



FÁBIO AMORIM DA ROCHA

COORDENADOR

PREFÁCIO DE  
**Diogo de Figueiredo  
Moreira Neto**

TEMAS RELEVANTES NO  
DIREITO DE **ENERGIA  
ELÉTRICA**

**TOMO II**

Adriana Coli Pedreira  
Adriane Pacheco  
Alberto Ninio  
Alexandre Santos de Aragão  
Alexei Macorin Vivan  
Antonio Ganim  
Braz Pesce Russo  
Bruno Passos  
Cezar Eduardo Ziliotto  
Claudio Girardi  
Egon Bockmann Moreira  
Elusa Moreira Barroso  
Fábio Amorim da Rocha  
Fabio de Oliveira Toledo  
Floriano de Azevedo Marques Neto  
Frederico de Almeida Fonseca  
Gustavo De Marchi e Silva  
Henrique B. Rocha  
Herval Barros de Souza  
Hilaine Yaccoub  
Ilan Leibel Swartzman  
Isabel Lustosa  
João Emilio Corrêa da Silva de Mendonça

João Paulo da Silveira Ribeiro  
José Roberto de Albuquerque Sampaio  
Lucas Pereira Baggio  
Luiz Eduardo Diniz Araujo  
Marco Antonio de Paiva Delgado  
Maria Aparecida de A.P. Seabra Fagundes  
Maria Beatriz V. Coelho da Silveira  
Maria D'Assunção Costa  
Maria Eduarda Medeiros  
Maria Luiza do Valle Rocha  
Maria Manuela Andrade  
Mariana Almeida Kato  
Marina Fontão Zago  
Mario Celso Santiago Menezes  
Marvin Menezes  
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio  
Priscilla Maciel de Menezes Silva  
Roberto Fontes Federici Filho  
Sergio Guerra  
Solange David  
Wilson D. Christofari  
Yuri Schmitke A. Belchior Tisi



**SYNERGIA**  
EDITORA

Copyright © 2013 Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica – Tomo II  
Todos os direitos desta edição reservados à Synergia Editora

Editor Jorge Gama

Produção Editorial Leandro dos Santos F. da Silva

Capa Ronan Pereira

Diagramação Rachel Barros e Catia Costa

Revisão Leandro dos Santos F. da Silva

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

T278

Temas relevantes no direito de energia elétrica : tomo II / coordenação Fábio Amorim da Rocha. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

920p.: il.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-61325-97-8

1. Serviço de eletricidade - Legislação - Brasil. I. Rocha, Fábio Amorim da.

13-05755

CDU: 34:537.214(81)



*Livros técnicos, científicos e profissionais*

Tel.: (21) 3273-8250 / 3624-4301

www.synergiaeditora.com.br – synergia@synergiaeditora.com.br

### **Adriana Coli Pedreira**

Advogada, mestre em Engenharia; Membro da Comissão de Energia do Siqueira Castro Advogado de Energia Elétrica do Centro de extensão em Direito de Energia (EMERJ); Assessora técnico-jurídica (FMASE), membro dos Comitês da Latin American Working Group Research (IAHR).

### **Adriane Pacheco**

Advogada em São Paulo formada

### **Alberto Ninio**

Diretor jurídico de Assuntos Jurídicos

### **Alexandre Santos de A**

Advogado, mestre em Direito (UERJ) e doutor em Direito; Professor adjunto de Direito na Universidade do Rio de Janeiro.

### **Alexei Macorin Vivan**

Advogado; Doutor em Direito na Universidade de São Paulo; Sócio das áreas de energia e meio ambiente da Miranda, Ferreira e Agel Advogados; Membro das Companhias de Energia Elétrica do Estado de São Paulo e da Infraestrutura da Confederação Nacional do Conselho Superior de Infraestrutura de São Paulo (COINFRA/FIEP); Membro dos Recursos Fiscais do Ministério da Justiça e do Centro da Memória da Eletricidade da OAB/SP; Ex-vice-presidente das multinacionais de energia elétrica.

de interesse comum entre as partes. Finalmente, constata-se que a confiança mútua entre os envolvidos e um modelo eficaz de governança cooperativa tornam-se imprescindíveis para garantia da melhor tomada de decisão e consequente eficácia do contrato.

Nesses casos, também estamos diante de contrato atípico, portanto sem qualquer regulamentação ou previsão específica para essa espécie de contratação em nosso ordenamento jurídico.

Em regra, por se tratar de um modelo com menor risco para todos os envolvidos, não havendo uma sobrecarga para apenas uma das partes, é esperado um custo menor para todo o processo de implantação do empreendimento e, por isso, expectativa de uma maior rentabilidade para o empreendedor.

Diante da nova regulamentação aplicada ao setor de energia elétrica e da necessidade latente de otimização das atividades de geração de energia de modo a conferir maior rentabilidade aos empreendimentos, essa modalidade de contratação para construção dos projetos eólicos tem se mostrado cada vez mais vantajosa para as partes envolvidas, mormente porque não exige do empreendedor a realização de contingenciamento em seu preço (para contingências relativas a geologia, imprevistos, sondagens etc.) o que faz com que referidos custos não sejam transpassados aos empreendedores encarecendo o preço final da contratação.

## 7 CONCLUSÃO

A guisa de conclusão, este perfunctório artigo pretendeu apenas demonstrar um panorama relativo ao desenvolvimento da energia eólica no Brasil. Suas complexidades, vicissitudes, características e, de forma geral, demonstrar que a fonte eólica é, como recurso renovável, viável como fonte de desenvolvimento do setor elétrico.

## Prorrogação das Concessões no Setor Elétrico e Seus Impactos na Reversão de Bens e Indenizações, à Luz da Lei nº 12.783/2013

**Sérgio Guerra**

Pós-Doutor em Administração Pública; Doutor e Mestre em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo da FGV DIREITO RIO; Editor da Revista de Direito Administrativo (RDA).

## 1 INTRODUÇÃO

A concessão de serviços públicos corresponde a uma forma descentralizada de sua prestação que se cristaliza por meio de um contrato administrativo, de natureza especial, por meio do qual o Poder Público competente (Poder Concedente) transfere a um particular (Concessionário) a execução de determinado serviço público, sob sua regulação, mediante o pagamento de tarifas pagas pelos usuários.

Essa forma de delegação dos serviços públicos está prevista na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 175, estabelece que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Esse mesmo dispositivo constitucional, em seu parágrafo único, dispõe que a lei regerá a prorrogação dos contratos.

Assim, a primeira constatação é de que Constituição Federal de 1988 remete a questão envolvendo a prorrogação do prazo contratual, em sede de concessão de serviço público, à lei ordinária.

Saliente-se que, visando atender o determinado no art. 175 da Carta Magna, foi editada em 13 de fevereiro de 1995, a Lei Federal nº 8.987, que veio a estabelecer normas gerais para as concessões de serviços públicos. Esse diploma legal remete as condições quanto à concessão dos serviços públicos ao previsto nessa própria lei, a outras pertinentes e, notadamente às cláusulas do contrato de concessão.<sup>1</sup>

Verifica-se que a Lei Federal nº 8.987/1995 disciplina a questão do prazo e das prerrogativas de forma aberta, apenas fazendo menção à necessária previsão editalícia e contratual. Veja-se parte do texto dessa norma legal: Art. 2º Para os fins do disposto nesta lei, considerase: II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo Poder Concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [...] Art. 5º O Poder Concedente publicará,

1. Lei nº 8.987/1995 – Art. 1º – As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo. [...] 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 conterá, especialmente: I – o objeto, metas e prazo da concessão; [...] Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I – ao objeto, à área e ao prazo da concessão; [...] XII – às condições para prorrogação do contrato.

Em resumo, a Constituição Federal dispõe que lei disciplinará acerca da natureza especial do contrato de concessão e da sua prorrogação. A lei federal, por sua vez, determina que os editais de licitação e correspondentes contratos de concessão deverão ter prazos determinados além das condições para a prorrogação dos mesmos.

Nesse contexto é relevante destacar que o setor elétrico brasileiro envolvendo geração, transmissão e distribuição, foi objeto de grande debate advindo da edição da Medida Provisória nº 579/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Em suma, e malgrado fortes dúvidas acerca da constitucionalidade da norma ao prever prorrogações de concessões já prorogadas, sem licitação,<sup>2</sup> de fato a referida norma legal resultou na antecipação da prorrogação dos prazos das concessões de geração de energia elétrica, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Por força da mencionada lei, previu-se a indenização dos ativos ainda não amortizados e depreciados e redução das tarifas de geração e transmissão, que passaram a ser reguladas, refletindo exclusivamente os custos de operação e manutenção definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

2. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013 – Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária. [...] § 7º O disposto neste artigo aplica-se às concessões de geração de energia hidrelétrica que, nos termos do art. 19 da Lei nº 9.074, de 1995, foram ou não prorrogadas, ou que estejam com pedido de prorrogação em tramitação.

Essas questões acabam por afetar, diretamente, a estrutura tarifária e sua modicidade, intimamente relacionadas aos denominados “bens reversíveis” (depreciação, amortização e indenização).

Ressaltem-se, nesse sentido, os dispositivos que expressamente trataram essa matéria na já mencionada Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, a saber: arts. 8º, § 2º<sup>3</sup>, art. 15,<sup>4</sup> bem como o art. 20

<sup>3</sup> Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013 – 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. § 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.

<sup>4</sup> Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013 – 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. § 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. § 2º Fica o poder concedente autorizado a pagar, na forma de regulamento, para as concessionárias que optarem pela prorrogação prevista nesta lei, nas concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo § 5º do art. 17 da lei nº 9.074, de 1995, o valor relativo aos ativos considerados não depreciados existentes em 31 de maio de 2000, registrados pela concessionária e reconhecidos pela Aneel. § 3º O valor de que trata o § 2º será atualizado até a data de seu efetivo pagamento à concessionária pelo prazo de 30 (trinta) anos, conforme regulamento. § 4º A critério do poder concedente e para fins de licitação ou prorrogação, a Reserva Global de Reversão (RGR) poderá ser utilizada para indenização, total ou parcial, das parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados. § 5º As tarifas das concessões de geração de energia hidrelétrica e as receitas das concessões de transmissão de energia elétrica, prorrogadas ou licitadas nos termos desta lei, levarão em consideração, dentre outros, os custos de operação e manutenção, encargos, tributos e, quando couber, pagamento pelo uso dos sistemas de transmissão e distribuição. § 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

que dispôs sobre a Reserva Global de Reversão, anteriormente disciplinado pela Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971.<sup>5</sup>

Diante dessas questões, e das polêmicas em torno do acervo de bens que compõe os ativos do concessionário e os bens que permanecem vinculados à prestação dos serviços públicos, impõe-se perquirir neste artigo o que são, do ponto de vista doutrinário, bens reversíveis e quais as suas características na função administrativa estatal caracterizada como serviço público, de modo a perfeita interpretação das novas disposições que afetam, diretamente, a regulação dos contratos de concessão dos serviços de energia elétrica, notadamente, a questão tarifária, a depreciação de bens, a amortização desses mesmos bens e os critérios para se proceder à indenização eventualmente devida ao concessionário no caso de não prorrogação da concessão.

apresentadas pelos concessionários, não serão consideradas na tarifa ou receita inicial, ou para fins de indenização. § 7º As informações de que trata o § 6º, quando apresentadas, serão avaliadas e consideradas na tarifa do concessionário a partir da revisão periódica, não havendo recomposição tarifária quanto ao período em que não foram consideradas. § 8º O regulamento do poder concedente disporá sobre os prazos para envio das informações de que tratam os §§ 6º e 7º. § 9º Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) incidentes sobre as indenizações a que se referem os §§ 1º e 2º.

<sup>5</sup> Art. 20. Ficam a Reserva Global de Reversão (RGR), de que trata o art. 4º da Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, e a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), de que trata o art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, autorizadas a contratar operações de crédito, com o objetivo de cobrir eventuais necessidades de indenização aos concessionários de energia elétrica, por ocasião da reversão das concessões ou para atender à finalidade de modicidade tarifária.

§ 1º A RGR e a CDE poderão utilizar parte do seu fluxo de recebimento futuro para amortizar a operação de que trata o *caput*. § 2º A ANEEL considerará a parcela anual resultante da amortização da operação de que trata o *caput*, para efeito de cálculo das quotas anuais da CDE. § 3º As operações financeiras de que trata o *caput* poderão ter como garantia o fluxo futuro de recebimento da arrecadação da RGR e da CDE.

## 2 AS CARACTERÍSTICAS DO SERVIÇO PÚBLICO E SUA PRESTAÇÃO

As funções administrativas podem ser divididas, classicamente, em intervenção estatal, fomento, poder de polícia e serviço público. A intervenção estatal e o fomento variam, estando presentes por meio de diversas formas. O poder de polícia pode ser estruturado em quatro partes: ordem, consentimento, fiscalização e sanção. Com relação ao serviço público, em sentido estrito compreendem as atividades da Administração voltadas a buscar uma utilidade para os particulares, tanto de natureza jurídica, como de ordem econômico-social.

Os serviços públicos dividem-se em serviços prestados *uti universi*, como o caso da iluminação pública, e *uti singuli*, como é o caso da distribuição residencial de energia elétrica. O serviço público tem característica própria. Por ser estatal e indelegável a sua titularidade não pode ser transferida à iniciativa privada; apenas a sua execução, em determinadas hipóteses, pode ser concedida ou permitida.

Sobre a natureza jurídica da concessão de serviços públicos, salienta Celso Antonio Bandeira de Mello que a mesma constitui "uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário".<sup>6</sup>

O conceito de serviços públicos, atualmente, se apresenta um dos temas mais controversos em direito administrativo. Existem pelo menos três correntes distintas para a sua conceituação. Pelo critério orgânico (ou subjetivo), o serviço público é aquele prestado por órgãos públicos. Pelo critério formal o serviço público é aquele disciplinado por regime de direito público, por disposição legal. Pelo critério material o serviço público é aquele que atende direta e essencialmente a interesses da coletividade.

Qualquer desses critérios, isoladamente, se apresenta insuficiente para abranger todas as características dos serviços públicos.<sup>7</sup> A dificuldade na definição exata das características essenciais à classificação de uma determinada atividade estatal como serviço público teve por consequência a chamada "crise do serviço público".

Percebeu-se que pelo menos dois elementos que durante longo tempo fizeram parte essencial do núcleo desse conceito, esvaíram-se com o passar dos anos. Conforme ressalta Agustín Gordillo, dois elementos desta noção — a da pessoa que presta o serviço e o regime que o regula — entraram em crise há muito tempo. Questionando a necessidade de uma conceituação doutrinária de serviço público, o autor observa que a determinação de aplicar um regime de direito público a certa atividade, estatal ou não, é uma decisão que a doutrina não pode estipular livremente, a partir da afirmação que resolve fazer no sentido de chamá-la "serviço público"; essa determinação vem dada pelo ordenamento jurídico, na medida em que efetivamente submeta ou não, em maior ou menor grau, alguma atividade humana ao direito público. Que alguém a chame "serviço público" antes de existir a regulação legal de direito público expressa somente uma opinião pessoal de que conviria que essa atividade fora objeto de regulação pelo direito público. Que denomine "serviço público" a uma atividade qualquer, depois que o direito público a regulou, não apenas é intrascendente, como também enseja confusões, pois muitos poderão crer, seguindo a tradição conceitual, que se rege pelo direito público porque "é" um serviço público, esquecendo-se de que é chamado convencionalmente de serviço público porque está regido expressamente pelo direito público. Se o jurista encontra determinada atividade regida pelo direito privado, não pode chamá-la de serviço público sem induzir a equívocos. Tampouco efetua com isso alguma classificação juridicamente relevante ou útil. Somente o regime jurídico positivo pode justificar a denominação.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 265 e 266.

<sup>8</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, tomo 2, cap. VI, p. 37, 40-41.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 632.

Se antes os serviços públicos eram prestados quase sempre em regime de "monopólio", atualmente ele deve, sempre que possível, sofrer competição e concorrência. A competição deverá estar presente entre diversos prestadores do próprio serviço público ou entre esse serviço público e atividades econômicas reguladas, estas geralmente objeto de autorização.

Um exemplo dessa nova fase e que traz grande complexidade nas relações estatais encontra-se no sistema de telecomunicações. Se antes o sistema de telecomunicações era prestado exclusivamente sob a natureza de serviço público (telefonia fixa), hoje ele é disciplinado legislativamente como sendo serviço de telecomunicações de regime público (telefonia fixa) e serviço de telecomunicações de regime privado (telefonia fixa e móvel e TV por assinatura), que devem competir entre si.

Todas as essas atividades surgidas num permanente ambiente de complexidade tecnológica devem sofrer forte regulação estatal de modo a poder compatibilizar os interesses dos empresários e do Governo com os dos usuários e consumidores. Nesse aspecto, o processo de agencificação (no caso, a ANEEL) colabora ao poder isolar as atividades regulatórias das considerações políticas de curto prazo e a influência de interesses das empresas reguladas.

Em se tratando a concessão de um contrato administrativo, esta se formaliza por intermédio de um instrumento escrito, onde são fixadas as cláusulas indispensáveis à validade do negócio jurídico.

Com efeito, deve o contrato de concessão obrigatoriamente enunciar o objeto, a área e o prazo da concessão; o preço do serviço; os critérios e procedimentos para reajuste e revisão das tarifas; os direitos e deveres dos usuários para desfrute das prestações; os direitos, garantias e obrigações do Poder Concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades futuras de alteração e expansão do serviço; as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária; os casos de extinção da concessão; os bens reversíveis; os critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária; as condições de prorrogação do contrato; a forma de prestação de contas da

concessionária ao Poder Concedente; e, finalmente, o foro e o modo de solução das divergências contratuais.<sup>9</sup>

Deve-se observar que a legislação de regência, ao exigir a adoção de tais cláusulas no contrato de concessão, considerados essenciais para a sua formação, dispôs sobre a natureza do referido negócio jurídico, onde se constata a necessidade do Poder Público, mediante o exercício da sua função regulatória, ditar para o concessionário as condições pelas quais, o serviço deva ser prestado ao usuário.

Para tanto, necessário se faz que a organização e o funcionamento do serviço delegado, mesmo passando a ser executado por um particular, não percam as suas características de generalidade, essencialidade, continuidade, modicidade tarifária, relevância, de ser prestado de forma igual para todos os usuários e de ter, por fim, a satisfação de uma necessidade coletiva.

Dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviços públicos encontram-se aquelas relativas aos bens reversíveis e aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, tema recentemente disciplinado de forma específica para os contratos de concessão do setor elétrico que podem ser prorrogados – ou não<sup>10</sup> – por força da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.

### 3 DA REVERSIBILIDADE DOS BENS OBJETO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEU INVENTÁRIO

No que concerne às concessionárias de serviços públicos impõe-se, segundo o art. 31 da mencionada Lei nº 8.987/1995, manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão, e zelar pela integridade dos mesmos.

<sup>9</sup> Lei nº 8.987/1995, art. 23.

<sup>10</sup> Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Art. 9º Não havendo a prorrogação do prazo de concessão e com vistas a garantir a continuidade da prestação do serviço, o titular poderá, após o vencimento do prazo, permanecer responsável por sua prestação até a assunção do novo concessionário, observadas as condições estabelecidas por esta lei.

Esse regramento tem a finalidade de zelar pelo real cumprimento dos objetivos da concessão de serviços públicos, traçando, de forma rígida, comportamentos a serem adotados por ambos os contratantes, notadamente para que o serviço público concedido seja prestado de modo a alcançar os interesses da coletividade.

Muitas dúvidas surgem, no dia a dia, quanto a classificar ou não um bem como sendo reversível de modo a proceder ao seu regular inventário.

Cumpre salientar que a reversão de bens constitui um preceito tradicional nas leis brasileiras referentes às concessões de serviços públicos. Nesse sentido, a normativa vigente (Lei nº 8.987/1995) estabelece que, extinta a concessão, retornam ao Poder Concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

A reversão pode ser definida como sendo a entrega pelo concessionário ao Poder Concedente dos bens vinculados à concessão, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público, de modo a permitir sua continuidade. Essa devolução constitui um corolário do contrato, em que o concessionário se coloca transitoriamente em lugar do Poder Público Concedente para a prestação de um serviço que incumbe a este.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a reversão é a passagem ao Poder Concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão. Portanto, através da chamada reversão, os bens do concessionário, necessários ao exercício do serviço público, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar aquele contrato de natureza especial.<sup>11</sup>

O ponto nodal nesse campo de questões, *vis-à-vis* a recente Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, está em saber se a reversão atinge a todos os bens que entraram no acervo da concessão de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Com efeito, a divergência em torno da qualificação dos bens reversíveis é frequente em

diversos setores regulados, e isso se deve, na maioria das vezes, a pouca precisão dos editais de licitação e das cláusulas contratuais.

Pode-se assegurar que não há uma regra clara na legislação em vigor sobre os chamados bens reversíveis. Nada obstante, como dito costuma-se conceituá-los como aqueles diretamente vinculados e necessários ao serviço público, que integrarão o patrimônio do concedente ao se findar a concessão.

Ressalte-se que os bens envolvidos na prestação do serviço objeto da concessão podem ser públicos ou privados, dependendo de sua origem. A esse propósito, ao discorrer sobre o regime dos bens de propriedade da empresa estatal que desempenha serviço público, mediante concessão ou permissão, doutrina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que ela possui um patrimônio próprio, embora tenha que se utilizar, muitas vezes, de bens pertencentes à pessoa pública política. Assim, dentre os bens nele integrados, distinguem-se duas espécies. Os que estão diretamente afetados à execução do serviço público e os que não estão afetados.

Nesse sentido, esclarece a administrativista que se os bens das concessionárias e permissonárias são afetados a um serviço público, eles têm que se submeter ao mesmo regime jurídico a que se submetem os bens pertencentes à União, Estados e Municípios, também afetados à realização de serviços públicos.

Se fosse possível a essas empresas alienar livremente esses bens, se esses bens pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção no serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende a necessidades essenciais da coletividade; daí a impossibilidade de sua paralisação e a sua submissão a regime jurídico publicístico.

No caso do serviço público, é a pessoa pública política (União, Estado ou município) que detém a sua titularidade: a concessionária apenas o executa e não tem qualquer disponibilidade sobre ele, como também não tem a livre disponibilidade sobre os bens afetados ao serviço público.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 53.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Natureza jurídica dos bens das empresas estatais. *Revista PGE de São Paulo*, dez. 1988: 173-185, p. 182 e ss.

Diversas são as opiniões acerca da reversibilidade dos bens privados na concessão de serviços públicos. Segundo o magistério de Luiz Alberto Blanchet a opinião predominante é no sentido de que somente os bens necessários à prestação do serviço concedido, e para esse fim efetivamente utilizados, deveriam ser revertidos ao Poder Concedente. Este é o posicionamento mais condizente com o princípio da permanência ou continuidade do serviço, pois se os bens efetivamente utilizados na prestação adequada do serviço já são suficientes para preservar a continuidade de sua prestação, a reversão dos demais bens é supérflua, e de qualquer modo terá sido paga com recursos públicos antes da concessão (se já existentes ou adquiridos pelo Poder Concedente para utilização na prestação do serviço), durante (dissolvido o seu custo no valor da tarifa), ou ao final da concessão mediante indenização ao concessionário (se assim estiver previsto no contrato).<sup>13</sup>

De fato, no entender de Hely Lopes Meirelles, somente devem ser revertidos os bens vinculados à prestação do serviço, podendo a empresa dispor livremente sobre os demais bens não utilizados no serviço. Assim sustenta o jurista que segundo a doutrina dominante, acolhida pelos nossos Tribunais, a reversão só abrange os bens que asseguram sua adequada prestação. Se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não lhe são acessórios e, por isso, não o seguem necessariamente, na reversão.<sup>14</sup>

Examinada a doutrina e para os fins deste artigo, permite-se distinguir não em dois, mas em 3 categorias de bens atrelados às concessões de serviços públicos:

- i) Bens públicos afetados à concessão: são aqueles bens recebidos pelo Concessionário, quando da tomada de posse do serviço público, de propriedade do Poder Concedente ou de empresa

estatal que anteriormente prestava o referido serviço. Permanecem na posse do concessionário até o encerramento da concessão, que, por sua vez, tem a responsabilidade de promover a manutenção, conservação e aperfeiçoamento. Esses bens, com a extinção do pacto, retornam à entidade concedente ou, se for o caso de nova concessão, são transferidos ao nosso delegatário.

- ii) Bens privados afetados e reversíveis: na reversão ocorre a entrega pelo Concessionário ao Poder Concedente dos bens vinculados à concessão, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público. Sua função, basicamente, é permitir a continuidade do serviço público. Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:<sup>15</sup> “Mas há bens privados do concessionário, aplicados à prestação do serviço público. São bens integrantes do patrimônio do próprio concessionário (em princípio). Esses bens se sujeitam a um regime jurídico especial. Não são bens públicos porque não integram o domínio do Poder Concedente. No entanto, sua afetação à prestação do serviço produz a aplicação do regime jurídico dos bens públicos. Logo, esses bens não são penhoráveis nem podem ser objeto de desapossamento compulsório por dívidas do concessionário. Esses bens não se confundem com a receita auferida pelo concessionário.”

- iii) Bens privados não afetados: a Concessionária de serviços públicos se vale, durante a execução dos serviços, de bens privados, seus ou de terceiros, não afetados e, portanto, não reversíveis. Conforme doutrina de José dos Santos Carvalho Filho o objeto da reversão consiste apenas nos bens empregados pelo concessionário para a execução do serviço, e isso porque apenas esses foram alcançados pela projeção das tarifas. Os bens adquiridos com sua própria parcela de lucros, todavia, permanecem em seu poder, até mesmo porque situação contrária vulneraria o direito de propriedade, assegurado no art. 5º, XXII, da CF.<sup>16</sup> Conclui-se que somente os

<sup>13</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de Serviços Públicos*. 2ª ed. Editora Jurúá, 2000, p. 102.

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 379.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 732.

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Júrís, 2003, p. 330.

bens efetivamente atrelados ao contrato de concessão são passíveis de reversão. Do contrário, se quisesse o Poder Concedente apropriar-se de todos os bens da concessionária, indiscriminadamente, configurar-se-ia um autêntico processo de desapropriação, não só dos bens da empresa, mas também do seu capital.

Nesse sentido, vale trazer a ementa do julgamento ocorrido no agravo regimental no recurso especial 971851/SC, em que foi Relator o Ministro Castro Meira, perante a 2ª Turma, em julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça em 10/6/2008.

No caso, uma ação popular foi impetrada com vistas a classificar como bem vinculado e, portanto, reversível, um imóvel que já havia sido desativado.

O STJ decidiu que se o imóvel não era indispensável para a continuidade do serviço público o mesmo não era vinculado: 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 nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os “equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público” (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 nº 8.987/1995. 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 convertido nesta ação popular. 7. Agravo regimental não provido.

A noção de vinculação dos bens à prestação dos serviços relacionados ao setor de energia elétrica também está relacionada ao regime tarifário previsto na referida Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. A rigor, somente os bens empregados na sua execução são alcançados pela tarifa. Essa questão é de superlativa importância quando do procedimento para a apuração de eventual indenização ao concessionário quando do termo final da concessão.

#### 4 DA INDENIZAÇÃO QUANTO AOS BENS PRIVADOS VINCULADOS À CONCESSÃO

A reversão está sujeita a postulados fundamentais dos quais o Poder Concedente não pode afastar-se, podendo-se citar como exemplo o de que *ninguém deve enriquecer-se às expensas de outro*. Com base neste princípio, aliás, é que a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), no seu art. 36, preocupou-se em prever o instrumento da indenização para o caso de investimentos feitos pelo concessionário referentes a bens reversíveis que não tenham sido amortizados.<sup>17</sup>

Em princípio, por ocasião do término do prazo contratual em concessões de serviços públicos, todos os investimentos já devem ter sido amortizados ou depreciados. Nesse caso, extinta a concessão ou a permissão, pelo decurso do prazo inicialmente estipulado, estará, em princípio, coberto o valor da indenização. Se a amortização não tiver sido total, por qualquer razão, ou se a extinção se der antes do

<sup>17</sup> Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

prazo estipulado, caberá ao Poder Concedente indenizar o concessionário pelo valor restante, ainda não amortizado.<sup>18</sup>

Com essas duas reservas, ao termo final do contrato de concessão o Poder Concedente pode recolher o acervo vinculado ao contrato em condições regulares, capazes de assegurar a continuidade do serviço, e o concessionário recobrar inteiramente o que fora investido durante o contrato na manutenção dos bens reversíveis.

Via de regra, o prazo contratual é dimensionado em função de uma previsão inicial dos investimentos necessários. Porém, num contrato de longa duração como dos serviços de energia elétrica, há sempre a necessidade de se fazer novos e até mesmo imprevistos investimentos, inclusive em período próximo ao final da concessão, tudo com o objetivo, como dispõe a lei,<sup>19</sup> de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Destarte, os investimentos adicionais feitos pela concessionária podem ser insuscetíveis de amortização no prazo estabelecido inicialmente. Desse modo, somente se for garantido à concessionária o retorno da totalidade dos investimentos efetuados, ela os fará, atendendo com isso os interesses dos usuários.

Em que pese a Lei nº 8.987/1995 dispor sobre o pagamento de indenização, no seu art. 36, “dos investimentos vinculados a bens reversíveis”, a mesma não esclareceu como e quando esse pagamento deverá ser efetuado. A lei deixa implícito que, no caso de advento do termo contratual, o pagamento deverá ser feito após a extinção (§ 2º do art. 35), mas silencia totalmente quanto à forma.

No caso das prorrogações dos contratos do setor elétrico, a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, trouxe detalhes específicos quanto aos valores de critérios indenizatórios. No que se refere à antigas geradoras, transportadoras ou distribuidoras de energia elétrica, essa recente lei apenas dispõe que nos casos em que os contratos não forem prorrogados a licitação poderá ser realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço.

<sup>18</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., Atlas, 1999, p. 86.

<sup>19</sup> Art. 36, Lei nº 8.987/1995.

Ademais, prevê tanto para os novos contratos quanto para os antigos que 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 futuro regulamento a ser expedido pelo Poder Concedente.

Quanto à necessidade do instrumento contratual indicar os bens que reverterão ao Poder Público ao término da concessão, como determina o inciso X, do art. 23 da Lei de Concessões, a regra também deve ser prevista no edital da licitação.<sup>20</sup> É de notar-se, entretanto, que essa relação de bens constante do instrumento contratual não é taxativa, sendo certo que outros bens que venham a ser adquiridos pela concessionária – e que efetivamente venham a ser utilizados no serviço – também serão considerados reversíveis.

Pode-se asseverar que novos bens adquiridos pela concessionária, efetivamente utilizados na prestação dos serviços, serão passíveis de reversão ao Poder Concedente. Vale lembrar que os investimentos feitos pela concessionária em bens vinculados ao serviço objeto do contrato devem ser depreciados durante o decorrer da concessão, na forma do contrato, sendo correto afirmar que, caso ao final desta não tenha sido possível amortizá-los em sua totalidade, deverá incidir a indenização dos mesmos pelo Poder Concedente.

É importante mencionar também que, no caso de haver renovação dos bens arrolados no edital ou no contrato de concessão, e, por consequência, ser retirada do serviço qualquer dos referidos bens, esse procedimento importará na sua desafetação. Com efeito, se determinado bem não é mais utilizado na operação dos serviços, perde o seu caráter, para constituir bem privado da empresa.

<sup>20</sup> É o que dispõe o art. 18, da Lei nº 8.987/1995: 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 conterá, 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;

## 5 DA NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS

Cumpre destacar que todos os bens e instalações vinculados ao serviço devem ser mantidos cadastrados pela Concessionária de serviços públicos. Isto porque, extinta a concessão operar-se-á, de pleno direito, a reversão dos bens, sendo certo que a manutenção pela concessionária do registro dos bens reversíveis, com as devidas avaliações e apontamentos contábeis, é que facilitará a apuração da indenização devida pelo Poder Concedente.

Por outro lado, no que tange aos bens vinculados e necessários à concessão, compete salientar que ao Poder Concedente, por si ou por entidade reguladora autônoma, em razão de expressa disposição legal, cabe fiscalizar a concessão e exigir inventário dos bens.

Com efeito, o objetivo precípuo do exercício dessa regulação executiva<sup>21</sup> é preservar os bens vinculados ao serviço durante todo o tempo da vigência do contrato de concessão, garantindo ao Poder Concedente que esse patrimônio seja revertido ao seu controle nas mesmas condições em que foram cedidos, caso o contrato expire sem prorrogação, ou por força das ocorrências da encampação, caducidade ou pelos outros motivos já elencados.

Por ter que se submeter ao controle e fiscalização do Poder Concedente, é que se vislumbra a natureza de indisponibilidade dos bens vinculados à concessão, ante a ausência de plena autonomia de a concessionária vendê-los e dispor da receita como bem entender, na forma como ocorre com os proprietários de um modo geral na iniciativa privada.

Vale frisar que para dispor de algum dos bens vinculados, a deliberação da concessionária será autônoma no que diz respeito à decisão de desvinculação por considerá-lo inservível ao serviço, mas terá que submeter-se às exigências regulatórias quanto ao procedimento que deverá ser seguido.

<sup>21</sup> Sobre a função regulatória executiva, já escrevemos em: GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

## 6 A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DO SETOR ELÉTRICO E OS BENS REVERSÍVEIS

A regulação dos contratos do setor elétrico compete à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Seguindo estrutura próxima ao modelo de *Independent Establishments* norteamericano, a ANEEL foi a primeira Agência Reguladora federal de serviços públicos e de uso dos bens públicos, surgida no atual contexto jurídico-constitucional do Estado Regulador.

Sua criação deu-se pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, tendo missão de extrema relevância para a perfeita conformação do sistema energético brasileiro. O processo de desestatização desse setor houve o fracionamento desse subsistema econômico, passando a se dividir em geração, transmissão, distribuição e comercialização. Duas dessas fases – transmissão e distribuição – como serviço público de competência da União Federal sofrem regulação direta da ANEEL, incumbida de controlar os agentes desse setor.

A nova lei que dispõe sobre a prorrogação das concessões do setor elétrico (Lei nº 12.783/2013) trata da questão ao prever que a ANEEL considerará a parcela anual resultante da amortização da operação de crédito, com o objetivo de cobrir eventuais necessidades de indenização aos concessionários de energia elétrica, por ocasião da reversão das concessões ou para atender à finalidade de modicidade tarifária.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Art. 20. Ficam a Reserva Global de Reversão (RGR), de que trata o art. 4º da Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, e a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), de que trata o art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, autorizadas a contratar operações de crédito, com o objetivo de cobrir eventuais necessidades de indenização aos concessionários de energia elétrica, por ocasião da reversão das concessões ou para atender à finalidade de modicidade tarifária. § 1º A RGR e a CDE poderão utilizar parte do seu fluxo de recebimento futuro para amortizar a operação de que trata o caput. § 2º A Anel considerará a parcela anual resultante da amortização da operação de que trata o caput, para efeito de cálculo das quotas anuais da CDE.

## 7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir, de forma objetiva sobre os bens que se relacionam com a concessão de serviços públicos o seguinte acerca dos bens reversíveis nas concessões de serviços públicos: quanto aos bens públicos afetados à concessão, são aqueles bens recebidos pelo Concessionário, quando da tomada de posse do serviço público, de propriedade do Poder Concedente ou de empresa estatal que anteriormente prestava o referido serviço.

No que se refere aos bens públicos afetados permanecem na posse do concessionário até o encerramento da concessão, que, por sua vez, tem a responsabilidade de promover a manutenção, conservação e aperfeiçoamento. Esses bens, com a extinção do pacto, retornam à entidade concedente ou, se for o caso de nova concessão, são transferidos ao nosso delegatário. No caso do sistema elétrico, pode-se utilizar como exemplo os prédios utilizados pela concessionária.

Acerca dos bens privados afetados e reversíveis, pode-se concluir o seguinte: os bens privados, em sede de concessão de serviços públicos, podem ser afetados e reversíveis e podem não ser afetados aos serviços. A reversão pode ser definida como a entrega pelo Concessionário ao Poder Concedente dos bens vinculados à concessão, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público. Sua função, basicamente, é permitir a continuidade do serviço público.

Essa devolução constitui um corolário do contrato, em que o concessionário se coloca transitoriamente no lugar do Poder Público Concedente, para a prestação de um serviço que incumbe a este.

Por fim, existem os bens privados não vinculados; isto é, o tratamento dos bens não afetados. A Concessionária de serviços públicos se vale, durante a execução dos serviços, de bens privados, seus ou de terceiros, não afetados e, portanto, não reversíveis. Os bens que se enquadram nessa categoria são de propriedade privada (do Concessionário) e, portanto, não são bens públicos. As receitas produzidas por esses bens são, inclusive, diversas das receitas financeiras decorrentes de outras fontes.

Para evitarem-se problemas no caso de não renovação da concessão, impõe-se, segundo o art. 31 da Lei nº 8.987/1995, manter em dia o inventário e o registro dos bens afetados e vinculados à concessão, e zelar pela integridade dos mesmos. Esse regramento tem a finalidade de zelar pelo real cumprimento dos objetivos da concessão, traçando, de forma rígida, comportamentos a serem adotados por ambos os contratantes, notadamente para que o serviço público concedido seja prestado de modo a alcançar os interesses da coletividade.

Verificou-se neste artigo que a reversão de bens constitui um preceito tradicional nas leis brasileiras referentes às concessões de serviços públicos. Nesse sentido, a normativa vigente estabelece que, extinta a concessão, retornam ao Poder Concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

No caso do serviço público, é a pessoa pública política (União, estado ou município) que detém a sua titularidade: a concessionária apenas o executa e não tem qualquer disponibilidade sobre ele, como também não tem a livre disponibilidade sobre os bens privados afetados ao serviço público.<sup>23</sup>

Verificou-se que a noção de vinculação dos bens à prestação dos serviços também está relacionada ao regime tarifário, pois que a rigor somente os bens empregados na sua execução são alcançados pela tarifa.

Os investimentos feitos pela concessionária em bens vinculados ao serviço objeto do contrato devem ser depreciados durante o decorrer da concessão, na forma do contrato, sendo correto afirmar que, caso ao final desta não tenha sido possível amortizá-los em sua totalidade, deverá incidir a indenização dos mesmos pelo Poder Concedente.

<sup>23</sup> Natureza jurídica dos bens das empresas estatais, Revista PGE de São Paulo, dez. 1988, p. 182 ss.