do termo contratual, a Agência, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, poderá: I - ocupar, provisoriamente, bens móveis e imóveis e valer-se de pessoal empregado na prestação dos serviços, necessários a sua continuidade; L. 9.472, art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis. Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles</p>	<p>L. 9.472, art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofreqüência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal: I - advertência; II - multa; III - suspensão temporária; IV - caducidade; V - declaração de inidoneidade. L. 6.472, art. 179. A multa poderá ser</p>

	<p>universalização, que utilizem parcela de recursos do Fust, somente poderão ser concretizadas observando critérios de preço, qualidade, tecnologia, racionalidade, compatibilidade, desempenho, prazo de entrega e assistência técnica, dentre outros</p>		<p>vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.</p>	<p>imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para cada infração cometida. § 1º Na aplicação de multa serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção</p>
<p>PETRÓLEO E GÁS</p>	<p>A Lei nº 9.478, de 1997, não conceitua bens reversíveis</p>	<p>L. 9.478, art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: VI - a especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens;</p>	<p>L. 9.478, art. 28. As concessões extinguir-se-ão: I - pelo vencimento do prazo contratual; II - por acordo entre as partes; III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato; IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme definido no contrato; V - no decorrer da fase de exploração, se o concessionário exercer a opção de desistência e de devolução das áreas em que, a seu critério, não se justificarem investimentos em desenvolvimento. § 1º A devolução de áreas, assim como a reversão de bens, não implicará ônus de qualquer natureza para a União ou para a ANP, nem conferirá ao concessionário qualquer direito de indenização pelos serviços, poços, imóveis e bens reversíveis, os quais passarão à propriedade da União e à administração da ANP, na forma prevista no inciso VI do art. 43.</p>	<p>L. 9.478, art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...)XII - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais</p>

TRANSPORTE S TERRESTRES E AQUAVIÁRIOS	<p>A Lei nº 10.233, de 2001, não conceitua os bens reversíveis e transfere ao contrato a obrigação de definir os critérios para reversibilidade dos ativos.</p> <p>Com a alteração introduzida pela Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, tal obrigação foi estendida ao edital de licitação, mas não foi fixada qualquer definição ou forma de identificação de bens reversíveis.</p>	<p>L. 10.233, art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: III – publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados</p> <p>L. 10.233, art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: XVI - cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições dos contratos de concessão de porto organizado ou dos contratos de arrendamento de instalações portuárias quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União de que trata o inciso VIII do caput do art. 5º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012</p> <p>L. 10.233, art. 34-A. As concessões e as suas prorrogações, a serem outorgadas pela ANTT e pela Antaq para a exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infraestrutura, poderão ter caráter de exclusividade quanto a seu objeto, nos termos do edital e do contrato, devendo as novas concessões serem precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência. § 2º O edital de licitação indicará obrigatoriamente, ressalvado</p>	<p>Decreto 4.130, art. 3º. À ANTT compete, em sua esfera de atuação: XIII - analisar e classificar, quanto às suas reversibilidades e indenizações, os bens das concessionárias bem como os investimentos autorizados e por elas realizados;</p> <p>XIV - tomar as medidas para que os investimentos em bens reversíveis sejam contabilizados em contas específicas;</p> <p>Decreto 4.122, art. 2º. A ANTAQ tem por finalidade:</p> <p>XXII - analisar e classificar quanto a suas reversibilidades e indenizações, os bens das concessionárias, bem como os investimentos autorizados e por elas realizados;</p> <p>XXIII - tomar as medidas para que os investimentos em bens reversíveis sejam contabilizadas em contas específicas;</p>	<p>L. 10.233, art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal:</p> <table border="0"> <tr> <td>I</td> <td>–</td> <td>advertência</td> </tr> <tr> <td>II</td> <td>–</td> <td>multa;</td> </tr> <tr> <td>III</td> <td>-</td> <td>suspensão</td> </tr> <tr> <td>IV</td> <td>–</td> <td>cassação</td> </tr> <tr> <td>V</td> <td>-</td> <td>declaração de inidoneidade.</td> </tr> <tr> <td>VI</td> <td>-</td> <td>perdimento do veículo</td> </tr> </table>	I	–	advertência	II	–	multa;	III	-	suspensão	IV	–	cassação	V	-	declaração de inidoneidade.	VI	-	perdimento do veículo
I	–	advertência																				
II	–	multa;																				
III	-	suspensão																				
IV	–	cassação																				
V	-	declaração de inidoneidade.																				
VI	-	perdimento do veículo																				

		o disposto em legislação específica: I - o objeto da concessão, o prazo estimado para sua vigência, as condições para sua prorrogação, os programas de trabalho, os investimentos mínimos e as condições relativas à reversibilidade dos bens e às responsabilidades pelos ônus das desapropriações;		
TRANSPORTE S AÉREOS	A Lei nº 11.182 , de 2005, não contém qualquer disposição sobre o tema. A lacuna também não é suprida pelo Decreto nº 7.624 , de 2011.	A Lei nº 11.182 não disciplina a matéria. Decreto 7.624, art. 19. Art. 19. Sem prejuízo de outros critérios e condições definidos pela ANAC, os bens reversíveis poderão ser dados em garantia, desde que: I - ao final da concessão, sejam transferidos ao poder público livres de quaisquer ônus ou encargos; e II - no caso de sua alienação durante a concessão, a concessionária proceda à sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores aos substituídos.		Nem a Lei nº 11.182/2005 , nem o Decreto nº 7.624/2011 disciplinam as penalidades aplicáveis às eventuais infrações
SANEAMENT O BÁSICO	A Lei nº 11.445 , de 2007, a despeito de tratar brevemente da questão, também não apresenta qualquer definição		L. 11.445, art. 42. Os valores investidos em bens reversíveis pelos prestadores constituirão créditos perante o titular, a serem recuperados mediante a exploração dos serviços, nos termos das normas	

			<p>regulamentares e contratuais e, quando for o caso, observada a legislação pertinente às sociedades por ações.</p> <p>§ 1º Não gerarão crédito perante o titular os investimentos feitos sem ônus para o prestador, tais como os decorrentes de exigência legal aplicável à implantação de empreendimentos imobiliários e os provenientes de subvenções ou transferências fiscais voluntárias.</p>	
--	--	--	--	--

ANEXO II – Quadro resumo da regulação

REGULAÇÃO				
AGÊNCIA	DEFINIÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS	LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO	EXTINÇÃO DOS CONTRATOS E INDENIZAÇÃO DOS PARTICULARES	PENALIDADES
ANEEL	<p>R.N. nº 596, art. 3º Os bens reversíveis de que trata esta Resolução são aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção de energia elétrica, cujos investimentos prudentes foram realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.</p> <p>§ 1º Constituem bens reversíveis o conjunto de itens de infraestrutura comuns à usina, tais como, reservatórios, barragens tomada d'água, condutos, canais, vertedouros, comportas, casa de comando, além dos equipamentos de geração, como turbinas, geradores, transformadores, serviços auxiliares e relacionados ao sistema de transmissão de interesse restrito.</p> <p>§ 2º Não constituem bens reversíveis, exemplificativamente, os bens administrativos, tais como móveis, utensílios, veículos, terrenos, edificações, urbanização e benfeitorias.</p> <p>§ 3º Não serão considerados os investimentos decorrentes de alterações na configuração do sistema elétrico autorizados pela ANEEL nos termos da Resolução Normativa nº 330, de 26 de agosto de 2008</p>		<p>R. nº 596, art. 5º. Para o cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, será utilizada a mesma base de referência de custos unitários prevista no § 1º do art. 10 do Decreto nº 7.805, de 2012, a preços de 31 de dezembro de 2012.</p> <p>R. nº 596, art. 6º. Para o recebimento do pagamento dos investimentos vinculados aos bens reversíveis de que trata esta Resolução, seja por indenização em espécie seja por reconhecimento na base tarifária, a concessionária deverá, caso solicitado pela ANEEL, apresentar inventário realizado por auditoria independente credenciada pela ANEEL atestando os quantitativos de materiais, equipamentos e serviços.</p> <p>§ 1º O valor de pagamento será revisto para os casos em que os quantitativos de que trata o caput divergirem daqueles inicialmente apresentados à ANEEL.</p> <p>§ 2º Para fins de fiscalização, a ANEEL poderá solicitar laudos, perícias e documentação complementar não especificados neste regulamento.</p> <p>§ 3º Os custos comprovadamente realizados para a contratação de inventário e de outros levantamentos requeridos pela ANEEL serão avaliados</p>	<p>R.N. nº 63, art.2º. Art. 2º As infrações tipificadas nesta resolução sujeitarão a infratora às penalidades de:</p> <p>I – advertência;</p> <p>II – multa;</p> <p>III – embargo de obras;</p> <p>IV – interdição de instalações;</p> <p>V – suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como de impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica;</p> <p>VI – revogação de autorização;</p> <p>VII – intervenção administrativa;</p> <p>VIII – caducidade da concessão ou da permissão.</p> <p><i>nenhuma norma regula a aplicação de sanções especificamente para os casos de descumprimentos na gestão dos bens reversíveis</i></p>

			e considerados no reajuste tarifário subsequente.	
ANATEL	<p>R. nº 447, art. 3º. (...) IV - Bens Reversíveis: 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;</p> <p>Parágrafo único. São, também, considerados Bens Reversíveis e devem integrar a RBR, definida no inciso X deste artigo, as autorizações de uso de radiofrequências que sejam outorgadas à Prestadora e, quando couber, o direito de uso de posições orbitais, observado o disposto nos artigos 48 e 161 da Lei nº 9.472, de 1997.</p>	<p>R. nº 65, art. 64. Do instrumento convocatório, além dos elementos fixados no art. 14, deverão constar: (...) V - os bens reversíveis, se houver, e as condições em que serão postos à disposição da Anatel, quando extinta a concessão</p> <p>R. nº 65, art. 74. Do instrumento convocatório, além dos elementos fixados no art. 14, deverão constar: (...) V - os bens reversíveis, se houver, e as condições em que serão postos à disposição da Anatel, quando extinta a</p>	<p>No setor de telecomunicações, o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução nº 447/2006, não disciplina a indenização devida ao particular quando da reversão, nem aprofunda o tratamento acerca da extinção da concessão.</p>	<p>R. 447, art. 20. A infração ao disposto neste Regulamento, bem como a inobservância dos deveres dele decorrentes ou demais atos relacionados, sujeita os infratores às sanções, aplicáveis pela Anatel, definidas no Livro III, Título VI "Das Sanções" da Lei nº 9.472/97, bem como nos contratos de concessão ou termos de permissão e no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel.</p> <p>R. nº 589, art. 9º. As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em: I - leve; II - média; e III - grave. § 2º A infração deve ser considerada média quando verificada uma das seguintes hipóteses, desde que inexistam elementos que justifiquem o seu enquadramento como grave: (...) III - violação a dispositivo normativo ou contratual que tenha por objetivo a proteção a bens reversíveis</p> <p>R. nº 447, art. 12. A critério da Agência, nas infrações classificadas como leves, e quando não houver reincidência específica, pode ser aplicada a sanção de advertência ao infrator.</p> <p>R. nº 447, art. 13. A sanção de suspensão temporária poderá ser aplicada nas infrações classificadas como graves, cumulativamente com a sanção de multa, e terá prazo de duração não superior a 30 (trinta) dias. Parágrafo único. Na ocorrência de aplicação cumulativa de sanções de suspensão, ultrapassando o prazo limite de 30 (trinta) dias, pode ser adotado, após decisão fundamentada da Agência, o procedimento de intercalação das suspensões previstas, em prazo não</p>

		<p>permissão; R. nº 65, art. 67. O contrato de concessão indicará: (...)XI - os bens reversíveis, se houver R. nº 65, art. 77. O termo de permissão indicará: (...) IX - os bens reversíveis, se houver;</p>	<p>superior a 10 (dez) dias, mediante solicitação fundamentada do infrator R. nº 447, art. 14. A declaração de inidoneidade deve ser aplicada, cumulativamente com a sanção de multa, a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação. Parágrafo único. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não deve ser superior a 5 (cinco) anos, contado do recebimento da intimação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso R. nº 447, art. 15. As sanções de obrigação de fazer e de não fazer poderão ser aplicadas nas infrações classificadas como leves, médias e graves, cumulativamente ou não com a sanção de multa, quando a autoridade competente, valendo-se da oportunidade e conveniência, verificar que a imposição de prática ou abstenção de conduta à sancionada será mais razoável e adequada para o atingimento do interesse público, devendo a escolha ser devidamente motivada, observados os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e economicidade. R. nº 447, art. 17. A multa pode ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ultrapassar o valor previsto na lei. R. nº 447, art. 23. A sanção de caducidade será aplicada nas hipóteses expressamente previstas em Lei ou em Regulamento, bem como em infração grave, quando os antecedentes do infrator demonstrarem a ineficácia de outra sanção menos gravosa R. nº 447, art. 10. Na definição da sanção devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios: I - a classificação da infração; II - os danos resultantes para o</p>
--	--	--	--

				<p>serviço e para os usuários efetivos ou potenciais; III - as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos arts. 19 e 20 deste regulamento; IV - os antecedentes do infrator; V - a reincidência específica; VI - o serviço explorado; VII - a abrangência dos interesses a que o serviço atende; VIII - o regime jurídico de exploração do serviço; IX - a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio; X - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; e XI - o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator</p>
<p>ANP</p>	<p>R. nº 28, art. 2º (...) a) Bens Reversíveis – São todos e quaisquer bens móveis e imóveis, principais e acessórios, de propriedade do Concessionário, existentes em qualquer parcela da área da concessão, cujos custos de aquisição são dedutíveis de acordo com as regras aplicáveis para o cálculo da Participação Especial e que, a critério exclusivo da ANP, sejam necessários para permitir a continuidade das Operações ou sejam passíveis de utilização de interesse público</p> <p>R. nº 28, art. 9º. No caso de extinção do Contrato de Concessão, em decorrência do previsto no art. 28 da Lei nº 9.478, de 06.08.1997, os bens relacionados a seguir, existentes em qualquer parcela da área da concessão, serão considerados Bens Reversíveis e poderão reverter à posse e propriedade da União e à administração da ANP, a saber, mas não se limitando a: - Todos os poços e seus equipamentos de completação; - Árvores de natal; - Linhas de surgência; - Umbilicais; - Risers; - Manifolds submarinos e satélites de produção; - Estações de produção; - Unidades de produção; - Unidades de produção marítimas; - Plantas de</p>		<p>R. nº 28, art. 7º. Art. 7º A critério exclusivo da ANP, os Bens Reversíveis passarão à posse e propriedade da União e à administração da ANP, na data da devolução da Área de Concessão, em decorrência do previsto no art. 28, Incisos I, II e III e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.478, de 06.08.1997, sem ônus de qualquer natureza para a União ou para a ANP.</p> <p>R. nº 25, art. 3º. A notificação da Devolução de Áreas, em todas as circunstâncias previstas nos Contratos, será feita por escrito e conterá a relação de Bens Reversíveis existentes na parcela a ser devolvida e a delimitação do polígono das áreas a serem retidas, se as houver, feita conforme o Padrão ANP4B</p>	<p>R. nº 25, art. 11. O não cumprimento das disposições desta Resolução e do Regulamento Técnico que ela institui acarretará a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e nas demais disposições normativas aplicáveis</p>

<p>processamento primário; - Estações de compressão; - Estações de bombeamento; - Dutos de escoamento da produção; - Unidades de tratamento de petróleo e gás; - Unidades de tratamento de efluentes; - Centrais de geração de eletricidade; - Centrais de geração de vapor; - Vias de acesso de propriedade do concessionário; - Linhas de transmissão.</p> <p>R. nº 28, art. 10. No caso de extinção do Contrato de Concessão em decorrência do esgotamento das jazidas, segundo os cálculos e previsões constantes do último Plano de Desenvolvimento aprovado para o campo, os bens relacionados a seguir, existentes em qualquer parcela da Área da Concessão, que sejam passíveis de utilização de interesse público, serão considerados Bens Reversíveis e poderão reverter à posse e propriedade da União Federal e à administração da ANP, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Poços que possam ser recompletados para produção de água potável; - Vias de acesso de propriedade do Concessionário. <p>R. nº 25, art. 2º (...)</p> <p>III - Bens Reversíveis: são todos e quaisquer bens móveis e imóveis, principais e acessórios, existentes em qualquer parcela da Área sob Contrato, e que, a critério exclusivo da ANP, sejam necessários para permitir a continuidade das operações ou sejam passíveis de utilização de interesse público.</p> <p>R. nº 25, art. 3º. (...)</p> <p>§4º Qualquer instalação destinada às atividades de Exploração de Petróleo ou Gás Natural, compartilhada entre Contratados, não será considerada Bem Reversível.</p>			
--	--	--	--

<p>ANTT</p>	<p>R. nº 3.543, art. 1º. (...) Parágrafo único. Para fins desta Resolução, são considerados:</p> <p>I - bens vinculados à concessão;</p> <p>(...) b) os bens móveis e imóveis de propriedade da concessionária que sejam utilizados na prestação do serviço público de transporte ferroviário.</p> <p>II - investimentos vinculados à concessão, especialmente os recursos aplicados para aumentar a capacidade produtiva do sistema ferroviário na prestação do serviço público de transporte ferroviário, tais como:</p> <p>a) aquisição, expansão, construção, modernização ou recuperação de bens em função de danos ocorridos antes da assinatura do contrato de concessão; e</p> <p>b) implantação de sistemas de telecomunicações, sinalização, energia e informática.</p>		<p>R. 3.695, art. 10. Os bens decorrentes de investimentos de expansão de capacidade incorporar-se-ão ao patrimônio da concessionária cedente.</p> <p>§ 1º Caso os investimentos de expansão de capacidade sejam suportados pela cedente, quando da extinção da concessão, os bens declarados reversíveis serão passíveis de indenização pelo Poder Concedente, nos termos de regulamentação específica sobre a matéria.</p> <p>§ 2º Caso os investimentos de expansão sejam suportados pela requerente, quando da extinção da concessão, não haverá qualquer indenização do Poder Concedente à requerente, que deverá ter o retorno de seu investimento atrelado à utilização da infraestrutura ferroviária nos termos do COE.</p>
<p>ANTAQ</p>	<p>R. 5.010, art. 6º. Art. 6º Para os efeitos desta Resolução, consideram-se: (...)</p> <p>VIII – bem reversível: 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</p>	<p>R. 5.010, art. 29. A reversão de bens à União dar-se-á na ocasião da extinção do vínculo legal ou do contrato administrativo, atendendo-se às condições dos termos jurídicos que os regem. §4º Os investimentos ainda não completamente amortizados, vinculados a bens reversíveis em áreas e instalações arrendadas, serão indenizados pelo Poder Concedente, em montante a ser determinado pela ANTAQ a partir de levantamento conjunto dos agentes envolvidos, o qual corresponderá exclusivamente a seu valor contábil residual.</p>	<p>R. nº 5.010, art. 37. No caso de descumprimento desta norma, aplicam-se as penalidades previstas em norma específica desta Agência, mediante o devido processo administrativo sancionador.</p>