

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Relicitação das concessões de geração de energia elétrica e a reversão de bens

The issue of assets' reversal when the federal government launches new public procurement processes for power generation

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Sergio Guerra

Sumário

A DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL E A ASCENSÃO DO POVO NEGRO: UM OLHAR A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA LUTA PELA CIDADANIA INCLUSIVA	15
Bruno Mello Correa de Barros e Rita Mara Albrecht	
AS MULHERES NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE CLASSES E SUA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO PROCESSO LEGISLATIVO E EXECUTIVO DO BRASIL: RESTRIÇÕES E DESAFIOS	35
Rafael Bueno da Rosa Moreira e Marli Marlene Moraes da Costa	
FACTORES ASOCIADOS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN PAREJAS ADOLESCENTES	56
Maria del Carmen Monreal Gimeno	
OS IMPACTOS DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO NO FLUXO DE PESSOAS: VIOLAÇÕES DA LIBERDADE EM UM MUNDO SECURITIZADO	69
Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes e Victoria Layze Silva Fausto	
EL DELITO DE ENALTECIMIENTO TERRORISTA. ¿INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA EL PELIGROSO DISCURSO DEL ODIOS TERRORISTA O MECANISMO REPRESOR DE REPUDIABLES MENSAJES DE RAPEROS, TWITTEROS Y TITIRITEROS?	86
Alfonso Galán Muñoz	
AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE: UMA ABORDAGEM NORTEADA PELAS CAPACIDADES (CAPABILITIES APPROACH) PROPOSTAS POR MARTHA NUSSBAUM	115
Anna Paula Bagetti Zeifert e Janaína Machado Sturza	
A INFLUÊNCIA DA MÍDIA PARA O CONSUMO DE TABACO	128
Luís Renato Vedovato e Maria Carolina Gervásio Angelini	
¿SON PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD LOS PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU EN CHILE? DEL TEXTO POSITIVO A LA APLICACIÓN EN TRIBUNALES DE JUSTICIA	153
Juan Pablo Díaz Fuenzalida	
POTESTAD CALIFICADORA DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES Y PROCEDIMIENTO REGISTRAL	173
Sebastián Bozzo Hauri e Gonzalo Ruz Lartiga	
DESARTICULAÇÃO INTERFEDERATIVA E CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)	194
Fernanda Soraia Pacheco Costa	

APRENDIZAGEM PROFISSIONAL E O PODER PÚBLICO MUNICIPAL: PROPOSTA DE MAIOR EFICÁCIA À POLÍTICA PÚBLICA.....	207
José Rodrigo Paprotzki Veloso	
DIREITO A CONCILIAÇÃO ENTRE TRABALHO E FAMÍLIA.....	229
Edilton Meireles de Oliveira Santos	
TRABAJO Y DIVERSIDAD FUNCIONAL. LA SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	245
María Esther Carrizosa Prieto	
CUSTOS DE TRANSAÇÃO COMO UMA METAPOLÍTICA PÚBLICA	276
João Luis Nogueira Matias e Ricardo José Brito Bastos Aguiar de Arruda	
REVISITANDO O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	293
Andre Luiz Dos Santos Nakamura	
O BRASIL FACE AOS NOVOS PADRÕES DE COMÉRCIO E INVESTIMENTO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS	305
Michelle Sanchez Badin, Fabio Costa Morosini e David M. Trubek	
OS CONTRATOS COMERCIAIS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA (MP 881/19).....	334
André Lipp Pinto Basto Lupi	
O MARCO LEGAL DA INOVAÇÃO E O AUMENTO DA INTERAÇÃO ENTRE UNIVERSIDADE E EMPRESA: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO	352
Thiago Paluma e Eline Débora Teixeira	
RELICITAÇÃO DAS CONCESSÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E A REVERSÃO DE BENS....	372
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Sergio Guerra	
FINANCIAMENTO TRANSGERACIONAL DA INFRAESTRUTURA VERDE FLORESTAL: O SISTEMA DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE RISCOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	390
Délton Winter de Carvalho e Kelly de Souza Barbosa	
MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS CONSUMERISTAS	415
Fernanda Sartor Meinero e Fernando Pedro Meinero	
A PARTICIPAÇÃO DO AMICUS CURIAE EM DECISÕES JUDICIAIS E SUA CONSEQUENTE CONTRIBUIÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	429
Viviane Nobre Santana	

A ISONOMIA TRIBUTÁRIA COMO LIMITE À TRIBUTAÇÃO E À CONCESSÃO DE ISENÇÕES FISCAIS, E A INEFETIVIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DESSAS ISENÇÕES.....450
Paulo Alves da Silva Paiva e Alexandre Augusto Batista de Lima

LES NOUVELLES ALTERNATIVES DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN FRANCE: JUSTICE PRÉDICTIVE ET JUSTICE AMIABLE473
Marie-Odile Diemer

O ESTADO DA LUXÚRIA: A PARÁBOLA DO BMW E A REAL DIMENSÃO DO DEBATE SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL: ESCASSEZ DE RECURSOS OU ORDENAÇÃO DE PRIORIDADES?.....484
Assis José Couto do Nascimento

O PODER CONSTITUINTE502
José Levi Mello do Amaral Júnior

NORMAS EDITORIAIS..... 515
Envio dos trabalhos:..... 517

Relicitação das concessões de geração de energia elétrica e a reversão de bens*

The issue of assets' reversal when the federal government launches new public procurement processes for power generation

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio**

Sergio Guerra***

Resumo

Este artigo aborda questões que circundam a disciplina jurídica dos bens reversíveis para a geração de energia elétrica, tendo em vista a autorização legal de que possa haver relicitação de concessões sem prévia reversão de bens. A metodologia baseia-se na revisão de textos legais e na bibliografia aplicável, apresentando a evolução do tema ao longo do tempo. Inicialmente, analisa-se o conceito de bens reversíveis e a classificação dos bens das concessionárias de serviços públicos à luz da reversibilidade. Na sequência, discutem-se os efeitos da mudança legislativa que autorizou a renovação antecipada de concessões ou a sua relicitação sem prévia reversão de bens. Conclui-se que a inclusão da possibilidade de relicitação de concessões sem prévia reversão de bens traz desafios ao setor decorrentes da ausência de clara disciplina jurídica do tema, propondo-se sugestões práticas para solucioná-lo. A inovação do artigo consiste em realizar propostas de endereçamento do problema, atualmente sem clara solução legislativa.

Palavras-chave: Concessão. Energia elétrica. Serviço público. Bens reversíveis. Relicitação.

Abstract

This paper addresses issues regarding reversible assets of power generation units, in view of the fact that amendment to legislation allowed new bidding processes to take place without the need of prior reversal of assets. The methodology of the research includes review of legislation and jurisprudence in order to make an assessment of its evolution over time. Firstly, we discuss the concept of reversible assets and the classification of concessionaires' assets in light of the legal duty of reversibility. We discuss the practical consequences of amendments made in the legal framework by Provisional Measure 579, of 2012. PM 579/2012 not only authorizes the anticipated renewal of concession contracts, but it also allows the government to launch new bidding processes regarding concessions not being renewed without the need of prior reversal of concessions' assets. We conclude that these changes pose huge challenges to the sector due to lack of clear legal guidance on the subject and we suggest practical measures to deal with the

* Recebido em 17/08/2018
Aprovado em 01/11/2018

** Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é professora da FGV Direito Rio, doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: patricia.pinheiro@fgv.br

*** Sergio Guerra é Professor Titular de direito administrativo da FGV Direito Rio, pós-doutor em Administração Pública, doutor e Mestre em Direito. E-mail: sergio.guerra@fgv.br

problem. The innovative aspect of the paper lies on the lack of clear guidance on how to deal with new power generation concessions that receive certain assets that were not preceded by assets' reversal to the Public Administration upon termination of the previous concession.

Keywords: Concession. Electricity. Public service. Reversible assets. Bidding processes.

1 Introdução

O setor elétrico brasileiro foi objeto de profunda reforma advinda da Medida Provisória nº 579/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Referida norma legal autorizou a antecipação da prorrogação dos prazos de concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.¹ Em realidade, não se tratou de mera prorrogação de contratos, mas de verdadeira renovação contratual, uma vez que as concessionárias deveriam aceitar novas cláusulas e condições contratuais para fazer jus à postergação do término dos prazos das concessões.

Dentre as medidas legalmente estabelecidas para a prorrogação do prazo contratual, previu-se a indenização antecipada, pelo poder concedente, dos investimentos não amortizados e dos bens não depreciados como mecanismo de redução das tarifas, visando à modicidade tarifária. Uma vez indenizados, esses ativos poderiam ser retirados da base de remuneração das concessionárias, que passariam a receber, a título de receita decorrente da prestação do serviço, apenas os custos de operação e manutenção acrescidos de certa taxa de retorno, que veio a ser fixada em 10%. A MP nº 579/2012 estabeleceu, ainda, uma mudança na forma de cálculo do montante devido a título de indenização dos bens reversíveis: esses seriam indenizados por meio de seu Valor Novo de Reposição (VNR), e não do efetivo investimento realizado pelas concessionárias, do que adveio grande controvérsia jurídica.

Apesar da faculdade legalmente estabelecida, uma parcela expressiva de concessionárias considerou a proposta governamental não suficientemente atrativa e optou por não renovar seus contratos. Esses agentes preferiram seguir explorando suas concessões até o final do termo contratual, momento em que o serviço seria retomado pelo poder concedente visando à sua relicitação. O montante de geração não renovada correspondeu a 32% do total elegível, pois estatais estaduais como CESP, CEMIG, COPEL e CELESC optaram por não renovar suas concessões.²

Assim, vários empreendimentos vieram a ser relicitados em razão do advento do termo final dos contratos. Com relação às concessões relicitadas, a Lei nº 12.873/2013 previu que poderia não haver reversão de bens a serem transferidos à nova concessionária após o devido processo licitatório.

Todavia, essa dinâmica legalmente estabelecida gerou fundadas dúvidas acerca da gestão dos bens reversíveis das geradoras de energia elétrica, pois a supracitada Lei nº 12.873/2013 permite que bens reversíveis possam ser transferidos entre concessionárias sem a intermediação do poder público, enquanto a disciplina tradicional dos bens afetados aos serviços públicos pressupõe que esses são transferidos ao poder concedente ao término das concessões. Ao se optar pela relicitação sem prévia reversão de bens, a nova conces-

¹ 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”. BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm>.

² Questões jurídicas e econômicas relacionadas à renovação das concessões do setor elétrico são discutidas em: DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Diagnóstico, desafios e propostas para o desenvolvimento do setor elétrico brasileiro. In: GIAMBIAGI, Fabio; ALMEIDA JUNIOR, Mansueto Facundo de. (Org.). Retomada do crescimento: diagnóstico e propostas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. v. 1, p. 189.

sionária não recebe bens previamente titulados pelo poder público, mas sim um conjunto de ativos que estava sendo gerido — e muitos eram de propriedade — da antiga concessionária. Todavia, a legislação não disciplinou até o momento os detalhes de como se dará a transferência desses bens da antiga para a nova concessionária.

Visando discutir essa questão, este artigo encontra-se dividido da seguinte forma. Inicialmente, procede-se a uma breve contextualização jurídica dos serviços públicos e da disciplina normativa dos bens reversíveis. Em seguida, comenta-se a disciplina normativa da indenização dos bens reversíveis e, na sequência, as normas específicas sobre o tema relacionadas aos ativos afetados à geração de energia elétrica. Na sequência, é discutida a possibilidade prevista na Lei nº 12.783/2013, consistente na relicitação de concessões de serviço público sem prévia reversão dos bens ao poder concedente. Ao final, são apresentadas as conclusões da análise realizada.

2 A disciplina jurídica da geração de energia elétrica e a reversão de bens

Nesta seção procede-se a uma breve contextualização do instituto da reversão de bens, comumente associado à disciplina jurídica dos serviços públicos.

Em breve síntese, a reversão pode ser definida como a entrega dos bens vinculados à concessão pelo concessionário ao poder concedente, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público.³ Essa devolução constitui um corolário do contrato, em que a concessionária se coloca transitoriamente no lugar do poder público concedente para a prestação de um serviço que é titulado por esse último, que tem, assim, o dever de assegurar a sua continuidade. Por conseguinte, ao final de um contrato de concessão, esses bens devem integrar-se ao patrimônio do poder concedente.⁴

Portanto, a reversibilidade de bens encontra-se, classicamente, associada ao conceito de serviço público, o qual, todavia, constitui um dos temas mais controvertidos em direito administrativo. Se, classicamente, este era prestado quase sempre em regime de exclusividade estatal, atualmente devem, sempre que possível, sofrer concorrência⁵. A competição poderá estar presente entre diversos prestadores do próprio serviço público ou entre o serviço público e atividades econômicas reguladas, estas geralmente objeto de autorização.

Um exemplo dessa nova fase encontra-se na geração de energia elétrica. Se anteriormente esse serviço era prestado, exclusivamente, sob a natureza de serviço público, sendo prevista a possibilidade de participação privada apenas como concessionária, hoje a sua disciplina legislativa é receptiva a outras categorias jurídicas: a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, instituiu a figura do produtor independente de energia elétrica,⁶ podendo a atividade de geração ser prestada por particulares a partir de diferentes títulos habilitantes, envolvendo concessões de serviços públicos, concessões de uso de bens públicos, autorizações e meros registros. No entanto, conforme se esclarecerá adiante, obras e equipamentos afetados à geração de energia hidrelétrica serão reversíveis, ainda que a modelagem jurídica adotada não seja a de concessão de serviços públicos.

³ Art. 35, §1º, Lei nº 8.987/1995. BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>.

⁴ 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, por meio da chamada reversão, os bens do concessionário necessários ao exercício do serviço público integram-se ao patrimônio do concedente ao se findar aquele contrato de natureza especial. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 53.

⁵ Ver art. 16 da Lei nº 8.987/1995. BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>.

⁶ BRASIL. Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>. Art. 11 Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Como regra geral, seria desejado que os investimentos realizados para a prestação do serviço fossem integralmente amortizados na vigência da concessão, evitando-se, assim, a necessidade de aporte de recursos públicos para indenização ao término da vigência do contrato. Nesse sentido, o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) já trazia, em seu artigo 157, a consideração de que as concessões para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica deveriam ter prazo de 30 anos, abrindo-se, todavia, exceção, em seu parágrafo único, aos casos em que os investimentos não pudessem ser integralmente amortizados nesse prazo.⁷

Verifica-se, portanto, que a norma estabelecia um espaço de discricionariedade ao gestor público para fixação do prazo da concessão, em atenção à modicidade tarifária e visando evitar a necessidade de desembolso de recursos pelo poder público ao seu término. Empreendimentos de grande vulto poderiam requerer investimentos de tal monta que a exigência de sua amortização em prazo de até 30 anos terminaria por onerar demasiadamente o usuário do serviço, violando-se, por conseguinte, valores intrínsecos ao serviço público, como universalidade e modicidade tarifária. Observe-se, todavia, que a discricionariedade não era plena, mas dependia de motivação técnica que demonstrasse a conveniência e a oportunidade da fixação de prazo superior ao geral.

A Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995) possui regra bastante genérica sobre o tema. Seu art. 36 dispõe que

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

Observa-se, dessa forma, que a lei não traz normas específicas que limitem o prazo de duração das concessões nem diretriz sobre se buscarem prazos que permitam a amortização integral dos investimentos na vigência do contrato. A norma opta por um comando genérico alusivo ao dever de o poder concedente indenizar ativos não depreciados e investimentos não amortizados, possivelmente para deixar às normas setoriais o papel de adaptar o seu comando geral às especificidades de cada indústria.⁸ Em todo caso, a Lei nº 8.987/1995 endereça duas questões. A primeira consiste no fato de que poderá haver bens atrelados a concessão que são necessários para assegurar a continuidade do serviço público, mas cuja vida útil ultrapassa o prazo da concessão. A segunda alude aos investimentos realizados pelos acionistas da concessionária na concessão, que poderão não ter tido tempo suficiente de serem amortizados.

2.1 A classificação dos bens das concessionárias quanto à sua reversibilidade

Uma vez contextualizado o tema da reversão de bens no âmbito do direito administrativo das concessões, procede-se nesse tópico à apresentação das possíveis classificações dos bens detidos por uma concessionária, buscando-se evidenciar que a efetiva afetação à prestação do serviço é o que torna determinado conjunto de ativos sujeito à reversão e seus respectivos efeitos. Para esse fim, é relevante atentar para a sua origem, que pode ser pública ou privada, a depender de quem fez o investimento em sua aquisição: se o poder público ou a concessionária.

Além disso, dentre os bens geridos pela concessionária distinguem-se duas espécies: os que estão diretamente afetados à execução do serviço público e os que não são relevantes para esse fim. Se os bens estão afetados a um serviço público, eles seguem o mesmo regime jurídico a que se submetem os bens pertencentes

⁷ BRASIL. Decreto nº 24.643/1934. Código de Águas. Art. 157. [...] Parágrafo único. “Excepcionalmente, se as obras e instalações, pelo seu vulto, não comportarem amortização do capital no prazo estipulado neste artigo, com o fornecimento de energia por preço razoável, ao consumidor, a juízo do Governo, ouvidos os órgãos técnicos e administrativos competentes, a concessão poderá ser outorgada por prazo superior, não excedente, porém, em hipótese alguma, de 50 anos”.

⁸ Atualmente, o art. 18 da Lei nº 9.427/96 determina 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”.

centes à União, Estados e Municípios afetados à realização de serviços públicos. Se fosse possível às concessionárias e permissionárias alienar, livremente, esses bens, se pudessem ser penhorados ou hipotecados, haveria risco de interrupção do serviço. E o serviço é considerado público, precisamente, porque atende a necessidades relevantes da coletividade, o que leva à impossibilidade de sua paralisação e, por consequência, à submissão dos respectivos bens a um regime jurídico publicístico. No caso do serviço público, é a pessoa pública política (União, Estado ou Município) quem detém a titularidade da atividade: a concessionária, apenas, o executa e não tem disponibilidade sobre ele, como também não tem a livre disponibilidade sobre os bens que lhe são afetados.⁹

Lembra Luiz Alberto Blanchet que a opinião predominante aponta no sentido de que somente os bens necessários à prestação do serviço concedido, e para esse fim efetivamente utilizados, devem 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 para a prestação adequada do serviço já são suficientes para preservar a continuidade de sua prestação, a reversão dos demais bens seria supérflua.¹⁰ Igualmente, no entender de Hely Lopes Meirelles, somente devem ser revertidos os bens vinculados à prestação do serviço público, podendo a empresa dispor livremente dos demais. Assim, sustenta o autor que 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 o seguem, necessariamente, na reversão.¹¹

Examinada a doutrina, permite-se distinguir em três as categorias de bens pertencentes às concessionárias de serviços públicos:

(i) bens públicos afetados à concessão: são aqueles bens recebidos pela concessionária quando do início da execução do contrato de concessão de serviço público, de propriedade do poder concedente. Permanecem na posse da concessionária até o encerramento da concessão, que, por sua vez, tem a responsabilidade de promover sua manutenção e conservação. Esses bens, com a extinção do pacto, retornam ao ente concedente, em regra sem indenização, uma vez que o investimento foi feito pelo poder público em momento anterior ao da concessão.¹²

Nas palavras de Cretella Júnior, “a reversão dos bens do domínio público é indiscutível, operando-se de maneira automática; pertenciam e continuam a pertencer ao Estado; foram cedidos a título precário, condicionados ao funcionamento do serviço público e, extinto o prazo deste, reverterem aqueles bens ao seu único dono”.¹³ Floriano de Azevedo Marques também informa que esses bens não passam à propriedade da concessionária, mas, em sentido diverso, defende que a situação se assemelharia a do usufruto, sendo transferido à concessionária o “domínio útil do bem”.¹⁴ A nosso ver, esta segunda

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Natureza jurídica dos bens das empresas estatais. Revista PGE de São Paulo, São Paulo, p. 173-185, dez. 1988. p. 182 e ss.

¹⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de serviços públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000. p. 102.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 379.

¹² Conforme observa Diógenes Gasparini, “Assim, ocorrida a extinção, cabe ao então concessionário promover todas as medidas para que a Administração Pública concedente, sem qualquer ônus e procrastinação, reassuma a execução do serviço e o uso dos bens e equipamentos aplicados na sua prestação. Tecnicamente, não cabe falar em retorno do serviço e dos bens públicos à Administração Pública concedente, pois aquele nunca fora transferido, apenas a sua execução o fora, e estes somente tiveram seu uso trespassado”. GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 406.

¹³ CRETELLA JUNIOR, José. Dicionário de direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978 apud METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

¹⁴ “No caso dos primeiros, bens públicos que são tanto pelo critério originário da ‘dominialidade’ quanto da sua ‘funcionalidade’, a relação jurídica que sobre eles se estabelece, a nosso ver, é assemelhada à do usufruto. A concessionária de rodovias, por certo, não passa a ser titular do domínio dos bens imóveis sobre os quais estão implantadas as rodovias por ela operadas, mesmo que estas tenham sido construídas no curso da concessão, mediante pagamento das verbas expropriatórias pela concessionária. O imóvel rodovia não é registrado em nome da concessionária, nem o valor do bem imóvel é inscrito no seu ativo patrimonial. Porém, a delegatária possui sobre este bem mais do que a simples posse, exercendo prerrogativas de verdadeira detentora do domínio útil deste bem, legitimada pelo instrumento de delegação”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração

posição se revela acertada, uma vez que o contrato de concessão, que embasa a transferência de direitos reais referentes a esses imóveis, retira a precariedade da posse detida pela concessionária;

(ii) bens privados afetados e reversíveis: conforme leciona Marçal Justen Filho,¹⁵ “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”.

Segundo Diógenes Gasparini, a partir de lição de Sérgio de Andréa Ferreira, esses bens são adquiridos pelo poder público ao término da concessão na modalidade de aquisição originária.¹⁶

Floriano de Azevedo Marques, por sua vez, de uma perspectiva que dissocia o aspecto dominial do funcional, entende que a reversão implicará a assunção de propriedade apenas nos casos em que a concessionária a tenha adquirido (como, por exemplo, por compra e venda). A reversão não presume necessariamente a transferência de propriedade, mas pode se traduzir na assunção, pelo poder concedente, de posse ou direitos em relação a terceiros (como servidões instituídas para instalações relacionadas ao serviço);¹⁷

(iii) bens privados não afetados: a concessionária de serviços públicos pode adquirir, durante a execução do contrato, bens privados, não afetados e, portanto, não reversíveis.

Especificamente sobre os bens passíveis de reversão, Floriano de Azevedo Marques adota uma classificação tripartite. Segundo o autor, incluem-se nesse rol (i) os bens originalmente públicos ou aplicados ao serviço por instrumentos de direito público (p.ex., expropriação), que se confundem com sua afetação; (ii) os bens reversíveis que venham a ser adquiridos pela concessionária para ampliação ou melhoria do serviço ou, ainda, para substituir bens transferidos pelo poder concedente que cheguem ao fim de sua vida útil; e (iii) os direitos reais e pessoais sobre bens de terceiros, públicos ou privados, como ocorre com as servidões de passagem para equipamentos de infraestrutura. O autor lembra que

estas três espécies de bens afetados ao serviço delegado referem-se, respectivamente, a bens de propriedade do poder concedente, de propriedade do delegatário e bens de propriedade de terceiros, empregados ao serviço por algum vínculo jurídico real ou pessoal.¹⁸

Conforme esclarece José dos Santos Carvalho Filho, o objeto da reversão consiste, apenas, nos bens empregados pela concessionária 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.¹⁹ Conclui, então, que somente os bens efetivamente atrelados ao contrato de concessão são passíveis de reversão. Em igual sentido, Hely Lopes Meirelles distingue os “bens da concessão”, que são por

econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 173.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 732.

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 407.

¹⁷ “O que temos daí é que o instituto da reversão não implica a conclusão de um negócio de aquisição de bens pelo poder público, mas meramente uma transferência compulsória de posse, o que implicará (i) a devolução do domínio útil para os bens que permaneceram no domínio público ou nele ingressaram por meio da concessão (no caso dos bens expropriados por intermédio da concessionária como acima visto); (ii) a assunção do domínio dos bens adrede adquiridos pela concessionária por compra e venda ou arrendamento mercantil que estejam empregados na prestação dos serviços e (iii) a sub-rogação ou cessão automática de direitos sobre bens de terceiros quando estes bens forem também indispensáveis ao serviço concedido. São colhidos pela reversão, portanto, todos os bens necessários à continuidade do serviço público, porém, apenas no quanto necessário a esta prestação, o que afasta de pronto o entendimento de que reverteriam dominialmente todos os bens da concessionária ou de suas subsidiárias, coligadas ou controladoras como se fosse a reversão um mecanismo”. GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183.

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 172.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 330.

ele definidos como “materiais técnicos, móveis ou imóveis, necessários ao exercício do serviço concedido”, dos “bens do domínio privado do concessionário”, conceituados como “materiais não técnicos, móveis ou imóveis, não necessários à execução do serviço; estes são irreversíveis, deles o concessionário pode dispor livremente durante ou depois de finda a concessão”.²⁰

A respeito desse último conjunto de ativos — bens privados não afetados à prestação do serviço — merece ser lembrada decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferida no setor de telecomunicações.²¹ No caso, uma ação popular foi proposta com vistas a classificar como bem reversível um imóvel que já havia sido desativado pela concessionária. O STJ decidiu que, se o imóvel não era indispensável para a continuidade do serviço público, tanto que já estava desativado, não podia receber o tratamento inerente à disciplina dos bens reversíveis. Como consequência, foi negada a pretensão.²²

No que concerne às concessionárias de serviços públicos, impõe-se, segundo o art. 31 da Lei nº 8.987/1995, manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão, e zelar pela integridade dos mesmos. Esse regramento tem a finalidade de dar real cumprimento aos objetivos da concessão de serviços públicos, traçando 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.

2.2 Reversão de bens no setor elétrico

Tendo sido categorizadas as diferentes espécies de bens que podem estar na posse de uma concessionária de serviço público, apresentam-se neste tópico as normas setoriais específicas que trazem a disciplina jurídica dos bens reversíveis relacionados aos serviços de eletricidade.²³ Merece ser lembrado, desde logo, que o fornecimento de energia elétrica é atividade de competência da União Federal (art. 21, XII, ‘b’, CF/88),

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Concessão de serviço público: reversão: propriedade de bens (parecer). Revista de Direito Administrativo, v. 102, 1970.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 971.851/SC, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. em 10 jun. 2008.

²² ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO. 1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os “equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público” (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 nesse 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.

²³ BRASIL. Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>. Art. 4o [...] § 2º As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004). § 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato. § 4º As prorrogações referidas neste artigo deverão ser requeridas pelo concessionário ou permissionário, no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato, devendo o poder concedente manifestar-se sobre o requerimento até dezoito meses antes dessa data. [...] § 9º As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato.

que tem a atribuição de explorá-la diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. É, ainda, exclusiva a atribuição federal para legislar sobre energia, conforme art. 22, IV, da Constituição Federal.

Acerca dos investimentos na prestação dos serviços de energia elétrica, o art. 14, III, da Lei nº 9.427/1996 esclarece ser responsabilidade da concessionária

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 nessa Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica.

Trata-se, em última instância, de norma voltada a atender à concepção de atualidade na prestação de serviço público, definida no art. 6º, § 2º, da Lei 8.987/1995 como “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Em artigo escrito na década de 1950 Afrânio de Carvalho, na qualidade de consultor da Companhia Hidroelétrica do Vale do São Francisco (CHESF), sugeria que as concessionárias de energia elétrica deveriam constituir dois tipos distintos de reservas para atender às consequências econômicas decorrentes do processo da reversão de bens no setor elétrico. Nas palavras do autor:

Diante da variedade de terminologia referente a essas reservas, convém fixar bem o sentido em que, seguindo a tendência predominante, são agora empregadas as expressões reserva de depreciação e reserva de amortização. A reserva de depreciação visa à reposição dos bens; a de amortização visa à devolução do capital ao concessionário, vale dizer, em regra, aos seus acionistas. A reserva de depreciação serve para manter os bens da concessão; a de amortização serve para criar um novo capital em lugar do que foi empregado nos bens. Enfim, a reserva de depreciação interessa diretamente ao concedente e à empresa que o substitui; a de amortização interessa diretamente aos acionistas desta.²⁴

Afrânio de Carvalho observa que, por mais cuidadosos que sejam poder concedente e concessionária, não há como se garantir que ao final da concessão todos os ativos estarão devidamente depreciados e os investimentos amortizados. O longo prazo desses contratos, necessário a uma amortização suave dos investimentos em atendimento à modicidade tarifária, faz com que questões surjam ao longo da sua execução, tais como necessidades de mudanças de equipamentos e outros investimentos não antecipados quando da sua celebração.²⁵

Nesses casos, o pagamento de indenização no momento em que os bens reverterem ao poder público revela-se solução jurídica adequada para se evitar o enriquecimento sem causa do Estado. Como visto, a sugestão do autor é que, para garantir uma passagem suave dos bens adquiridos pela concessionária ao poder concedente no encerramento da concessão, bem como garantir o retorno do investimento dos acionistas da concessionária, seria adequado prever a constituição de dois fundos separados para atender aos dois distintos objetivos.

Nesse sentido, o Decreto nº 41.019/1957 instituiu o Fundo de Reversão, atualmente encargo denominado Reserva Geral de Reversão (RGR). A Lei nº 5655/1971 determinou que as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), sociedade de economia mista federal, tornassem-se a gestora do fundo ao qual são recolhidos os valores relativos à RGR.

No entanto, ao longo das décadas, o saldo desse fundo foi sendo afetado crescentemente a finalidades diversas, tais como

²⁴ CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. Revista de Direito Administrativo, v. 44, p. 24, 1956.

²⁵ “[...], a concessão requer sempre obras e instalações novas e, por conseguinte, várias e seguidas inversões de capital. Se o capital se conservasse invariável durante todo o prazo da concessão, seria fácil reconstituí-lo mediante anuidades constantes. Mas o problema se complica com o fluxo intermitente de recursos adicionais, sobretudo quando ocorre um de grande vulto ao aproximar-se o termo da concessão. Por um lado, o acréscimo da anuidade da amortização pode tornar-se tão pesado que não permita descarregá-lo sobre os consumidores através das tarifas. Por outro lado, embora suportável pelos consumidores do serviço, pode sobrevir em ocasião em que não seja mais possível computá-lo em revisão de tarifas. Num e noutro caso, não restará outra saída senão deixar um resíduo não amortizado de capital para ser indenizado pelo concedente na expiração do contrato”. CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. Revista de Direito Administrativo, v. 44, p. 28, 1956.

investimentos em projetos de geração, transmissão, distribuição, eficiência energética, iluminação pública e universalização do acesso à energia elétrica, em todo o Brasil — sendo pelo menos metade dos recursos voltada para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, conforme determinado por lei.²⁶

Não é objeto deste artigo a discussão de eventual trestinação dos recursos da RGR, mesmo porque a ampliação de sua utilização veio precedida de mudanças legislativas, ou seja, receberam o aval dos representantes da sociedade. Pode-se indagar, em todo caso, se a junção de diversas finalidades a serem cumpridas por esse encargo pode não somente dificultar a sua gestão, como deixar em segundo plano a finalidade essencial que esteve na base da sua criação. Em 2016, a Lei nº 13.360 revogou vários dispositivos da Lei nº 5655/1971 e incluiu novas previsões. A aplicação dos recursos da RGR ficou destinada a (i) custeio dos estudos e pesquisas de planejamento da expansão do sistema energético, bem como os de inventário e de viabilidade necessários ao aproveitamento dos potenciais hidroelétricos; (ii) empréstimos destinados a custeio ou investimento a serem realizados por empresa controlada direta ou indiretamente pela União que tenha sido designada à prestação de serviço nos termos da Lei nº 12.783/2013²⁷; e (iii) provimento de recursos para os dispêndios da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE).

Também por força da Lei nº 13.360/2016, a gestão da RGR passou à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) a partir de 2017. Essa mudança pode ser reputada à alegação de que de um player do mercado, que compete com agentes privados, não deveria ser responsável pela gestão de fundos setoriais. Essa solução poderia, talvez, ser adequada quando o setor era basicamente estatal, mas parece ter se tornado imprópria em um cenário de ampla competição entre agentes estatais e privados. Nesse sentido, cabe mencionar que o Tribunal de Contas da União (TCU) encontrou indícios de possíveis irregularidades no uso dos recursos da RGR pela Eletrobras, tendo expedido uma série de recomendações a esse respeito.²⁸

2.2.1 Bens reversíveis na geração hidrelétrica

Neste item serão comentadas as peculiaridades da aplicação da disciplina dos bens reversíveis à atividade de geração de energia elétrica.

Como visto, em regra a reversão é instituto típico das concessões de serviço público, sendo certo que os bens das concessionárias de geração de energia elétrica, ressalvada a hipótese da Lei nº 12.783/2013, revertem ao final da concessão. Todavia, a Lei nº 9.074/1995 criou a figura do Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE), permitindo que a geração brasileira seja formalizada, não apenas em clássicas concessões de serviços públicos, mas utilize diferentes instrumentos jurídicos, desde meros registros, passando por autorizações e concessões de uso de bem público.

No entanto, mesmo para os PIEs, o art. 19 do Decreto nº 2003/1996 estabelece que “os bens e instalações utilizados na produção de energia elétrica a partir do aproveitamento de potencial hidráulico e as linhas de transmissão associadas, desde o início da operação da usina, não poderão ser removidos ou alienados sem prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador do poder concedente”. Em sentido semelhante, no art. 20 lê-se que “no final do prazo da concessão ou autorização, os bens e instalações realizados para a geração independente e para a autoprodução de energia elétrica em aproveitamento hidráulico pas-

²⁶ ELETROBRAS. Reserva Global de Reversão (RGR). Disponível em: <<http://www.eletrobras.gov.br/ELB/data/Pages/LU-MISA14E9AB4PTBRIE.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

²⁷ BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm>.

²⁸ TCU. Acórdão nº 684/2015-Plenário: “Relatório de auditoria. Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras). Avaliação dos processos de concessão de financiamento ao setor elétrico, pela estatal, com recursos da Reserva Global de Reversão (RGR). Determinações. Recomendações. Ciência. Arquivamento”. Sobre a extensão e limites da supervisão do Tribunal de Contas da União sobre o setor elétrico, ver: DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia; CAIRO, Myller. A jurisprudência do TCU sobre o setor elétrico: uma análise da jurisprudência do Tribunal sobre as políticas públicas setoriais nos últimos cinco anos (2012-2016). In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). Temas relevantes no direito de energia elétrica. Rio de Janeiro: Synergia, 2016. v. 5. p. 405-432.

sarão a integrar o patrimônio da União, mediante indenização dos investimentos ainda não amortizados”.

Observa-se, portanto, que, mesmo sem ser caracterizada como serviço público, a geração hidrelétrica por PIEs encontra-se sujeita à reversão de bens no termo final do título habilitante da atividade, seja concessão de uso de bem público, seja autorização.²⁹ Em consonância com a Teoria dos Bens Reversíveis, a norma dispõe que “para determinação do montante da indenização a ser paga, serão considerados os valores dos investimentos posteriores, aprovados e realizados, não previstos no projeto original, e a depreciação apurada por auditoria do poder concedente” (art. 20, §1º, Decreto nº 2003/1996). A reversão de bens das instalações afetadas aos serviços de eletricidade, aliás, tem previsão bastante antiga, sendo marco o Código de Águas, que expressamente estabeleceu, em seu artigo 165, que “findo o prazo das concessões reverterem para a União, para os Estados ou para os Municípios, [...] os condutos forçados e canais de descarga e de fuga, bem como, a maquinaria para a produção e transformação da energia e linhas de transmissão e distribuição”.

Portanto, em relação à geração hidrelétrica, a ocorrência da reversão de bens pode estar dissociada da noção de serviço público em sentido estrito³⁰, mas se relaciona com a finalidade, isto é, com a afetação dos bens à geração, cuja finalidade consiste em propiciar o fornecimento de um serviço público à sociedade (o fornecimento de energia elétrica). Aliás, a questão mostra-se ainda mais complexa, na medida em que a geração, em si, pode ser destinada tanto ao ambiente de contratação regulada (ACR) quanto ao ambiente de contratação livre (ACL), que, tecnicamente, não se enquadra na clássica definição de serviço público. No ACL são de livre escolha as partes contratantes, o preço e as demais condições comerciais. Esse mercado, no momento, encontra-se elegível, apenas, aos usuários com carga igual ou superior a 3000 kw, ou a 500 kw se proveniente de fontes incentivadas.³¹

Assim, verifica-se que, na geração hidráulica, o instituto da reversão de bens adquire aplicação mais ampla do que apenas às concessões de serviço público.

3 A renovação das concessões disciplinada pela Lei nº 12.783/2013 e seus efeitos sobre os bens reversíveis das geradoras

O tema da reversão de bens para a geração de energia elétrica adquiriu, ainda, maior complexidade com o advento da Lei nº 12.783/2013, o que será objeto de detalhamento nesta seção. A noção de vinculação dos bens à prestação dos serviços relacionados ao setor de energia elétrica sofreu impacto do novo regime tarifário estabelecido pela renovação das concessões autorizada pela referida lei, decorrente da conversão da MP nº 579/2012.

O objetivo declarado do governo federal com a reforma de 2012 consistia em desonerar as tarifas pagas

²⁹ Existiu discordância de entendimentos acerca de se, no caso dos PIEs caracterizados como concessões de uso de bem público, a indenização por investimentos não amortizados incluiria apenas os bens adquiridos após a assinatura do contrato de concessão, ou se poderia haver indenização de bens adquiridos para cumprir o projeto básico. Sobre a controvérsia, ver LUSTOSA, Isabel. Abrangência da indenização em caso de extinção pelo advento do termo contratual de concessões de uso de bem público para geração de energia elétrica na modalidade de produção independente. In: LANDAU, Elena. Regulação jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. t. 2.

³⁰ A respeito do setor de transporte de gás natural, também há hipótese de que bens vinculados à atividade serão apropriados pelo poder concedente. No entanto, a lei opta por não utilizar, explicitamente, o termo “reversão”, mas alude à possibilidade de uma desapropriação dos bens afetados. Nesse sentido, o art. 14 da Lei nº 11.909/2009 estabelece que “extinta a concessão, os bens destinados à exploração da atividade de transporte e considerados vinculados serão incorporados ao patrimônio da União, mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização em dinheiro, ficando sob a administração do poder concedente, nos termos da específica regulamentação a ser editada”. A previsão de que, nesses casos, a indenização deve ser prévia pode ser vista como uma diferença comparativamente ao clássico instituto da reversão dos bens afetados ao serviço público, pois, nesse último caso, o STJ, ao assegurar o direito à indenização com relação aos investimentos não amortizados, entende que a assunção desses bens pelo poder concedente seria imediata ao término da concessão, independentemente do momento da indenização (que poderia ser ulterior).

³¹ Art. 15 da Lei nº 9074/1995 e art. 26, §5º, da Lei nº 9.427/1996.

pelos usuários do serviço de energia elétrica, a partir de um conjunto de medidas que incluíam (i) a renovação antecipada do prazo de concessões cujo vencimento se aproximava, (ii) a desoneração de encargos e (iii) o fim da remuneração dos investimentos das concessionárias em bens reversíveis, cuja indenização seria antecipada.

Isto significa que, naquele momento, o governo abdicou de receitas advindas de encargos e modificou a forma de remuneração dos contratos que já se aproximavam do seu termo final, com o intuito de reduzir o preço final da conta de energia paga pelos consumidores. A lógica dessa segunda medida era que a renovação antecipada das concessões de hidrelétricas em operação, cujas obras de construção já estavam totalmente concluídas, envolveria, em sua maior parte, bens já depreciados e investimentos amortizados em sua totalidade. Sendo assim, o poder público estaria eximido da responsabilidade de remunerar a concessionária por tais ativos: a redução tarifária seria um reflexo da indenização antecipada dos ativos eventualmente não amortizados no momento da repactuação e, no que se refere aos já amortizados, da desnecessidade de a concessionária remunerar-se pelos respectivos investimentos. A prorrogação de tais concessões, a critério do poder concedente, tinha como objetivos declarados a eficiência e a modicidade tarifária.

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. Esse tema foi disciplinado de forma específica nos contratos de concessão do setor elétrico que passaram a poder ser prorrogados por força da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.³² No caso das prorrogações dos contratos do setor elétrico, a Lei nº 12.783/2013 trouxe detalhes específicos quanto aos critérios indenizatórios, alterando sua forma de cálculo, conforme será detalhado no próximo tópico.³³

3.1 Mudança da regra no meio do jogo: a nova forma de cálculo do montante indenizatório por bem reversível

Neste item será comentado como a reforma setorial, ocorrida em 2012, teve efeitos profundos sobre a sistemática de cálculo do valor da indenização que seria aplicada aos ativos de concessionárias que pactuassem com o governo federal a prorrogação de seus contratos.

Para essa análise, mostra-se relevante constatar que a ideia de reversão se encontra alinhada ao postulado jurídico fundamental, do qual o poder concedente não pode afastar-se, segundo o qual ninguém deve enriquecer-se às expensas de outro. Com base nesse princípio, a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), em seu art. 36, preocupou-se em prever o direito à indenização para o caso de investimentos feitos pelo concessionário referentes a bens reversíveis que não tenham sido amortizados, uma vez que estes seriam, em última instância, de interesse do poder concedente.

Em princípio, por ocasião do término do prazo contratual em concessões de serviços públicos, todos os investimentos já devem ter sido amortizados, não havendo montante a indenizar. Todavia, se a amortização não tiver sido total, por qualquer razão, ou se a extinção se der antes do prazo estipulado, caberá ao poder concedente indenizar o concessionário pelo valor restante, ainda não amortizado.³⁴ Assim, ao termo final

³² 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 essa Lei. BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm>.

³³ Atualmente, a Resolução Normativa ANEEL nº 596, de 19 de dezembro de 2013, estabelece os critérios e procedimentos para cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, de aproveitamentos hidrelétricos de que trata o art. 2º do Decreto nº 7.850, de 30 de novembro de 2012. A agência fez o esforço de delinear o conceito de “bens reversíveis”, vinculando os investimentos a eles atrelados à continuidade e atualidade do serviço concedido Art. 3º Os bens reversíveis de que trata essa 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.

³⁴ DI PETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 3. ed. Atlas, 1999. p. 86.

do contrato de concessão, o poder concedente pode recolher o acervo vinculado ao contrato em condições regulares, de modo a assegurar a continuidade do serviço, e o concessionário pode recobrar o que fora investido durante o contrato na manutenção dos bens reversíveis.

Tendo em vista a primazia do dever de continuidade da provisão do serviço público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) assevera que o pagamento da indenização devida pelo poder público não é condição para a reversibilidade dos bens quando do advento do termo contratual. O STJ entende que não há, no ordenamento jurídico pátrio, exigência de que a indenização ocorra, previamente, à devolução dos bens reversíveis ao poder concedente.³⁵

Pode-se questionar, todavia, o acerto desse entendimento, por analogia ao instituto da desapropriação, segundo o qual a perda de bens privados para a Administração, quando não decorrentes de ato ilícito do particular, far-se-á mediante prévia e justa indenização em dinheiro. A reversão de bens sem prévia indenização pode caracterizar verdadeira expropriação por parte do poder público, especialmente em se considerando a via crucis que o administrado poderá ter que percorrer até o trânsito em julgado de ação judicial em que requeira a respectiva indenização e o recebimento do correspondente precatório.³⁶

A esse respeito, manifestou-se Eros Roberto Grau no sentido de que o contrato de concessão somente se extingiria com o efetivo pagamento da indenização devida: “até o momento em que essa indenização seja consumada, o contrato, embora extinta a concessão, estará a produzir efeitos, não cabendo cogitar-se, até então, do seu encerramento”³⁷. O autor defende que, em respeito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, “o poder concedente (rectius a administração) não apenas, pode, porém deve, sempre que necessário, prorrogar o contrato pelo tempo necessário à recomposição daquele equilíbrio; assim em situações de desequilíbrio incumbe ao poder concedente indenizar o concessionário ou prorrogar o contrato, desde que sua recomposição não seja possível no prazo original de vigência contratual; até que isso venha a ocorrer, a relação contratual perdurará, não se operando seu encerramento ainda que a concessão seja extinta”.³⁸

A partir dessa conclusão, o autor sustenta o direito de retenção dos bens: “a retenção dos bens nos quais o concessionário tenha feito investimentos com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido previne o enriquecimento sem causa, enriquecimento a que o encerramento do contrato daria lugar”.³⁹ Nesse sentido, aliás, merece ser lembrado que, quando a indenização ocorre no contexto de encampação — e não de encerramento do termo contratual, a lei é expressa em determinar que o encerramento do contrato sujeita-se à prévia indenização da concessionária (o que inclui, logicamente, os bens reversíveis).⁴⁰

Como mencionado, via de regra, o prazo contratual é dimensionado em função de uma previsão ini-

³⁵ ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95. I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens. III - Recurso especial improvido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1059137 SC 2008/0110088-5, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2008).

³⁶ No mesmo sentido, veja-se JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 570.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de direito administrativo, v. 261, p. 42.

³⁸ GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de direito administrativo, v. 261, p. 43.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de direito administrativo, v. 261, p. 43.

⁴⁰ Lei 8.987/95. Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior. BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>.

cial dos investimentos necessários. Porém, em contratos de longa duração, como o são os dos serviços de energia elétrica, há quase sempre a necessidade de se fazer novos e até mesmo imprevistos investimentos, inclusive em período próximo ao final da concessão, com o objetivo, como dispõe a lei⁴¹, 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 aos interesses dos usuários.

Em que pese a Lei nº 8.987/95 dispor sobre o pagamento de indenização, no seu art. 36, “dos investimentos vinculados a bens reversíveis”, esta não esclareceu como e quando esse pagamento deverá ser efetuado. Nesse sentido, lembra Diógenes Gasparini que “a indenização, quando a reversão é onerosa, é calculada, nos termos do contrato, pelo custo histórico (custo de aquisição), pelo custo de reprodução (preço atual do bem) ou pelo custo histórico atualizado (custo de aquisição corrigido)”⁴².

Até a edição da Lei nº 12.783/2013, o cálculo da indenização de bens reversíveis era realizado pelo custo histórico atualizado. Com a nova lei, as concessões que viessem a ser prorrogadas deveriam concordar na mudança da metodologia, que passaria a ser o custo de reprodução — referido na lei como Valor Novo de Reposição. Nesse sentido, previu-se que, tanto para os novos contratos decorrentes da relicitação quanto para os antigos objetos de renovação, o cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizaria como base a metodologia de Valor Novo de Reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento a ser expedido pelo poder concedente.

O cálculo pelo Valor Novo de Reposição⁴³ utiliza-se de uma metodologia que consiste no cálculo do investimento como se este fosse realizado no momento presente. A precificação dos bens reversíveis das concessões vincendas funda-se nos valores que atualmente são praticados no mercado, e não mais no valor original, pelo qual o ativo fora efetivamente adquirido.

Tal mudança regulatória pode fazer o concessionário incorrer no risco de ser indenizado em um montante aquém daquele pactuado no momento da celebração do contrato, contribuindo para um cenário de insegurança jurídica.

4 Relicitação sem reversão

Apesar de a reversão ser a regra — e considerada uma cláusula geral das concessões de serviços públicos —, a Lei nº 12.783/2013 introduziu uma inovação ao tema, que será objeto desta seção: a previsão de que, encerrada a concessão, o governo poderá proceder à sua relicitação sem ter que receber os bens novamente em seu acervo em decorrência do fenômeno da reversão. Nesse sentido, o art. 8º da Lei nº 12.783/2013 estabeleceu que “as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas, nos termos dessa Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos”, e que “a licitação de que trata o caput poderá ser realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço”⁴⁴.

⁴¹ Art. 36, Lei nº 8.987/1995. BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivIL_03/Leis/L8987compilada.htm>.

⁴² GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 408.

⁴³ Decreto nº 7.805, de 14 de setembro de 2012. 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.

⁴⁴ Previsão semelhante é encontrada no art. 28 da Lei nº 9.074/1995: Art. 28. Nos casos de privatização, nos termos do artigo

Essa previsão legal parece ter tido o objetivo de liberar o poder concedente do dever de indenizar a antiga concessionária pelos investimentos não amortizados. Se não há reversão, não há indenização pelo poder público, ficando a cargo do vencedor da nova licitação o pagamento aos antigos titulares da concessão. No entanto, essa questão está gerando algumas dúvidas no setor, especialmente no que tange aos imóveis, o que será objeto de aprofundamento neste tópico.

A primeira se refere aos imóveis adquiridos pela antiga concessionária e afetados à geração hidrelétrica. Como visto, independentemente do regime jurídico (se autorização, concessão de uso de bem público ou concessão de serviço público), esses ativos não se incorporam, definitivamente, ao patrimônio da antiga concessionária do serviço de geração, mas seguem o prestador: se muda o prestador, eles devem ser encaminhados ao novel responsável pela geração, pois são afetados ao serviço.

De acordo com a regra geral da reversão de bens, esses ativos seriam revertidos à União Federal (poder concedente) ao final da concessão, que indenizaria a antiga concessionária pelos investimentos não amortizados, tornando-se proprietária desses ativos. Trata-se, segundo balizada doutrina, de aquisição originária pelo poder público.⁴⁵ Uma vez incorporado ao patrimônio público federal, a posse (ou domínio útil, a depender da corrente doutrinária) do bem seria, então, transferida à nova concessionária, que não teria direito à indenização relativa a esse bem ao final da nova concessão, pois o investimento a ele relativo já se encontraria integralmente amortizado.

Todavia, no caso em que tal reversão não ocorreu, por decisão do poder concedente embasada no permissivo da Lei nº 12.783/2013, resta a questão: a que título a nova concessionária recebe esses imóveis? Torna-se titular de uma propriedade resolúvel, já que essa será revertida à União Federal ao término da nova concessão? Receberia mera posse ou domínio útil, pois a nua propriedade ou posse indireta, mesmo sem reversão, seria da União, por força da afetação do bem à atividade de geração hidrelétrica? Seria o contrato de concessão título hábil à transferência desses direitos reais sobre imóveis entre concessionárias, e conseqüente registro no Registro Geral de Imóveis? Conforme sugerem as questões acima, há fundadas dúvidas ao se realizar uma transferência de bens entre concessionárias sem a intermediação do poder concedente por meio do instituto da reversão.

Questões semelhantes incidirão, também, na hipótese em que o imóvel, inicialmente público, seria retornado sem indenização ao poder concedente e, na seqüência, transferido à nova concessionária. Também teríamos nesse caso duas operações típicas do direito administrativo, tendo a União Federal na ponta de cada uma: primeiramente, haveria a consolidação, novamente, da propriedade plena nas mãos do poder concedente e, na seqüência, a transferência da posse ou do domínio útil à nova concessionária.

Ocorre que, sem a intermediação da União, novamente coloca-se a questão: o que e a que título os bens originalmente públicos, que estavam sob a responsabilidade da antiga concessionária, são transferidos para a nova concessionária? A transferência em questão — a partir da autorização legal dada pela Lei nº 12.783/2013 e pelo próprio contrato de concessão firmado com a nova concessionária, vencedora do processo de relicitação — dar-se-ia a título de propriedade resolúvel, posse ou mera detenção?⁴⁶ Essas questões, de elevada complexidade, não são, todavia, integralmente novas.

Refletindo sobre o tema da propriedade imobiliária em concessões do setor elétrico nos anos 1950, Afrânio de Carvalho defendeu que os contratos de concessão seriam instrumentos aptos a registrar direitos reais nos Registros Gerais de Imóveis. Preocupado com a proteção do terceiro adquirente desses imóveis que fossem de propriedade da concessionária, o autor escreveu que

anterior, é facultado ao poder concedente outorgar novas concessões sem efetuar a reversão prévia dos bens vinculados ao respectivo serviço público. BRASIL. Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>.

⁴⁵ Ver, nesse sentido: GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 407.

⁴⁶ Defendendo que a concessionária não tem posse, mas mera detenção dos bens afetados à concessão, ver METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

os bens componentes das concessões não ficam necessariamente imobilizados nestas, mas, ao contrário, costumam ser movimentados pelo concessionário mediante transferências ora translativas ora constitutivas, de que terceiros são destinatários. Quer nessas transferências se transmita o direito de propriedade, com seu conteúdo pleno, quer um dos direitos nele compreendidos, importa que o adquirente ou credor tenha conhecimento da natureza resolúvel da propriedade do concessionário, a fim de não ser surpreendido pela retroatividade do seu efeito.⁴⁷

A afirmação foi realizada pelo autor em um contexto um pouco diverso, pois a preocupação ali residia no tema da desafetação de bens reversíveis. O autor sugere que, como regra geral, mesmo com aprovação do poder concedente, a compra e venda de um bem inicialmente reversível que viesse a ser desafetado deveria ser tratada como aquisição de propriedade resolúvel; para não haver reversão, seria necessária prévia manifestação específica do poder concedente quanto à não reversibilidade do bem. Ou seja, desafetação e ausência de reversão não andariam necessariamente juntas⁴⁸ — visão essa que se afasta da funcional, que parece ser hoje predominante.

Serve, no entanto, a referida manifestação como orientação doutrinária no sentido de que o legislador poderia autorizar inscrições no RGI com base em contratos de concessão, desde que esses tragam a lista dos imóveis afetados à concessão e, portanto, caracterizados como bens reversíveis. O autor faz analogia a outros institutos de direito administrativo que justificariam o registro, como termos de demarcação, cartas de discriminação e termos de aforamento lavrados pela Secretaria do Patrimônio da União. E conclui:

daí se infere que a certidão do contrato administrativo da concessão, quando translativo, é tão apta a entrar no Registro de Imóveis quanto qualquer escritura pública de transmissão de imóveis ao concessionário.⁴⁹

No entanto, no presente momento, a realização de registros, pelos cartórios de Registro Geral de Imóveis, com base em contratos de concessão pode suscitar dúvidas quanto a sua legalidade, por ausência de claro permissivo normativo, sendo questionável se tais registros poderiam ser efetivados com base apenas na previsão genérica da possibilidade de relicitação sem prévia reversão de bens constante da Lei nº 12.783/2013.

Em todo caso, constata-se que a previsão legislativa de que haverá relicitação sem reversão exige novo esforço hermenêutico para compatibilizar a disciplina jurídica dos bens afetados a essas concessões com o direito registral, especialmente no que tange aos imóveis.

5 Considerações finais

Este artigo teve o objetivo de circunscrever o regime jurídico aplicável aos bens afetados à geração de energia elétrica no que tange à sua reversão.

A indenização dos investimentos não amortizados constitui garantia legalmente assegurada às conces-

⁴⁷ METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018. p. 38-39.

⁴⁸ Nesse sentido: “A concordância pura e simples do concedente não basta para atingir aquela finalidade, pois é neutra ou indiferente em relação a mesma. Quando o concedente apenas concorda com as vendas de imóveis da concessão, deve-se entender que reconhece ao concessionário o direito de efetua-las, e nada mais. Assim, só a concordância qualificada pela declaração expressa da reversibilidade produzirá aquele efeito, visto como só assim se configura inequivocamente o ato dispositivo do direito cujo exercício fora diferido para o advento do termo resolutivo aposto ao direito do concessionário”. METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018. p.33

⁴⁹ METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018. p. 41.

sionárias, e visa evitar o enriquecimento sem causa do poder público em razão de investimentos feitos pelas concessionárias em atividade tipicamente estatal.

Após a apresentação da Teoria Geral da Reversão dos bens aplicados à prestação de serviços públicos, mostrou-se que, na geração hidrelétrica, haverá reversibilidade de bens ainda que a exploração da atividade se dê a partir de outros títulos habilitantes, como autorizações e concessões de uso de bem público. No caso do setor elétrico, o tema da reversão tem despertado controvérsias profundas, especialmente em razão das reformas perpetradas na regulação do setor a partir de 2012, com a Medida Provisória nº 579/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.783/2013.

Em primeiro lugar, o governo federal mudou a forma de cálculo da indenização dos bens reversíveis para Valor Novo de Reposição, no contexto da negociação da renovação antecipada das concessões que venceriam a partir de 2015. Embora o governo tenha apresentado essa medida como um elemento novo em um contexto de negociação e repactuação contratual — pois as concessionárias não estavam compelidas a renovar suas concessões — a mudança de entendimento quanto à fórmula de cálculo foi interpretada pelo mercado como incremento da insegurança jurídica.

Tendo em vista que nem todas as concessões elegíveis à disciplina da MP nº 579/2012 foram renovadas, houve a relicitação de alguns empreendimentos. Nesse contexto, novas dúvidas jurídicas surgiram com relação à transmissão dos bens da antiga para a nova concessionária (vencedora do processo de relicitação), visto que, nos termos da lei, essa pode operar-se sem prévia reversão, ou seja, sem a intermediação e prévia indenização do poder concedente.

Todavia, sem a prévia reversão, não ocorre a aquisição originária dos bens pelo poder público, no caso de ativos adquiridos pela concessionária, nem a transferência intermediada da posse ou usufruto dos bens originalmente já públicos, mas que estavam no acervo da antiga concessionária, como forma de viabilizar a prestação do serviço. Nesse contexto, sugere-se considerar a oportunidade de alteração legislativa que permita averbar o contrato de concessão nos Registros Gerais de Imóveis, como forma, por exemplo, de permitir à concessionária o exercício de direitos possessórios relacionados a imóveis afetados à concessão.

Em todo caso, conclui-se que o Princípio da Vedação ao enriquecimento sem causa impede qualquer tentativa de, por meio de lei, reduzir-se o direito da concessionária à justa indenização pelos investimentos realizados em bens reversíveis. Qualquer medida em contrário tende a caracterizar expropriação ou confisco, práticas vedadas pela Constituição Federal, além de sinalizar um contexto de insegurança regulatória, com potencial de trazer efeitos adversos à atração de investimentos.

Referências

BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de serviços públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BRASIL. Decreto nº 24.643/1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 971.851/SC, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. em 10 jun. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CARVALHO, Afranio de. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito Administrativo*, v. 44, 1956.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Natureza jurídica dos bens das empresas estatais. *Revista PGE de São Paulo*, São Paulo, p. 173-185, dez. 1988.

DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Diagnóstico, desafios e propostas para o desenvolvimento do setor elétrico brasileiro. In: GIAMBIAGI, Fabio; ALMEIDA JUNIOR, Mansueto Facundo de. (Org.). *Retomada do crescimento: diagnóstico e propostas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. v. 1, p. 189.

DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia; CAIRO, Myller. A jurisprudência do TCU sobre o setor elétrico: uma análise da jurisprudência do Tribunal sobre as políticas públicas setoriais nos últimos cinco anos (2012-2016). In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2016. v. 5. p. 405-432.

ELETROBRAS. Reserva Global de Reversão (RGR). Disponível em: <<http://www.eletrobras.gov.br/ELB/data/Pages/LUMISA14E9AB4PTBRIE.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. *Revista de direito administrativo*, v. 261.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LUSTOSA, Isabel. Abrangência da indenização em caso de extinção pelo advento do termo contratual de concessões de uso de bem público para geração de energia elétrica na modalidade de produção independente. In: LANDAU, Elena. *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. t. 2.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Concessão de serviço público: reversão: propriedade de bens (parecer). *Revista de Direito Administrativo*, v. 102, 1970.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

METZKER, Marcilia. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.