

**BRUNO CESAR LAUER DOS SANTOS ROBERTO**

**REVERSIBILIDADE NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS: ANÁLISE  
DO DIREITO À INDENIZAÇÃO POR INVESTIMENTOS NÃO  
AMORTIZADOS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Marcos Augusto Perez

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2022**

BRUNO CESAR LAUER DOS SANTOS ROBERTO

**REVERSIBILIDADE NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS:  
ANÁLISE DO DIREITO À INDENIZAÇÃO POR  
INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito do Estado, e subárea de Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Associado Doutor Marcos Augusto Perez. Versão corrigida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

## AGRADECIMENTOS

O mestrado foi uma trajetória árdua, mas muito enriquecedora. Quando encontrava algum obstáculo, procurava lembrar-me do quão realizado me senti no dia em que recebi a notícia de que havia ingressado no mestrado da USP. Isso renovava as minhas energias. Após muito empenho e dedicação, terminei esta dissertação.

Embora posicionado no preâmbulo dos trabalhos acadêmicos, a seção de agradecimentos usualmente reflete os últimos esforços empreendidos pelo autor. É o momento de lembrar com carinho de todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram com a construção desta dissertação.

Agradeço, primeiramente, à minha mãe, **Nadir Lauer de Roberto**, por ter acreditado no meu potencial e sempre ter apoiado minhas decisões, entre elas, a difícil decisão de deixar a casa dos meus pais para me aventurar na cidade de São Paulo em busca dos meus sonhos.

Agradeço à **Ariane Fuller**, minha namorada e companheira para vida, por todo apoio, compreensão e carinho dedicados a mim durante a trajetória. Tenho a sorte de ter ao meu lado alguém que compartilha do mesmo entusiasmo pelo direito administrativo que eu. Seu interesse genuíno em ouvir minhas ideias, em ler meus rascunhos e me ajudar em diversas etapas, foi decisivo para o sucesso dessa empreitada.

Ainda no âmbito familiar, agradeço à minha irmã **Elizângela Cristina Lauer** e aos meus primos **Henrique Lauer** e **Miguel Lauer** por todo suporte e, principalmente, por compreender os momentos em que estive ausente para me dedicar a essa dissertação.

Agradeço ao meu orientador, professor **Marcos Augusto Perez**, por toda a orientação e paciência dedicados a mim durante o mestrado. A todos os que me perguntam por que escolhi cursar mestrado na Faculdade de Direito da USP, respondo, obviamente sem ignorar a tradição e o prestígio dessa instituição, que o que realmente me motivou foi a existência de um departamento de direito público formado por professores com uma compreensão moderna, realista e desromantizada do direito administrativo. O professor **Marcos Augusto Perez**, que eu já conhecia por meio de suas publicações e por sua notoriedade acadêmica e profissional, é um desses professores.

Agradeço ao escritório **Machado Meyer Advogados** por sempre ter incentivado meu desenvolvimento acadêmico e, principalmente, por ter oportunizado que eu atuasse em casos

que desafiavam os limites do conhecimento jurídico. Em especial, agradeço ao **Lucas Sant'Anna** pela instrução, incentivo e amizade durante todos esses anos no escritório. Sua orientação foi decisiva para o meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Não posso deixar de agradecer também aos amigos que fiz no escritório. **Iuri Reis**, civilista incorrigível e um debatedor implacável, testava ao limite a minha compreensão sobre direito administrativo. Os debates que travamos foram essenciais para descortinar alguns vieses; acredito que de ambos os lados. **Pedro Romualdo Saullo**, com quem tenho a honra de dividir as trincheiras da advocacia desde os tempos de estagiário, foi um importante colaborador para o desfecho desta dissertação. **José Alexandre Sanches**, a quem eu atribuo carinhosamente a alcunha de enciclopédia humana, sempre tinha algo interessante a acrescentar às discussões.

À Ariane Fuller, com todo meu amor.

## RESUMO

LAUER, Bruno. *Reversibilidade nas concessões rodoviárias: análise do direito à indenização por investimentos não amortizados*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Esta dissertação analisa a extensão do direito à indenização por investimentos não amortizados ou depreciados durante a concessão assegurado ao concessionário pela Lei nº 8.987/1995. A referida legislação conferiu ao poder concedente a discricionariedade para definir as condições para exercício desse direito, abrangendo a previsão das situações que levarão à indenização, a indicação dos bens reversíveis, os critérios para mensuração da indenização devida e a forma como deverá ser feito o pagamento. Com foco nas concessões rodoviárias, analisa-se aqui o direito positivo brasileiro, a fim de identificar, em uma perspectiva concreta, a extensão do direito à indenização conferida ao concessionário. A temática é relevante em decorrência da escassez de material bibliográfico acerca da reversibilidade da concessão rodoviária. Embora existam alguns trabalhos a respeito do tema, a maioria deles parte de uma perspectiva mais abstrata, desconsiderando a prática contratual e a recente produção normativa realizada pelas agências reguladoras. Assim, como contribuição, apresenta-se um levantamento sistematizado das principais regras atinentes à reversibilidade da concessão, com foco na conformação do direito à indenização por investimentos não amortizados assegurado ao concessionário.

**Palavras-chaves:** Indenização. Reversibilidade. Bens Reversíveis. Concessão Rodoviária.

## **ABSTRACT**

LAUER, Bruno. Takeover in highway concessions: analysis of the right to be compensated for investments not amortized. Dissertation (Master's Degree in law). Law School of the University of São Paulo, São Paulo, 2022.

This dissertation aims to analyze the extent of the right to indemnification granted to the concessionaire for investments not amortized or depreciated during the concession. The legislation assigns to the granting authority the competence to define the conditions for exercising this right, covering the prediction of situations that will lead to indemnification, the indication of reversible assets, the criteria for measuring the indemnity due and how the payment must be made. Focusing on highway concessions, we analyze the Brazilian positive law to identify, in a more concrete perspective, the extension of the right to indemnification granted to the concessionaire. The dissertation is relevant due to the scarcity of bibliographic material about the reversibility of the road concession. Although there are some works on the subject, most of them start from a more abstract perspective, disregarding the contractual practice and the recent regulatory production carried out by sectoral agencies. As a contribution, this dissertation presents a systematic survey of the main rules concerning the reversibility of the concession, focusing on the conformation of the right to compensation for unamortized investments assured to the concessionaire.

**Keywords:** Compensation. Concession takeover. Reversible Assets. Highway Concession.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
Contexto .....	11
Problema de pesquisa .....	14
O setor rodoviário e o encerramento por decurso do prazo contratual como temas de pesquisa e análise.....	16
Relevância do tema .....	17
Perguntas e hipóteses.....	17
Metodologia e Plano de Trabalho.....	19
1. SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE DESESTATIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA .....	21
1.1. Considerações Iniciais .....	21
1.2. Projeto de Lei Federal nº 202/1991: proposta de instituição de um regime geral de concessões.....	25
1.3. Consolidação do modelo de concessões rodoviárias .....	30
2. REGIME JURÍDICO DA REVERSIBILIDADE NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO ....	31
2.1. Disposições constitucionais .....	31
2.2. Tratamento legislativo .....	32
2.2.1. Lei Estadual nº 7.835/1992 (Lei de concessões paulista).....	32
2.2.2. Lei nº 8.987/1995 .....	33
2.2.3. Lei Federal nº 9.074/1995 (normais adicionais sobre outorga e prorrogações de concessões).....	35
2.2.4. Lei Federal nº 10.233/2001 (Lei de instituição da ANTT).....	35
2.2.5. Lei Federal nº 11.079/2004 .....	36
2.2.6. Lei Federal nº 8.987/1995 após alterações promovidas pela Lei Federal nº 11.445/2007 (Marco Legal do Saneamento Básico).....	38
2.2.7. Lei Federal nº 13.448/2017 .....	41
2.3. Síntese da análise da legislação: indeterminação legislativa envolvendo o direito à indenização por investimentos realizados em bens reversíveis.....	42
3. DISCIPLINA DA REVERSIBILIDADE NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS PROFERIDOS PELAS AUTORIDADES DE REGULAÇÃO .....	43

3.1. Considerações sobre a regulação exercida pelas agências reguladoras no setor rodoviário .....	43
3.2. Disciplina contratual do tema nos primeiros contratos de concessão rodoviária.....	45
3.2.1. Regulação da reversibilidade nos contratos da primeira etapa do programa de concessões rodoviárias federais.....	45
3.2.2. Regulação da reversibilidade da primeira etapa do programa paulista de concessões rodoviárias .....	47
3.2.3. Regulação da reversibilidade na segunda etapa de concessões rodoviárias federais ..	54
3.2.4. Regulação da reversibilidade na segunda etapa do programa paulista de concessões rodoviárias .....	55
3.3. Tratamento regulatório nas concessões rodoviárias recentes promovidas pela União e pelo Estado de São Paulo .....	57
3.3.1. Segunda Etapa Federal – Fase dois .....	57
3.3.2. Regulação da reversibilidade na terceira etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Paulista .....	58
3.4. Resolução ANTT nº 5.860/2019: critérios estipulados pela ANTT para identificação e precificação de investimentos realizados em bens reversíveis .....	62
3.5. Resolução ANTT nº 5.926/2021 .....	67
3.6. Regras contábeis e seu papel no reconhecimento de bens reversíveis .....	71
3.7. Síntese da análise regulatória.....	75
4. CONTRIBUIÇÕES DA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA SOBRE A REVERSIBILIDADE DA CONCESSÃO.....	77
4.1. Considerações Iniciais.....	77
4.2. Critérios doutrinários para identificação dos bens reversíveis .....	77
4.3. Alcance da regra de reversibilidade .....	85
4.4. Critérios para determinar a indenização devida ao concessionário.....	87
4.5. Manifestação doutrinária sobre o momento em que a indenização deve ser paga .....	91
4.6. Síntese da análise relativa às contribuições doutrinárias.....	95
5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS .....	97
5.1. Análise dos precedentes judiciais no âmbito das concessões de rodovias .....	97
5.1.1. Sulvias S.A. versus União e Estado do Rio Grande do Sul: Ação ordinária nº 5047900-62.2012.4.04.7100.....	97

5.1.2.Rodoviária do Planalto S.A. versus DAER/RS, DNIT, Estado do Rio Grande do Sul e União: Ação ordinária nº 5053145-54.2012.4.04.7100 .....	100
5.1.3.Outras disputas envolvendo concessionárias do Rio Grande do Sul .....	102
5.1.4.Rodovia Osório Porto Alegre S.A. versus e ANTT: Ação ordinária nº 1006176-02.2017.4.01.3400 e Ação ordinária nº 1011971-52.2018.4.01.3400 .....	103
5.2. Análise dos precedentes judiciais formados no âmbito das concessões de saneamento.....	107
5.3.Precedente envolvendo precificação dos investimentos em bens reversíveis: relicitação da Via040 .....	113
5.4.Síntese da análise dos casos concretos.....	117
6. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS SOB UM NOVO ENFOQUE.....	120
6.1. Considerações Preliminares .....	120
6.2.Discrecionalidade do poder concedente para regular a reversibilidade: alcance e limitações	120
6.3.Hipótese de incidência do direito de indenização previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995	122
6.3.1. Racionalidade econômica dos contratos de concessões rodoviárias: ponto de partida para entender a aplicação do direito previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995.....	122
6.3.2. Inconfundibilidade do direito à indenização por investimentos não amortizados e direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.....	126
6.3.3.Previsão de investimentos contratuais e sua relação com a reversibilidade da concessão e pagamento de indenização ao concessionário .....	128
6.3.4. Cumprimento de obrigações originais previstas de forma específica .....	130
6.3.5. Cumprimento de obrigações previstas de forma contingente.....	131
6.3.6. Novos investimentos determinados ou permitidos pelo poder concedente .....	132
6.3.7. Investimentos não autorizados pelo poder concedente .....	135
6.4. Forma de pagamento.....	136
CONCLUSÃO .....	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	142

## INTRODUÇÃO

### Contexto

A Constituição Federal atribui ao Poder Público a prestação de serviços públicos à coletividade, conforme genericamente prescrito no artigo 175 e de forma mais específica nos artigos que estabelecem a competência dos entes federativos, como o artigo 30, inciso V, que atribui aos Municípios a competência para “organizar e prestar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo”, e o artigo 25, §5º, que imputa aos Estados e ao Distrito Federal a obrigação de “explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado”. Além disso, a Constituição Federal também atribui ao Poder Público o dever de prover e explorar determinados bens públicos, como por exemplo consta em seu artigo 21, inciso XXII, que imputa à União a exploração de infraestruturas aeroportuárias e de portos marítimos, fluviais e lacustres<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Existe uma divergência doutrinária se a concessão de rodovia seria enquadrada como concessão de serviço público. Celso Antônio Bandeira de Mello, enquanto expoente de uma vertente mais tradicional, conceitua concessão de serviço público como o “instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço” Por sua vez, serviço público envolveria, necessariamente, o “oferecimento de uma utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, fruível singularmente pelos administrados” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 725 e 695, respectivamente). A gestão de rodovia, justamente por não envolver o oferecimento de uma utilidade ou comodidade aos usuários, não seria qualificada como concessão de serviço público, mas sim concessão de obra pública. Os primeiros editais de concessão rodoviária, inclusive, traziam a denominação “concessão de obra pública”. A palavra obra parece ser mais adequada para designar a atividade de construção. Não chega a ser sequer um sinônimo adequado para bem público. A expressão “concessão de obra pública” transmite a ideia de que o poder público está transferindo a alguém a obrigação de realizar alguma atividade construtiva em seu nome. A concessão rodoviária possui um escopo muito mais amplo. Não se trata, tão somente, da gestão de um equipamento público. No âmbito de um contrato de concessão rodoviária, o concessionário é responsável por prestar diversos serviços direcionados aos usuários como atendimento de primeiros socorros, conserto veicular de emergência, gerenciamento de fauna e flora na área da concessão e até mesmo oferecimento de serviços de comunicação. Além disso, cumpre destacar que a própria Lei nº 8.987/1995 não regula uma suposta concessão de obra pública, fazendo menção apenas à *concessão de serviço público* e *concessão de serviço público precedida de obra pública*. Os programas de concessão rodoviária da União e do Estado de São Paulo, atualmente, qualificam suas delegações simplesmente como concessões rodoviárias. Para os fins dessa dissertação, não há qualquer diferença na nomenclatura utilizada: independente do nome que seja dado, o contrato de concessão envolvendo a delegação de uma rodovia sofrerá o influxo das regras e requisitos previstos na Lei nº 8.987/1995. De qualquer forma, para evitar qualquer confusão semântica, empregarei a expressão “concessão rodoviária” para designar o contrato de concessão que tem como objeto a atribuição ao particular da gestão de uma dada infraestrutura rodoviária.

O legislador infraconstitucional tem competência para enquadrar outras atividades como serviço público e, também, para enquadrar determinados bens como públicos<sup>2</sup>.

Interessante notar que a atual Constituição Federal não traz qualquer disposição relativa à construção e gestão de infraestrutura rodoviária, diferentemente do que ocorre com a infraestrutura aeroportuária e portuária, que são objeto de dispositivos específicos. Aparentemente, a titularidade da União sobre estradas interestaduais e a dos Estados em relação às estradas intermunicipais era algo pressuposto e, portanto, não mereceria um dispositivo específico. Em âmbito federal, a competência da União para construir, gerir e conceder estradas é conferida até hoje pelo Decreto-Lei nº 791/1969, instituído à égide da Constituição Federal de 1967 e seus respectivos atos institucionais.

O enquadramento de uma atividade como serviço público ou de um bem como sendo de titularidade estatal acarreta ao Poder Público o dever de prover esses serviços e gerir os bens públicos colocados sob sua responsabilidade, seja diretamente ou mediante delegação temporária à iniciativa privada mediante contrato de concessão.

Nesse sentido, o “contrato de concessão consiste na delegação da gestão de um serviço público ou de uma obra pública e, na maior parte das vezes, de ambos”<sup>3</sup>. Trata-se, assim, de instrumento de delegação que confere ao concessionário a prerrogativa, sempre temporária, de exercer uma atividade específica de titularidade estatal direcionada ao atendimento de necessidades coletivas.

O Poder Público não pode se demitir, de forma definitiva, da obrigação de prover os serviços públicos ou de gerir o bem público colocado sob sua responsabilidade pela Constituição Federal ou legislação infraconstitucional. Ele deve cuidar, portanto, para que a retomada do serviço ou do bem público concedido seja feita de tal forma que ele tenha

---

<sup>2</sup> A doutrina administrativista reconhece a possibilidade da definição de serviços públicos pelo legislador infraconstitucional, desde que tal definição não contrarie a Constituição Federal. Veja-se pelo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qualquer atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. É que a exploração da atividade econômica, o desempenho de ‘serviço’ pertinentes a esta esfera, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita. Sem embargo, o fato é que o Texto Constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam ‘atividades econômicas’. Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como ‘serviços públicos’, no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das “atividades econômicas”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 715-716)”

O STF já reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 49.988, a possibilidade dos Municípios, por conveniência coletiva e por meio de lei própria, retirar a atividade dos serviços funerários do comércio comum, reforçando o entendimento conferido pela doutrina sobre o tema.

<sup>3</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 89.

condições de manter a prestação dos serviços públicos e a exploração do bem público, diretamente ou mediante nova delegação.

A reversibilidade, segundo a doutrina administrativa, consiste justamente na “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”<sup>4</sup>. A definição, embora tome como referência os serviços públicos, é inteiramente aplicável às concessões rodoviárias. Na concessão de serviço público, existe um conjunto de bens que serve de suporte material à prestação dos serviços, como, por exemplo, a adutora de água, a estação de tratamento e a rede de coleta de esgoto no serviço público de saneamento básico. Esses bens, por estarem afetos à prestação de um serviço público, são qualificados juridicamente como bens reversíveis. Na concessão de rodovia, o bem público consiste no próprio objeto da delegação – é a própria infraestrutura rodoviária, por exemplo, que recebe a qualificação de bem reversível. Ao final da concessão, o concessionário é responsável por devolver os bens reversíveis ao poder concedente.

Os contratos de concessão, de modo geral, imputam ao concessionário a obrigação de fazer investimentos voltados à aquisição, manutenção e ampliação dos bens qualificados como reversíveis. Em tese, todos os investimentos realizados pelo concessionário em bens reversíveis deveriam estar completamente amortizados ao final da concessão. O Poder Público deve dimensionar as obrigações de investimento de acordo com o prazo fixado para a concessão, possibilitando, assim, que o concessionário tenha tempo suficiente para obter os recursos necessários a fim de amortizar os investimentos realizados. O parceiro privado, por sua vez, deverá estimar o volume de recursos necessários para atender as obrigações fixadas no contrato de concessão, apresentando uma proposta econômica que pressuponha uma remuneração suficiente para cobrir os investimentos e garantir a rentabilidade do projeto.

No entanto, embora exista uma presunção de que os investimentos serão amortizados durante o prazo da concessão, o ordenamento jurídico assegura ao concessionário o direito de obter indenização do poder concedente caso o prazo da concessão não tenha sido suficiente para amortizar os investimentos realizados. A Lei nº 8.987/1995, que estabelece as regras gerais do contrato de concessão, confere ao concessionário em seu artigo 36 o direito à “indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

---

<sup>4</sup> GUERRA, Sérgio. *A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos*. Revista de Direito Público da Economia – RBDE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2004, p. 2.

De acordo com a literatura contábil, “amortização” significa a redução gradativa do valor dos bens intangíveis, enquanto o termo “depreciação” significa a redução dos tangíveis. Em termos gerais, um bem amortizado ou depreciado é aquele que, após determinado período, gerou recursos suficientes para compensar os custos incorridos com sua aquisição<sup>5</sup>.

O artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 parece garantir ao concessionário uma compensação pelos investimentos realizados em bens reversíveis que não puderam ser recuperados durante a execução do contrato de concessão. No entanto, a compreensão adequada desse artigo pressupõe uma análise mais abrangente da própria lei de concessões, da regulação setorial e do contrato de concessão detido pelo concessionário. Apenas com base nessas informações, será possível determinar o real alcance do direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995. O objetivo desta pesquisa é justamente compreender como o direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 pode ser aplicado no âmbito das concessões rodoviárias.

### **Problema de pesquisa**

Durante minha atuação profissional como advogado, fui demandado a opinar sobre problemas práticos envolvendo a reversibilidade da concessão e o direito de indenização assegurado pelo artigo 36 da Lei nº 8.987/1995. Tais consultas eram formuladas tanto por empresas que já atuam no setor de concessões rodoviárias como por potenciais investidores, nacionais e estrangeiros, que desejavam compreender melhor a regulação aplicável aos contratos de concessão. O diagnóstico inicial revelava uma indeterminação regulatória sobre aspectos essenciais para a efetivação do direito de indenização previsto no artigo em questão.

No âmbito dessas investigações, percebi que o tema da regulação envolvendo a indenização por investimentos realizados em bens reversíveis era tratado com certa negligência por parte das autoridades reguladoras, o que é evidenciado pela falta de detalhamento dessas regras nos primeiros contratos de concessão.

---

<sup>5</sup> Quando alguém diz que “amortizou” um investimento, ele quer transmitir a ideia de que os recursos aportados foram recuperados. Grosso modo, é o que ocorre quando um empreendedor, por exemplo, adquire um equipamento/maquinário para ser utilizado em sua atividade econômica. O emprego desse ativo nas atividades da empresa proverá receitas que servirão para compensar o custo incorrido com sua aquisição. A contabilidade prevê instrumentos específicos para registro e controle da recuperação de investimentos. Essa lógica é explicada por Hugo Rocha Braga no seguinte trecho: “Com o objetivo de recuperar os custos dos investimentos, em imobilizações e intangíveis, em virtude de seu desgaste físico, tecnológico e financeiro, a contabilidade utiliza procedimentos de diluição desses custos, distribuindo-os pelo período de vida útil econômica de cada elemento do ativo. Esses procedimentos são semelhantes, embora cada item, de acordo com suas características, possa estar sujeito a depreciação, amortização ou exaustão” (BRAGA, Hugo Rocha. *Demonstrações Contábeis – Estrutura, Análise e Interpretação*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012. p. 62).

O interesse das entidades regulatórias, contudo, vem crescendo, em função do encerramento dos primeiros contratos de concessão rodoviária e da instituição da Lei Federal nº 13.448/2017, que regula o processo de relicitação. A discussão desses temas, ainda que no âmbito da relicitação, tem influenciado o aprimoramento da regulação da setorial atinente à reversibilidade.

A análise dessas consultas permitiu um primeiro contato com o tema. Foi possível constatar que existiam poucos trabalhos acadêmicos sobre a aplicação do artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995. Identifiquei alguns artigos acadêmicos envolvendo reversibilidade da concessão e o direito à indenização por investimentos em bens reversíveis não amortizados, mas eles se limitavam a declarar algumas dificuldades na aplicação do artigo em foco, além de fornecer algumas hipóteses interpretativas com base em uma avaliação geral do direito administrativo, com pouca ou nenhuma referência a elementos normativos mais específicos, como a própria regulação setorial ou mesmo a disciplina do tema nos contratos de concessão. Identifiquei também dissertações sobre o tema que seguiam a mesma abordagem<sup>6</sup>.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara esclarecem que a “determinação dos bens reversíveis em cada caso não pode ser orientada por uma teoria geral da reversibilidade em direito administrativo. Tal teoria é juridicamente inviável, pois a existência, extensão e modo da reversibilidade dependem de aspectos que variam setor a setor e contrato a contrato”. Essa constatação reafirmou a necessidade de uma investigação sobre o fenômeno da reversibilidade e da indenização de investimentos não amortizados que levasse em consideração as particularidades do setor rodoviário.

Diante disso, o que até então era reputada como uma dificuldade prática passou a ser percebido como uma incompreensão generalizada de parte relevante da comunidade jurídica sobre o fenômeno da reversibilidade no setor rodoviário, mais especificamente sobre a aplicação do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 nos contratos de concessão rodoviária.

Essa incompreensão é sugerida pelos seguintes fatores: a) a já mencionada ausência de produção acadêmica sobre reversibilidade nas concessões rodoviárias; b) a aparente falta de interesse regulatório por parte das autoridades responsáveis pela modelagem e estruturação dos contratos de concessão; e c) a elevada litigiosidade entre concessionárias e poder concedente no que diz respeito ao encerramento dos contratos de concessão.

A aplicação inadequada do artigo 36 nas concessões rodoviárias gera insegurança jurídica na medida em que não é possível antecipar como será conduzido o processo de

---

<sup>6</sup> Os trabalhos pesquisados e analisados estão indicados nas referências bibliográficas, ao final deste trabalho.

reversibilidade e como será efetivado o direito à indenização assegurado Lei Federal nº 8.987/1995. Além disso, a falta de clareza quanto às regras aplicáveis à indenização por investimentos em bens reversíveis não amortizados poderá acarretar disputas administrativas e judiciais quando do encerramento dos contratos, como já vem ocorrendo em determinados casos.

Diante disso, conclui que uma dissertação específica sobre a regulação da reversibilidade da concessão com foco no direito à indenização por investimentos não amortizados nos contratos de concessão rodoviária poderia lançar luzes sobre as deficiências regulatórias existentes, incentivando o necessário debate sobre esse tema na comunidade jurídica e até, quem sabe, incentivando o aprimoramento desse regramento pelas autoridades públicas.

### **O setor rodoviário e o encerramento por decurso do prazo contratual como temas de pesquisa e análise**

O setor rodoviário se justifica como escopo de análise pela maturidade desse setor em matéria de concessões. A União iniciou seu programa de concessões rodoviárias antes mesmo da vigência da Lei nº 8.987/1995. Até o momento, foram celebrados 27 contratos de concessão rodoviária, dos quais 3 já foram encerrados e outros 6 serão encerrados nos próximos 5 anos. Para ampliar a amostra de análise, olhar-se-á também para o programa de concessões do Estado de São Paulo, tão antigo quanto o programa federal e que conta com um número bastante expressivo de concessões celebradas, totalizando 23 contratos, dos quais 3 já foram encerrados.

Além disso, é preciso destacar a intensa atuação regulatória que vem sendo observada no setor rodoviário nos últimos anos. ANTT e ARTESP, no exercício de suas respectivas competências, vêm conduzindo um processo de constante aprimoramento regulatório, com reflexos, inclusive, no que diz respeito à reversibilidade de concessões.

Além da delimitação às concessões rodoviárias, o encerramento do contrato de concessão pelo decurso natural do prazo de vigência será um dos pontos aqui abordados. Embora o direito à indenização por investimentos em bens reversíveis não amortizados seja aplicável a todas as hipóteses de encerramento do contrato – como caducidade, encampação e, mais recentemente, relicitação –, o foco desta dissertação é a hipótese de extinção natural do contrato, conforme indicado no artigo 36 da Lei 8.987/1995. O objeto é avaliar como o direito à indenização por investimentos não amortizados deve ser aplicado ao caso de

encerramento por advento do termo contratual, levando em conta as peculiaridades inerentes a essa hipótese de extinção.

### **Relevância do tema**

Além da relevância acadêmica já indicada, o tema aqui analisado apresenta inegável relevância social e econômica. A infraestrutura rodoviária é o principal modal de transporte terrestre no país. De acordo com relatório da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), em 2020 o setor foi responsável por movimentar mais de 17 bilhões de reais, distribuídos em investimentos, despesas operacionais e arrecadação tributária federal e municipal<sup>7</sup>. O Ministério da Infraestrutura projeta que as próximas concessões rodoviárias viabilizarão mais de R\$ 108 bilhões de investimentos no aprimoramento e na ampliação da infraestrutura rodoviária<sup>8</sup>.

Nesse sentido, a compreensão adequada sobre as dificuldades regulatórias relacionadas ao encerramento dos contratos de concessão poderá influenciar no aprimoramento da regulação desse setor, contribuindo, dessa forma, para aumentar a segurança jurídica dos contratos de concessão. É preciso analisar como as autoridades públicas vêm atuando na retomada do serviço público, principalmente no que diz respeito à indenização dos investimentos realizados em bens reversíveis. A partir dessa análise, será possível verificar o que não está funcionando corretamente e propor soluções, interpretativas ou legislativas, a eventuais problemas identificados.

### **Perguntas e hipóteses**

Essa dissertação objetivou responder às seguintes perguntas: a) a regulação vigente é suficiente para assegurar o exercício do direito de indenização por investimentos não amortizados ou não depreciados durante a concessão, como previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995?; em caso negativo, b) quais seriam as dificuldades causadas pela ausência ou deficiência regulatória no que diz respeito à efetivação do direito de indenização

---

<sup>7</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS (ABCR). *Relatório anual 2020*. Disponível em: <https://abcr.org.br/institucional/biblioteca/relatorios/relatorio-anual-2020>. Acesso em: 20 out. 2021.

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/noticias/2021/12/governo-federal-projeta-r-108-bilhoes-em-investimentos-contratados-para-transporte-rodoviario>. Acesso em: 26 abr. 2022.

previsto no mesmo artigo?; e c) como essas dificuldades poderiam ser superadas à luz do direito positivo brasileiro?

A hipótese é a de que a Lei Federal nº 8.987/1995, por opção do legislador infraconstitucional, estabelece apenas regras gerais para a formação, preservação e extinção do contrato de concessão, delegando ao poder concedente a disciplina de aspectos específicos de cada concessão, entre eles, as condições em que o concessionário poderá exercer o direito de indenização previsto no artigo 36 da referida lei.

Por sua vez, ANTT e ARTESP, agências reguladoras competentes para regular concessões rodoviárias, iniciaram seus programas de concessão com regulação insuficiente sobre a reversibilidade da concessão, dificultando o exercício do direito previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995.

A regulação insuficiente promovida pelas agências, principalmente nos primeiros contratos de concessão rodoviária celebrados, impedem: a) a identificação das situações em que o concessionário poderá exercer o direito de obter indenização por investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou não depreciados durante a concessão; b) a fixação de critérios para calcular o montante da indenização devida ao concessionário; e c) a definição do momento em que deverá ser realizado o pagamento da indenização – antes ou após a assunção da concessão pelo poder concedente.

À luz do direito positivo brasileiro, o direito previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995 não representa um direito de rentabilidade mínima da concessão em favor do concessionário. No encerramento do contrato de concessão, respeitado o prazo original e observada a alocação de riscos contratuais, o concessionário não faria jus a qualquer compensação por investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados. O concessionário somente terá direito à indenização caso tenha realizado investimentos adicionais, determinados ou pelo menos consentidos pelo poder concedente, e a fim de assegurar a continuidade e a atualidade dos serviços relacionados à infraestrutura rodoviária.

No silêncio do contrato, o valor da indenização deverá levar em conta os custos históricos incorridos pelo concessionário para fazer frente às obrigações adicionais de investimento, por ser esse o critério que reflete com mais precisão os esforços financeiros suportados pelo concessionário para o cumprimento das obrigações de investimento adicionais. O pagamento da indenização deverá ser realizado como condição da retomada da concessão pelo poder concedente, sob pena de expropriação em desfavor do concessionário e perpetração de enriquecimento ilícito em favor do poder concedente.

## **Metodologia e Plano de Trabalho**

Além da introdução, esta dissertação contém sete capítulos. O primeiro deles apresenta uma breve exposição sobre a história do financiamento do setor rodoviário no país, contextualizando os movimentos legislativos e regulatórios antecedentes ao lançamento dos programas de concessão federal e paulista. As informações relativas a esse histórico foram colhidas em trabalhos acadêmicos sobre o setor rodoviário e em publicações oficiais do governo federal e paulista sobre seus respectivos programas de concessão.

O segundo capítulo apresenta o levantamento e a análise do regime jurídico das concessões rodoviárias, com foco na reversibilidade da concessão e no direito à indenização de investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados, contemplando o exame da Constituição Federal e legislação aplicável.

O capítulo terceiro cuida da regulação setorial e foi dividida em duas partes. Na primeira, serão analisados os primeiros contratos de concessão celebrados pela União e pelo Estado de São Paulo, cobrindo o intervalo entre 1995 e 2008. Após a análise da primeira fase de concessões rodoviárias, será apresentada a análise dos contratos mais recentes bem como a regulação veiculada pelas agências por meio de atos administrativos de caráter normativo, cobrindo o intervalo de 2008 a 2022.

O capítulo quarto aponta o levantamento das manifestações doutrinárias sobre a regulação da reversibilidade da concessão e indenização de investimentos reversíveis, com foco nos critérios formulados para a identificação de bens reversíveis, para estipulação do valor da indenização e para definição do momento em que ela deverá ser paga. A pesquisa bibliográfica foi feita a partir da consulta de bancos públicos de tese, tais como os disponibilizados pela USP, PUC-SP, UNB, Universidade Mackenzie e a plataforma integrada Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, mantida pelo Instituto Brasileiro de Informações em Ciência e Tecnologia. Além disso, a pesquisa foi complementada por consultas a periódicos especializados com classificação B1 ou superior pela CAPES, tais como a Revista de Direito Administrativo (RDA), a Revista de Direito Público (RDP) e a Revista de Direito Administrativo & Constitucional. A pesquisa bibliográfica foi complementada mediante consulta de livros adquiridos ou emprestados pelo autor. O material analisado foi devidamente indicado nas referências bibliográficas.

A pesquisa e análise bibliográfica objetivou evidenciar as principais linhas interpretativas relacionadas ao objeto desta dissertação, sem qualquer pretensão de exaurir o tema ou cobrir toda e qualquer manifestação doutrinária sobre o assunto.

O quinto capítulo traz a análise de casos concretos envolvendo a reversibilidade da concessão, cobrindo disputas travadas por concessionárias de rodovia e seus respectivos concedentes sobre a extensão do direito previsto na Lei nº 8.987/1995. Para identificação dessas ações foi preparada uma lista contemplando todas as concessionárias que já tiveram seus contratos encerrados, restringindo-se ao programa federal de concessões e aos programas estaduais de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul. Na sequência, foi realizada consulta das plataformas de pesquisa de jurisprudência nos tribunais competentes para dirimir questões relacionadas a essas concessões. Como resultado, foram encontradas diversas ações judiciais promovidas por essas concessionárias perante seus respectivos concedentes. Dentre essas ações, após uma triagem inicial, foram analisadas todas aquelas que, de alguma forma, discutiam a extensão do direito de indenização devida pelo encerramento do contrato de concessão. O capítulo relativo aos casos concretos também contempla a análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça formados no âmbito de concessões de saneamento e que orientaram as decisões proferidas no âmbito das concessões rodoviárias. Por fim, o capítulo quinto também contém a avaliação da relicitação da Concessionária Via040 que, embora se trate de uma hipótese diferente de extinção contratual (relicitação), traz elementos importantes para discussão do tema da reversibilidade em toda e qualquer modalidade de encerramento, inclusive advento do termo contratual.

O capítulo sexto traz a análise das indeterminações ainda persistentes no que diz respeito ao dimensionamento do direito à indenização por investimentos não amortizados, com a indicação de uma nova perspectiva para se avaliar o problema.

Por fim, o sétimo capítulo apresenta as conclusões.

# 1. SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE DESESTATIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA

## 1.1. Considerações Iniciais

O objetivo deste tópico é fazer um breve apanhado sobre o surgimento dos programas de desestatização. Conforme já apontado, a disciplina envolvendo a indenização por bens reversíveis está contida não apenas na legislação, mas também e sobretudo na própria redação dos contratos de concessão. Daí porque se faz necessário avaliar, numa perspectiva histórica, o surgimento dos programas de desestatização que culminaram na celebração desses contratos. Não é foco deste capítulo, tampouco desta dissertação, fazer um levantamento histórico das concessões, o que demandaria considerações atinentes aos tempos do Brasil império e suas concessões de estradas. O foco aqui são os programas de desestatização, diferenciáveis de movimentos anteriores justamente por envolver uma decisão coordenada e direcionada à transferência, não de uma ou outra rodovia, mas sim de todas as rodovias reputadas economicamente aptas para serem absorvidas pela iniciativa privada. Essa incursão começa na década de 90, conforme explicado abaixo.

A década de 1990 foi marcada por diversas propostas de reestruturação do Estado, visando a corrigir determinadas deficiências na gestão do patrimônio público e no exercício de sua competência ordenadora. No Brasil, particularmente, essas propostas foram materializadas pelo Plano de Reforma do Estado, em 1995, e pelo Plano Nacional de Desestatização, iniciado em 1990 e incrementado substancialmente em 1997<sup>9</sup>.

O Plano de Reforma do Estado visou a promover uma reconfiguração institucional da Administração Pública a fim de torná-la mais eficiente e voltada para o cidadão-cliente<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre a alteração do papel do Estado no desenvolvimento da infraestrutura, interessante sublinhar o seguinte comentário feito por Carlos Ari Sundfeld: “Nos cerca de 70 anos que se passaram entre o final da I Guerra Mundial e o início da Reforma do Estado vigorou a crença de que não só o interesse geral era preocupação do Estado, como devia ser alcançado preferencialmente pela ação da máquina pública: empresas, hospitais e universidades do próprio Estado deviam fazer os investimentos necessários e prestar os serviços públicos e sociais. Os particulares participariam como simples fornecedores de bens, serviços e capitais ao Estado, sem assumir maior responsabilidade quanto aos objetivos finais. Mas a orientação se inverteria a partir da década de 90 do século passado, com o início da Reforma do Estado, que diminui significativamente o tamanho deste, mas sem que se renunciasse à realização dos objetivos que até então vinham sendo buscados. A alternativa foi, então, recuperar ou criar mecanismos para a assunção de responsabilidades públicas por particulares, em substituição ao modelo anterior, de gestão estatal” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: *Parcerias Público Privadas*. Carlos Ari Sundfeld (coordenador). 1ª ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2005, p. 18-19.

<sup>10</sup> A Reforma Administrativa de 1995 está embasada na concepção de “administração gerencial” em contraposição à ideia de administração burocrática. Segundo Bresser Pereira, responsável pela condução e implantação da Reforma Administrativa, a administração pública burocrática é aquela baseada em um serviço civil profissional, na dominação racional-legal weberiana e no universalismo de procedimentos, expresso em

Entre as medidas mais importantes, destacam-se a criação de agências independentes e a reestruturação dos quadros públicos, com foco na administração de resultados, e na criação de instrumentos que possibilitam o financiamento por parte do Estado das atividades de interesse coletivo.

O Plano Nacional de Desestatização (PND), por sua vez, objetivou reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público (Lei nº 9.491/1997). Por meio do PND, a União promoveu a privatização de empresas estatais como a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), a Vale do Rio Doce e a Embraer, entre outras.

O PND visou a promover aquilo que os doutrinadores denominam de “privatização substancial”, ou seja, a desestatização absoluta, consistente na transferência definitiva de determinados ativos à iniciativa privada. Conforme explica Egon Bockmann:

Os bens e fatores de produção saem por completo de um setor da ordem econômica (o público) e ingressam noutra (o privado). Ainda que em algumas zonas persista forte regulação intrusiva, a atividade econômica deixa de ser pública (quer sob o ângulo subjetivo, quer sob o ângulo objetivo e passa a ser privada, *tourt court*<sup>11</sup>.

O PND voltava-se à privatização de determinados ativos e ações do Estado. Conforme já mencionado, o Poder Público não pode se desincumbir, de forma definitiva, da responsabilidade em prover serviços públicos e bens públicos voltados a satisfazer interesses coletivos. Qualquer forma de desestatização nesses segmentos será necessariamente transitória<sup>12</sup>.

---

normas rígidas de procedimentos administrativas”. Segundo o autor, embora esse modelo tenha sido essencial para assegurar a evolução do estado patrimonialista para o Estado de Direito, ele é insuficiente para dar conta das demandas sociais da atualidade. Dessa forma, surge a necessidade de se repensar a atuação do Estado, deslocando a tônica do procedimento estéril para uma atuação direcionada ao atingimento de resultados. Bresser Pereira traduz com precisão o espírito da administração pública gerencial no seguinte trecho: “A reforma gerencial do Estado de 1995 busca criar novas instituições legais e organizacionais que permitam que uma burocracia profissional e moderna tenha condições de gerir o Estado brasileiro. Esta reforma não subestima os elementos de patrimonialismo ou de clientelismo que ainda subsistem em nosso meio. Parte, entretanto, do pressuposto de que no final do século XX, quando as técnicas de controle gerencial e democrático já foram amplamente desenvolvidas, a melhor forma de combater o clientelismo é ser gerencial; é dar autonomia ao administrador público, valorizando-o por sua capacidade de tomar decisões, inclusive de caráter político, em vez de submetê-lo a um controle burocrático vexatório. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma Gerencial do Estado de 1995. Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro. n. 34, p. 18 Jul./Ago. 2000.

<sup>11</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 23.

<sup>12</sup> Nesse sentido, Egon Bockmann esclarece que: “A privatização substancial não se confunde com as concessões e permissões. Nestas espécies de privatização formal (ou organizatória, ou de gestão) persiste íntegra a titularidade pública dos serviços. A desestatização dá-se na superfície do serviço a ser prestado, não na sua essência. A depender do serviço e/ou da obra, a maioria dos bens permanece no setor público dos meios de produção (v.g., rodovias, ferrovias e usinas hidrelétricas). Apenas a gestão e o domínio imediato dos bens a ela essenciais são transferidos ao empreendedor privado, por prazo certo. Tudo isso com a publicização de algumas facetas das atividades dos empresários privados (por exemplo, a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da

À época, a União, os Estados e os Municípios enfrentavam sérias restrições orçamentárias, o que dificultava, e em alguns casos até impossibilitava, a mobilização dos recursos necessários para a ampliação e a manutenção de infraestruturas públicas<sup>13</sup>. Assim, em paralelo às ações do PND, as unidades da federação passaram a estruturar programas voltados a transferir para a iniciativa privada a operação, conservação e ampliação de infraestruturas rodoviárias. Embora já existissem precedentes envolvendo concessões rodoviárias, é a partir da década de 90 que foram implementados amplos programas de desestatização rodoviária.

O que até então tinha sido promovido por meio de recursos públicos passaria a ser financiado com recursos privados, por meio de ajustes contratuais de longo prazo que permitiam ao particular explorar economicamente determinada infraestrutura pública, recebendo, em contrapartida, tarifas pagas diretamente pelos usuários<sup>14</sup>.

A primeira etapa de concessões rodoviárias foi iniciada antes mesmo da expedição da Lei nº 8.987/1995. O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) – autarquia federal à época vinculada ao Ministério dos Transportes – iniciou a primeira etapa de concessões rodoviárias federais, por meio da publicação do Edital de Concorrência nº 0293/93-00, para a outorga do direito de exploração da Rodovia BR 116/RJ, no trecho além Paraíba – Teresópolis – entr. BR 040 (A), mediante concessão onerosa.

---

CF) o que autoriza o alerta de que, muito embora o concessionário não faça parte da estrutura orgânica da Administração Pública, fato é que ele passa a exercer atividade materialmente pública. A privatização formal, portanto, implica a outorga de afazeres públicos ao empreendedor privado (com todos os aspectos ativos e passivos que disso decorrem)". MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 23-24.

<sup>13</sup> Havia na época uma percepção bastante difundida sobre o completo esgotamento da capacidade de investimento do Estado. A esse respeito, de forma ilustrativa, convém fazer menção ao relatório preparado pela comissão de economia, indústria e comércio no âmbito do processo legislativo que culminou na aprovação da atual lei de concessões. O relatório destaca o seguinte: [e]m verdade, evidenciou-se nos últimos anos a incapacidade de o Estado brasileiro arcar com todas as responsabilidades inerentes aos investimentos necessários à prestação de serviços à coletividade. Apresentando, desde há muito, poupança negativa, fruto de um persistente déficit fiscal, o Poder Público assiste, impotente, à degradação dos serviços existentes, e declara-se incapaz de atender aos investimentos indispensáveis à retomada do crescimento econômico. (Relatório Projeto nº 202/1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173076>. Acesso em: 3 fev. 2022.

<sup>14</sup> Conforme comentado por Eduardo Engel, Ronald Fischer e Alexander Galetovic esse fenômeno foi observado em maior ou menor medida em diversos países da América Latina: “*The so-called lost decade of the 1980s resulted in low investment in infrastructure and inadequate maintenance, and it created a major highway deficit across Latin America. This deficit, together with chronic budgetary problems, led governments to embrace a scheme in which the private sector financed urgently needed infrastructure investments, thereby freeing up public resources for projects in other priority areas*” Engel, Eduardo, et al. “*Privatizing Highways in Latin America: Fixing What Went Wrong*.” *Economía*, vol. 4 no. 1, 2003, p. 129-164.

O edital de licitação indicava, como elemento normativo, o Decreto-Lei nº 791/1969, que dispõe sobre a cobrança de pedágio nas rodovias federais. Esse decreto-lei foi instituído para disciplinar o artigo 20, inciso II, da Constituição Federal de 1967, o qual vedava o estabelecimento de limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias no território nacional por meio de tributos, exceto o pedágio, para atender o custo de vias de transporte.

De acordo com o artigo 7º do decreto, por meio de licitação, o Governo Federal poderá outorgar concessões por prazo fixo para a construção e a exploração de rodovias e obras rodoviárias federais, assim como para a exploração e administração de rodovias existentes, mediante cobrança de pedágio. A concessão rodoviária prevista no Decreto-Lei nº 791/1969 é regulada pelo Decreto nº 94.002/1987. Ambos os diplomas continuam vigentes e, aparentemente, continuam conferindo suporte jurídico para a outorga de concessões rodoviárias por parte do Administração Pública Federal.

Já no Estado de São Paulo, em março de 1995, foi expedido pelo Governo do Estado o Decreto Estadual nº 40.000, instituindo o “programa estadual de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos e na execução de obras de infraestrutura”. O artigo 2º do referido decreto elencou os objetivos do programa de concessão nos seguintes termos: a) propiciar à iniciativa privada a prestação de serviços públicos e a execução de obras de infraestrutura, sob regime jurídico-administrativo adequado; e b) reduzir os investimentos do Poder Público nas atividades que possam ser exploradas pela iniciativa privada, permitindo a alocação dos recursos do Estado para áreas nas quais sua atuação seja fundamental. Esses objetivos, inerentes a um programa de desestatização, estavam alinhados à conjuntura econômico-financeira do país naquela época, marcada por uma forte retração na capacidade de investimento dos Estados.

Dando sequência ao programa de concessão, o Governo do Estado de São Paulo expediu poucos dias depois o Decreto Estadual nº 40.028/1995, autorizando a abertura de licitação de âmbito internacional e em modalidade de concorrência para a concessão onerosa dos serviços públicos de exploração do sistema rodoviário Anhanguera-Bandeirantes, pelo Departamento de Estradas de Rodagem (DER).

A licitação foi conduzida em duas fases distintas e sucessivas. A primeira correspondeu à pré-qualificação das empresas, na qual os proponentes tiveram que demonstrar regularidade jurídica, ausência de impedimentos para contratar com a Administração Pública, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e aptidão técnica para desempenho das atividades relacionadas à concessão. Os proponentes aprovados na fase de pré-qualificação prosseguiram no certame para a fase de classificação, devendo, para tanto,

apresentar a “metodologia de execução” e a “proposta financeira”, que seriam apreciadas em sessão pública.

A licitação teve como critério de julgamento o maior valor de outorga fixa a ser paga ao poder concedente pelo direito de explorar a infraestrutura rodoviária. Assim, a disputa na licitação se daria pela assunção do maior compromisso financeiro em favor do poder concedente. A outorga fixa deveria ser paga mensalmente pelo concessionário durante a concessão, mediante uma distribuição não uniforme com maior concentração nos primeiros anos da concessão<sup>15</sup>. Além da outorga fixa, o concessionário assumia o compromisso de pagar mensalmente uma outorga variável, estipulada em 3% da receita bruta da concessão.

A concessão teve por objetivo transferir ao concessionário a responsabilidade pela operação, pela manutenção e pelo aprimoramento da infraestrutura rodoviária, conferindo, em contrapartida, o direito de cobrar e receber tarifas de pedágio diretamente dos usuários, além da prerrogativa de explorar receitas adicionais provenientes de projetos associados à concessão<sup>16</sup>.

Paralelamente às primeiras licitações do PROCOFE e do Governo de São Paulo, estava sendo debatido no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 202/1991 que, devido à sua importância, será analisado em mais detalhes a seguir.

## **1.2. Projeto de Lei Federal nº 202/1991: proposta de instituição de um regime geral de concessões**

O Projeto de Lei nº 202/1991 foi proposto pelo senador Fernando Henrique Cardoso com a finalidade de disciplinar o “regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa

---

<sup>15</sup> O item 12.2 do Edital estabelece que: 12.2. A Proposta de Preço do LICITANTE consistirá na apresentação do preço que a CONCESSIONÁRIA pagará, pela delegação do serviço público de exploração da CONCESSÃO, que será um valor fixo, a ser pago em 240 (duzentos e quarenta) parcelas mensais, reajustadas pela mesma fórmula e nas mesmas datas aplicáveis à tarifa básica de pedágio até a data do pagamento, conforme disposto no anexo 04 - ESTRUTURA TARIFÁRIA, com a seguinte distribuição: a) 8 (oito) parcelas, cada uma com valor equivalente a 0,9% (nove décimos de um por cento) do valor fixo; nos primeiros 8 (oito) meses da CONCESSÃO; e b) 232 (duzentos e trinta e duas) parcelas mensais, a partir do 9º mês, cada uma com valor equivalente a 0,4% (quatro décimos de um por cento) do valor fixo.

<sup>16</sup> Nesse sentido, o item 21.2 do Edital de Concorrência do Lote 01 estabelece que o concessionário pode explorar as seguintes fontes acessórias de receita: a) aplicação no mercado financeiro; b) prestação de serviços ao usuário; c) publicidade, não vedada em lei; d) indenização de seguro e penalidades pecuniárias previstas nos contratos firmados entre a concessionária e terceiros; e) serviços de implantação e manutenção de acessos; f) uso da faixa de domínio, inclusive por outras concessionárias de serviços públicos, observada a legislação pertinente; e g) prestação de serviços complementares.

privada”, dando cumprimento ao comando constitucional previsto no artigo 175 da Constituição Federal<sup>17</sup>.

O referido projeto de lei estabelecia, em seu artigo 6º, que “toda concessão pressupõe a prestação do serviço adequado, impõe a justa remuneração do capital do concessionário e importa na permanente fiscalização pelo poder concedente”. O parágrafo terceiro do mesmo dispositivo prevê que “a remuneração do concessionário deverá ser assegurada, basicamente, pela cobrança de tarifas”. O parágrafo quarto, ao estabelecer os contornos da política tarifária, previa que ela deveria ter por finalidade a harmonização dos seguintes fatores: a) exigência de manutenção do serviço adequado; b) justa remuneração do capital do concessionário e c) modicidade obrigatória das tarifas.

O artigo 7º estabelecia, ainda, que “o cálculo das tarifas deverá orientar-se pelo custo do bem ou do serviço suprido, pela modicidade das tarifas e pela justa remuneração do capital do concessionário”. O referido dispositivo confere ao poder concedente o direito de: a) incorporar um sobrecusto à tarifa, sob a forma de taxa, vinculado à finalidade inerente ao próprio serviço; e b) reduzir ou congelar a tarifa por interesse público, podendo o contrato prever os mecanismos e critérios adequados para o ressarcimento do concessionário.

A primeira prerrogativa conferida ao poder concedente, embora não tenha sido mantida na redação final do projeto, é utilizada desde os primeiros contratos de concessão federais e paulistas, sob a denominação de “taxa de fiscalização”, a qual corresponde a um percentual incidente sobre a receita operacional da concessionária para remunerar as atividades de fiscalização realizadas pelo poder concedente ou por entidade regulatória por ele designada.

A segunda prerrogativa permitia ao poder concedente suspender o recebimento de tarifa mediante compensação paga pelo próprio poder concedente, instrumento voltado possivelmente para atender eventuais pressões populares contra a instituição de tarifas de pedágio. Em tese, não haveria desestabilização da equação econômico-financeira porque o poder concedente compensaria a perda de receita tarifária por outra forma de remuneração.

---

<sup>17</sup> De acordo com a justificativa que acompanhou o projeto de lei, a propositura contou com sugestões de Celso Antônio Bandeira de Mello e José Afonso da Silva. Na justificativa, lê-se o seguinte: “[n]a elaboração do presente projeto de lei, tivemos a ventura de receber, após solicitação nossa, inúmeras sugestões do insigne publicista Celso Antônio Bandeira de Mello, que, com patriotismo e espírito público, entregou-se com denodo à árdua tarefa de examinar versão preliminar da proposta. As alterações sugeridas pelo grande jurista foram, em sua esmagadora maioria, acatadas. Recebemos, ainda, sugestões do eminente jurista José Afonso da Silva, tendo algumas delas sido incorporadas ao texto. Visamos, com isso, submeter a esta Casa uma proposta de legislação adequada aos tempos atuais, escoreita em sua juridicidade e constitucionalidade e apta a entrar em vigor, após a incorporação dos aperfeiçoamentos, que certamente os nossos nobres Pares no Congresso Nacional oferecerão”.

No entanto, essa prerrogativa, caso exercida de forma inadequada, isto é, sem o imediato e suficiente ressarcimento, poderia colocar em risco a viabilidade econômico-financeira da concessão. A possibilidade de diminuição unilateral da tarifa foi suprimida do texto final.

O artigo 8º do Projeto de Lei nº 202/1991 estabelecia que a justa remuneração do capital pressupõe que a tarifa cobrirá os seguintes fatores: a) despesas de exploração; b) cota de depreciação, compatível com os prazos e com o regime de depreciação; c) cota de amortização de despesas pré-operacionais; d) cota de reversão; e) os encargos financeiros da empresa; f) o pagamento de tributos e despesas previstas ou autorizados pela lei ou pelo contrato; g) as reservas para atualização e ampliação do serviço; e h) o lucro da empresa.

O artigo 8º parece indicar as principais categorias de custos que serão incorridos pelo concessionário, prevendo, ainda, custos de natureza estritamente contábeis, como as cotas de depreciação, amortização e reversão. A cota de reversão teria por finalidade formar um “colchão de recursos” para garantir a completa amortização dos investimentos em bens reversíveis.

Aqui é possível perceber que o Projeto de Lei nº 202/1991 propunha uma regulação sobre o aspecto remuneratório da concessão de forma mais detalhada do que aquele que acabou incorporada no texto final da lei de concessões. Como será visto a seguir, a lei de 1995 é bastante objetiva ao estabelecer a estrutura remuneratória da concessão, prevendo, basicamente, o direito de o concessionário cobrar a tarifa pelos serviços prestados e o dever do poder concedente de manter a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato.

Ainda sobre o aspecto remuneratório, convém destacar que o artigo 12 do Projeto de Lei nº 202/1991 estabelecia que são cláusulas essenciais do contrato de concessão, dentre outras, aquelas relativas à retribuição do capital e ao procedimento para a revisão dos custos e das tarifas. O mecanismo de revisão de custos é próprio da regulação discricionária, técnica de regulação de preços que objetiva preservar a correspondência entre os custos e as receitas de um dado empreendimento econômico. Nesse sentido, a tarifa é fixada no montante necessário para cobrir os custos da concessão, assegurando uma rentabilidade previamente determinada ao concessionário. A Lei Federal nº 8.987/1995 não traz um dispositivo nesse sentido, deixando ao contrato a tarefa de disciplinar a remuneração do concessionário.

Nas concessões rodoviárias, a tarifa é fixada na assinatura do contrato, com base na proposta apresentada pelo licitante, no caso das concessões federais, ou com base na tarifa fixada pelo poder concedente, no caso das concessões paulistas. A tarifa, presumida como suficiente para atender os custos da operação, permanecerá a mesma por toda a concessão,

com a incidência apenas do mecanismo de reajuste direcionado à neutralização dos efeitos da inflação. Não existe, portanto, uma revisão da tarifa para aproximá-la dos custos efetivos da concessão. A revisão tarifária, no âmbito das concessões rodoviárias, é aplicável como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, para neutralizar aumento de custo ou perda de receitas acarretados pela materialização de riscos não assumidos no contrato. Somente é aplicável, portanto, em situações excepcionais. A revisão tarifária não se presta, no âmbito desses contratos, à equalização dos custos e receitas da concessionária.

O artigo 15 estabelecia as seguintes hipóteses de extinção do contrato de concessão: a) pela expiração do prazo da concessão; b) pela encampação ou resgate; c) pela rescisão, unilateral ou bilateral, do contrato de concessão; e d) pela falência do concessionário. O parágrafo primeiro prescrevia que, extinta a concessão, retornam ao poder concedente os direitos e privilégios transferidos ao concessionário, com a reversão ao Poder Público competente de todos os bens vinculados à prestação do serviço. Por sua vez, o parágrafo segundo estabelecia que a reversão ao término do prazo contratual seria feita sem indenização.

Veja-se que o Projeto de Lei nº 202/1991, na sua concepção original, não previa direito à indenização por investimentos não amortizados. O direito à indenização por investimentos em bens reversíveis não amortizados foi incluído posteriormente por meio de uma emenda proposta pelo deputado federal Wagner do Nascimento. A referida emenda alterou o artigo 15, que regulava a extinção do contrato de concessão, para incluir a seguinte redação: “a reversão ao término do prazo contratual será indenizável, se demonstrar a prestadora a não recuperação do capital investido”. O deputado federal Wagner do Nascimento apresentou a seguinte justificativa em sua emenda:

Não se pode cogitar em perda do acervo da prestadora concessionária, permissionária ou autorizada de serviços públicos, em prol do poder concedente, sob pena deste enriquecer-se sem causa.

As afirmações provêm da própria legislação e encontram suporte jurídico da doutrina dominante.

Quando o Poder Concedente transfere serviços de sua competência para o particular, a este não transfere propriedade alguma.

É a própria prestadora quem pratica seus investimentos auferindo para si retorno destes além da devida remuneração determinadas em lei e, através destas capitalizações, amplia o patrimônio através destes investimentos sempre com o objetivo de expandir e melhorar a prestação dos serviços. (...)

É princípio que decorre da teoria que a Carta Magna adota: SUPRALEGALIDADE CONSTITUCIONAL, caso seja sancionada lei em confronto com a Constituição, será declarada inconstitucional, no caso em tela o direito das atuais prestadoras não pode ser ferido de acordo com o Artigo 5 incisos XXXVII e LIV da Constituição Federal.

Ainda que assim persista, nenhuma norma poderá destinar sobre os bens que a prestadora possui, ferindo novamente o preceito constitucional que impossibilita privar-se alguém de suas propriedades sem o devido processo legal, conceituado

como um dos mais importantes princípios informativos do direito processual. É um conjunto de normas do direito processual onde se consagra os princípios citados, que inspiram o processo, propiciando o direito constitucional às partes, plena defesa de seus interesses e aos juízos os instrumentos necessários para o cumprimento da verdade real, tratando de formas equânime e igualitária os direitos individuais dos litigantes.

Assim, a proposta de emenda de juridicidade e constitucionalidade ao projeto objetiva respeitar o acervo patrimonial adquirido pela prestadora de serviços públicos que não tenham sido remunerados pelo contato de concessão, fazendo justiça, já que o poder concedente nenhuma propriedade transfere ao prestador no ato de outorga<sup>18</sup>.

É importante destacar, ainda, que o Projeto de Lei nº 202/1991 trazia disposições específicas sobre a concessão de obra pública. O artigo 21 a definia como aquela na qual recursos privados são utilizados para a realização de uma obra pública mediante gestão empresarial e fiscalização do Poder Público. O inciso I especificava que a concessão de obra poderia referir-se à construção, reforma, ampliação, conservação e exploração de quaisquer obras públicas, desde que não vedadas pelas normas constitucionais nem sendo com elas incompatíveis. Além disso, havia uma presunção no artigo 21 de que a concessão rodoviária consistia em uma concessão de obra pública e não de serviço público. O inciso V estabelecia que:

[...] além do pedágio e de outras tarifas, o concessionário de obra pública poderá ser remunerado, nas obras viárias, nos termos previstos no contrato de concessão, pela renda proveniente da exploração de áreas ou zonas de serviço ou lazer ou repouso, existentes na faixa de domínio da obra pública, ou na zona contígua, nos casos de desapropriação extensiva.

O inciso VI do artigo 21 previa que o poder concedente poderia garantir, no contrato de concessão de obra, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente a um tráfego mínimo durante o primeiro terço do prazo da concessão. Tratava-se, portanto, de uma autorização para que o poder concedente compartilhasse o risco de demanda nas concessões. As concessões rodoviárias, como regra, costumam concentrar investimentos significativos nos primeiros anos da concessão. O concessionário, assim, assume inteiramente o risco de rentabilidade, na medida em que a compensação dos investimentos só ocorrerá caso exista tráfego suficiente no trecho construído. Ao assumir parte do risco de demanda por meio da estipulação de uma receita mínima ao concessionário, o poder concedente mitiga a incerteza quanto à rentabilidade do projeto.

---

<sup>18</sup> Processo legislativo referente à aprovação do Projeto de Lei nº 202/1991, p. 33. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173076>. Acesso em: 20 fev. 2022.

A Lei Federal nº 8.987/1995 não contemplou expressamente a possibilidade de se prever mecanismos de compartilhamento do risco de demanda, como uma receita operacional mínima ao concessionário. De qualquer forma, essa regra seria válida e aderente ao regime das concessões, não se verificando qualquer ilegalidade nisso. Existem contratos de concessão mais recentes, inclusive, que trazem mecanismo de compartilhamento do risco de demanda, em termos bem semelhantes ao que havia sido previsto no projeto de lei<sup>19</sup>.

Ao Projeto de Lei nº 202/1991 foram apensados diversos projetos que tratavam de assuntos relacionados à concessão de serviço público. Na Câmara dos Deputados, ao ser submetido à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, o projeto foi relatado pelo Deputado Roberto Magalhães que, em seu voto, acolheu a emenda apresentada pelo Deputado Wagner do Nascimento para incluir o direito de indenização por investimentos não amortizados. O relator também apresentou uma emenda para excluir a possibilidade da celebração de contrato de concessão com pessoas físicas. Por fim, votou reconhecendo a constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do projeto.

Na Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 202/1991 foi relatado pelo Deputado José Aleluia, que apresentou versão substitutiva do projeto de lei refletindo as emendas aceitas.

Após ser aprovado pelas demais comissões, o projeto foi submetido à mesa da Câmara dos Deputados acompanhado de 140 emendas adicionais. O texto final foi aprovado dando origem à Lei Federal nº 8.987/1995.

### **1.3. Consolidação do modelo de concessões rodoviárias**

Em 1996 foi editada a Lei Federal nº 9.277, que permitia a União delegar, pelo prazo de até 25 anos, prorrogáveis uma única vez por igual período, aos Municípios, Estados ou ao Distrito Federal a administração de rodovias ou obras rodoviárias federais. O artigo 4º da Lei nº 9.277/1996 estabelece que os Municípios, Estados ou o Distrito Federal poderão explorar a infraestrutura rodoviária delegada diretamente ou por meio de concessão. A referida

---

<sup>19</sup> A minuta do contrato de concessão do Rodoanel Norte prevê um mecanismo de compartilhamento do risco demanda nesse sentido. O contrato prevê que a não realização da demanda estimada acionará o pagamento de um adicional à contraprestação pública devida pelo poder concedente. Assim, o concessionário possui previsibilidade que a demanda estimada se configura, de certa forma, como um fator de rentabilidade mínima. O mecanismo está descrito nas subcláusulas 22.3, 22.4 e 22.5 e regado em mais detalhes no anexo 26, relativo aos mecanismos de pagamento. Os documentos estão disponíveis em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/novas-paginas/CustomPage.aspx?page=95>. Acessado em 16 de agosto de 2022.

legislação possibilitou a implantação dos programas estaduais de concessão rodoviária, como os programas implementados pelo Paraná e Rio Grande do Sul.

Em 2004, foi instituída a Lei nº 11.079, trazendo duas novas espécies de concessão, a patrocinada e a administrativa. Esses dois novos arranjos contratuais permitem a conjugação de recursos públicos com as tarifas cobradas dos usuários, o que aumentava as possibilidades em modelar novas concessões. Com os modelos trazidos pela Lei nº 11.079/2004, é possível estruturar concessões rodoviárias de trechos com baixa viabilidade econômica ou até mesmo testar outras formas de estruturação que não sejam baseadas no pagamento de tarifas pelos usuários. É preciso observar, contudo, que, a despeito dessa prerrogativa, as concessões rodoviárias federais adotam exclusivamente o modelo de concessão comum, em que o pagamento do concessionário ocorre mediante cobrança de tarifa do usuário. O Estado de São Paulo também adota majoritariamente o modelo de concessão comum.

As concessões rodoviárias passaram a ser largamente utilizada no Brasil todo. Embora União e Estado de São Paulo liderem a iniciativa, em termos de volume de investimento, quilômetros concedidos e maturidade regulatória, outros entes federativos, como Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Minas Gerais, possuem um número significativo de concessões. Algo que merece ser destacado é que esse é um movimento de curso ascendente. A União e o Estado de São Paulo têm atuado ativamente para recolocar no mercado os trechos rodoviários oriundos de concessões que atingiram seu prazo de vigência. A intenção é, como fica evidente nesse movimento, *consolidar* o programa de concessão. Além disso, as comunicações governamentais nessas unidades federativas revelam uma clara intenção em *aumentar* cada vez mais o número de rodovias concedidas.

## **2. REGIME JURÍDICO DA REVERSIBILIDADE NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

### **2.1. Disposições constitucionais**

A Constituição não traz uma regra específica relativa à compensação por investimentos não amortizados no âmbito do contrato de concessão. O que existe, na verdade, são regras de competência atribuindo à União o direito de legislar sobre contratos administrativos, inclusive no que corresponde a garantias gerais como a inviolabilidade da propriedade privada, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e fixação de condições para exercício da desapropriação.

A pesquisa legislativa relacionada à aprovação da Lei nº 8.987/1995 evidenciou que a prerrogativa de obter indenização por investimentos não amortizados foi estipulada pelo legislador infraconstitucional sob forte influência da garantia à inviolabilidade da propriedade privada conferida pela Constituição Federal. Contudo, embora prevista na legislação, o exercício dessa prerrogativa pressupõe a consideração de diversas outras regras, dentre elas, a própria estrutura de remuneração do contrato de concessão, como será visto com mais detalhes a seguir.

## **2.2. Tratamento legislativo**

### **2.2.1. Lei Estadual nº 7.835/1992 (Lei de concessões paulista)**

Em maio de 1992, três anos antes da lei federal, o Estado de São Paulo expediu sua legislação voltada à disciplina do regime jurídico aplicável às concessões de obras e serviços públicos. O Estado de São Paulo foi o primeiro ente da federação a expedir uma legislação específica para as concessões.

O artigo 8º dessa lei estabelece que são cláusulas essenciais do contrato de concessão aquelas relativas às “hipóteses em que será cabível a reversão dos bens aplicados no serviço” (inciso XI) e às “indenizações devidas e critérios para seu cálculo” (inciso XVII). Isso significa que o poder concedente, ao elaborar o contrato de concessão, deverá estipular quais são as hipóteses de extinção do contrato. Considerando que as hipóteses de extinção estão exaustivamente arroladas mais à frente na própria lei, o comando previsto no artigo 8º simplesmente imputa ao poder concedente indicar explicitamente essas hipóteses no contrato de concessão.

O artigo 20 da Lei Estadual nº 7.835/1992 prevê que, “extinta a concessão, por qualquer motivo, retornam ao poder concedente os direitos e privilégios delegados, com reversão dos bens vinculados à prestação do serviço”. O parágrafo único expõe que, na extinção do contrato, o poder concedente “assumirá imediatamente o serviço e poderá ocupar e utilizar os locais, instalações, equipamentos, materiais e recursos humanos vinculados à sua prestação”.

Por sua vez, o parágrafo segundo do mesmo artigo indica que o poder concedente “procederá aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários, no prazo de 90 (noventa) dias contados da assunção do serviço, salvo na hipótese de término do prazo contratual, quando essas providências deverão ser adotadas com antecedência”. O parágrafo terceiro do

artigo 20 prevê que a “reversão ao término do prazo contratual, será feita sem indenização, salvo quando ocorrer a hipótese de implementação do capital ainda não amortizado, deduzida a depreciação dos bens, proveniente de seu desgaste ou de sua obsolescência”.

A regra de indenização é sensivelmente diferente daquela prevista na lei federal. Não há na lei paulista exigência de que os investimentos tenham sido realizados para manter “a continuidade e atualidade dos serviços concedidos”. Aparentemente, haverá direito à indenização sempre que for necessária a “implementação do capital ainda não amortizado”. O artigo 20, interpretado isoladamente e sem considerar as cláusulas do contrato de concessão, parece dar acolhimento à tese de que o concessionário teria direito a compensar os investimentos em bens reversíveis que não tenham sido amortizados. No entanto, como será visto mais à frente, o direito à indenização por investimentos não amortizados não possui essa amplitude. Pelo menos não quando se leva em consideração a estrutura de remuneração e a alocação de riscos prevista nos contratos de concessão do Estado de São Paulo.

### **2.2.2. Lei nº 8.987/1995**

A Lei Federal nº 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal. Para os fins dessa dissertação, convém analisar os dispositivos que, de alguma forma, influenciam a aplicação do direito à indenização por investimentos não realizados.

O artigo 18 da Lei nº 8.987/1995 estabelece que 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. O edital deverá conter, especialmente, a indicação dos bens reversíveis (inciso X), as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão (inciso XI).

Nota-se que o artigo 18 prescreve três condutas ao poder concedente: a) indicar no edital o conjunto de bens que serão originalmente transferidos ao concessionário no momento da concessão; b) definir as características dos bens reversíveis que serão devolvidos pelo concessionário ao final da concessão – o que, em outras palavras, consiste justamente na indicação de quais bens deverão ser considerados para fins de reversibilidade; e c) definir em quais condições os bens reversíveis serão colocados à disposição do Poder Público em caso de extinção do contrato de concessão.

O artigo 23 da mesma lei, por sua vez, dispõe como cláusulas obrigatórias do contrato de concessão aquelas relativas aos bens reversíveis (inciso X) e aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária (inciso XI). Veja-se que a Lei nº 8.987/1995 não estipula critérios para serem utilizados na apuração de eventual indenização devida ao concessionário por investimentos não amortizados. É o poder concedente que deverá estipular tais critérios para cálculo e pagamento de indenização ao concessionário, levando em conta as peculiaridades do serviço ou bem público concedido, bem como a própria arquitetura econômico-financeira da concessão.

O artigo 31 indica que a concessionária deverá manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão. Por uma obrigação determinada por lei, o concessionário deverá manter atualizado o inventário e registro dos bens vinculados à concessão, o qual deverá contemplar tanto os bens transferidos originalmente pelo Poder Público quanto os bens construídos, implantados ou adquiridos durante a vigência do contrato de concessão.

O artigo 35 da Lei nº 8.987/1995 apresenta as formas de extinção do contrato de concessão, quais sejam: a) advento do termo contratual; b) encampação; c) caducidade; d) rescisão; e) anulação; e f) falência ou a extinção do concessionário.

O parágrafo único do artigo 35 estabelece que, uma vez 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. O parágrafo segundo, por sua vez, esclarece que, extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. Já o parágrafo terceiro prescreve que a assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

Nos casos de advento do termo contratual e de encampação, o parágrafo quarto do artigo 35 expõe que o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos artigos 36 e 37, que regulam o direito do concessionário de ser indenizado pelos investimentos realizados em bens reversíveis a fim de assegurar a continuidade e atualidade na prestação dos serviços, mas que não puderam ser amortizados ou depreciados durante o prazo da concessão.

Por fim, o artigo 36 confere ao concessionário o direito de receber indenização pelas parcelas de investimento em bens reversíveis não amortizados que tenham sido feitas para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Cabe ao poder concedente definir, no âmbito do contrato, quais bens serão considerados reversíveis, qual critério para estipular

a indenização por eventual saldo não amortizado e definir quando esse pagamento deverá ser feito.

### ***2.2.3. Lei Federal nº 9.074/1995 (normais adicionais sobre outorga e prorrogações de concessões)***

A Lei nº 9.074/1995 define normas específicas para outorga e prorrogações de concessões e permissões de serviços públicos. A referida lei prescreve em seu artigo 34 que a concessionária que tiver recebido bens e instalações da União deverá: a) assumir responsabilidade por sua manutenção e conservação; e b) responsabilizar-se pela reposição dos bens e equipamentos. Aparentemente, o objetivo do legislador foi justamente o de reforçar as obrigações do concessionário no que diz respeito à manutenção e preservação da infraestrutura transferida pelo poder concedente ao concessionário. A parte desse dispositivo, a referida lei não traz nenhuma outra regra que possa impactar no processo de mensuração e pagamento de indenização por investimentos não amortizados.

### ***2.2.4. Lei Federal nº 10.233/2001 (Lei de instituição da ANTT)***

A Lei Federal nº 10.233/2001 foi expedida para reestruturar a regulação aplicável ao transporte aquaviário e terrestre em âmbito federal. Além de trazer um novo regramento envolvendo o exercício da atividade desses tipos de transporte e a gestão de infraestrutura, a lei autoriza a criação do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

O artigo 20 da referida lei estabelece ANTT e ANTAQ serão responsáveis por “regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros”. Nos termos desse dispositivo, essa regulação teria o objetivo de a) garantir a movimentação de pessoas e bens de acordo com padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; e b) harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários e das empresas concessionárias, arbitrando conflitos de interesse e impedindo situações que configurem competição imperfeita, práticas anticompetitivas ou formação de estruturas cartelizadas.

Na seção dedicada à regulação do contrato de concessão, mais especificamente no artigo 34-A, é elencado o conteúdo mínimo do edital de concessão, o qual deverá contemplar, dentre outros pontos, o “objeto da concessão, o prazo estimado para sua vigência, as condições para sua prorrogação, os programas de trabalho, os investimentos mínimos e as condições relativas à reversibilidade dos bens e às responsabilidades pelos ônus das desapropriações”.

Por sua vez, o artigo 35 estabelece que o contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora. Além disso, terá entre as cláusulas essenciais aquela relativa aos critérios para reversibilidade de ativos.

A Lei Federal nº 10.233/2001 não inova em matéria de regulação da reversibilidade, apenas reforça a discricionariedade atribuída pela Lei Federal 8.987/1995 ao poder concedente, para estabelecer por via contratual o regramento aplicável à reversão da concessão, que deverá contemplar a previsão da hipótese de incidência, a indicação dos bens reversíveis, os critérios para mensuração dos investimentos e a forma de pagamento da indenização.

#### **2.2.5. Lei Federal nº 11.079/2004**

A Lei Federal nº 11.079/2004 foi editada para disciplinar a parceria público-privada (PPP), definida como o “contrato administrativo de concessão sob a modalidade patrocinada ou administrativa”. O artigo 2º, parágrafo primeiro, define concessão patrocinada como a “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado<sup>20</sup>”. Por sua vez, o parágrafo segundo do artigo 2º define concessão administrativa como “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. Na concessão administrativa, a remuneração do parceiro privado decorre das contraprestações pagas pelo poder público. Não há cobrança de tarifas dos usuários.

As parcerias público-privadas consistem em arranjos contratuais adequados para transferir ao parceiro privado aqueles serviços ou bens públicos que, diante de suas características, não poderiam ter sua operação remunerada exclusivamente mediante tarifa

---

<sup>20</sup> BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. São Paulo, v. 7, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.079%2C%20DE%2030%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202004&text=Institui%20normas%20gerais%20para%20licita%C3%A7%C3%A3o,no%20C3%A2mbito%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.079%2C%20DE%2030%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202004&text=Institui%20normas%20gerais%20para%20licita%C3%A7%C3%A3o,no%20C3%A2mbito%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica). Acesso em: 28 ago. 2022.

cobrada dos usuários. A PPP viabiliza a participação direta do Poder Público no custeio da concessão, a fim de tornar a delegação pretendida pela Administração Pública sustentável, atrativa ao mercado privado e acessível aos usuários.

Embora seja possível observar algumas concessões rodoviárias estruturadas na modalidade de concessão patrocinada, a grande maioria adota o modelo de concessão comum, onde o principal fator de remuneração continua sendo a cobrança de tarifas diretamente dos usuários.

A Lei 11.079/2004 traz alguns dispositivos relacionados à reversibilidade da concessão e ao pagamento de indenização por investimentos não amortizados. O artigo 5º, ao indicar as cláusulas obrigatórias do contrato de PPP, estabelece no inciso I que o prazo de vigência do contrato deverá ser fixado de modo que seja compatível com a amortização dos investimentos realizados. O inciso II do mesmo artigo estabelece a prerrogativa do poder concedente realizar vistoria nos bens reversíveis e reter eventuais pagamentos ao parceiro privado para compensar as irregularidades eventualmente detectadas nesses bens.

Importante mencionar que a Lei Federal 11.079/2004 foi alterada em 2012 para que fosse incluída a figura do aporte público. Antes dessa alteração, a participação financeira do Poder Público se dava pelo pagamento da contraprestação pecuniária, a qual poderia consistir em pagamento em dinheiro ou cessão de direitos ao concessionário. Contudo, o pagamento da contraprestação pecuniária é condicionado à disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Essa regra impede o pagamento de contraprestação pecuniária durante a fase de obras.

Para possibilitar a participação do Poder Público no custeio dos investimentos relacionados à implantação e aquisição de bens reversíveis, foi criada a figura do “aporte público”, definido pelo artigo 6º, parágrafo segundo, como o “aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis”. O parágrafo sétimo do mesmo artigo estabelece que “por ocasião da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos”.

Veja-se que a regulação do aporte público toma como ponto de partida o direito assegurado ao concessionário, ao final do contrato, de obter indenização por investimentos não amortizados que tenham sido realizados em bens reversíveis. A referida lei reforça, nesse sentido, o direito já atribuído e disciplinado pela Lei 8.987/1995.

Como visto, a Lei de PPPs estabelece que não caberá indenização ao concessionário por investimentos realizados em bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados caso esses investimentos tenham sido realizados com recursos recebidos pelo Poder Público a título de aporte público. Existe uma presunção de que esses investimentos foram remunerados pelo próprio aporte público pago pelo poder concedente e, portanto, não deveriam ser remunerados novamente por meio de indenização. É preciso certa cautela na interpretação dispositivo.

A remuneração dos investimentos mediante aporte público se assemelha à remuneração praticada nos contratos de obra pública. O poder concedente paga o aporte público por meio de parcelas de desembolso atreladas a determinados eventos de liberação. O concessionário, após o cumprimento de determinado marco de execução, deve notificar o poder concedente para que este realize o desembolso da parcela atrelada aquele evento de liberação. Nesse aspecto, a dinâmica de remuneração se assemelha àquela existente no contrato de obra pública sob o regime de preço global: o parceiro privado primeiro demonstra o cumprimento da obrigação, devidamente atestado pelo poder público, para então estar apto a receber o pagamento. O pagamento é fixo e não varia em função dos custos incorridos, mas sim pela evolução do cronograma físico-financeiro.

Nesse sentido, o valor do aporte público é fixado pelo poder concedente e reputado como suficiente para remunerar os investimentos por parte do parceiro privado. Eventual diferença entre os custos projetados pelo poder concedente, utilizados para definir o valor do aporte público, e o valor efetivamente incorrido pelo concessionário não é levado em consideração. É por essa razão que a vedação contida no artigo 6º deve ser lida com cuidado. Eventuais distorções na equação econômico-financeira, cuja repercussão econômica não tenha sido assumida pelo parceiro privado, poderá acarretar saldo de investimento não amortizado ao fim da concessão, ainda que o poder concedente tenha participado no financiamento desses investimentos mediante aporte público.

#### ***2.2.6. Lei Federal nº 8.987/1995 após alterações promovidas pela Lei Federal nº 11.445/2007 (Marco Legal do Saneamento Básico)***

A Lei nº 8.987/1995 sofreu uma alteração relevante em 2007 por força da Lei Federal nº 11.445/2007, que, além de disciplinar o regime jurídico do serviço público de saneamento básico, trouxe regras gerais em matéria de concessões. A lei de 2007 alterou significativamente o capítulo final da lei de 1995.

O artigo 42 da Lei nº 8.987/1995 prevê que as concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 8.987/1995 consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou ato de outorga. O parágrafo único do mesmo dispositivo prescreve que, após o vencimento do prazo do contrato ou do ato de outorga, o serviço poderá ser prestado pelo poder concedente ou até mesmo delegado a terceiro mediante novo contrato.

Já o parágrafo segundo do artigo 42, com redação dada pela Lei nº 11.445/2007, estabelece regras voltadas às concessões consideradas irregulares, expressão que abrange: a) as concessões precárias, isto é, sem contrato que lhes dê suporte jurídico; b) as concessões que estiverem com prazo vencido; e c) as que estiverem com prazo de vencimento indeterminado. O referido dispositivo aponta que essas concessões “permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses”.

O parágrafo terceiro do artigo 42 prescreve, ainda, que as concessões irregulares, “inclusive as que não possuem instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições”:

- a) levantamento dos elementos constitutivos da infraestrutura de bens reversíveis;
- b) celebração de acordo entre poder concedente e concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados;
- e c) publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008.

O parágrafo quarto do artigo 42 prescreve que, em caso de insucesso do acordo voltado à definição dos critérios e da forma de pagamento da indenização, deverá ser levado em conta os critérios fixados no contrato ou ato de outorga e, na omissão destes, “por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes”.

O parágrafo quinto do artigo 42 prevê que o pagamento da indenização deverá ser realizado, mediante garantia real, por meio de quatro parcelas anuais iguais e sucessivas. A indenização deverá cobrir a parte ainda não amortizada de investimentos realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários.

Além disso, no parágrafo quinto do mesmo artigo, indica-se que a primeira parcela da indenização deverá ser paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão.

Nesse ponto, convém fazer alguns comentários sobre a exigência de constituição de garantia real prevista no referido dispositivo. O pagamento da indenização após a extinção do contrato deverá ocorrer necessariamente por meio de recursos do tesouro, uma vez que não será mais possível compensar o concessionário por meio de prestações materiais na própria concessão, isto é, não será mais possível, por exemplo, viabilizar o pagamento por meio de prorrogação de prazo ou reajuste tarifário. O parágrafo quinto do artigo 42 prescreve, assim, que o pagamento deverá ser feito em até 4 parcelas iguais e sucessivas, sendo que a primeira delas deverá ser paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão.

É preciso observar que a satisfação de créditos perante a Fazenda Pública está submetida a um regramento específico. Caso não haja o pagamento espontâneo da obrigação, o credor deverá obter a satisfação de seu crédito por meio do sistema de precatórios, já que não é possível promover execução forçada sobre o patrimônio público. O que o parágrafo quinto do artigo 42 aparentemente indica é a obrigação de o Poder Público constituir uma garantia real sobre os recursos destinados à satisfação do direito do concessionário. Isso significa que o Poder Público deverá implementar uma estrutura de garantia e, com isso, evitar que a obrigação seja satisfeita via regime de precatórios. Desse modo, para dar cumprimento a esse artigo legal, o poder concedente deverá adotar três condutas: a) reconhecer o crédito em favor do concessionário relativo aos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados; b) implementar uma estrutura de garantia real que possa assegurar a satisfação do crédito do concessionário; e c) pagar a obrigação de forma espontânea e suficiente. Caso não haja tal pagamento, o concessionário terá a prerrogativa de excluir a garantia real dada pelo poder concedente.

Por fim, o parágrafo quinto do artigo 42 prescreve a possibilidade de o pagamento da indenização devida ao concessionário ser efetuada pelo novo concessionário, escolhido no âmbito de um novo processo licitatório voltado à concessão do serviço público. Como será visto adiante, a possibilidade de imputar ao novo concessionário a responsabilidade pelo pagamento de eventuais indenizações ao antigo concessionário foi transformada em regra pela Lei nº 13.448/2007, para os casos de relicitação.

As regras previstas no capítulo XII da Lei nº 8.987/1995 estão direcionadas às concessões irregulares e visam disciplinar o processo de retomada de ativos e indenização de investimentos que não tenham sido amortizados ou depreciados no âmbito dessas concessões.

Trata-se, portanto, de regras aplicáveis a uma situação específica e cronologicamente determinada.

A reversibilidade de bens e o pagamento da indenização ao concessionário continua sendo disciplinada pelo capítulo X da Lei nº 8.987/1995, mais especificamente pelos artigos 35 e 36, no que diz respeito ao advento do termo contratual. Contudo, a regulação prevista no capítulo XI, destinada às concessões irregulares, revela uma preocupação do legislador sobre aspectos fundamentais para a efetivação do direito à indenização devida ao concessionário. O parágrafo terceiro do artigo 42 elenca uma série de providências consideradas essenciais para viabilizar o encerramento do contrato de concessão com a devida indenização paga ao concessionário, estipulando, por exemplo, a identificação dos investimentos realizados em bens reversíveis, a celebração de acordo prevendo os critérios para mensuração dos investimentos e a forma de pagamento, havendo, inclusive, a indicação do critério e da metodologia que deverão ser empregados caso poder concedente e concessionário não cheguem a um acordo.

### ***2.2.7. Lei Federal nº 13.448/2017***

A Lei Federal nº 13.448/2017 estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Além disso, a Lei Federal nº 13.448/2017 traz, em suas disposições finais, dois artigos que tratam especificamente da reversibilidade de concessões.

O primeiro deles é o artigo 30, que confere ao poder concedente a possibilidade de compensar haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados no âmbito dos contratos nos setores rodoviário e ferroviário. Isso significa que o poder concedente, na apuração de eventual saldo de indenização devida ao concessionário por investimentos em bens reversíveis não amortizados, poderá deduzir do montante fixado para indenização qualquer crédito que tenha em desfavor do concessionário. É preciso observar que, até então, o poder concedente, por força do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995, estava autorizado a descontar da indenização devida ao concessionário apenas as multas aplicadas e eventuais compensações por danos observados na infraestrutura.

O mesmo artigo abre margem para que o poder concedente possa descontar do saldo de indenização outros créditos, como, por exemplo, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato a seu favor. É preciso observar que a apuração prevista no artigo 35, parágrafo quarto, combinada com o artigo 36, é direcionada à determinação do montante de

indenização por investimentos não amortizados e não corresponde a um processo amplo de apuração de haveres.

O segundo artigo relevante trazido pela Lei Federal nº 13.448/2017 é o 32, que autoriza o poder concedente a estender o prazo do contratado por até 24 meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço, nos casos em que houver estudo ou licitação em andamento para substituição de contrato em vigor e não haja tempo hábil para que o vencedor do certame assumira o objeto do contrato. Durante esse período, o poder concedente deverá conduzir os estudos e levantamentos necessários para identificar eventual necessidade de indenizar o concessionário por investimentos não amortizados.

### **2.3. Síntese da análise da legislação: indeterminação legislativa envolvendo o direito à indenização por investimentos realizados em bens reversíveis**

Em diversos dispositivos, a Lei nº 8.987/1995 imputa deveres ao poder concedente relacionados à reversibilidade dos bens, abrangendo a própria indicação dos bens reversíveis no contrato de concessão, bem como os critérios para precificar eventual indenização em favor do concessionário por investimentos não amortizados.

Entretanto, por uma indeterminação aparentemente proposital do legislador, essa lei não contém a definição de pontos importantes para viabilizar o direito à indenização por investimentos não amortizados. Não é possível determinar, por exemplo, se a lei resguarda o direito à indenização em toda e qualquer hipótese em que for constatado saldo de investimento não amortizado, ou se o direito conferido ao concessionário diz respeito apenas e tão somente aos *investimentos adicionais* realizados para assegurar a continuidade e atualidade na prestação do serviço público. Outra dúvida que impede a concretização do direito à indenização previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 diz respeito à própria compreensão acerca do que deve ser considerado investimento em bem reversível. A lei não esclarece quais investimentos em bens reversíveis são passíveis de indenização, tampouco quais critérios deverão ser utilizados para mensurar tais investimentos.

Por fim, mas não menos importante, a Lei nº 8.987/1995 também não define, de forma expressa, em que momento deverá ser realizado o pagamento da indenização ao concessionário. Em seu artigo 37, ela esclarece que a encampação está condicionada à existência de lei autorizativa e ao pagamento de indenização prévia pelos investimentos não amortizados. No entanto, essa clareza não se repete no caso do advento do termo contratual.

É importante notar que a lei de 1995 estabelece um maior detalhamento sobre o direito à indenização por investimentos não amortizados dos detentores de outorgas consideradas irregulares, prevendo, inclusive, como os investimentos deveriam ser precificados e pagos. Contudo, essas regras são aplicáveis apenas às outorgas irregulares e não constituem um regramento geral que possa ser invocado por concessionários que não se encontrem na situação regulada pelo artigo 42 da referida lei.

O artigo 36 confere um direito de eficácia limitada ao concessionário. O exercício desse direito depende, necessariamente, de uma regulação complementar, que deverá ser refletida no próprio contrato de concessão. Cabe ao contrato de concessão estabelecer a dimensão do direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995. A ausência ou incompletude dessa regulação comprometerá o exercício desse direito assegurado pela legislação. Em último caso, esse direito deverá ter sua aplicação assegurada mediante integração normativa promovida pelo próprio Poder Judiciário.

A seguir, serão avaliados os programas de concessão da União e do Estado de São Paulo, para verificar se as respectivas agências regularam de forma suficientemente adequada o exercício do direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

### **3. DISCIPLINA DA REVERSIBILIDADE NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS PROFERIDOS PELAS AUTORIDADES DE REGULAÇÃO**

#### **3.1. Considerações sobre a regulação exercida pelas agências reguladoras no setor rodoviário**

As agências reguladoras têm duas formas de veicular a regulação setorial colocada sob sua responsabilidade: mediante o próprio contrato de concessão ou mediante atos administrativos normativos de caráter geral e abstrato. Para assegurar uma compreensão adequada do tema, a primeira forma de regulação será denominada simplesmente de “*regulação via contrato*”, e a segunda de “*regulação via ato normativo*”. A principal diferença entre elas reside justamente no alcance da regulação.

A regulação via ato normativo é marcada pelos atributos de generalidade e abstração<sup>21</sup>. Isso porque a agência não está disciplinando apenas um caso específico, mas sim uma situação

---

<sup>21</sup> A esse respeito, convém fazer menção à clássica lição de Norberto Bobbio sobre a classificação das normas jurídicas: “Em vez de usar indistintamente os termos “geral” e “abstrato”, consideramos oportuno chamar de

abstrata, ainda que essa necessidade de regulação tenha surgido em decorrência de um caso concreto, como efetivamente ocorre. Geralmente, a *regulação via ato normativo* é expedida para complementar ou sanar alguma deficiência regulatória dos contratos de concessão. A depender do grau de inovação normativa, sua aplicação fica condicionada à celebração de termo aditivo ao contrato original.

Foi o que se deu, por exemplo, quando a ANTT disciplinou o tratamento regulatório sobre novos investimentos contratuais, demandando que os custos e as receitas inerentes a esses investimentos fossem estimados com base em preços de mercado, contabilizados em um fluxo de caixa segregado e fossem remunerados por uma nova taxa de desconto. Originalmente, os contratos de concessão previam que os novos investimentos seriam incluídos levando em conta as informações econômicas previstas na proposta e seriam remuneradas pela taxa interna de retorno original. A consequência disso é que esses novos investimentos eram incorporados ao contrato custando um valor significativamente mais elevado do que teriam se fossem orçados aos preços vigentes. Devido a suas repercussões econômicas, essa regulação de caráter abstrato não pôde ser imposta unilateralmente pela agência reguladora. Para que essas regras fossem válidas e vinculantes, a ANTT teve de celebrar aditivos aos contratos de concessão. Outras regulações promovidas pelas agências que não tenham repercussões econômicas tão relevantes, voltadas exclusivamente a dar mais detalhamento nas regras do contrato de concessão, independem da celebração de termo aditivo.

A *regulação via contrato*, por outro lado, é direcionada à uma relação específica, individualizada e, por isso, apresenta alcance limitado pelo objeto e pelos signatários daquele contrato. A regulação sobre a reversibilidade dos bens da concessão tem natureza preponderantemente contratual. A consequência disso é que teremos regras ligeiramente diferentes a depender do contrato analisado. Assim, cada etapa do programa de concessões reflete a política regulatória das agências em determinado período. Os contratos de concessão da segunda etapa do programa federal, por exemplo, são os únicos que estabelecem direito à indenização por investimentos não amortizados, em caso de advento do termo contratual, como condição ao encerramento do contrato. Os contratos mais recentes não trazem

---

“gerais” as normas que são universais em relação ao destinatário, e de “abstratas” aquelas que são universais em relação à ação. Sendo assim, aconselhamos falar de normas gerais quando estivermos diante de normas que se destinam a uma classe de pessoas; e de normas abstratas quando estivermos diante de normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). Às normas gerais se contrapõem aquelas que têm por destinatário um único indivíduo, e sugerimos que sejam chamadas de normas individuais; às normas abstratas se contrapõem aquelas que regulam uma ação singular, e sugerimos que sejam chamadas de normas concretas. (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 162).

disposição nesse sentido, gerando assim uma certa assimetria regulatória no programa de concessões.

### **3.2. Disciplina contratual do tema nos primeiros contratos de concessão rodoviária**

A análise da regulação do tema da reversibilidade será feita a partir de uma investigação histórica, iniciando-se com os primeiros contratos de concessão, passando pelos contratos mais recentes e na regulação promovida pelas autoridades de regulação. Essa abordagem permite indicar o processo evolutivo na construção dessas regras, especialmente no que diz respeito à definição do que deve ser entendido como investimento realizado em bens reversíveis e os critérios para apuração de eventual indenização devida ao concessionário.

#### ***3.2.1. Regulação da reversibilidade nos contratos da primeira etapa do programa de concessões rodoviárias federais***

Para avaliar a regulação da reversibilidade da concessão nos primeiros contratos de concessão da ANTT, será tomado como referência o contrato da Rodovia BR 116/RJ, no trecho além Paraíba – Teresópolis – entr. BR 040 (A), celebrado sob a vigência da Lei nº 8.987/1995, além de ter fundamento expresso nos decretos-lei nº 791/1969 e nº 94.002/1987.

Na seção que trata da definição dos termos utilizados no contrato, o Contrato de Concessão CRT estabelece que os seguintes bens integram a concessão: a) a rodovia, seus acessos e áreas de serviço a ela vinculadas, compreendendo todas as edificações e demais bens móveis e imóveis que poderão ser cedidos pelo DNER à concessionária; e b) todos os bens móveis adquiridos pela concessionária que sejam utilizados diretamente na exploração da rodovia.

O Contrato de Concessão CRT prevê a partir de seu item 14 que a concessão é integrada pela Rodovia BR 116-RJ, trecho além Paraíba – Teresópolis – entr. BR-040 (A), suas faixas marginais, acessos, instalações, edificações e áreas de serviço conforme plantas e relações descritivas constantes do Anexo XIII do Contrato<sup>22</sup>. O item 131, por sua vez, estabelece que a rodovia, compreendendo suas faixas marginais, edificações e terrenos destinados às atividades a ela vinculadas, integra a concessão e, portanto, pertence à União,

---

<sup>22</sup> Não existe anexo XIII. Suponho que se trata de um erro material, e o número correto do anexo seja III, conforme mencionado em outros itens do contrato.

na qualidade de bem público de uso comum. Percebe-se que o Contrato de Concessão CRT previa uma noção bastante abrangente e totalizante do que deve ser considerado como bem reversível.

O programa de exploração rodoviário (PER), documento anexo ao contrato, estabelece um conjunto de investimentos a serem realizados pelo concessionário, objetivando o reforço e a manutenção da infraestrutura existente bem como investimentos voltados à implementação de novas infraestruturas, o que, conseqüentemente, resultará no incremento da base de ativos qualificados como bens reversíveis.

Os itens 133 e 134 do contrato regulam especificamente a entrada de novos bens reversíveis à concessão. O item 133 estabelece que quaisquer bens imóveis que forem adquiridos pela concessionária, inclusive por via de expropriação, integrarão a concessão, revertendo e incorporando-se ao domínio da União na extinção da concessão. O item 134 prescreve que integrarão também a concessão todos os bens móveis adquiridos pela concessionária que sejam utilizados diretamente na exploração da rodovia, sendo que esses bens poderão ser substituídos, alienados e onerados pela concessionária, desde que observado o direito de preferência do DNER na aquisição desses bens.

O item 139 esclarece que os bens móveis e imóveis relacionados à área da concessão serão cedidos à concessionária. Já o item 140 prevê que os bens transferidos à concessionária devem ser recuperados, conservados, operados e mantidos em condições normais de uso, de forma que, quando devolvidos ao DNER, encontrem-se em perfeito estado, exceto pelo resultado normal do processo de deterioração. Caso a devolução dos bens para o DNER não ocorra de acordo com as condições exigidas, a “concessionária indenizará o DNER, devendo a indenização ser calculada nos termos legais, preferencialmente mediante acordo entre as partes”.

O item 142 regula a reversão dos bens: “na extinção da concessão, todos os bens construídos ou adquiridos pelo concessionário e integrados à concessão são revertidos ao DNER gratuita e automaticamente”. Por sua vez, o 144 indica que essa “reversão far-se-á com o pagamento pelo DNER das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pelo concessionário, bens esses ainda não amortizados ou depreciados e que tenham sido adquiridos com a prévia aprovação do DNER e com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade da concessão”.

O anexo I do edital, denominado “característica da rodovia Rio-Teresópolis-Além Paraíba (BR 116/RJ)”, traz uma descrição de infraestrutura existente, contemplando a quantidade de pistas de rolamento e suas dimensões, e a quantidade de “obras de arte

especiais”, termo técnico utilizado para designar as construções existentes ao longo da rodovia, como pontes, viadutos e passarelas, entre outras. O edital referente à segunda fase do processo licitatório trazia um anexo com características complementares da infraestrutura rodoviária.

O Contrato de Concessão CRT, amostra da primeira etapa do programa de concessões rodoviárias federais, traz uma definição bastante abrangente do que será considerado como bem reversível, e prevê ao concessionário o direito à indenização por investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou não depreciados.

Importante pontuar que o Contrato de Concessão CRT aponta em qual situação haverá direito à indenização. O concessionário poderá sustentar uma pretensão indenizatória caso tenha realizado investimentos, devidamente autorizados pelo DNER, para manter a atualidade e continuidade da concessão. Adotando basicamente os termos da legislação federal, o Contrato de Concessão CRT reforça a interpretação de que o artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 cuidou de prescrever uma proteção aos investimentos adicionais que venham a ser demandados do concessionário.

Embora tenha disciplinado as situações em que haverá direito à indenização, o Contrato de Concessão CRT padece de outras indeterminações. O referido contrato não prevê qualquer critério para mensurar o valor da indenização devida ao concessionário nem em que momento ela deverá ser paga. Além disso, cumpre destacar que a regulação está toda voltada ao enquadramento dos bens como bens reversíveis. Não há maior detalhamento sobre os investimentos realizados em bens reversíveis. Como será visto com mais detalhes ao longo dessa dissertação, o direito de indenização previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 objetiva compensar o concessionário pelos *investimentos* realizados em bens reversíveis. Em outros termos, o que se busca é compensar o concessionário pelos custos incorridos para construção, aquisição e manutenção desses bens ao Poder Concedente, motivo pelo qual é essencial ter algum parâmetro para determinar quais custos podem ou não ser considerados aptos a formar a base da indenização devida ao concessionário.

### ***3.2.2. Regulação da reversibilidade da primeira etapa do programa paulista de concessões rodoviárias***

A análise sobre a regulação da reversibilidade na primeira etapa do programa de concessão paulista tomará como referência o contrato de concessão celebrado com a Concessionária do Sistema Anhanguera-Bandeirantes S.A. em maio de 1998. Diferentemente

do modelo federal, aqui a tarifa básica era definida pelo poder concedente. A licitação tinha por critério de julgamento o maior valor de outorga oferecido pelo direito de explorar a concessão.

As obrigações de investimento, abrangendo a aquisição, a implantação e o aprimoramento de bens reversíveis, estão dispostas nos anexos 5 a 7<sup>23</sup>. Salienta-se que os editais da primeira etapa do programa de concessões paulista previam preponderantemente obrigações de investimento específicas<sup>24</sup>. O anexo 6, por exemplo, estabelece um conjunto de ações de conservação especial, prevendo ainda a obrigação do concessionário de manter a infraestrutura aderente a determinados parâmetros de qualidade, denominados genericamente de *níveis de serviço*. Da mesma forma, o anexo 7 estabelece um escopo de intervenções obrigatórias que deverão ser realizadas pelo concessionário, como o prolongamento ou a duplicação das rodovias existentes, por exemplo. Na maioria dos casos, essas obras são previstas de modo obrigatório, e apenas uma pequena parte delas está atrelada a algum gatilho.

Em edital referente ao Lote 6, por exemplo, exige-se a duplicação da Rodovia SP-147, dividindo o escopo da duplicação em três segmentos. Os dois primeiros serão duplicados independentemente do tráfego observado na rodovia. O terceiro segmento será duplicado quando o volume diário médio (VDM) atingir ou for superior a 6 mil veículos por dia<sup>25</sup>.

Com relação à regulação contratual da reversibilidade propriamente dita, a 8ª cláusula do contrato de concessão estabelece que esta é composta: a) pela totalidade de equipamentos, máquinas, aparelhos, acessórios e todos os demais bens diretamente vinculados à exploração e manutenção do sistema que tenham sido transferidos à concessionária, conforme relação

---

<sup>23</sup> Os anexos 05, 06 e 07 do programa de concessão paulista, em conjunto, equivalem ao programa de exploração rodoviária (PER) nas concessões rodoviárias federais analisadas anteriormente.

<sup>24</sup> A classificação doutrinária aqui adotada acerca da natureza dos investimentos previstos nos contratos de concessão toma como referência o trabalho de Gabriela Engler, que divide os investimentos contratualizados em “obrigações de investimento” e “obrigações de desempenho”. A referida autora explica sua classificação nos seguintes termos: os investimentos contratualizados são geralmente previstos no contrato de parceria ou como obrigação de investimento específica – como, por exemplo, a construção de uma passarela de pedestres no bojo de uma concessão rodoviária – ou para atendimento aos indicadores de desempenho mínimos determinados contratualmente – por exemplo, ainda no caso de uma concessão rodoviária, os investimentos em recuperação de pavimento para que a rodovia alcance um determinado patamar de *International Roughness Index* (IRI), que se traduz em português como “Índice de Irregularidade Longitudinal”. São os investimentos sem os quais a concessionária não conseguirá desempenhar suas obrigações contratuais a contento. (RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal. *Novos investimentos em parcerias*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020, p.15.)

<sup>25</sup> O edital prevê o seguinte: A implantação das obras de ampliação deverá obedecer aos seguintes prazos, contados a partir da transferência do controle para a concessionária.

1.7.1 Rodovia SP 147

Km 41+360 ao km 60+700 Itapira/Mogi Mirim – com início a partir do 13º mês e término até o 36º mês

Km 62+450 ao km 89+220 Mogi Mirim / Eng. Coelho – com início a partir do 37º mês e término até o 60º mês

Km 89+220 ao km 106+320 Eng. Coelho/Limeira – com início quando o VDM = 6.000 veículos e término no prazo máximo até 24 meses.

constante no termo de entrega; e b) pelos bens adquiridos pela concessionária ao longo de todo o prazo da concessão e que sejam utilizados na sua exploração.

A subcláusula 8.2, por sua vez, prevê que a concessionária só poderá alienar bens que integrem a concessão caso proceda com sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores às dos substituídos. Além disso, qualquer alienação ou aquisição de bens que a concessionária pretenda realizar nos últimos 5 anos do prazo da concessão deverá ser prévia e expressamente autorizada pelo poder concedente.

A 9ª cláusula, de “bens de domínio público”, traz regras adicionais aos bens da concessão. A subcláusula 9.1 prescreve o seguinte:

O bens do SISTEMA RODOVIÁRIO, incluindo os bens imóveis adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, por qualquer forma, para a realização dos serviços correspondentes a FUNÇÕES DE AMPLIAÇÃO, afetados em decorrência de sua destinação especial de utilização pelos usuários, não poderão, por se tratar de bens fora de comércio, ser, a nenhum título, cedidos, alienados ou onerados, nem arrendados ou dados em comodato ou, de qualquer modo, ser permitida a sua ocupação, arresto, penhora ou qualquer providência dessa mesma natureza.

Percebe-se que a referida cláusula apresenta uma redação mais precisa do que a presente nas primeiras concessões rodoviárias federais. O contrato de concessão paulista estabelece que os imóveis adquiridos pela concessionária, para realização dos serviços correspondentes a funções de ampliação, estarão afetados ao regime de direito público, não sendo possível qualquer forma de alienação ou oneração enquanto mantiverem essa qualidade. O contrato de concessão qualifica o bem imóvel que será alcançado pelas restrições aplicáveis aos bens públicos, indicando que somente serão enquadrados como bens de domínio público aqueles que sejam utilizados na realização dos serviços correspondentes às funções de ampliação.

A cláusula 24 prescreve a alocação dos riscos da concessão, refletindo a regra de que a concessionária assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do sistema, excetuados apenas aqueles expressamente alocados ao poder concedente<sup>26</sup>. O contrato prevê ainda que a concessionária responde, especialmente, pelo risco de redução do

---

<sup>26</sup> A referida cláusula apresenta uma redação bastante genérica, imputado à concessionária a integralidade dos riscos da concessão sem qualquer esforço de tipificação. Como será analisado mais à frente, a cláusula de alocação de riscos foi progressivamente aprimorada para estabelecer em detalhes quais são os riscos assumidos pela concessionária. Ainda que esse detalhamento não mude a alocação ideal de riscos, uma vez que a concessionária continua responsável pelos principais riscos da concessão, ele possibilita uma compreensão mais adequada dos riscos assumidos, reduzindo a possibilidade de imputação superveniente de riscos ao poder concedente com base na teoria da imprevisão.

tráfego em relação às projeções consideradas na proposta, ressalvados os casos em que essa redução resulte de ato unilateral do poder concedente, impactando o equilíbrio econômico-financeiro. Esse dispositivo é essencial para definir a extensão do direito à indenização por investimentos não amortizados. O concessionário, no âmbito do contrato de concessão, assume o risco de rentabilidade da concessão, isto é, assume o risco de que as receitas projetadas serão suficientes para cobrir os custos associados à operação, o que inclui obviamente os investimentos voltados à manutenção e aprimoramento da infraestrutura (leia-se investimentos em bens reversíveis).

A cláusula 25 dá mais detalhes ao regramento atinente ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A subcláusula 25.1 prevê que as partes terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando este for afetado nos seguintes casos:

a) modificação unilateral imposta pelo poder concedente nas condições do contrato, desde que dessa modificação verifique-se para a concessionária uma significativa alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos; b) ocorrência de casos de força maior; c) ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das projeções financeiras, para mais ou para menos; e d) alterações legais de caráter específico que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou os custos da concessão, para mais ou para menos.

Há duas considerações importantes sobre a cláusula de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A primeira diz respeito à previsão de que a recomposição será implementada tanto em favor da concessionária quanto em favor do poder concedente, havendo, ainda, a indicação de que será considerado na mensuração do evento de desequilíbrio a variação positiva ou negativa dos custos e receitas da concessão. Embora seja uma decorrência lógica da própria noção de equilíbrio econômico-financeiro, é preciso dar destaque a essa previsão porque, àquela época, vigorava um entendimento doutrinário, recorrentemente refletido em contratos de concessão, de que o reequilíbrio consistia em uma garantia ao concessionário para fazer frente às prerrogativas exorbitantes conferidas ao poder concedente<sup>27</sup>. O reconhecimento de

---

<sup>27</sup> Nesse ponto, convém fazer menção ao trabalho de Letícia Lins de Alencar: “historicamente, foi dada maior ênfase, por parcela significativa da doutrina brasileira, à vocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro para tutela de interesses do concessionário no campo da remediação dos impactos derivados do rompimento do sinalagma contratual, notadamente em uma situação específica: aquela em que os interesses patrimoniais do concessionário eram afetados em virtude do exercício da prerrogativa de alteração unilateral pelo Poder Concedente. A ampla associação do equilíbrio econômico-financeiro à necessidade de proteção dos interesses do concessionário na hipótese de alterações unilaterais decorre, a meu ver, do fato de que, à época em que esta garantia foi concebida, no início do século XX, vigia um modelo de Administração autoritária, em que o

reequilíbrios em favor do poder concedente voltados, por exemplo, para capturar eventual benefício econômico auferido pelo concessionário por riscos não assumidos por ele, parecia não guardar correspondência direta com essa noção mais tradicional envolvendo reequilíbrio econômico-financeiro.

A segunda consideração diz respeito à hipótese de reequilíbrio em decorrência de eventos excepcionais, previsão que lembra o disposto no artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, que prevê o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pela materialização de evento previsível ou imprevisível e de consequências incalculáveis. A previsão no contrato paulista traz uma amplitude mais limitada, já que alcança apenas as oscilações de caráter financeiro ou cambial. Isso significa que, em tese, não será toda e qualquer oscilação causada por eventos excepcionais que resultará em direito ao reequilíbrio à concessionária, conforme prescreve o artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, mas uma classe específica de eventos excepcionais, ou seja, aqueles associados a mudanças no mercado financeiro e cambial. Conseqüentemente, o contrato parece imputar à concessionária a responsabilidade por arcar com eventuais oscilações causadas por eventos excepcionais não associados ao mercado financeiro ou cambial. Convém registrar que, na prática, outros eventos excepcionais serão enquadrados como força maior ou caso fortuito, subsumindo-se ao item II da subcláusula 25.1<sup>28</sup>.

Outra previsão importante está contida na subcláusula 25.2: “sempre que haja direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, essa recomposição será implementada tomando como base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, na forma como

---

paradigma de atuação do Estado, no âmbito das relações contratuais, era fortemente marcado pelo exercício dos denominados poderes exorbitantes”. (ALENCAR, Leticia Lins de. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 38.)

<sup>28</sup> Foi o que ocorreu, por exemplo, quando a concessionária pleiteou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pela redução de receitas tarifárias causada pela pandemia de covid-19. Em 2020, pouco depois da eclosão da crise sanitária causada pela covid-19, a ARTESP enviou à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) pedido de esclarecimento envolvendo a atuação da agência frente à crise. Mais especificamente, a ARTESP perguntou, dentre outros pontos, a) qual o enquadramento jurídico mais adequado para a pandemia de covid-19?; b) quais medidas devem ser adotadas pela agência e pelos concessionários para combater e mitigar os efeitos da pandemia?; c) como a agência deve proceder com a fiscalização e a aplicação de penalidades em função de inadimplementos contratuais identificados no contexto da pandemia?; d) qual a medida a ser adotada em relação aos indicadores de desempenho das concessões?; e e) qual o intervalo de tempo deverá ser levado em consideração para mensuração dos efeitos da pandemia de covid-19 sobre as concessões? Em relação ao enquadramento jurídico, a PGE-SP ressaltou que a pandemia deve ser enquadrada como evento de força maior. Em linhas gerais, força maior pode ser definida como qualquer evento fora do controle humano, imprevisível pelas partes ou, ainda que previsto, com consequências incalculáveis para a relação contratual. Percebe-se, na resposta da PGE-SP, uma aproximação semântica entre os conceitos de força maior e evento imprevisível. Assim, é possível concluir que restrições como essa prevista nos contratos de concessão da primeira etapa de concessões paulista não afasta o direito dos concessionários à recomposição da equação econômico-financeira quando da materialização de eventos imprevisíveis.

foram considerados nas projeções financeiras”. O modelo de licitação adotado na primeira etapa do programa paulista já exigiu dos proponentes a apresentação de um plano de negócios, contendo a estimativa das receitas e dos custos associados à concessão.

O plano de negócios funciona como parâmetro para a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro. Porém, o concessionário não tem direito à rentabilidade projetada no plano de negócios. O que é assegurado a ele é a equivalência ideal entre os encargos assumidos e a potencialidade de receitas inerentes à concessão. Não haverá, portanto, direito à recomposição da equação econômico-financeira do contrato pelo auferimento de receitas tarifárias em nível inferior àquele indicado no plano de negócios, uma vez que o risco de demanda e consequente oscilação das receitas tarifárias foi atribuído inteiramente ao concessionário. Mas haverá, por outro lado, direito à recomposição da equação econômico-financeira caso o direito de cobrar tarifa dos usuários seja de alguma forma afetado por circunstâncias externas.

O poder concedente assume determinados riscos no âmbito do contrato de concessão, entre eles a elevação dos custos da concessão ou a perda de receita em decorrência de eventos enquadrados como força maior. Assim, caso esses riscos de materializem, o poder concedente deverá promover o reequilíbrio do contrato, usando como parâmetro as projeções contidas no plano de negócios. Em termos mais concretos: deverá ser avaliada a demanda projetada e não a efetiva e, conseqüentemente, a receita tarifária projetada e não a efetivamente auferida. Da mesma forma, deverão ser considerados os custos estimados e não os custos atuais da concessão.

Isso porque o plano de negócios funciona como o parâmetro de normalidade contratual, ou seja, a situação em que a equação econômico-financeira está devidamente preservada<sup>29</sup>. Essa previsão poderá afetar diretamente na precificação dos investimentos

---

<sup>29</sup> Nesse ponto, convém fazer menção às considerações de Pedro Costa Gonçalves sobre o enquadramento do plano de negócios como o *caso base* da concessão: Assim, as projeções e as estimativas do *caso base* permitem formular uma relação entre rendimentos gastos que as partes consideram e aceitam como elementos de uma “relação de equilíbrio” (não necessariamente uma relação de igualdade, mas de equilíbrio justo). Socorrendo-se da formulação do código de contratos públicos italiano, o *caso base* (plano econômico-financeiro) estabelece os “pressupostos e as condições base que determinam o equilíbrio econômico-financeiro dos investimentos e da respectiva gestão”. (...) Mas, sem querer repetir as ideias, insiste-se em sublinhar que os dados do *caso base* assentam em “projeções” e “estimativas”; neste sentido, a definição do ponto de equilíbrio de um contrato de concessão assenta numa “ficção”. Contudo, de uma “ficção necessária” – trata-se, além disso, de uma “ficção científica”, neste caso, no sentido de que as projeções e estimativas resultam de estudos elaborados com recurso a ferramentas científicas das ciências econômicas (MOREIRA, Bockmann Egon (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 331).

realizados em bens reversíveis e, conseqüentemente, na determinação da indenização devida ao concessionário, como será analisado com mais detalhes a seguir.

Por fim, a subcláusula 25.3 estabelece que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ser promovida mediante a) prorrogação ou redução do prazo da concessão; b) revisão extraordinária da tarifa de pedágio; ou c) combinação das modalidades anteriores.

No capítulo dedicado à extinção da concessão, o contrato estabelece que a concessão se extingue no atingimento do prazo fixado para sua duração, terminando, por consequência, as relações contratuais entre as partes. A subcláusula 38.2 prescreve ainda que, no advento do termo contratual, a concessionária será responsável pelo encerramento de quaisquer contratos de que seja parte, não assumindo o contratante qualquer responsabilidade em relação a tais compromissos.

O contrato traz um capítulo específico sobre a reversão dos bens, trazendo uma regulação complementar à hipótese de extinção por advento do encerramento contratual. A subcláusula 43.1 estabelece que, extinta a concessão, “reverterão, gratuita e automaticamente, para o contratante todos os bens que integram a concessão, em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, sem prejuízo do desgaste resultante de seu uso normal, e livres de quaisquer ônus ou encargos”.

A subcláusula 43.2 prescreve ainda que, caso os bens sejam entregues em condições distintas daquelas exigidas no contrato, a concessionária deverá indenizar o poder concedente, na forma prevista em lei. Por sua vez, a subcláusula 43.3 estabelece o direito da concessionária à indenização correspondente ao saldo não amortizado dos bens cuja aquisição, devidamente autorizada pelo poder concedente, tenha ocorrido nos últimos 5 anos do prazo da concessão, desde que os investimentos tenham sido realizados para garantir a continuidade e a atualidade dos serviços concedidos.

Percebe-se que o contrato de concessão paulista prevê o direito à indenização de forma mais detalhada do que os contratos do PROCOFE primeira fase. Aqui, o direito à indenização é atrelado a duas condições: autorização do poder concedente para realização dos bens reversíveis nos últimos 5 anos da concessão; terem os investimentos sido realizados para manter a atualidade e continuidade do serviço público. O contrato paulista estabelece, de forma mais explícita, que o direito à indenização previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995 está relacionado necessariamente a novos investimentos.

Além disso, os novos investimentos deverão ser previamente autorizados pelo poder concedente. Essa previsão impede, por exemplo, que o concessionário pleiteie indenização

pela não amortização de investimentos originais, delimitando a aplicação do artigo 36 da lei nº 8.987/1995.

Por fim, vale destacar que o contrato estabelece um procedimento para reversão dos bens ao poder concedente, prevendo a realização de vistoria dos bens da concessão mediante acompanhamento de um membro da concessionária, seguido da assinatura de um termo provisório de devolução do sistema rodoviário. O termo de devolução definitivo será assinado em até 90 dias da celebração do termo provisório. Enquanto não for assinado o definitivo, a concessionária não poderá realizar qualquer pagamento aos seus acionistas, ser objeto de dissolução ou promover partilha de seu patrimônio.

### ***3.2.3. Regulação da reversibilidade na segunda etapa de concessões rodoviárias federais***

Em 9 de outubro de 2007, a ANTT iniciou a segunda etapa de concessões de rodovias federais. Entre as concessões realizadas, encontra-se a referente à Rodovia BR-101/RJ, cujo contrato foi celebrado com a concessionária Autopista Fluminense, para execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação e ampliação da infraestrutura rodoviária.

O Contrato de Concessão Autopista Fluminense define como bens vinculados à concessão todos os relacionados no termo de cessão de bens do lote rodoviário; os equipamentos, máquinas, aparelhos e acessórios que são utilizados na rodovia; e quaisquer bens móveis e imóveis que forem adquiridos pela concessionária e utilizados diretamente na exploração da rodovia.

O item 3.1 do contrato de concessão estabelece que integram a concessão os trechos de rodovia que compõem o lote rodoviário, compreendendo seus acessos – nos termos regulamentados pela ANTT –, as faixas de domínio, as edificações e os terrenos destinados às atividades vinculadas à rodovia e, portanto, pertencentes à União na condição de bens públicos de uso comum. Já o item 3.2 prevê que a concessionária e o DNIT formalizarão, no prazo de 30 dias a contar da publicação do rascunho do contrato no Diário Oficial da União, o “termo de cessão de bens”, que conterá a relação dos bens vinculados à concessão e que serão parte integrante do contrato.

O item 3.3 estabelece que integrarão a concessão todos os bens móveis adquiridos pelo concessionário que sejam utilizados diretamente na exploração do lote rodoviário, e o 3.4 traz disposição semelhante aos contratos da primeira etapa de concessões rodoviárias, indicando

que quaisquer bens imóveis que sejam adquiridos pela concessionária, inclusive por via de expropriação, integrarão a concessão, revertendo e incorporando-se ao patrimônio da União assim que extinta a concessão. O item 3.6 estabelece que os bens móveis e imóveis previstos no programa de exploração rodoviária (PER) integram a concessão e deverão ser registrados em nome da sociedade de propósito específico (SPE). O cadastro de bens reversíveis deverá ser atualizado permanentemente pelo concessionário e colocado à disposição da ANTT sempre que solicitado.

O item 3.7 repete a regra de reversibilidade constante nos contratos da primeira etapa, indicando que revertssem à União, gratuita e automaticamente todos os bens vinculados ao serviço público na extinção da concessão. O item 3.9 reafirma o direito do concessionário à indenização em caso de investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou depreciados, desde que tais investimentos tenham sido feitos com aprovação prévia da ANTT. Relacionado ao tema da inclusão de novos investimentos, o item 17.35 esclarece que eventuais acréscimos ou supressões de obras ou serviços devem ser objeto de ajustes específicos a serem formalizados mediante resolução da ANTT.

O item 19.32, disposto no capítulo relativo à extinção da concessão, indica que, ao final da concessão, revertssem à União todos os bens transferidos à concessionária, os bens reversíveis adquiridos por ela e os direitos e privilégios decorrentes da concessão, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos. Por sua vez, o item 19.34 prevê que, na extinção da concessão, haverá imediata assunção dos serviços pelo DNIT, que fica autorizado a ocupar as instalações e a utilizar todos os bens transferidos à concessionária, assim como todos os bens reversíveis.

Até aqui, a regulação do Contrato de Concessão Autopista Fluminense é praticamente idêntica àquela contida nos contratos da primeira etapa. É no item 19.36 que aparece o primeiro sinal de atualização regulatória envolvendo a reversibilidade dos bens da concessão. A referida cláusula estabelece que a reversão no advento do termo contratual será feita com a prévia indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos serviços pertinentes à concessão.

#### ***3.2.4. Regulação da reversibilidade na segunda etapa do programa paulista de concessões rodoviárias***

Em 2007, o Governador do Estado de São Paulo expediu o Decreto nº 52.188, autorizando o início da segunda etapa do programa paulista de concessões rodoviárias. Esse decreto foi alterado substancialmente pelo Decreto nº 53.107/2008, que ampliou o escopo da concessão e alterou algumas regras, como o critério de julgamento que seria utilizado na licitação.

O modelo licitatório da segunda etapa apresentou requisitos semelhantes de participação. O edital também previa a exigência de apresentação de plano de negócios, contendo a estimativa das receitas e dos custos da concessão, bem como a projeção de tráfego e consequente receita tarifária.

Contudo, diferentemente da primeira etapa, a licitação adotou como critério de julgamento a menor tarifa básica de pedágio. O edital trazia ainda um valor de outorga fixo e predeterminado a ser pago pelo concessionário. A competição ocorria agora, portanto, por meio de descontos ofertados no valor da tarifa básica de pedágio. A tarifa de pedágio, determinada pelo lance oferecido pelo proponente, constitui a principal forma de remuneração da concessão, cobrindo não apenas os custos de operação mas também todos os investimentos exigidos no contrato.

A segunda etapa do programa de concessões resultou na assinatura de 8 contratos de concessão. Considerando que esses contratos são padronizados, a análise estará concentrada no contrato da Concessionária Auto Raposo Tavares (CART).

O contrato da segunda etapa apresenta basicamente o mesmo tratamento previsto nos contratos anteriores, mas com alguns aprimoramentos. O primeiro deles diz respeito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O contrato traz a mesma caracterização dos eventos de desequilíbrio, mas com novidades no que diz respeito aos mecanismos para efetivar a recomposição. A subcláusula 23.2 do contrato CART prevê que a recomposição poderá ser realizada mediante: a) prorrogação do prazo da concessão; b) revisão tarifária; c) revisão do cronograma de investimentos; d) utilização do ônus fixo; e) emprego de verbas do tesouro; e f) utilização conjugada de uma ou mais modalidades.

Em relação à reversão dos bens, o contrato CART traz o mesmo regramento dos anteriores: reversão gratuita ao poder concedente, sendo assegurado direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado dos bens cuja aquisição tenha ocorrido nos últimos 5 anos da concessão, desde que tais aquisições tenham sido autorizadas pelo poder concedente e tenham por objetivo assegurar a continuidade e atualidade do serviço público. Existe uma presunção, nessa regra, que o prazo de cinco anos seria incompatível com o prazo de

amortização inerente a certos tipos de investimento em infraestrutura rodoviária, habilitando, assim, o recebimento de uma indenização compensatória ao fim da concessão.

### **3.3. Tratamento regulatório nas concessões rodoviárias recentes promovidas pela União e pelo Estado de São Paulo**

#### ***3.3.1. Segunda Etapa Federal – Fase dois***

A segunda etapa de concessões federais se encerra com a celebração do contrato de concessão da Via Bahia. Embora pertença à mesma etapa que o contrato da Autopista Fluminense, analisado anteriormente, esse contrato reflete diversas alterações regulatórias promovidas pela ANTT, inclusive em matéria de reversibilidade de bens, motivo pelo qual merece uma análise específica. A regulação contida no contrato de concessão da Via Bahia, pertencente à fase dois da segunda etapa do programa de concessões rodoviárias federais, foi integralmente refletida nas concessões da terceira etapa e vem sendo replicada sem grandes alterações nos contratos mais recentes. Para evitar redundância, decidi analisar esse contrato como amostra da regulação recente por parte da ANTT.

O Contrato de Concessão ViaBahia, referente às rodovias BR 116 e BR 324, estabelece, na seção dedicada às definições, que “bens reversíveis são bens da concessão necessários à continuidade dos serviços relacionados à Concessão, conforme definidos pela ANTT, que lhe serão revertidos ao término do contrato”.

A subcláusula 4.1.1 estabelece que integram os bens da concessão: a) o sistema rodoviário, conforme alterado durante o prazo da concessão; b) todos os bens vinculados à operação e manutenção do sistema rodoviário, transferidos à concessionária, conforme listados no termo de arrolamento e transferência de bens; c) os bens adquiridos, arrendados ou locados pela concessionária, ao longo do prazo da concessão, que sejam utilizados na operação e manutenção do sistema rodoviário.

Interessante notar que a subcláusula 4.1.1 deixa claro que não é qualquer bem adquirido, arrendado ou locado pela concessionária que será considerado como bem reversível, mas apenas aqueles utilizados na operação e manutenção do sistema rodoviário. Além disso, o Contrato de Concessão ViaBahia inova ao reconhecer a possibilidade de utilização de bens de terceiros por parte do concessionário na exploração do serviço público concedido.

O que determina se um bem é ou não reversível é sua pertinência ao serviço público, abrangendo, sob esse critério, tanto os bens de propriedade do concessionário como também os bens de terceiro utilizado por ele mediante vínculo contratual, como ocorre no arrendamento e na locação. Ao final da concessão, o concessionário deverá transferir o direito de uso e acesso a esses bens, já que não detém sua propriedade. Essa previsão, por mais que pareça óbvia, confere maior segurança jurídica à reversibilidade, na medida em que possibilita, desde o início da relação contratual, a utilização de bens de terceiro para cumprimento das obrigações da concessão.

A subcláusula 4.3 estabelece restrições à alienação e à aquisição de bens reversíveis. Segundo a subcláusula 4.3.1, a concessionária somente poderá alienar ou transferir a posse dos bens da concessão se proceder à sua imediata substituição por outros que apresentem atualidade tecnológica e condições de operação e funcionamento idênticas ou superiores às dos bens substituídos. A subcláusula 4.3.2 estabelece que a partir do início do 25º ano da concessão, contado a partir da data de assunção, o concessionário não poderá alienar quaisquer bens sem a prévia e expressa autorização da ANTT.

O Contrato de Concessão ViaBahia confere ainda mais discricionariedade ao concessionário para gerir os bens afetos à concessão. Conforme previsto na subcláusula 4.3.1, o concessionário poderá alienar ou transferir a posse dos bens da concessão para fins de substituição, sem, contudo, precisar de anuência prévia da ANTT para isso.

O exemplo mais expressivo de alteração regulatória está previsto na subcláusula 4.3.3 que estabelece que todos os bens da concessão ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente depreciados e amortizados pelo concessionário no prazo da concessão de acordo com os termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Diferentemente dos contratos da fase um da segunda etapa de concessões, da qual o Contrato Autopista Fluminense é uma amostra representativa, esse contrato não faz menção ao direito do concessionário à indenização por investimentos não amortizados. Vale ressaltar que o Contrato Autopista Fluminense não apenas fazia menção a esse direito como reconhecia que a indenização deveria ser paga previamente à retomada da concessão.

### ***3.3.2. Regulação da reversibilidade na terceira etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Paulista***

Em 2015 o Governo do Estado de São Paulo expediu o Decreto Estadual nº 61.634 autorizando o início de uma nova etapa do programa paulista de concessões<sup>30</sup>. O referido decreto previa que a definição dos lotes seria realizada mediante decretos específicos. A terceira etapa abrangeu a licitação de três trechos rodoviários: sistema Florínea-Igarapava; o sistema denominado como rodovia dos calçados; e o trecho norte do rodoanel. Contudo, apenas as duas primeiras licitações resultaram em contratos de concessão assinados. A licitação referente ao trecho norte do rodoanel foi revogada por atrasos na entrega das obras sob responsabilidade da DERSA.

Tendo em vista a similitude dos contratos da terceira etapa, a análise foi concentrada no edital e contrato de concessão referente ao sistema Florínea-Igarapava, cuja operação foi transferida à Concessionária Entrevias pelo prazo de 30 anos.

As licitações da terceira etapa paulista foram processadas tendo como critério de julgamento o maior valor de outorga devido ao poder concedente pelo direito de explorar a concessão, tal como ocorreu na primeira etapa do programa paulista de concessões. O edital trazia um valor predeterminado de tarifa quilométrica e um piso para a outorga fixa. Contudo, diferente da primeira etapa, a licitação passou a prever uma fase de lances para os proponentes que tenham apresentado proposta dentro de um intervalo de 5% de diferença. Assim, sagrava-se vencedor da licitação o proponente que tenha apresentado a proposta com o maior valor de outorga fixa ou tenha oferecido o melhor lance na fase de disputa.

Outra novidade relevante na licitação da terceira etapa foi a não exigência de plano de negócios pelo proponente. Tanto na primeira quanto na segunda etapa, os proponentes deveriam apresentar, como condição à participação na licitação, o plano de negócios, documento que indica as projeções financeiras dos proponentes em relação à concessão, inclusive a projeção de tráfego e consequente receita tarifária esperada na concessão.

Na terceira etapa, o proponente não precisava apresentar um documento dessa natureza. O objetivo do plano de negócios era servir como parâmetro para aferição do equilíbrio econômico-financeiro a partir do confronto entre as projeções do concessionário e a efetiva situação econômico-financeira do contrato. O plano de negócios poderia, inclusive, indicar a remuneração dos investimentos realizados em bens reversíveis e até mesmo servir

---

<sup>30</sup> De acordo com apresentação preparada em conjunto pela ARTESP e Estado de São Paulo, a terceira etapa de concessões foi iniciada em 2014 com a publicação do edital de concessão patrocinada da rodovia dos Tamoios. No entanto, conforme já mencionado, nosso entendimento de “etapa” ou “rodada” de concessões pressupõe a licitação de dois ou mais trechos rodoviários dentro de um dado intervalo e compartilhando de um mesmo tratamento regulatório. Esse critério permite uma melhor análise sobre a evolução regulatória ocorrida num dado setor.

como parâmetro para eventual compensação por investimentos não amortizados. Conforme já indicado, o Estado de São Paulo, a partir da terceira etapa, deixou de exigir o plano de negócios, exigindo apenas o plano de investimentos, o qual conterá a distribuição dos investimentos pela concessionária durante o prazo da concessão. O plano de investimento possui uma natureza complementar ao caderno de encargos da concessão na medida em que esse último geralmente estabelece as obrigações de investimento, mas nem sempre indica necessariamente quando elas devem ser executadas. O plano de investimento reflete, nesse sentido, a programação da concessionária para dar conta das obrigações originais de investimento previstas no contrato de concessão.

Em matéria de regulação contratual, a terceira etapa trouxe diversas novidades. A cláusula de riscos foi substancialmente incrementada, prevendo a indicação e detalhamento de diversos riscos imputados ao concessionário, como, por exemplo, variação de demanda, passivos ambientais materializados após a assinatura do contrato, variação no preços dos insumos, variação nas receitas acessórias, erro de projeto e de estimava de custos mesmo que tenha havido aprovação da ARTESP, perdas decorrentes de atraso no cumprimento do cronograma de investimentos e os fatores imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou força maior que possam ser objeto de cobertura de seguro oferecido no Brasil, dentre outros riscos.

O Contrato de Concessão Entrevias trouxe uma definição mais qualificada sobre desequilíbrio:

Considera-se caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato quando qualquer das partes sofrer os efeitos, positivos ou negativos, decorrentes de evento cujo risco não tenha sido a ela alocado, que comprovadamente promova desbalanceamento da equação econômico-financeira do contrato.

Além disso, o contrato estabelece duas regras para mensuração dos eventos de desequilíbrio e conseqüente recomposição da equação econômico-financeira. Os eventos de desequilíbrio decorrentes de atrasos ou antecipações dos investimentos previstos no plano original de investimentos ou decorrentes do não pagamento da outorga fixa acarretarão recomposição da equação econômico-financeira com base nos valores atribuídos aos investimentos e a taxa de desconto definidos no estudo de viabilidade técnica e econômica. Isso significa que serão levados em consideração os custos e a rentabilidade projetada. Outros eventos de desequilíbrio acarretarão recomposição da equação econômico-financeira

mediante elaboração do fluxo de caixa marginal, levando em conta os custos atuais<sup>31</sup> e uma taxa de desconto calculada no momento da identificação do evento.<sup>32</sup>

Interessante notar que o contrato de concessão regula a entrada de novos investimentos como um evento de desequilíbrio. Ao invés de prever uma cláusula tratando de novos investimentos, o contrato regula a entrada e a precificação desses investimentos no capítulo dedicado à recomposição da equação econômico-financeira. Os novos investimentos serão incorporados ao contrato e a consequente recomposição será promovida mediante adoção da metodologia de fluxo de caixa marginal.

O contrato de concessão prevê ainda que os novos investimentos, ou seja, aqueles não previstos no plano original de investimentos, introduzidos no contrato por meio de revisão ordinária ou extraordinária, não poderão acarretar prorrogação de prazo que supere 15 anos ou superar o montante de 15% do montante inicial total de investimentos.

Quanto à reversibilidade, o contrato de concessão estabelece que todos os bens efetivamente utilizados na concessão serão enquadrados como bens reversíveis. Logo, seria razoável supor que todos os investimentos realizados pelo concessionário para implantação, manutenção e conservação desses bens deveriam ser considerados como investimentos em bens reversíveis. Contudo, o contrato de concessão não traz uma disposição tão clara nesse sentido. A rigor, esses investimentos deverão ter sido amortizados durante o prazo da concessão, de modo que não haveria maiores discussões sobre a composição dos investimentos e custos incorridos pelo concessionário.

Os novos investimentos em bens reversíveis para manutenção da atualidade e regularidade do serviço público serão introduzidos no contrato mediante recomposição do equilíbrio econômico-financeiro cujo parâmetro de precificação observará as condições usuais de mercado bem como taxa de desconto fixada na celebração do respectivo aditivo. O termo aditivo deverá, ainda, estabelecer a modalidade de recomposição: a) prorrogação do contrato de concessão; b) revisão da tarifa quilométrica; c) ressarcimento ou indenização; d) alteração do plano original de investimentos; e) revisão dos valores de outorga fixa ou variável; ou f) combinação dessas modalidades.

---

<sup>31</sup> Nesse ponto, cumpre fazer referência à subcláusula 22.4.2, a qual estabelece que “para fins de determinação dos fluxos de caixa dos dispêndios marginais, deverão ser utilizadas as melhores informações disponíveis para retratar as reais e efetivas condições atuais, para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas, bem como eventuais receitas e outros ganhos, resultantes do evento de desequilíbrio”.

<sup>32</sup> Nos termos da subcláusula 22.4.4. a taxa de desconto real será composta pela média dos últimos 12 meses da taxa bruta de juros de venda das notas do tesouro IPCA+ com juros semestrais (NTN-B) ou, na ausência deste, outro que o substitua, ex-ante a dedução do imposto de renda com vencimento em 15/08/2050 ou vencimento mais compatível com a data do termo contratual, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional.

A subcláusula 41.1 prescreve que a concessão “extingue-se quando se verificar o termo do prazo da concessão, findando-se, por consequência, as relações contratuais entre as partes”, com exceção daquelas expressamente previstas no contrato. Por sua vez, a subcláusula prevê que “com o advento do termo contratual, a concessionária não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos em bens reversíveis previstos originalmente no contrato”. Veja-se que a referida cláusula leva às últimas consequências a presunção de que o prazo da concessão é suficiente para garantir a amortização dos investimentos originais. Não existe na referida cláusula qualquer exceção. Uma vez mantido o prazo original, qualquer incapacidade em amortizar os investimentos seria enquadrada como ineficiência do parceiro privado, desabilitando qualquer pretensão indenizatória. Essa presunção será analisada criticamente no capítulo sexto desta dissertação.

#### **3.4. Resolução ANTT nº 5.860/2019: critérios estipulados pela ANTT para identificação e precificação de investimentos realizados em bens reversíveis**

Para suprir a lacuna regulatória em seus contratos no que diz respeito à identificação dos investimentos em bens reversíveis, a ANTT expediu a Resolução ANTT nº 5.860/2019 trazendo critérios objetivos para identificar e mensurar os investimentos realizados em bens reversíveis. Embora essa regulação tenha sido expedida com foco inicial na relicitação, atualmente ela alcança também os contratos encerrados pelo decurso natural de seu prazo, por força da Resolução ANTT nº 5.929/2021.

A Lei Federal nº 13.448/2017, que instituiu o processo de relicitação, previu expressamente que as agências competentes deveriam definir a metodologia para identificação e indenização dos bens reversíveis não amortizados. Em observância ao disposto na Lei Federal nº 13.448/2017, a ANTT iniciou processo de consulta pública para colher contribuições à minuta de resolução sobre a metodologia de indenização de investimentos não amortizados (Audiência Pública nº 03/2019). Após intenso debate com a iniciativa privada, a Diretoria da ANTT aprovou a redação final da resolução, publicando-a no Diário Oficial da União em 3 de dezembro de 2019.

O artigo 2º da Resolução nº 5.860/2019 estabelece que serão considerados reversíveis os bens utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários, bem como a própria infraestrutura rodoviária sob concessão, tais como: a) as edificações, obras civis e melhorias localizadas no sistema rodoviário; b) as máquinas, veículos e equipamentos; c) os móveis e utensílios; d) os equipamentos de informática; e) os

sistemas, seus softwares e direitos associados, passíveis de transferência imediata, livres e desembaraçados de quaisquer ônus, alienação, caução, penhor ou gravames de qualquer natureza; f) os projetos e estudos relacionados a melhorias e ampliação de capacidade do sistema rodoviário, aprovados pela ANTT, conforme disposição contratual e regulatória; g) as licenças ambientais válidas; e h) as despesas diretas com desapropriação e remoção de interferências.

Por sua vez, o parágrafo primeiro do artigo 2º estabelece que os referidos bens somente serão considerados reversíveis se atenderem cumulativamente a duas condições: a) se contribuírem para a continuidade da prestação do serviço público, auferindo benefícios econômicos futuros para o sistema rodoviário; e b) em relação às máquinas, veículos, equipamentos, móveis, utensílios e equipamentos de informática, se forem de propriedade do concessionário e possuírem prazo de vida útil remanescente, conforme disposto no anexo III da Instrução Normativa RFB nº 1700, de 14 de março de 2017, e alterações posteriores.

A primeira condição referente à geração de benefícios futuros para o sistema rodoviário, embora possa parecer restritiva, na prática pode acabar sendo ineficaz. Em regra, todos os investimentos realizados em bens afetos à prestação dos serviços públicos de exploração rodoviária, em maior ou menor medida, trazem benefícios econômicos ao sistema rodoviário, ainda que tais benefícios sejam de difícil mensuração. A ANTT utilizou uma expressão bastante indeterminada, não apresentando qualquer parâmetro para avaliar quais benefícios ao sistema rodoviário são esperados para que o investimento possa ser qualificado como apto à indenização.

A segunda condição, que exige que os bens sejam de propriedade do concessionário, não possui potencial para prejudicar a elaboração do inventário de bens reversíveis. Na verdade, a segunda condição representa um ponto positivo para o concessionário na medida em que não será exigida dele a aquisição de determinados bens apenas para serem revertidos ao poder concedente.

O parágrafo segundo do artigo 2º prevê que não serão considerados reversíveis os bens utilizados pelo concessionário exclusivamente em atividades administrativas, bem como os investimentos realizados na prestação de serviços de conservação e manutenção do sistema rodoviário. A primeira parte do dispositivo visa a evitar que o concessionário aponte como reversíveis bens utilizados apenas em suas atividades administrativas.

Já a segunda parte do dispositivo, que não considera como bens reversíveis os investimentos realizados na prestação dos serviços de conservação e manutenção, está em contradição com o próprio caput do artigo 2º, uma vez que referido dispositivo estabelece

expressamente que serão considerados como bens reversíveis os bens utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários. Entendo que o artigo 2º estabelece que não serão considerados no cálculo da indenização “os custos operacionais” com conservação e manutenção do sistema rodoviário. No entanto, os equipamentos adquiridos para viabilizar a prestação dos serviços de conservação e manutenção do sistema rodoviário poderão ser considerados como bens reversíveis e, portanto, impactar o cálculo da indenização. Da mesma forma, deverão ser considerados como investimento as intervenções de engenharia de maior intensidade voltadas à manutenção da infraestrutura rodoviária.

O parágrafo terceiro do artigo 3º estabelece que serão considerados reversíveis e não indenizáveis os bens repassados ao concessionário pelo Poder Público, mediante termo de arrolamento ou listagem similar anexa ao contrato de concessão. A resolução reconhece como bens reversíveis os bens repassados pelo poder concedente, mas dá a eles uma qualificação diferente, estabelecendo que não serão levados em conta no cálculo da indenização por investimentos não amortizados. Aqui existe uma presunção de que esses bens foram adquiridos ou implantados pelo próprio poder concedente e, portanto, não corresponderiam a encargos do parceiro privado.

Ocorre que diversos bens transferidos pela ANTT no âmbito da concessão são objeto de melhorias e ampliações ao longo da vigência do contrato de concessão. Além disso, numa concessão rodoviária, grande parte dos custos operacionais estão relacionados à manutenção e conservação desses bens. Ainda que implantados ou adquiridos pelo poder concedente antes da concessão, esse conjunto de bens gera despesas de investimentos para o concessionário.

A extinção do contrato de concessão antecipadamente provocará o fim do fluxo de recebíveis e, portanto, a impossibilidade de o concessionário recuperar os valores investidos. Ao desconsiderar os investimentos realizados na ampliação, manutenção e conservação de bens reversíveis originários, a ANTT impede que o concessionário seja indenizado pela integralidade dos investimentos realizados. Sendo assim, parece ser mais adequado interpretar a Resolução nº 5.860/2019 no sentido de que o bem reversível entregue pelo poder concedente, da forma como foi entregue, não poderá compor o cálculo da indenização. E isso por uma questão lógica: a aquisição ou construção desses bens não foram custeados pelo parceiro privado. Todavia, isso não impede a contabilização de investimentos realizados pela concessionária para ampliar, manter ou conservar a infraestrutura transferida pelo poder concedente.

O parágrafo quinto do artigo 2º estabelece que os bens considerados não reversíveis

permanecerão sob o controle do concessionário que deles poderá dispor livremente, imediatamente após a extinção do contrato de concessão.

O artigo 4º da referida resolução estabelece que os valores da indenização dos bens reversíveis serão calculados pelo custo histórico, considerando a base de ativos contábeis. Já o artigo 5º prevê que o mês final utilizado para aplicação das taxas de depreciação ou amortização utilizadas nos cálculos dos valores dos investimentos não depreciados ou amortizados será o mês de extinção antecipada do contrato de concessão.

O artigo 6º estabelece que o valor indenizável dos bens reversíveis será apurado considerando o seu custo histórico, aferido com base em registro de ativos contábeis, passível de ajustes por verificação independente, descontados os tributos que tenham sido recuperados, despesas financeiras, e depreciação e amortização ajustadas segundo o artigo 11. Por sua vez, o artigo 11 prevê que taxas de depreciação ou amortização utilizadas serão lineares, considerando o prazo entre o momento em que o ativo estiver disponível para uso e a sua vida útil.

Importante mencionar que a resolução não prevê um limite ao montante que será devido de indenização. Durante o processo de consulta pública, a minuta da resolução previa que o valor decorrente da indenização pelos bens reversíveis deveria ser limitado ao valor obtido a partir: a) do fluxo de caixa original (FCO) nos contratos cujo procedimento licitatório exigiu plano de negócios ou b) do modelo econômico-financeiro dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) para as demais situações<sup>33</sup>. Tal limitação não foi refletida na versão final da resolução, o que é positivo na medida em que possibilita que o concessionário tenha uma indenização adequada para cobrir os investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados.

O artigo 7º da resolução prevê que não serão indenizados valores registrados no ativo referentes a: a) margem de receita de construção; b) adiantamento a fornecedores, por serviços ainda não realizados; c) bens e direitos que deverão ser cedidos gratuitamente ao poder concedente nos termos do contrato de concessão; d) despesas sem relação com a construção de ativos do sistema rodoviário ou aquisição de bens elencados no artigo 2º; e) custos pré-operacionais, salvo aqueles que comprovadamente representem benefício econômico futuro ao sistema rodoviário; e f) investimentos em bens reversíveis realizados acima das condições equitativas de mercado.

---

<sup>33</sup> Os documentos relativos à consulta pública estão disponíveis em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=379>. Acesso em 20 mai. 2022.

A vedação contida no último item do artigo 7º - investimentos realizados acima das condições equitativas de mercado – poderá gerar alguma discussão, uma vez que não existe na Resolução nº 5.860/2019 qualquer parâmetro para aferir o que seriam essas condições equitativas de mercado e quando elas deveriam ser aferidas. A ANTT utiliza como parâmetro de precificação e validação de investimentos o sistema de custos referenciais de obras – SICRO gerido pelo DNIT. Caberá à ANTT apontar que os preços praticados pelo concessionário estão em desconformidade com o SICRO ou outro parâmetro que venha a ser escolhido. Nesse caso, o concessionário poderá indicar as circunstâncias e justificativas que demonstram que o SICRO ou outro parâmetro apresentado não era adequado para avaliar o investimento realizado.

O artigo 8º da Resolução ANTT nº 5.860/2019 estabelece que os valores referentes a obras em andamento serão indenizados somente se os bens proverem serviços futuros à infraestrutura rodoviária. O parágrafo único do artigo 8º estabelece que eventual custo para reparar deterioração a obras em andamento será descontado do valor indenizável.

O artigo 9º estabelece que custos de empréstimos relativos a investimentos indenizáveis serão capitalizados, para fins de indenização, até a data prevista contratualmente para disponibilização da infraestrutura à operação. Já o parágrafo único prevê que os custos de empréstimos serão capitalizados até o limite da taxa Selic vigente à época do investimento. O referido artigo representa um ponto positivo porque evita que o montante de indenização seja reduzido por meio da exclusão dos juros capitalizados de empréstimos tomados para fazer frente às obrigações de investimento. A minuta de resolução excluía expressamente os juros capitalizados do montante de indenização. Tal vedação não foi refletida na versão final da resolução.

O artigo 12 estabelece que os valores de bens indenizáveis serão reajustados pelo IPCA, a partir da data em que o ativo estiver disponível para uso, até a data da extinção antecipada do contrato de concessão.

O artigo 13 estabelece que a ANTT poderá realizar, a qualquer tempo, inspeções, auditorias, bem como poderá requerer e examinar livros, sistemas, registros, documentos adicionais, demonstrações e quaisquer informações necessárias à verificação da organização e da consistência dos documentos apresentados, incluindo o acervo de informação e análises objeto do trabalho de verificação independente.

Por fim, o artigo 15 prevê que, uma vez definido o valor indenizável dos bens reversíveis, para fins de pagamento da indenização, ainda serão deduzidos eventuais

desequilíbrios econômico-financeiros existentes e demais disposições contratuais e legais, conforme a modalidade de extinção contratual incidente.

É preciso fazer duas considerações sobre a regulação da ANTT.

A primeira é de que a regulação da ANTT para fins de identificação e precificação dos investimentos realizados em bens reversíveis está focada nos custos históricos incorridos pelo concessionário para implantação ou aquisição dos bens reversíveis. Não se trata de uma avaliação sobre o valor de mercado dos ativos. A ANTT, nesse aspecto, está alinhada às regras e às práticas contábeis atinentes ao registro de direitos e obrigações provenientes do contrato de concessão. O critério a ser utilizado pelo concessionário é justamente o custo histórico de construção ou aquisição.

O segundo aspecto diz respeito à amplitude daquilo que poderá ser enquadrado como bem reversível. Em uma primeira leitura, a regulação da ANTT poderá dar a impressão de que estão sendo considerados como bens reversíveis custos não relacionados com o provimento e disponibilização de infraestrutura, como custos relacionados à elaboração de projetos e com medidas de desapropriação. Na verdade, esses custos, ainda que indiretamente, estão relacionados ao provimento de infraestrutura e por isso devem ser levados em consideração quando da estimativa do saldo de indenização devido ao concessionário. Ao final e ao cabo, o que está sendo objeto de indenização são os custos incorridos pelo concessionário para implementar os ativos de infraestrutura qualificados como bens reversíveis, abrangendo não apenas os custos de construção mas também os custos com elaboração de projeto, desapropriação e demais custos estipulados no contrato.

### **3.5. Resolução ANTT nº 5.926/2021**

A Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece as diretrizes para encerramento, relicitação e extensão dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária sob competência da ANTT. A referida resolução objetiva, mais especificamente, instituir um procedimento para reversibilidade da concessão, considerando dois cenários: advento do termo contratual e relicitação. Com essa resolução, a ANTT pretendeu superar a indeterminação dos primeiros contratos de concessão quanto à identificação dos bens reversíveis, aos critérios para mensurar a indenização devida ao concessionário por investimentos não amortizados e até mesmo a forma como esse pagamento deverá ser realizado. Veja-se que a Resolução ANTT nº 5.926/2021 traz um regramento complementar à Resolução ANTT nº 5.860/2019, cujo foco era estabelecer uma metodologia de cálculo para indenização de investimentos não amortizados

em caso de extinção antecipada. Essa nova resolução disciplina qual deverá ser o comportamento da ANTT no encerramento do contrato de concessão, fazendo menção direta à Resolução ANTT nº 5.860/2019 quanto às indenizações.

A Resolução ANTT nº 5926/2021 regula o procedimento de transição entre o fim do contrato de concessão e a celebração do novo contrato, prevendo, inclusive a possibilidade de estender o prazo da concessão original até o término do processo licitatório voltado a escolher do novo concessionário. Com isso, a ANTT visa a assegurar uma transição direta entre a antiga concessionária e a nova concessionária, sem necessidade de assunção do serviço público pelo DNIT.

O artigo 2º da Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece que a superintendência de infraestrutura rodoviária deverá constituir comissão de planejamento e fiscalização do encerramento do contrato de concessão em, pelo menos, vinte e quatro meses antes do término do prazo do contrato ou em até quinze dias da data de publicação do decreto de relicitação.

Nos termos do artigo 3º da Resolução ANTT nº 5.926/2021, a ANTT deverá a) consultar o ministério da infraestrutura quanto à conveniência e oportunidade da extensão do prazo contratual, em pelo menos nove meses que antecederem o termo final; b) comunicar à concessionária o interesse em estender o prazo contratual, em pelo menos seis meses que antecederam o termo final.

Por sua vez, o artigo 4º da Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece que será celebrado termo aditivo para formalizar as obrigações assumidas pela concessionária em decorrência do processo de relicitação ou de extensão de prazo.

O artigo 5º da Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece que a concessionária deverá executar as obrigações de manutenção, conservação, operação e monitoração que garantam a continuidade na prestação do serviço com segurança e nível adequado durante a fase de transição.

Importante notar que o parágrafo primeiro do referido artigo regula a inclusão de investimentos adicionais no período de transição, prevendo que o PER, ajustado em decorrência do termo aditivo de extensão do prazo, poderá prever investimentos em recuperação, ampliação de capacidade ou melhorias, se relacionados à segurança ou considerados imprescindíveis à prestação do serviço, e desde que exequíveis no prazo contratual remanescente. O parágrafo segundo estabelece que os reequilíbrios necessários em função desses investimentos adicionais, denominados como emergenciais pela resolução, deverão ser feitos conforme a metodologia do fluxo de caixa marginal.

O capítulo III da Resolução ANTT nº 5.926/2021 disciplina especificamente a transição operacional da concessão e reversibilidade dos ativos. O procedimento de transição operacional e dos ativos se iniciam nos vinte e quatro meses que antecederem o termo final. O artigo 9º estabelece que são considerados como bens reversíveis aqueles assim definidos na Resolução ANTT nº 5.860/2019<sup>34</sup>, que disciplina a metodologia para determinação do valor da indenização devida no caso de relicitação, bem como as disposições específicas do contrato de concessão.

O artigo 10 da referida resolução estabelece que a concessionária deverá apresentar à ANTT plano de desmobilização em pelo menos três meses que antecederam o termo final do contrato ou, caso tenha ocorrido a extensão, no termo final do termo aditivo. O referido plano de desmobilização deverá contemplar, entre outros pontos, a lista de bens reversíveis indicando eventuais ônus sobre eles incidentes. A exigência da apresentação de plano de desmobilização, com certa antecedência, permite que o poder concedente tome conhecimento sobre a atual situação dos bens reversíveis.

O artigo 14 da Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece a fase de convivência, definida como o período de convívio entre a concessionária e o futuro operador ou a União, objetivando a apropriada transição operacional e continuidade da prestação dos serviços. Nesse ponto, cumpre destacar que a ANTT poderá iniciar o processo licitatório para a nova concessão antes do término do prazo do contrato original. A entrega da concessão ao novo concessionário estará condicionada, neste caso, ao encerramento do contrato de concessão original com o antigo operador. A Resolução ANTT nº 5.926/2021, no artigo 14, parágrafo primeiro, estabelece que a fase de convivência ocorrerá durante os últimos 30 (trinta) dias de vigência do contrato de concessão ou termo aditivo de extensão, devendo a concessionária, nessa fase de convivência, cooperar com a União, com a ANTT e com o futuro operador para a transferência adequada da concessão.

O artigo 15 da Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece que o termo de arrolamento e transferência de bens será celebrado entre ANTT, a concessionária ou o futuro operador,

---

<sup>34</sup> Para fins de referência, vejamos o que prevê a Resolução ANTT nº 5.860/2019: Art. 2º Serão considerados reversíveis, para a finalidade desta Resolução, os bens utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários, bem como a própria infraestrutura rodoviária sob concessão, tais quais: I - edificações, obras civis e melhorias localizadas no sistema rodoviário; II - máquinas, veículos e equipamentos; III - móveis e utensílios; IV - equipamentos de informática; V - sistemas, seus softwares e direitos associados, passíveis de transferência imediata, livres e desembaraçados de quaisquer ônus, alienação, caução, penhor ou gravames de qualquer natureza; VI - projetos e estudos relacionados a melhorias e ampliação de capacidade do sistema rodoviário, aprovados pela ANTT, conforme disposição contratual e regulatória; VII - licenças ambientais válidas; VIII - despesas diretas com desapropriação e remoção de interferências; IX - investimentos em recuperação da rodovia, executados até a data prevista contratualmente, desde que mantidos os parâmetros de desempenho correspondentes ao marco contratual na extinção antecipada do contrato.

com participação ou interveniência do DNIT. O referido dispositivo prevê ainda que o termo de arrolamento e transferência de bens a) deverá ser celebrado em até trinta dias após o termo final da concessão e b) poderá ser revisto em até doze meses após o termo final da concessão.

A possibilidade de revisão do termo de arrolamento objetiva, aparentemente, assegurar o direito de o poder concedente buscar indenização em caso de identificação de irregularidades nos bens reversíveis entregues pelo concessionário. No entanto, essa regra promove uma insegurança jurídica desnecessária ao processo de reversão de bens. Em primeiro lugar, o antigo concessionário não obterá a devida quitação quanto à entrega dos bens, devendo aguardar eventual reclamação por parte do poder concedente em até 12 meses da assinatura do termo de arrolamento.

Além disso, essa previsão de revisão do termo de arrolamento poderá gerar distorções no novo contrato de concessão. O novo concessionário, sabendo que o termo de arrolamento não é definitivo, terá incentivos para apresentar pedido de recomposição da equação econômico-financeira do contrato por eventuais custos incorridos para adequação da infraestrutura. A ANTT, por sua vez, sabendo que o antigo concessionário ainda responde pela regularidade da infraestrutura, poderá conceder a recomposição voltando-se contra o patrimônio da primeira concessionária para ressarcimento. Esse risco aumenta, consideravelmente caso exista disputa entre a ANTT e antiga concessionária em relação à indenização devida.

O artigo 16 da Resolução ANTT nº 5.926/2021 regula o processo de apuração de haveres e deveres para encontro de contas dos saldo relativos a) às indenizações pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, quando couber, seguindo a metodologia disciplinada na Resolução nº 5.860/2019; b) às indenizações pelos danos verificados sobre o sistema rodoviário; c) às indenizações por demais danos eventualmente apurados; d) às multas aplicadas ao concessionário; e e) eventuais créditos e débitos entre as partes, incluindo eventual desequilíbrio econômico-financeiro que venha a ser apurado.

O artigo 18 da Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece que se apuração de haveres e deveres resultar em saldo credor em favor: a) do poder concedente, a ANTT adotará os atos voltados à cobrança; b) da concessionária, a ANTT adotará às providências orçamentárias e financeiras com vistas ao pagamento. Isso significa que a ANTT, em caso de saldo positivo em favor do concessionário, deverá utilizar recursos próprios para satisfação do crédito do concessionário ou solicitar abertura de crédito complementar a fim de garantir os recursos para viabilizar o pagamento. Contudo, à ANTT não é permitido ficar inerte e esperar que o

concessionário busque a satisfação do seu crédito por meio de precatórios. O pagamento deverá ser realizado no âmbito do processo de encerramento com possibilidade de imputação dessa obrigação ao novo concessionário ou até mesmo na extensão do prazo da concessão.

### **3.6. Regras contábeis e seu papel no reconhecimento de bens reversíveis**

A regulação atinente à reversibilidade da concessão é impactada também por regras contábeis que indicam como os concessionários devem contabilizar os investimentos realizados em bens reversíveis. A própria regulação da ANTT, analisada anteriormente, faz referência direta a determinados conceitos contábeis. O entendimento desse vocabulário contábil é bastante útil para compreender com mais precisão a regulação relacionada à reversibilidade da concessão e ao dimensionamento do direito à indenização por investimentos não amortizados.

A Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A.) prescreve que os administradores da sociedade anônima deverão preparar documentos contábeis específicos, a fim de informar aos interessados e ao público em geral a situação econômico-financeira e patrimonial da sociedade. O artigo 176 dessa lei estabelece que, ao fim de cada exercício social, a diretoria da sociedade anônima deverá elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio e as mutações ocorridas no exercício: a) balanço patrimonial; b) demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; c) demonstração do resultado do exercício; d) demonstração dos fluxos de caixa; e, se for companhia aberta, e) demonstração do valor adicionado.

O artigo 177, por sua vez, aponta que “a escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência”.

Além das regras previstas na Lei das S.A., são aplicáveis também os pronunciamentos técnicos emitidos por entidades responsáveis pela sistematização e normatização de práticas contábeis.

A esse respeito, cumpre observar que o Conselho Federal de Contabilidade, por meio da Resolução CFC nº 1.055/2005, criou o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC)<sup>35</sup>, o

---

<sup>35</sup> De acordo com os considerados da Resolução CFC nº 1.055/05, o CPC foi criado precipuamente para atingir os seguintes objetivos: a) reduzir riscos por meio de um melhor entendimento das demonstrações contábeis

qual deve ser composto por representantes de entidades atuantes no segmento de contabilidade e teria por finalidade proferir pronunciamentos técnicos voltados à padronização dos registros contábeis<sup>36</sup>.

Assim, o CPC expediu o pronunciamento técnico nº 01, disciplinando o tratamento contábil dos direitos e obrigações provenientes do contrato de concessão. Uma das grandes inovações trazidas por esse pronunciamento consiste no reconhecimento de que o concessionário não exerce controle sobre os bens associados à concessão, independentemente se esses bens foram transferidos pelo poder concedente ou foram adquiridos ou implantados pelo próprio concessionário. A consequência disso é a de que esses bens não poderão ser contabilizados como ativo imobilizado, uma vez que essa classificação abrange apenas os ativos de propriedade do concessionário. O disposto no pronunciamento técnico 01 é:

11. A infraestrutura dentro do alcance desta Interpretação não será registrada como ativo imobilizado do concessionário porque o contrato de concessão não transfere ao concessionário o direito de controlar o uso da infraestrutura de serviços públicos. O concessionário tem acesso para operar a infraestrutura para a prestação dos serviços públicos em nome do concedente, nas condições previstas no contrato.

Como será analisado mais à frente, existe uma discussão doutrinária acerca da natureza do direito exercido pelo concessionário sobre os bens inerentes à prestação dos serviços públicos. Uma das posições doutrinárias identificadas assevera que o concessionário exerceria propriedade resolúvel dos bens reversíveis. Essa interpretação, contudo, não encontra respaldo na forma como os concessionários devem contabilizar seus ativos. Existe um consenso, compartilhado entre autoridades contábeis, agências reguladoras e agentes financeiros, de que o concessionário não exerce direito de propriedade sob os bens colocados à sua disposição em decorrência da assinatura do contrato de concessão.

Ao considerar que o concessionário apenas detém a posse desses ativos, e não o direito de propriedade, é possível fazer uma série de conclusões de caráter prático, como a de que o concessionário não possui disponibilidade sobre esses bens. O concessionário não pode comunicar ao mercado por meio de suas demonstrações contábeis o controle de bens que, sob

---

elaboradas pelos diversos países por parte dos investidores, financiadores e fornecedores de crédito; b) facilitar a comunicação internacional no mundo dos negócios com o uso de uma linguagem contábil bem mais homogênea; c) reduzir o custo do capital que deriva dessa harmonização, o que no caso é de interesse, particularmente, vital para o Brasil.

<sup>36</sup> Atualmente, o CPC é formado por representantes das seguintes entidades: Associação Brasileira das Companhias Abertas (Abrasca); Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais (Apimec Nacional); B3 Brasil Bolsa Balcão; Conselho Federal de Contabilidade (CFC); Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (Ibracon); Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (Fipecafi); e Entidades representativas de investidores do mercado de capitais.

uma perspectiva jurídica, não são seus. A infraestrutura colocada sob gestão do concessionário não poderá ser livremente alienada por ele para satisfação de suas dívidas.

Nesse ponto, cumpre analisar como os próprios concessionários tratam os bens colocados à sua disposição. Veja-se, por exemplo, o que estabelece o Grupo Arteris em suas demonstrações contábeis:

Extintas as concessões, retornam ao Poder Concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados à exploração dos sistemas rodoviários transferidos às concessionárias, ou por elas implantados no âmbito das concessões. A reversão será gratuita e automática, com os bens em perfeitas condições de operação, utilização e manutenção e livres de quaisquer ônus ou encargos. As concessionárias terão direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado ou depreciado dos bens, cuja aquisição ou execução, devidamente autorizada pelo Poder Concedente, tenha ocorrido nos últimos cinco anos dos prazos das concessões, desde que realizada para garantir a continuidade e a atualidade dos serviços abrangidos pelas concessões<sup>37</sup>.

O pronunciamento técnico 01 estabelece que os direitos provenientes da concessão serão classificados em ativos intangíveis ou financeiros. O ativo intangível representa o direito de o concessionário cobrar tarifa dos usuários do serviço. Nos termos do pronunciamento técnico nº 01:

17. O concessionário deve reconhecer um ativo intangível à medida em que recebe o direito (autorização) de cobrar os usuários dos serviços públicos. **Esse direito não constitui direito incondicional de receber caixa porque os valores são condicionados à utilização do serviço pelo público**<sup>38</sup>.

Por sua vez, o ativo financeiro representa o direito contratual incondicional de receber caixa ou outro ativo financeiro do poder concedente pelos serviços prestados. Ainda do pronunciamento técnico nº 01:

16. O concessionário deve reconhecer um ativo financeiro à medida em que tem o direito contratual incondicional de receber caixa ou outro ativo financeiro do concedente pelos serviços de construção; o concedente tem pouca ou nenhuma opção para evitar o pagamento, normalmente porque o contrato é executável por lei. O concessionário tem o direito incondicional de receber caixa se o concedente garantir em contrato o pagamento (a) de valores preestabelecidos ou determináveis ou (b) insuficiência, se houver, dos valores recebidos dos usuários dos serviços públicos com relação aos valores preestabelecidos ou determináveis, mesmo se o pagamento estiver condicionado à garantia pelo concessionário de que a infraestrutura atende a requisitos específicos de qualidade ou eficiência<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Demonstrações Financeiras do grupo Arteris referentes aos exercícios findos em 31 de dezembro de 2020. Disponível: [http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/doflash/prototipo/2021/Abril/30/empresarial/pdf/pg\\_0236.pdf](http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/doflash/prototipo/2021/Abril/30/empresarial/pdf/pg_0236.pdf). Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>38</sup> ICPC nº 01, p. 5.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

De acordo com essa classificação, o direito de cobrar tarifa de pedágio do usuário da rodovia será contabilizado como ativo intangível, e o direito de receber contraprestação pecuniária ou aporte financeiro, nos contratos de PPP, serão contabilizados como ativos financeiros. A exigência de o ativo financeiro ser um direito contratual incondicional significa que seu pagamento não está atrelado a um evento não controlável pelo concessionário, como a utilização dos serviços prestados que, no caso da concessão de rodovia, consiste no tráfego de veículos. Por esse motivo, a contraprestação pecuniária e o aporte de recursos serão considerados como ativo financeiro mesmo que o efetivo pagamento esteja vinculado ao cumprimento de obrigações contratuais por parte do concessionário<sup>40</sup>.

Percebe-se que o concessionário, em um contrato de concessão comum, deverá contabilizar como ativo intangível o direito de receber receita tarifária pelos serviços de construção e modernização da concessão. O concessionário tem em seu patrimônio o direito de cobrar tarifa de usuários para recuperar os custos incorridos com a prestação dos serviços de engenharia relacionados à concessão. A remuneração do concessionário pelos custos incorridos se dá, dessa forma, por meio da amortização do ativo intangível.

Nesse ponto, cumpre avaliar quais custos estariam vinculados à aquisição e implantação de bens reversíveis e que, portanto, poderão ser contabilizados como ativo intangível. A título de exemplo, pode-se mencionar o balanço patrimonial da Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A., que contabiliza como ativo intangível o direito de cobrar receita tarifária em relação aos seguintes itens: a) construção e disponibilização de instalações; b) aquisição de equipamentos, veículos e sistemas de controle; c) custos com desapropriação; d) conservação especial da infraestrutura rodoviária; e) instalação de elementos de segurança; e f) cumprimento de obrigações ambientais. O balanço patrimonial, ao indicar o ativo intangível, revela os custos da concessão que serão amortizados pela tarifa<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> De acordo com o item 16 da ICPC 01: “O concessionário deve reconhecer um ativo financeiro à medida em que tem o direito contratual incondicional de receber caixa ou outro ativo financeiro do concedente pelos serviços de construção; o concedente tem pouca ou nenhuma opção para evitar o pagamento, normalmente porque o contrato é executável por lei. O concessionário tem o direito incondicional de receber caixa se o concedente garantir em contrato o pagamento a) de valores preestabelecidos ou determináveis ou b) insuficiência, se houver, dos valores recebidos dos usuários dos serviços públicos com relação aos valores preestabelecidos ou determináveis, mesmo se o pagamento estiver condicionado à garantia pelo concessionário de que a infraestrutura atende a requisitos específicos de qualidade ou eficiência”.

<sup>41</sup> Demonstrações Financeiras da Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A referente ao exercício de 2021, p. 24. Disponível em: <https://www.concessionariatamoios.com.br/transparencia>. Acessado em 10 de julho de 2022.

### 3.7. Síntese da análise regulatória

O programa federal de concessão rodoviária e o programa paulista, nas duas primeiras etapas, tiveram uma regulação semelhante no que diz respeito à reversibilidade dos bens da concessão. Esses contratos estabelecem o que deve ser considerado como bem reversível, adotando uma definição simples, mas muito abrangente. Em um primeiro momento, deverão ser considerados como bens reversíveis todos os bens existentes à época da celebração do contrato de concessão, os quais foram transferidos ao concessionário pelo poder concedente. Os contratos também regulam a inclusão de novos bens ao acervo da concessão. Esses bens serão incorporados ao acervo da concessão, basicamente, em decorrência do cumprimento das obrigações de investimento previstas no contrato.

Existe, nesses contratos, uma previsão genérica de que o concessionário faz jus à indenização por investimentos não amortizados. Contudo, não há qualquer detalhamento como esse direito deverá ser exercido. Não há, por exemplo, uma indicação das situações em que caberia direito à indenização por investimentos não amortizados, tampouco quais investimentos incorridos pelo concessionário seriam considerados na apuração da indenização.

É possível observar uma clara evolução regulatória nesse sentido. A indeterminação que marcou os primeiros contratos de concessão, no âmbito federal, foi suplantada pela produção normativa da ANTT, especialmente por meio da Resolução nº 5.860/2019, que trouxe metodologia específica para identificar investimentos realizados em bens reversíveis e parametrizar o valor da indenização devida ao concessionário. Os contratos recentes da ANTT refletem esse regramento.

Da mesma forma, os atuais contratos de concessão paulista regulam com mais precisão a reversibilidade da concessão e o dimensionamento da indenização devida por investimentos não amortizados. No entanto, os contratos paulistas conferem direito à indenização apenas nos casos de encerramento antecipado do contrato. Existe previsão expressa de que o encerramento por advento do termo contratual não habilita o concessionário a pleitear qualquer indenização por investimentos não amortizados.

Contudo, mesmo após esse visível aprimoramento regulatório, ainda persistem indeterminações relacionadas às situações em que caberá direito à indenização e ao momento em que essa indenização deverá ser paga ao concessionário. Os contratos federais indicam que caberá direito à indenização por investimentos não amortizados mas não especificam se esse direito é reservado apenas para novos investimentos ou se também seriam aplicáveis para

investimentos originais. Os contratos paulistas, como já indicado, adotam um regramento mais excludente, não reconhecendo qualquer direito à indenização por investimentos previstos originalmente no contrato.

## **4. CONTRIBUIÇÕES DA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA SOBRE A REVERSIBILIDADE DA CONCESSÃO**

### **4.1. Considerações Iniciais**

A legislação disciplina o tema da reversibilidade da concessão em termos bastante gerais. Os primeiros contratos de concessão rodoviária não traziam um regramento satisfatório quanto ao dimensionamento do direito à indenização por investimentos não amortizados, deixando dúvidas quanto à identificação desses investimentos, quanto à apuração do saldo de indenização e quanto ao momento em que a indenização deveria ser paga. O objetivo deste capítulo é apontar quais foram as contribuições oferecidas pela doutrina administrativista para solucionar essas indeterminações. Não é objeto dessa investigação bibliográfica apontar, nominal e individualmente, toda manifestação doutrinária acerca do tema. Por esse motivo, procedeu-se com a indicação de manifestações doutrinárias em caráter representativo.

### **4.2. Critérios doutrinários para identificação dos bens reversíveis**

A doutrina administrativista tem apontado dois critérios para identificar os bens reversíveis: o critério patrimonial e o critério funcional. A depender do critério utilizado, o concessionário terá maior ou menor ingerência sobre os bens utilizados na concessão, ou até mesmo nenhuma ingerência sobre esses bens. Além disso, o critério utilizado determinará a extensão do acervo de bens suscetíveis de devolução ao poder concedente ao final da concessão e, conseqüentemente, poderá impactar na fixação do montante de indenização devido por eventuais investimentos não amortizados.

#### ***4.2.1. Critério patrimonial***

O critério patrimonial determina a natureza jurídica do bem em função do titular do direito de propriedade: serão enquadrados como bens reversíveis aqueles pertencentes ao Poder Público e, como bens privados, aqueles detidos pelo concessionário. Uma primeira divergência em relação a esse critério reside justamente em saber se o contato de concessão promove uma cessão de direito de uso em relação aos bens ou transmite a própria propriedade ao concessionário.

Floriano de Azevedo Marques Neto defende que a utilização dos bens públicos repassados pelo poder concedente teria como suporte jurídico uma cessão de direito de uso:

Nesse caso, pode-se dizer que subjaz à concessão comum a cessão do direito de uso dos bens dominicalmente públicos que sejam imprescindíveis à prestação do serviço. Isso é comum em concessão de serviços que já se encontram em operação (as chamadas concessões *brownfield*, em contraponto às concessões *greenfield*, nas quais o concessionário deve implantar um serviço público onde antes inexistia a prestação)<sup>42</sup>.

Sendo assim, não haveria qualquer dúvida sobre o regime jurídico aplicável aos bens transmitidos pelo poder concedente ao concessionário: por serem bens públicos na origem, o concessionário, que passaria a deter a posse desses bens, teria de observar as mesmas regras aplicáveis ao conjunto de bens públicos, ou seja, estaria impedido de aliená-los e de instituir gravames sobre eles.

No entanto, há quem entenda que a celebração do contrato de concessão implica uma transferência de propriedade, e não uma mera cessão de direito de uso. Afrânio de Carvalho sustenta que todos os bens utilizados pelo concessionário na execução dos serviços públicos são considerados bens privados, tanto aqueles repassados pelo poder concedente quanto os adquiridos e implantados pelo concessionário durante a concessão. Para sustentar seu posicionamento, o autor utiliza a diferenciação entre a *propriedade plena* e a *propriedade resolúvel*.

A propriedade plena é aquela que garante ao seu titular o exercício de todos os direitos reais de propriedade (uso, gozo, fruição e disposição). A propriedade resolúvel “caracteriza-se pela temporariedade, pois se constitui por um título em cujo seio se aninha a causa que há-de extingui-la”<sup>43</sup>. Afrânio de Carvalho afirma que o “domínio resolúvel é um domínio ameaçado, isto é, que surge com a virtualidade de desaparecer pelo efeito de um acontecimento futuro”. Esse acontecimento futuro, que extingue o direito de propriedade, poderá ser uma condição ou um termo (prazo). Tanto a condição quanto o termo correspondem a acontecimentos futuros, diferenciando-se no fato de que o primeiro pressupõe um acontecimento futuro e incerto, e o segundo, um acontecimento futuro e certo.

Nesse sentido, a propriedade resolúvel mediante condição equivaleria a um negócio jurídico cuja existência está condicionada à não materialização de determinado evento, por exemplo, a prática de determinado ato reputado como indesejável pelo proprietário original.

---

<sup>42</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 196-197.

<sup>43</sup> CARVALHO, Afrânio. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 1-25, abr/jun. 1956, p. 4.

O implemento da condição, isto é, a prática do ato reputado como indesejável, extinguirá a transferência de propriedade.

Por outro lado, como exemplo de propriedade resolúvel mediante termo, pode-se pensar em uma transação de propriedade com cláusula prevendo sua extinção após um prazo determinado.

A propriedade resolúvel mediante termo parece um contrassenso, uma vez que não faria sentido conceber uma transmissão de propriedade de forma temporária. Seria mais adequado efetuar uma cessão onerosa de uso. No entanto, embora a propriedade resolúvel mediante termo possa ofender o bom senso numa primeira leitura, é fato que sua possibilidade é assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme disciplinado no artigo 1.359 e seguintes do Código Civil. Além disso, na transação de propriedade resolúvel mediante termo, é assegurado um plexo mais amplo de direito ao proprietário que recebe a propriedade, ainda que esses direitos tenham de ser exercidos dentro do prazo fixado.

Nas palavras de Afrânio de Carvalho:

De um lado, o titular atual, na qualidade de proprietário, se vê em posição cabalmente satisfatória, porquanto pode valer-se de todas as faculdades que nascem da propriedade, enquanto seu título durar: de outro lado, o titular futuro, eventual ou certo, em nada se prejudica com isso e pode aguardar tranquilo a extinção daquele título na certeza de que a coisa então lhe será entregue escoimada de qualquer gravame, graças à proteção legal de sua expectativa ou de seu direito<sup>44</sup>.

De acordo com o autor, o concessionário deteria a propriedade resolúvel dos bens da concessão, sendo a resolubilidade decorrente do encerramento do contrato. Assim, ele poderia exercer todos os direitos inerentes à propriedade em relação a esses bens, inclusive o direito de disposição. O autor ressalta apenas que o fato de haver uma condição resolutiva da propriedade implica, em relação ao bem, um gravame oponível a terceiros. Sendo assim, mesmo que o particular proceda com a venda de um bem afeto à concessão, quando as circunstâncias permitirem que esse negócio jurídico seja realizado sem que haja prejuízo, a transação deverá ser gravada com a cláusula resolúvel<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> CARVALHO, Afrânio. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 1-25, abr/jun. 1956, p. 7.

<sup>45</sup> De acordo com Afrânio Carvalho: “Está-se vendo, pois, que a atribuição da propriedade ao concessionário é o que habilita este a praticar todos os atos e efetuar todas as operações normais de uma empresa econômica, sem precisar menosprezar nem violentar qualquer princípio jurídico. Nesse caso, a hipoteca prescinde de autorização, por ser outorgada pelo concessionário como titular da propriedade, sem o menor dano para o concedente, porque a propriedade é resolúvel em seu favor no fim do contrato. O credor hipotecário sabe de antemão que a garantia real de seu crédito desaparece automaticamente com o advento do termo resolutório. Das duas concepções, portanto, a segunda é a que mais se coaduna com as situações de fato que se podem apresentar na vida da concessão (hipoteca, cessão, constituição de servidões etc.). Essas situações pressupõem quase sempre a

Entre os administrativistas modernos, cita-se Rafael Vêras, para quem a reversibilidade dos bens constitui a extinção da propriedade resolúvel exercida pelo concessionário. Ao comentar a reversibilidade, ele conclui que:

Há, pois, nesse caso, uma espécie, por assim dizer, de uma propriedade resolúvel, assim considerada como aquela que reverterá ao proprietário originário, na hipótese de implementação da condição ou pelo advento do termo (nos termos do art. 1.360 do Código Civil – CC)<sup>46</sup>.

A posição adotada por Afrânio de Carvalho possibilita uma margem de atuação bastante ampla ao concessionário, que poderá dispor livremente dos bens vinculados à prestação dos serviços públicos – desde que respeitando, sempre, as obrigações contratuais.

Tal posição parece encontrar alguma aderência às regras previstas nos primeiros contratos de concessão rodoviária federal analisados, nos quais o concessionário possui ampla disposição sobre os bens reversíveis colocados sob sua gestão, podendo, inclusive, onerá-los, substituí-los e aliená-los, desde que haja autorização prévia do poder concedente. Afrânio de Carvalho sustenta que o fato de ser exigida autorização prévia não invalida, por si só, a caracterização do direito de propriedade do concessionário<sup>47</sup>.

No entanto, atualmente, existem elementos normativos que apontam para uma outra conclusão. Na concessão rodoviária grande parte dos ativos transferidos ao concessionário consiste em bens imóveis. A transferência de bens imóveis depende de escritura pública lavrada pelo cartório de notas e do registro da transação junto ao cartório de registro de imóveis, conforme prescreve o artigo 108 combinado com o artigo 1.245 do Código Civil<sup>48</sup>.

---

qualidade de proprietário na pessoa do concessionário de serviços públicos. A construção jurídica da propriedade do concessionário sobre os bens da concessão ajusta-se perfeitamente a todos os fatos da vida contratual, sem qualquer prejuízo para o poder concedente, uma vez que a propriedade se resolve a seu favor no fim do contrato (CARVALHO, Afrânio. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 1-25, abr/jun. 1956, p. 18)".

<sup>46</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. A reversão nos contratos de concessão e seu regime jurídico-econômico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 149-176, abr./jun. 2020, p. 155.

<sup>47</sup> Nesse ponto, Afrânio de Carvalho sustenta que “a necessidade da referida autorização não desnatura, antes confirma, a propriedade resolúvel do concessionário. Trata-se de simples restrição do direito de dispor, semelhante à que vigora para marido e mulher, que igualmente não podem fazer alienação de bens sem autorização um do outro, embora os bens sejam de cada um deles somente, ou para o dono do imóvel tombado pelo Patrimônio Histórico” (CARVALHO, Afrânio. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 1-25, abr/jun. 1956, p. 17).

<sup>48</sup> Veja-se: “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País” e “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 ago. 2022.

Essas providências são condições de validade ao negócio jurídico. Os contratos de concessão analisados não trazem qualquer disposição nesse sentido. A transferência é feita simplesmente pela assinatura de um termo de arrolamento e transferência de bens ao concessionário.

Além disso, é preciso observar que os concessionários não contabilizam os bens da concessão como ativos próprios, justamente porque não têm disponibilidade plena sobre eles. Conforme já mencionado, de acordo as normas contábeis vigentes, a classificação contábil que mais se aproxima da realidade é a que reconhece que os bens afetos à concessão são aqueles dos quais o concessionário não exerce direito de propriedade, mas posse condicionada à vigência do contrato de concessão. É o poder concedente que determina como esses bens deverão ser utilizados, além de possuir direito à sua retomada ao fim do prazo da concessão. Isso dificulta, ou até mesmo inviabiliza, a conclusão de que os concessionários teriam a propriedade, ainda que resolúvel, desses ativos.

Sendo assim, parece mais adequada a interpretação de que o concessionário atua como mero detentor dos bens atrelados ao serviço público, especialmente aqueles bens qualificados como bens imóveis. Poderá haver dúvida sobre eventuais bens adquiridos pelo concessionário que tenham certa utilidade na prestação dos serviços ou gestão do bem público, tais como veículos, máquinas utilizadas no serviço de conservação asfáltica e equipamentos em geral. Para cobrir essas situações, a doutrina administrativista vale-se de um critério associado à funcionalidade desses bens, conforme será explicado a seguir.

#### ***4.2.2. Critério funcional***

O critério funcional identifica como públicos todos os bens afetos à concessão, sejam eles de propriedade do concessionário ou não. Esse critério, que pressupõe uma desvinculação entre o bem e seu titular, reconhece a existência de bens públicos de titularidade privada. Assim, sob esse critério, poderão ser enquadrados como bens reversíveis até mesmo os de propriedade do concessionário. O que determina o enquadramento de um bem como reversível é a serventia dele ao serviço público. De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto, “o que daria o atributo de público aos bens seria a sua utilidade, seu emprego, e não a circunstância de ser o bem de propriedade de pessoa jurídica de direito público”<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 117.

O critério funcional considera como bens reversíveis apenas aqueles vinculados direta e necessariamente à prestação dos serviços públicos. Todos os bens do concessionário que não se enquadrem nessas condições seriam bens privados e não seriam alcançados pela regra da reversibilidade. Refletindo esse entendimento, Sérgio Guerra afirma que os bens detidos pelo concessionário podem ser enquadrados entre os que estão e os que não estão diretamente afetados à execução do serviço público. Assim, os bens afetados ao serviço público estão submetidos ao mesmo regime jurídico aplicável aos bens públicos. O autor justifica sua posição da seguinte forma:

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 daí a sua submissão a regime jurídico publicístico<sup>50</sup>.

Essa interpretação também é acompanhada por Márcio Monteiro Reis:

Aos bens privados afetados e reversíveis, para usar a nomenclatura de Marçal Justen Filho, deve ser aplicado o regime jurídico próprio dos bens afetados, que decorre do princípio da continuidade do serviço público. Enquanto estiverem afetados ao serviço público não poderão ser alienados e, em decorrência, também não é possível que sofram penhora, nem que sejam objeto de alguma garantia. Pode-se dizer, portanto, que são inalienáveis, impenhoráveis, e insuscetíveis de constituição de garantia. Isso não significa, insista-se, que se trate de bens públicos, mesmo porque, entre os bens públicos, como se sabe, há os dominicais que, exatamente por não estarem afetados, são alienáveis, obedecidos os requisitos estabelecidos em lei<sup>51</sup>.

Eros Grau adota uma linha semelhante ao reconhecer que todos os bens destinados à prestação de serviços públicos são bens públicos. Segundo ele, “embora de propriedade do concessionário, ainda não incorporados ao domínio público, instalações e instrumentos integrados à prestação dos serviços públicos são bens públicos, bens públicos de uso especial”<sup>52</sup>. Para o autor, o que define se um bem é público ou privado é a destinação dada a ele, e não a identificação de quem exerce seu domínio. É por isso que existem bens públicos, de uso comum ou de uso especial, que estão fora do domínio estatal. Eros Grau apresenta dois exemplos para demonstrar sua hipótese.

---

<sup>50</sup> GUERRA, Sérgio. A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RBDE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2004, p. 3.

<sup>51</sup> MONTEIRO REIS, Márcio. De onde vêm, o que são, para onde vão e quanto custam os bens reversíveis? In: ARAGÃO, Alexandre Santos *et al.* (Coord.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 497.

<sup>52</sup> GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e artigo 884 do Código Civil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 261, set/dez. 2012, p. 35.

O primeiro exemplo é o de uma praça construída por particular e destinada ao público em geral, mas nunca transferida efetivamente ao patrimônio público. Para todos os efeitos, a praça é utilizada pela população local como se fosse um bem público de uso comum, mesmo que, sob o aspecto dominial, ela pertença ao patrimônio de um particular.

O segundo exemplo são os bens adquiridos pelo concessionário para servirem de instrumento à prestação de um serviço público. Embora estejam no patrimônio do concessionário, fazem parte do patrimônio administrativo do Poder Público e deverão ser vertidos a ele ao final da concessão.

Na prática, não existe diferença entre os bens públicos entregues pelo poder concedente e os bens adquiridos pelo concessionário para serem utilizados na concessão: ambas as categorias, segundo esses autores, estariam submetidas ao regime de direito público. Os únicos bens que estariam fora dele seriam aqueles que, embora afetados ao serviço público, não estariam onerados com cláusula de reversibilidade, no entanto, poderá ser difícil reconhecê-los. A simples utilidade desses bens à concessão poderá atrair sua reversibilidade. Assim, mesmo que esses bens não tenham sido considerados reversíveis, a percepção por parte do poder concedente de que teriam alguma utilidade à concessão poderá levar à determinação de sua reversibilidade.

A esse respeito, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara alertam que é preciso dimensionar com cuidado a aplicação do critério funcional, sob o risco de serem considerados como afetos ao serviço público todos os bens detidos pelo concessionário. Os dois autores sustentam que, de acordo com o critério de funcionalidade, um bem será considerado reversível apenas se for “indispensável à prestação do serviço ora concedido”<sup>53</sup>.

Fazendo um paralelo com a classificação contida no artigo 96 do Código Civil, a propósito das benfeitorias, os dois autores afirmam que os bens do concessionário podem ser classificados como *necessários*, *úteis* e *voluptuários*. Seguindo essa classificação, não se pode considerar como reversíveis quaisquer bens, mesmo que eles sejam úteis, e até apenas voluptuários.

Além disso, Sunfeld e Câmara afirmam que deve existir uma relação imediata de dependência entre o bem e a prestação do serviço público. Não se sujeitam à reversão,

---

<sup>53</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 61, n. 2, 2016, p. 162.

portanto, os bens sem utilização atual e os usados para fins de renda, em atividades meramente administrativas e na prestação de serviços outros que não os concedidos<sup>54</sup>.

Nesse ponto, cumpre destacar uma consequência interessante decorrente da aplicação do critério funcional. Conforme já mencionado, esse critério determina o regime jurídico aplicável ao bem de acordo com sua utilidade para a concessão. Sendo assim, poderá haver bens de titularidade privada que, por estarem afetos à concessão, deverão receber o mesmo tratamento jurídico dispensado aos bens públicos. Ocorre que, em alguns casos, o concessionário poderá utilizar bens de terceiros para viabilizar a prestação dos serviços públicos. Ao levar o critério funcional às últimas consequências, poderá haver um cenário em que bens não pertencentes à esfera patrimonial do concessionário serão alcançados pelos gravames aplicáveis aos bens públicos, especialmente a reversibilidade.

O setor de telecomunicações já possui regramento a respeito desse tema, o que justifica sua menção ao propósito aqui discutido. A maioria dos serviços de telecomunicações estão submetidos a um regime de direito privado, prestados por meio de autorização e submetidos a uma maior ou menor incidência de direito público, a depender do coeficiente de interesse público da atividade desempenhada pelo autorizatário. No entanto, o serviço de telefonia fixa comutada (STFC) permanece sendo prestado sob o regime de direito público, por meio de contrato de concessão, o que, por sua própria natureza, atrai o regime da reversibilidade. Ocorre que, em diversos casos, uma mesma empresa detém contrato de concessão para prestação do serviço em regime de direito público e, também, autorizações para prestação das atividades privadas. Essa circunstância poderá dificultar a identificação de quais bens são afetos ao serviço público e quais não são.

Para contornar esse problema, a Anatel regula a utilização de bens de terceiros para prestação dos serviços públicos. Nos termos da regulação vigente, os contratos celebrados pelas concessionárias e os detentores desse ativo deverão trazer regras específicas para assegurar que esses bens estarão disponíveis para serem utilizados no serviço público mesmo após o encerramento do contrato de concessão. O artigo 8º da Resolução Anatel nº 744/2021 esclarece essa questão:

Art. 8º A Prestadora, na utilização de Bens de Terceiros ou de Serviços Contratados, deve fazer constar, nos respectivos contratos:

I – cláusula pela qual o contratado se obriga, em caso de extinção da concessão ou permissão, a mantê-los e a sub-rogar à Anatel os direitos e obrigações deles decorrentes, além do direito de a Agência sub-rogar a outros;

---

<sup>54</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 61, n. 2, 2016, p. 163.

- II – cláusula que indique, com clareza, que o Bem de Terceiro contratado é essencial para assegurar a continuidade e a atualidade da prestação do STFC em regime público; e,
- III – cláusula pela qual o contratado se obriga a não onerar o bem contratado.

Não existe uma regulação semelhante no setor de concessões rodoviárias. A regulação da ANATEL, embora editada à luz das peculiaridades do setor de telecomunicações, poderia ser replicada ao setor de concessões rodoviárias a fim de conferir maior segurança jurídica na identificação de bens reversíveis. Veja-se a seguir um exemplo de discussão que pode ocorrer no setor de concessões rodoviárias acerca da identificação de bens reversíveis.

### 4.3. Alcance da regra de reversibilidade

Em uma concessão rodoviária, ninguém irá negar que a pista de rolamento e as cabines de pedágio são considerados bens reversíveis. Também não há como negar que os dispositivos de acesso construídos pelo concessionário ao longo da rodovia sejam considerados bens reversíveis. Esses bens estão diretamente relacionados com a própria concessão.

No entanto, em algumas situações, é difícil avaliar se a propriedade de determinado bem é realmente necessária para a operação da infraestrutura rodoviária. Imagine-se, por exemplo, um contrato de concessão rodoviária que estabeleça que o concessionário é responsável pelo monitoramento do tráfego e pela transmissão de dados ao poder concedente, bem como pela implementação e gestão de um sistema de comunicação com os usuários mediante a instalação de telefones de emergência ao longo da rodovia.

O funcionamento do sistema de monitoramento do tráfego e do sistema de comunicação com os usuários depende de uma rede física que viabilize a transferência desses dados. A tecnologia que será empregada para cumprir com essas obrigações será definida pelo próprio concessionário<sup>55</sup>. Imagine-se, agora, que o concessionário tenha decidido cumprir com essa obrigação por meio da implantação de uma rede de fibra óptica ao longo da rodovia,

---

<sup>55</sup> É o que está previsto, por exemplo, nos contratos de concessão do programa paulista de concessões rodoviárias. A título de exemplo, vejamos como o contrato de concessão da Centrovias prescreve as obrigações de telecomunicações: 2.1 Conceitos Básicos. Os serviços correspondentes às funções operacionais e o apoio aos serviços não delegados deverão se basear em **sistema de monitoração**, que permita o sensoriamento do tráfego nos principais pontos do sistema viário, integrado através de **sistema de transmissão de dados** a um Centro de **Controle de Operações (CCO)** que, por sua vez, deverá coordenar e controlar todas as funções operacionais, mediante a operação, durante 24 horas por dia, todos os dias do ano, de um **sistema de telecomunicações**, incluindo o sistema de telecomunicação de emergência com os usuários, instalado na rodovia, a rede de painéis de mensagem variável e as redes de telecomunicação fixas e móveis, instaladas nos pontos fixos da rodovia (postos de pedágio, postos de fiscalização e demais bases operacionais) e nas unidades móveis dos diversos serviços.

objetivando recolher essa infraestrutura ao final da concessão, para ser utilizada em outro empreendimento.

A fibra óptica implantada pelo concessionário, nesse caso, serve de suporte para a prestação de serviços inerentes à concessão. No entanto, ela deve ser considerada um bem reversível mesmo que sua implantação não tenha sido prevista em contrato? Pelo critério funcional, a fibra óptica deverá, sim, ser considerada bem reversível na medida em que serve de suporte à prestação dos serviços de comunicação inerentes à concessão.

É preciso lembrar, porém, que a consequência de se enquadrar um bem como reversível é de que ele deverá ser entregue pelo concessionário ao poder concedente ao final da concessão, sem que lhe seja assegurado qualquer tipo de indenização. Existiria, assim, uma presunção de que receita operacional recebida pelo concessionário teria sido suficiente para amortizar os investimentos realizados na implantação da fibra óptica. O poder concedente, então, exigiria que ela fosse relacionada no acervo de bens a serem restituídos pelo concessionário.

Contudo, qual seria a consequência se o concessionário, ao invés de ter implantado diretamente a infraestrutura de fibra óptica, a tivesse contratado no mercado, mediante um contrato de locação, por exemplo? O fato de o contrato não trazer a obrigação de aquisição da infraestrutura de fibra óptica abre margem para que o concessionário, de forma legítima, possa viabilizar o acesso a ela por meio de outros instrumentos, como com sua locação.

Nesse caso, o concessionário teria de adquirir a infraestrutura de terceiros para revertê-la ao poder concedente ao fim do prazo contratual? Essa não parece ser uma solução razoável. A regulação da Anatel pode fornecer parâmetros para resolver esse conflito teórico.

Como já indicado, a Anatel convive com o fato de que parte da infraestrutura utilizada na prestação dos serviços de telecomunicações está fora da esfera patrimonial do prestador. Diante disso, a agência prescreve regras visando a conferir maior segurança no acesso a esses bens, a fim de evitar justamente qualquer solução de descontinuidade ao fim do contrato de concessão. Isso poderia ocorrer, por exemplo, se o concessionário simplesmente promovesse a rescisão do contrato de locação quando seu contrato de concessão terminasse, deixando o poder concedente ou o novo concessionário sem acesso à infraestrutura necessária para a prestação dos serviços de telecomunicação. Essa mesma abordagem poderia ser utilizada no caso fictício de concessão rodoviária apresentado anteriormente.

O concessionário poderia indicar no inventário de bens reversíveis não a propriedade da infraestrutura de fibra óptica, mas a posição contratual que confere acesso à infraestrutura de telecomunicação. Além disso, os contratos celebrados entre a concessionária e o detentor

da infraestrutura poderá trazer regras para evitar qualquer solução de descontinuidade, como, por exemplo, a proibição de alienação e oneração da infraestrutura sem a anuência do poder concedente.

#### 4.4. Critérios para determinar a indenização devida ao concessionário

A Lei nº 8.987/1995 estabelece que, além da indicação dos bens reversíveis, o contrato de concessão deverá indicar os “critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso” (artigo 23, inciso XI). Isso significa que o poder concedente deverá indicar no contrato de concessão quais critérios serão utilizados para avaliar e fixar o montante de indenização devido ao concessionário, bem como prever como o pagamento será realizado. Conforme já analisado, os primeiros contratos de concessão rodoviária não previam critérios para calcular a indenização devida ao concessionário por investimentos não amortizados, o que levou a doutrina a elaborar orientações interpretativas voltadas à superação da lacuna legislativa e regulatória. Neste tópico, serão avaliados os critérios sugeridos pela doutrina para contornar essa indeterminação.

A palavra “critério” pode ser definida como um “parâmetro usado para estabelecer uma comparação, escolha, julgamento ou avaliação”<sup>56</sup>. O pedido de indenização do concessionário deverá ser confrontado com um conjunto de critérios que serão usados pelo poder concedente para definir o valor da indenização efetivamente devida. Esses critérios poderão estar relacionados, por exemplo, com a indicação da base de cálculo e a previsão de determinados deflatores, tais como a previsão de itens não indenizáveis, a fixação de preços máximos etc.

Nesse sentido, a indicação da base de cálculo do valor da indenização é o primeiro passo para determinar a indenização que será efetivamente devida ao concessionário. Para a fixação dessa base de cálculo, existem essencialmente dois critérios: o *contábil*, que leva em conta os custos incorridos pelo concessionário para aquisição e implantação dos bens reversíveis; e o critério *patrimonial* ou *valor de reposição*, que leva em conta os custos que seriam incorridos para a construção ou implantação de um novo bem.

---

<sup>56</sup> Cf. dicionário *Dicio*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/criterio>. Acesso em: 5 fev. 2022.

O critério contábil considera os custos de aquisição<sup>57</sup> incorridos pelo concessionário para disponibilização dos bens reversíveis, conforme registrado em suas demonstrações contábeis. Ao regulamentar a metodologia para aferir a indenização devida ao concessionário pela extinção antecipada do contrato de concessão, a ANTT previu que a determinação da indenização deverá ser fixada com base no critério contábil<sup>58</sup>. Posteriormente, essa metodologia foi estendida também à extinção por advento do termo contratual, por força da Resolução ANTT nº 5.926/2021<sup>59</sup>.

Nos contratos de concessão rodoviária paulista, a ARTESP também tem adotado o critério contábil para determinar o valor da indenização devida ao concessionário por investimentos em bens reversíveis não amortizados ou não depreciados<sup>60</sup>.

Outro critério possível é “patrimonial”, ou “valor de reposição”, que leva em consideração os custos que seriam incorridos para construir uma nova infraestrutura. É o critério fixado pela Lei Federal 12.783/2013 para apurar as indenizações devidas ao concessionário no setor elétrico. Nos termos do artigo 8º dessa lei, parágrafo segundo, tem-se:

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>57</sup> Segundo Clóvis Luís Padoveze: “o custo de aquisição, no sentido, contábil mais amplo, compreende o custo da compra, mais as despesas para disponibilizar o bem ou serviço na empresa, mais os impostos não recuperáveis, deduzido dos impostos recuperáveis” (PADOVEZE, Clóvis Luis. *Manual de contabilidade básica*. Grupo Gen-Atlas, 2017, p. 125).

<sup>58</sup> Resolução ANTT nº 5.860/2019: “Art. 4º Os valores da indenização dos bens reversíveis serão calculados pelo custo histórico, considerando a base de ativos contábeis e seus ajustes constante da Seção II deste Capítulo”.

<sup>59</sup> Resolução ANTT nº 5.926/2021: “Art. 16. Após a conclusão da última revisão ordinária que anteceder o termo final do contrato de concessão, a ANTT instaurará o processo de apuração de haveres e deveres para encontro de contas dos saldos: I - das indenizações pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, quando couber, seguindo a metodologia disciplinada na Resolução nº 5.860, de 2019”.

<sup>60</sup> Contrato de Concessão ARTESP nº 01/2019 (Lote Piracicaba – Panorama) – “Nas hipóteses de extinção antecipada descritas nesta Cláusula e nas Cláusulas Quadragésima Terceira a Quadragésima Oitava, a CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização, nos termos do art. 36 da Lei Federal nº 8.987/95, que deverá cobrir, no mínimo, as parcelas dos investimentos realizados e vinculados a BENS REVERSÍVEIS, que tenham sido realizadas para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, não amortizadas ou depreciadas, e deverá considerar, para fins de cálculo da indenização, as seguintes premissas metodológicas: (...) (VIII) O valor das parcelas dos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS ainda não amortizados ou depreciados será apurado a partir do ativo intangível da CONCESSIONÁRIA, e tendo como termo final a data da notificação da extinção do CONTRATO à CONCESSIONÁRIA, de acordo com a Interpretação Técnica ICPC 01 (R1), pronunciamentos e orientações relacionadas e, ainda, respectivas revisões, todos emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, devidamente atualizado conforme o IPCA/IBGE do ano contratual do reconhecimento do investimento até o ano contratual do pagamento da indenização conforme regra de reajuste das tarifas de pedágio”.

A regulamentação mencionada foi veiculada pelo Decreto nº 7.805/2012, o qual estabelece que:

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.

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

§ 1º Os custos unitários utilizados nos estudos de que trata o *caput* serão obtidos a partir de banco de preços da EPE.

§ 2º Os projetos básicos dos empreendimentos de geração deverão ser protocolizados junto à ANEEL até 15 de outubro de 2012.

§ 3º No projeto básico do empreendimento devem constar os quantitativos de materiais, equipamentos hidromecânicos e eletromecânicos, e serviços.

Sendo assim, ao adotar o critério patrimonial ou valor de reposição, o poder concedente deverá promover os levantamentos para identificar quais seriam, no momento do encerramento do contrato, os custos necessários para implantar o referido bem<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Importante destacar que a ANAC, na consulta pública iniciada para receber contribuições sobre a minuta da resolução voltada à disciplina da indenização dos bens reversíveis, foi questionada sobre a possibilidade de se adotar o critério do valor de reposição ao invés do custo histórico. É bastante elucidativa a explicação da ANAC sobre o critério do valor de reposição: “5.5.2.1. Uma metodologia de cálculo de valor de mercado em uso busca estimar o custo de reposição das instalações, considerando-se a hipótese de troca por um bem novo idêntico ou similar ao avaliado. Primeiramente calcula-se o valor novo de reposição (VNR) e, depois, subtrai-se a depreciação realizada por taxas regulatórias. No caso de obras civis, os VNRs seriam obtidos por meio de orçamentos detalhados ou sintéticos considerando-se os preços atuais de seus componentes básicos e o custo de construção regionalizado. No caso de equipamentos, seriam realizadas cotações de mercado ou banco de preços”. A ANAC, porém, afastou a aplicação da referida metodologia pelos seguintes motivos: “5.5.2.4. No setor aeroportuário, dado o modelo regulatório aplicado, as dificuldades de aplicação da metodologia seriam ainda maiores. Primeiramente, pela não existência de base de preços própria, ressaltando que o custo de elaboração e manutenção de um banco de preços não se justificaria, uma vez que seria utilizado somente na eventualidade de uma extinção antecipada. Isto decorre da previsão contratual de amortização de todos os investimentos até o final da concessão, ou seja, no termo contratual esperado, não haveria necessidade de cálculo de valores de indenização de investimentos não amortizados. Também haveria dificuldades em decorrência das variadas características dos equipamentos utilizados nos aeroportos. No caso da precificação de obras, a ANAC ficaria dependente dos quantitativos informados nos projetos entregues pelas concessionárias, que não necessariamente refletem o que realmente foi utilizado. Ressalta-se que o acompanhamento das obras realizado pela Agência é centrado somente no cumprimento das obrigações contratuais de dimensionamento mínimo e nível de serviço, e não de preços, quantidades e orçamentos de obras. 5.5.2.5. Para além das dificuldades de operacionalização, há que se mencionar, no mérito, que essa metodologia de indenização não guarda relação com os investimentos efetivamente realizados pelo Concessionário, mas, sim, com um investimento hipotético que deveria ser realizado para a troca por um bem novo idêntico ou similar ao avaliado. (...)”

A diferença essencial entre os dois critérios é a de que o primeiro, contábil, tem por objetivo compensar o concessionário pelos custos incorridos, e o segundo, patrimonial, compensa o concessionário usando como parâmetro o valor do referido bem no momento do encerramento do contrato. É possível que, por mudanças no cenário macroeconômico, o preço para construir e disponibilizar um bem reversível no presente seja superior ou inferior àquilo que foi efetivamente incorrido pelo concessionário no passado.

Lucas Navarro Prado indica, ainda, a existência de um terceiro critério, o financeiro, que leva em conta o fluxo de receitas da concessão e a amortização financeira dos investimentos. Nas palavras do autor:

O critério financeiro reflete a aplicação da metodologia de fluxo de caixa descontado e, nesse caso, implica a assunção de diversas premissas acerca dos custos de investimento, custos operacionais, tributos, depreciação fiscal, receitas, proporção entre capital próprio e capital de terceiros e, particularmente, de uma taxa de desconto capaz de remunerar adequadamente o capital investido. [...]

A aplicação de um critério financeiro pressupõe, nesse contexto, a existência de um caso-base em que estejam preestabelecidos os custos/despesas as receitas e a taxa de desconto a serem consideradas no fluxo de caixa. A partir desse caso-base, é possível modelar a concessão para que todos os investimentos sejam amortizados financeiramente durante a vigência contratual ou, alternativamente, prever o pagamento de uma indenização ao final<sup>62</sup>.

Por sua própria natureza, o critério financeiro não parece adequado para definir o valor de indenização devido ao concessionário, ao final da concessão, por investimentos não amortizados. Esse critério é mais adequado para precificar a indenização em um cenário de extinção antecipada, conforme foi cogitado para viabilizar as indenizações no âmbito dos processos de relicitação perante a ANTT e a ANAC.

Baseado no fluxo de caixa descontado, conforme indica o autor, o critério financeiro serve para operacionalizar financeiramente a mensuração de desequilíbrios identificados durante a execução do contrato. No entanto, sua aplicação pressupõe a escolha de parâmetros para determinar os itens desse fluxo de caixa. Em relação às obrigações de investimento originais, o próprio plano de negócios, quando existente, poderá servir como caso-base. No

---

5.5.2.7. Assim, em decorrência, por exemplo, de inovações tecnológicas, o valor apurado pelo VNR pode ser maior ou menor que o valor investido pelo Concessionário à época do efetivo investimento mesmo que atualizado pela inflação do período, o que levaria a valores inconsistentes para indenizar os investimentos efetivamente realizados”. (Nota Técnica nº 8/2019/GEIC/SRA exarada no âmbito do processo de consulta pública).

<sup>62</sup> PRADO, Lucas Navarro. *Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/95*. In: Oliveira, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*: Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 291.

entanto, a indeterminação persiste em relação a novos investimentos, os quais precisarão ser devidamente mensurados para orientar o cálculo da indenização.

Imagine-se a seguinte situação: o poder concedente, em certo ano da concessão, determinou que o concessionário construísse um viaduto sobre a rodovia, sem ter apresentado qualquer parâmetro para a precificação desses investimentos nem indicado minimamente como o concessionário seria compensado por esse investimento adicional.

No advento do termo contratual, não é possível estimar um fluxo de caixa futuro justamente porque o prazo de concessão já se extinguiu ou está próximo de ser extinto. É preciso avaliar e precificar os investimentos realizados a fim de indenizar o concessionário. Existem, basicamente, duas formas de se proceder com essa análise: levando em conta os valores incorridos pelo concessionário – valor esse que poderá estar limitado ou não aos preços indicados na proposta ou no estudo de viabilidade do projeto (*critério contábil*) –, ou levando em conta os valores que seriam incorridos para a construção de uma nova infraestrutura (*valor de reposição*).

Por essa razão, parece mais adequado interpretar o critério financeiro, indicado acima, não como um critério para apurar a indenização devida ao concessionário, mas sim como forma de operacionalizar o pagamento da indenização. Seu uso seria complementar e entraria em ação após a devida mensuração dos investimentos adicionais e não amortizados realizados pelo concessionário.

#### **4.5. Manifestação doutrinária sobre o momento em que a indenização deve ser paga**

O artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 estabelece 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. Já o artigo 37, ao definir a encampação, determina que a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão está condicionada à existência de lei autorizativa e ao prévio pagamento da indenização.

Percebe-se que, na encampação, o concessionário deverá ser indenizado pelos investimentos realizados antes de transferir o objeto da concessão ao poder concedente. Ou seja, a encampação se aperfeiçoa apenas com o pagamento da indenização prévia. No caso da extinção pelo decurso do prazo contratual, essa condição não está prevista de forma tão clara. O artigo 35, §4, da Lei nº 8.987/1995 determina que o poder concedente, antecipando-se à

extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação do montante da indenização que será devida ao concessionário, mas não prevê, expressamente, que o pagamento deverá ser realizado como condição prévia à retomada do objeto da concessão, tal como ocorre com a encampação.

Alguns doutrinadores já se posicionaram a respeito do tema. Marçal Justen Filho, por exemplo, defende que a indenização prévia é uma condição necessária à retomada da concessão:

A indenização deverá ser prévia ao apossamento dos bens pelo Estado. Se há necessidade de certos bens privados para a satisfação do interesse público, a Constituição autoriza a desapropriação – que deve fazer-se mediante prévia e justa indenização. A circunstância de o proprietário ser concessionário e utilizar os bens na prestação do serviço público não altera o panorama jurídico. Aliás, muito pelo contrário. Se o particular realizou investimentos em bens, que estão sendo utilizados para a satisfação das necessidades coletivas, impõe-se ainda mais fortemente o dever de indenizá-lo adequadamente. Não é possível defender que um particular qualquer, quem nem colaborou com o Estado, não realizou investimentos em bens utilizados nos serviços públicos, tenha proteção jurídica mais intensa do que o concessionário.<sup>63</sup>

Maurício Portugal Ribeiro, por sua vez, defende que o contrato pode condicionar a assunção dos serviços públicos ao pagamento da indenização:

Se pode o Poder Público conceder o serviço, se pode o Poder Público prorrogar o contrato (muitos contratos permitem a sua prorrogação) e estabelecer as condições de assunção do serviço, quando da extinção do contrato? Sem dúvida, está dentro da liberdade de disposição do Poder Concedente pela via contratual a estipulação das condições da assunção do serviço pelo Poder Público, quando da extinção do contrato, ou se preferirem usar uma linguagem mais da teoria do direito: o contrato pode reger as condições da eficácia da sua extinção, condicionando a transferência da operação dos serviços ao prévio pagamento pelo Poder Público das indenizações cabíveis ao parceiro privado<sup>64</sup>.

O referido autor entende que, mesmo no silêncio do contrato, a indenização prévia seria devida por força do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995, ou seja, o poder concedente teria discricionariedade para disciplinar o assunto contratualmente, determinando como será realizada a identificação, a quantificação e o pagamento da indenização pelos investimentos não amortizados ou depreciados. Nos casos em que o contrato nada diga a respeito, o concessionário teria o direito à indenização garantida pelo artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

---

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 336.

<sup>64</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 175.

Maurício Portugal Ribeiro aponta também que o entendimento contrário poderá causar um incentivo econômico para que o concessionário suspenda os novos investimentos ou minimize-os já nos últimos anos de contrato, colocando em risco a qualidade e a continuidade da prestação do serviço<sup>65</sup>.

Para ele, a jurisprudência tem consolidado o entendimento de que a indenização prévia à assunção dos serviços não é exigida. No entanto, o autor faz um esclarecimento importante de que o conjunto de precedentes diz respeito especificamente ao setor de saneamento, tendo em vista contratos de concessões, na maior parte das vezes, celebrados antes mesmo da Lei nº 8.987/1995 e sem processo licitatório prévio. Ressalta, ainda, que não existem precedentes em relação aos contratos celebrados após a expedição da Lei nº 8.987/1995:

Esses contratos em regra não chegaram ao seu termo, e, por isso, estamos ainda por ver como a jurisprudência se posicionará em relação às suas cláusulas que estabelecem o pagamento das indenizações ao parceiro privado prévio à assunção do serviço pelo Poder Concedente<sup>66</sup>.

Carlos Ari Sundfeld defende que a indenização deverá ser paga anteriormente à retomada da concessão. Esclarece, ainda, que qualquer direito reconhecido ao concessionário deverá ser gozado *in natura* durante o período da concessão. Isso leva à conclusão de que o contrato não poderá ser extinto até que seja feita a apuração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por investimentos feitos em bens reversíveis que não tenham sido amortizados. A recomposição poderá ser feita pelos diversos instrumentos à disposição do poder concedente, tais como aumento da tarifa, prorrogação do prazo do contrato ou até mesmo por meio do pagamento de indenização, desde que feito anteriormente à extinção do contrato. Caso o poder concedente não proceda dessa forma, estar-se-á diante de uma hipótese de expropriação indireta dos direitos contratuais do concessionário<sup>67</sup>.

Eros Grau, concordando que o pagamento da indenização deve ser feito previamente à reversibilidade dos bens, vai além, e defende o direito de o concessionário reter os bens reversíveis como forma de prevenir o enriquecimento sem causa da Administração Pública. Para isso, o autor faz uma diferenciação entre “extinção da concessão” e “encerramento do

---

<sup>65</sup>RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 176.

<sup>66</sup>RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 176.

<sup>67</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição “*in natura*” da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1997-2017)*. São Paulo, Belo Horizonte, Malheiros Editores, 2017, p. 251.

contrato”: o primeiro ocorre com o advento do termo contratual; e o segundo, apenas mediante a solução de desequilíbrios existentes.

Eros Grau ressalta que a Constituição Federal (artigo 37, inciso XXI) e a legislação infraconstitucional asseguram ao concessionário o direito à manutenção do equilíbrio do contrato<sup>68</sup> e, para isso, a Administração Pública tem o dever de prorrogar o contrato quando essa for a única forma possível para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, o autor ressalta que, em caso de recomposição por meio de indenização, o pagamento deverá ser realizado previamente à retomada da concessão<sup>69</sup>.

Além disso, segundo o autor, eventuais desequilíbrios não corrigidos impedem a amortização e depreciação dos investimentos realizados em bens reversíveis. Enquanto tais desequilíbrios não forem solucionados, o poder concedente, embora possa extinguir a concessão, não poderá dar por encerrado o contrato. Esse encerramento depende da correção dos desequilíbrios em aberto, o que poderá ser feito, como já indicado, por prorrogação contratual ou indenização prévia das parcelas de investimentos não amortizadas.

A retomada, ou melhor, a apropriação dos bens construídos ou adquiridos pelo concessionário, sem o pagamento de indenização prévia acarretará o enriquecimento sem causa do poder concedente, algo vedado pelo artigo 884 do Código Civil. Sendo assim, o concessionário poderá reter esses bens até o pagamento da indenização, de modo a garantir a recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro e evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Como visto anteriormente, os primeiros contratos de concessão rodoviária, com exceção dos contratos da segunda etapa de concessões federais, eram silentes ao momento em que a indenização deveria ser paga, replicando a indeterminação contida na Lei nº 8.987/1995. Os contratos mais recentes também não trazem a garantia de indenização prévia à retomada da concessão. Os contratos do Estado de São Paulo, inclusive, vedam qualquer pagamento de indenização por investimentos não amortizados ao fim da concessão.

O capítulo a seguir apresentará como esse tema vem sendo recepcionado pelo judiciário brasileiro, como foco nas extinções de contratos de concessão no âmbito do programa de concessões do Estado do Rio Grande do Sul e dos precedentes formados no Superior Tribunal de Justiça envolvendo o setor de saneamento básico. No capítulo sexto será

---

<sup>68</sup> GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e artigo 884 do Código Civil. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 261, set/dez. 2012, p. 36-36.

<sup>69</sup> GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e artigo 884 do Código Civil. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 261, set/dez. 2012, p. 36-36.

apresentada a interpretação reputada como mais adequada para solucionar a indeterminação quanto ao momento em que a indenização deve ser paga.

#### **4.6. Síntese da análise relativa às contribuições doutrinárias**

A indeterminação normativa observada nos primeiros contratos de concessão foi objeto de diversas reflexões por parte da doutrina administrativa. A contribuição da doutrina administrativa abrange critérios para identificação dos bens reversíveis e, conseqüentemente, dos investimentos nele realizados, na apuração do valor de indenização e na definição do momento em que a indenização deverá ser paga.

A regulação setorial recente, refletida em atos administrativos e na redação dos contratos, aponta diversos critérios para solucionar aquelas indeterminações observadas nos primeiros contratos, especialmente no que diz respeito à identificação dos investimentos e na apuração do valor da indenização devida.

Nesse sentido, é preciso observar que os critérios apontados pela doutrina administrativista, embora bastante úteis em um cenário de lacuna normativa, atualmente têm um caráter subsidiário. Como já esclarecido, tais critérios foram pensados para suprir a falta de regulação do tema nos primeiros contratos de concessão. A indicação clara e precisa do conjunto de ativos que serão enquadrados como bens reversíveis é fundamental não apenas para garantir a continuidade do serviço público, como também para evitar distorções econômicas na relação entre poder concedente e concessionário. Caso os contratos indiquem quais são os bens reversíveis e, principalmente, especifique quais não devem ser enquadrados como tal, os critérios doutrinários apontados anteriormente não deveriam ser aplicados, pois não possuem aptidão para suplantarem a própria redação contratual.

Em determinados casos, poderá haver bens que sejam necessários para a prestação dos serviços públicos, mas que, por alguma decisão de modelagem econômica, não foram qualificados como bens reversíveis. É o que ocorre, por exemplo, nas concessões de transporte de passageiros no município de São Paulo. O contrato de concessão imputa ao concessionário a obrigação de adquirir os ônibus necessários para prestar o serviço de transporte coletivo, bem como adquirir terrenos para a instalação de garagens destinadas ao abrigo e à manutenção da frota de ônibus. Entretanto, o contrato estabelece expressamente que esses ativos não serão enquadrados como bens reversíveis<sup>70</sup>. Conseqüentemente, em caso de extinção contratual

---

<sup>70</sup> Em relação à aquisição das garagens, o contrato estabelece o seguinte: 3.9. Para o início da operação, a concessionária deverá dispor de garagem(ns) para abrigo, abastecimento e manutenção da frota operacional, bem

antecipada, por exemplo, o concessionário não teria direito de obter indenização sobre os investimentos realizados na aquisição desses ativos, uma vez que eles não foram enquadrados como bens reversíveis.

Esse é apenas um exemplo de eventual divergência entre a regulação contratual e os critérios veiculados pela doutrina administrativista. O mesmo ocorreria, por exemplo, em eventual divergência entre o critério estabelecido em contrato para mensurar a indenização de investimentos não amortizados e o critério reputado como mais adequado pela doutrina. Essa divergência, aparente, deveria ser resolvida mediante a preponderância da regra estabelecida no próprio contrato.

É preciso observar, contudo, que poderá haver espaço para discussão frente a temas insuficientemente regulados ou regulados em contrariedade com o direito positivo. É o exemplo, como será visto a seguir, da regra contida nos contratos de concessão de São Paulo que vedam qualquer indenização ao concessionário por investimentos não amortizados ao final da concessão.

---

como para realização dos serviços administrativos de apoio, observando-se todo o disposto no Anexo V deste contrato. A(s) garagem(ns) da concessionária deverá(ão), preferencialmente, estar(em) localizada(s) no perímetro do(s) seu(s) lote(s) de concessão.3.9.4. Na hipótese da contratada não dispor de local para abrigo, abastecimento e manutenção da frota operacional, bem como para realização dos serviços administrativos de apoio, fica outorgado à concessionária a promoção das desapropriações concernentes aos imóveis vinculados ao Transporte Coletivo Público de Passageiros no Município de São Paulo, sendo deles a responsabilidade pelas indenizações cabíveis, nos termos do inciso VIII do artigo 29 da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nos termos do art. 10 do Decreto Municipal nº 58.200/2018 e alterações.3.9.4.5. As garagens desapropriadas pelos concessionários integrarão seu patrimônio, não revertendo ao Poder Público ao final da concessão, nos termos do artigo 17, §4º, II, da Lei Municipal nº 13.241/2001”. Por sua vez, a não reversibilidade da frota de ônibus está disposta em diversos anexos, como, por exemplo, na seguinte passagem: “Tendo como base a rede licitada, com a configuração das linhas e critérios de dimensionamento apresentados no Anexo III deste Edital, a frota máxima necessária para início de operação, **que é um investimento não reversível**, é apresentada na Tabela Frota Operacional (Fonte: SPTrans – DT/SPE) que segue, respectivamente para todos os lotes da Concessão” (grifos do autor).

## 5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

### 5.1. Análise dos precedentes judiciais no âmbito das concessões de rodovias

Neste capítulo serão analisadas ações judiciais propostas por concessionárias rodoviárias em face do poder público visando ao reconhecimento do direito de indenização, com base no artigo 36 da Lei 8.987/1995.

#### *5.1.1. Sulvias S.A. versus União e Estado do Rio Grande do Sul: Ação ordinária n° 5047900-62.2012.4.04.7100*

A União celebrou com o Estado do Rio Grande do Sul seis convênios de delegação por meio do qual outorgou ao Estado 6 (seis) diferentes lotes rodoviários. Em 1995, o Estado do Rio Grande do Sul iniciou seu programa estadual de concessão rodoviária, operado pelo Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem (DAER), com o objetivo de outorgar à iniciativa privada a administração de determinados trechos rodoviários estaduais, incluindo aqueles recebidos pela União por meio dos convênios de delegação.

No ano seguinte, os ativos rodoviários foram divididos nos polos Vacaria, Santa Cruz do Sul, Metropolitano, Lajeado, Gramado, Caxias do Sul e Carazinho, constando a autorização para a desestatização de cada um desses trechos, respectivamente, nas Leis Estaduais n°s 10.704/1996, 10.703/1996, 10.700/1996, 10.698/1996, 10.699/1996, 10.705/1996 e 10.702/1996. Todos esses contratos já foram encerrados e, como será analisado a seguir, com elevado grau de litigiosidade entre as partes.

O polo Lajeado foi outorgado, em 1998, à Concessionária de Rodovias Sulvias S.A.

A concessionária, em agosto de 2012, apresentou, pelo menos, duas ações judiciais em face do DAER/RS, DNIT, Estado do Rio Grande do Sul, União e ANTT, objetivando a declaração judicial de existência de desequilíbrio contratual<sup>71</sup> em seu desfavor, alegadamente reconhecido em âmbito administrativo, e posterior adimplemento dos valores devidos pelo Poder Concedente.

Interessante notar, contudo, que embora essas ações judiciais tenham sido iniciadas para buscar a recomposição do equilíbrio econômico do contrato, elas passaram a veicular a

---

<sup>71</sup> No âmbito do Processo n° 5047900-62.2012.4.04.7100, o desequilíbrio argumentado pela Concessionária permeia a matriz de risco contratual (serviço de reboque) e, no Processo n°5044507-32.2012.404.7100, a não realização de ajustes tarifários pelo Poder Concedente durante os anos 2004, 2010, 2011 e 2012.

tese de que o contrato de concessão não poderia ser encerrado enquanto não fossem compensados os créditos da concessionária. Havia, inclusive, pedido liminar para que o poder público não tomasse qualquer medida voltada à extinção do contrato de concessão enquanto não fossem compensados os desequilíbrios. Trata-se, como será analisado mais à frente, de uma interpretação ampliativa do direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995, que assegura o direito à indenização por investimentos não amortizados realizados para manter a continuidade e atualidade da concessão.

No caso da Sulvias, será analisada como amostra a ação judicial nº 5047900-62.2012.4.04.7100, promovida pela concessionária em decorrência da ausência ou atraso da concessão de reajustes das tarifas de pedágio referente aos anos de 2004, 2010, 2011 e 2012<sup>72</sup>.

Na referida ação, a concessionária requereu a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para neutralizar os efeitos da ausência ou atraso na promoção do reajuste tarifário, requerendo, ainda, que a referida recomposição fosse convertida em indenização caso o contrato de concessão fosse encerrado antes do provimento judicial. A concessionária, diante da proximidade do encerramento do contrato, apresentou um pedido liminar, de forma superveniente, para obrigar os réus a não extinguir ou praticar qualquer ato em direção à extinção do contrato de concessão até que houvesse o pagamento de indenização à concessionária.

Segundo a argumentação apresentada, o dano irreparável reside na violação, pelos réus, da regra contratual de pagamento das indenizações cabíveis antes da extinção do contrato de concessão. Os pedidos de tutela de urgência foram negados pelo judiciário em primeira instância, sob as justificativas de que a retomada da prestação dos serviços pelo Poder Concedente não prescinde da prévia indenização da concessionária.

O Estado do Rio Grande do Sul, o DAER/RS e a AGERS apresentaram contestação conjuntamente, defendendo, no mérito, a improcedência da ação e afirmando, em relação ao pedido de indenização prévia, que o seu pagamento não é condição para retomada da concessão.

A concessionária sustentava a tese de que a concessionária teria direito à indenização prévia por eventuais créditos não satisfeitos pelo poder concedente. Veja-se:

Isso significa dizer: os RÉUS, quando deflagraram a licitação, lançaram edital ofertando aos particulares o direito de explorar as rodovias com base em direitos e

---

<sup>72</sup> Ação pelo procedimento comum nº 5047900-62.2012.4.04.7100, que tramitou perante a 4ª Vara Federal de Porto Alegre, tendo como Autora a Sulvias Sa Concessionária de Rodovias e como Ré Agência Estadual De Regulação Dos Serviços Públicos Delegados Do Rio Grande Do Sul – AGERGS.

obrigações bem delimitados e, dentre estes direitos, está o de a AUTORA ser indenizada previamente pelos investimentos realizados e não amortizados.

Além de esta garantia ser da lógica dos contratos de concessão, trata-se, no caso em exame, de uma das condições objetivas do CONTRATO. (...)

Em contratos de longa maturação – como os contratos de concessão em geral – o prazo contratual caracteriza-se como verdadeira cláusula econômica (na exata medida em que configura o lapso temporal em que os investimentos realizados pelo particular deverão ser amortizados), não podendo ser alterado unilateralmente pela Administração. Ora, ao CONTRATO trazer expressa previsão de que, enquanto não amortizados os investimentos realizados, não poderá haver reversão dos bens, está, na verdade, outorgando garantia à AUTORA de que receberá sua justa remuneração ao longo do contrato (e não pela nefasta via de precatórios).

Além de contemplada expressamente no CONTRATO (como permite o artigo 23 da Lei 8.987/1995), tal garantia encontra amparo na legislação. Nos termos do artigo 36 da Lei 8.987/1995, a retomada da concessão com o advento do termo contratual pressupõe a **indenização prévia** do concessionário, referente ao montante ainda não amortizado. Ao prever as hipóteses de retomada da concessão pelo concedente, o legislador é ainda mais claro quanto à indenização como condição prévia e indispensável. Ou seja, além de não proibir a previsão de indenização como condição à extinção do CONTRATO, a Lei Geral de Concessões consagra este entendimento<sup>73</sup>.

A disputa entre Sulvias e o poder concedente dizia respeito, exclusivamente, à existência de desequilíbrios não compensados. Não foi objeto de discussão eventual efeito desses desequilíbrios na capacidade de a concessionária amortizar os investimentos realizados em bens reversíveis.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo tribunal em março de 2013 com base no entendimento de que a retomada da prestação dos serviços pelo Poder Público não está condicionada à prévia indenização. O Desembargador Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, no âmbito de agravo de instrumento interposto contra a decisão de primeira instância que negou a antecipação de tutela, confirmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à impossibilidade de prorrogação contratual, ainda que pendente o recebimento de eventual crédito devido à concessionária. Lê-se a ementa da decisão:

CONSTITUCIONAL E 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.

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.

Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a

<sup>73</sup> Extrato retirado da petição de antecipação parcial dos efeitos da tutela, p. 9. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 4ª Vara Federal de Porto Alegre. *Processo nº 5044507-32.2012.4.04.7100*. Autora: Sulvias Sa Concessionária de Rodovias. Ré: Agência Estadual De Regulação Dos Serviços Públicos Delegados Do Rio Grande Do Sul – AGERGS).

imediate 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.

Ademais, o Poder Público somente pode transigir ou renunciar a direitos e prerrogativas em casos especiais, devidamente autorizado por lei, o que não é o caso dos autos<sup>74</sup>.

A sentença da Ação Ordinária nº 5044507-32.2012.404.7100, publicada em 30 de janeiro de 2017, julgou procedente o pedido elaborado pela concessionária, para condenar o Estado do Rio Grande do Sul e a DAER/RS a ressarcirem a autora às perdas de receitas decorrentes do parcelamento do reajustamento das tarifas básicas de pedágio no ano 2004, da ausência de reajuste nos anos de 2010 e 2011, e atraso no reajuste no ano de 2012. Os recursos de apelação interpostos não alteraram substancialmente o entendimento da primeira instância. Considerando que o reconhecimento desse crédito ocorreu após a extinção do contrato de concessão, o reequilíbrio foi convertido necessariamente em condenação indenizatória.

### ***5.1.2. Rodoviária do Planalto S.A. versus DAER/RS, DNIT, Estado do Rio Grande do Sul e União: Ação ordinária nº 5053145-54.2012.4.04.7100***

Em 1998, a Concessionária Rodoviária do Planalto S.A. (referenciada como Coviplan) celebrou contrato de concessão com o Estado do Rio Grande do Sul, tendo por objeto a exploração do trecho rodoviário denominado polo Carazinho, infraestrutura rodoviária federal delegada ao Estado do Rio Grande do Sul por meio de convênio de delegação.

A concessionária ajuizou, em 17 de setembro de 2012, ação ordinária em face do DAER/RS, do DNIT, do Estado do Rio Grande do Sul e União, buscando reequilíbrio contratual<sup>75</sup> já reconhecido pelas vias administrativas, assim como a indenização prévia ao término contratual. Em suma, a concessionária alegou que o reequilíbrio em questão foi reconhecido pelo DAER-RS e seu pagamento protelado por 6 anos, de forma que se acumulou com o pagamento de indenização prévia referente a reversão dos bens diante do advento do termo contratual. Requereu, assim, o pagamento dos valores devidos ou a prorrogação do

---

<sup>74</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma. *Agravo de Instrumento nº 5016638-20.2013.4.04.0000/RS*. Constitucional e 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. Relator Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em 21 de agosto de 2013.

<sup>75</sup> O reequilíbrio pleiteado abrangeu: (i) o surgimento de rotas de fuga ao longo da rodovia; (ii) não concessão de reajustes contratuais previstos; (iii) redução da tarifa de pedágio por ato unilateral; (iv) isenções tarifárias a veículos oficiais, nos termos de legislação nova; e (v) alteração na majoração das alíquotas no ISS.

prazo contratual capaz de amortizar os valores correspondentes<sup>76</sup>. Veja-se:

Como se nota de uma simples leitura do dispositivo legal colacionado acima, diferentemente do que ocorre nos casos de encampação (art. 37 da Lei de Concessões), não há previsão expressa quanto ao momento em que deve ser paga a indenização pela reversão de bens ainda não amortizados ou depreciados.

Embora o art. 36 da Lei 8.987/1995 não traga previsão expressa quanto a esse ponto, a própria Lei de Concessões oferece a solução a essa aparente lacuna.

Com efeito, de acordo com o art. 23, incisos X e XI da Lei de Concessões, são cláusulas essenciais do contrato aquelas que dispunham quanto aos bens reversíveis e a forma de pagamento das indenizações devidas às concessionárias. Desse modelo, com base nesses dispositivos legais, verifica-se que as questões relativas à reversão dos bens e as indenizações devidas às concessionárias podem ser livremente pactuadas entre as partes contratantes, em prestígio ao princípio da autonomia das vontades.

Colocando a questão de outra forma, o legislador possibilitou que as partes dispusessem livremente quanto à questão relativa à indenização da concessionária, de modo a proteger o investimento realizado e atender da melhor forma possível o escopo do serviço público objeto da concessão.

É bom que se diga que a proteção ao direito à indenização do contratado, além de encontrar supedâneo na Lei de Concessões e no Contrato em discussão, também encontra respaldo na lei geral de contratações públicas.

A indenização ao particular não é uma escolha discricionária da administração, e sim um dever! A recusa da Administração em compor os prejuízos derivados de seu inadimplemento conduziria à destruição dos princípios basilares que devem nortear toda e qualquer contratação pública, notadamente o princípio da moralidade administrativa, da boa administração e segurança jurídica.<sup>77</sup>

O Estado do Rio Grande do Sul e o DAER/RS apresentaram contestação de forma conjunta, rejeitando o mérito alegando que houve confusão por parte autora quanto aos valores eventualmente devidos a título de desequilíbrio contratual e aqueles a título de indenização pela não amortização dos bens reversíveis, e impossibilidade de continuação na posse da concessão, uma vez que advindo o termo contratual. Veja-se:

A Autora confunde a necessidade de reequilíbrio com a indenização dos bens reversíveis que ainda não estejam amortizados ao fim da concessão, buscando, através desta ação, a sustação do contrato e o seu término apenas sob a condição da prévia indenização. Contudo, sem razão, senão por imperativo lógico, como antes destacado, por fundadas razões de direito, a seguir expostas.

Em primeiro lugar, a Lei nº 8.987/95 disciplina que se extingue a concessão com o advento do termo contratual, quando retornam ao Poder Concedente todos os bens

---

<sup>76</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Procedimento comum nº 5053145-54.2012.4.04.7100. 4ª Vara Federal de Porto Alegre. Autor: Coviplan Concessionaria Rodoviária do Planalto S.A., Réu: Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER/RS.

<sup>77</sup> Extrato retirado da petição inicial, p. 38.

reversíveis e opera-se a imediata assunção do serviço pelo Estado (ou por um novo concessionário).

Em segundo lugar, as cláusulas contratuais e legais não autorizam a conclusão de inviabilidade do término da concessão na pendência de investimentos não-amortizados, porque a eventual necessidade de indenização vem prevista no § 4º do art. 35 da Lei, que determina ao Poder Concedente a devida programação das atividades imprescindíveis ao encerramento do contrato, a fim de que o acerto de contas com a concessionária seja realizado até o advento do termo final da concessão.

Em terceiro lugar, a eventual necessidade de indenização por bens reversíveis não completamente amortizados não pode ser confundida, como pretende a Autora, com o reequilíbrio econômico-financeiro, pelo simples fato de que a amortização de tais bens pode ser verificada mesmo em um cenário de desequilíbrio.<sup>78</sup>

Percebe-se, neste caso, que os advogados da concessionária e os procuradores do Estado do Rio Grande do Sul divergiam significativamente sobre o alcance atribuído ao artigo 36 da Lei 8.987/1995. Os advogados da concessionária sustentavam direito à indenização prévia por eventuais créditos decorrentes de desequilíbrios não compensados durante a vigência do contrato. Os procuradores do Estado, por sua vez, interpretavam o direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 como aplicável apenas em caso de investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados.

Diante da proximidade do termo contratual nos termos do Poder Concedente, previsto para 06 de março de 2013, a Concessionária requereu a antecipação da tutela, em janeiro de 2012, com o objetivo de obstar o encerramento do contrato de concessão. O pedido foi parcialmente procedente, para garantir o prazo contratual até 28 de dezembro de 2013 ou até o julgamento da ação ora discutida, se esse ocorrer antes do termo final da concessão. A concessionária, não satisfeita, interpôs outro agravo de instrumento para pleitear a extensão do prazo até o devido pagamento dos valores devidos pelo Estado do Rio Grande do Sul, o qual foi negado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>79</sup>. Não houve julgamento do mérito até o momento.

### ***5.1.3. Outras disputas envolvendo concessionárias do Rio Grande do Sul***

As concessionárias Convias, Metrovias, Rodosul e Santa Cruz Rodovias ajuizaram

---

<sup>78</sup> Trecho extraído da contestação apresentada pelo Estado do Rio Grande do Sul, p.162/163.

<sup>79</sup> Decisão proferida no agravo de instrumento 5001851-83.2013.4.04.0000/RS. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma. *Agravo de instrumento nº 5001851-83.2013.4.04.0000*. Liminar. Concessão de rodovia. Prazo final do contrato. Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Julgado em 1º de março de 2013).

ações em face do Estado do Rio Grande do Sul buscando o mesmo objetivo: reconhecimento do direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e reconhecimento do direito de receber indenização prévia, por conta desses desequilíbrios, como condição ao encerramento do contrato.

Assim como nas ações anteriores, houve divergência quanto à extensão do direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995: as concessionárias invocavam o referido dispositivo para fundamentar sua pretensão em obstar o encerramento do contrato até o acerto de contas envolvendo os desequilíbrios em aberto, enquanto que o Estado sustentava a interpretação de que esse direito é aplicável apenas ao montante equivalente aos investimentos realizados em bens reversíveis e não amortizados e que, mesmo nesse cenário, não seria devida indenização prévia. Para evitar uma repetição desnecessária, evitou-se veicular aqui o relatório processual de tais ações. Interessa mencionar, no entanto, que em todos esses casos, à semelhança do que aconteceu nas ações anteriores, o TRF-4 não se sensibilizou aos pedidos para obstar o encerramento do contrato de concessão.

**5.1.4. Rodovia Osório Porto Alegre S.A. versus e ANTT: Ação ordinária nº 1006176-02.2017.4.01.3400 e Ação ordinária nº 1011971-52.2018.4.01.3400**

O trecho referente à BR 290/RS - Trecho Osório – Porto Alegre/ Entroncamento BR 116/RS (Guaíba) foi outorgado à Concessionária da Rodovia Osório Porto Alegre S.A. (“Concepa”) em 04 de março de 1997. No momento de celebração do contrato de concessão, a previsão de seu encerramento era em 07/2017.

Em 27 de junho de 2017, a concessionária ajuizou ação para imputar à ANTT a obrigação de manifestar-se sobre os pedidos de reequilíbrio apresentados e, em caráter liminar, requereu que fosse determinada à ANTT que se abstinhasse de qualquer medida voltada à retomada da concessão. O pedido foi baseado na cláusula 112 do contrato de concessão, *in verbis*:

Nos casos de advento do **termo contratual** e encampação, o DNER, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação do montante da indenização devida à CONCESSIONÁRIA, na forma prevista neste CONTRATO.

Antes de que fosse apreciada a tutela de urgência pleiteada, a ANTT apresentou

petição intercorrente, em 30 de junho de 2017, por meio da qual sustentou que houve perda do objeto da lide diante da celebração de aditivo contratual prorrogando o prazo contratual pelo período de 12 meses. O termo aditivo foi celebrado com base na Resolução nº 5.373/2017, o qual disciplina a prorrogação do contrato até a conclusão de novo procedimento licitatório voltado à escolha do novo parceiro privado.

A concessionária, no entanto, reforçou em 18 de julho de 2017 seu interesse em manter o julgamento do mérito da demanda, visto que o aditivo que prorrogou o contrato de concessão não contou com manifestação sobre os pedidos de reequilíbrio formulados.

Em decisão proferida em setembro de 2017, o juízo entendeu pela perda de objeto da medida da urgência, mas reconhecendo que subsistia interesse de agir quanto ao mérito.

Em 26 de outubro de 2017, a ANTT apresentou sua contestação, alegando, basicamente, que a concessionária não faria jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Posteriormente, a Concessionária apresentou nova manifestação em que trouxe ao conhecimento do juízo a mora da ANTT em analisar o pleito e pedindo a concessão da tutela de urgência para que se determinasse à ANTT a conclusão dos processos administrativos de reequilíbrio no prazo de até 30 (trinta) dias. O pedido foi deferido, em decisão do dia 20 de março de 2018.

Em face dessa decisão, a ANTT proferiu decisão administrativa negando todos os pleitos de reequilíbrio da concessionária, sob a justificativa de que não haveria elementos suficientes para reconhecimento e apuração dos supostos desequilíbrios.

A decisão administrativa levou a Concessionária a adotar duas medidas. A primeira delas foi a apresentação de um novo pedido de tutela de urgência, nessa mesma ação, no qual pleiteou a extensão do prazo do Contrato de Concessão até a decisão final da ANTT acerca dos pedidos de reequilíbrio formulados.

A tutela de urgência foi dessa vez indeferida sob o entendimento de que o objeto do pedido ultrapassava o objeto da decisão anterior, pois visava uma nova instrução do processo administrativo que era objeto da ação. O pedido da concessionária se baseava em pontos que não teriam sido analisados pela ANTT em sua decisão, ou seja, contestava o mérito da decisão administrativa em si, indo além do próprio escopo da ação, que objetivava tão somente garantir à concessionária o direito de ter o seu pleito analisado, e não aprovado.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> A ação seguiu seu rito regularmente, tendo sido apresentada petição pela ANTT em 10 de março de 2020 informando e requerendo a juntada do Contrato de Concessão nº 01/2019, referente à nova concessão, e pedindo

A segunda medida adotada pela Concepa em face da decisão administrativa da ANTT foi o ajuizamento de uma outra ação em junho de 2018 (1011971-52.2018.4.01.3400), objetivando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato mediante prorrogação do contrato de concessão. Em caráter liminar, pediu-se providência de urgência para que a ANTT se abstenha de retomar o serviço enquanto não cumprida a obrigação de reequilibrar o contrato de concessão.

A concessionária sustentou a tese de que eventuais desequilíbrios não solucionados pelo poder concedente impediriam a retomada da concessão, uma vez que os desequilíbrios deveriam ser compensados mediante prestações materiais no próprio contrato de concessão. A inicial foi instruída com parecer do Professor Carlos Ari Sundfeld em conjunto com a Professora Vera Monteiro. Respondendo ao quesito específico sobre a possibilidade de retomada sem pagamento da indenização, os pareceristas se pronunciaram da seguinte forma:

O concedente está evidentemente obrigado à composição prévia de créditos e débitos. Não pode, apenas pelo advento formal do termo contratual, querer privar de imediato a concessionária da exploração do serviço, suprimindo-lhe a fonte de receitas capaz de viabilizar o recebimento dos créditos remanescentes. O estado incidiria em evidente enriquecimento ilícito se pudesse, mesmo inadimplente, tomar dos serviços e bens, implantados ou melhorados justamente à custa dos investimentos e trabalhos da concessionária, e, sem quaisquer ônus, passar a fruir das correspondentes receitas, desviando-as de sua destinação natural, que é o pagamento desses investimentos e trabalhos. O estado não pode agir assim, em evidente má fé.

Por isso mesmo, a Lei de Concessões, tratando, tanto do fim normal do contrato pelo transcurso de seu prazo, quanto da encampação, exigiu que a composição financeira entre as partes em relação a créditos e débitos ainda pendentes fosse feita concomitantemente à reversão dos bens e dos serviços concedidos, como condição dela – e não depois.

Isto é muito importante: a composição financeira é condição da retomada da concessão pelo estado, não bastando o simples advento do termo contratual.

É certo que os bens, direitos e privilégios – isto é, o serviço – reverterão ao concedente quando “extinta a concessão” (art. 35, §§ 1º a 3º), mas, segundo a lei, isso depende da prévia adoção das providências exigidas pelo § 4º do mesmo art. 35. E este dispositivo foi bastante claro: “o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária”.

Trata-se, portanto, de providência anterior à extinção, não posterior.

Qual a razão dela?

O art. 36 o esclarece de modo cabal: “a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização...”. É a indenização que faz reverterem os bens e serviços, e não o contrário.<sup>81</sup>

---

pelo reconhecimento do perecimento dos pedidos da Concessionária. Desde então a ação aguarda o julgamento definitivo.

<sup>81</sup> Documento 22 (Id. 6307163) do processo nº 1011971-52.2018.4.01.3400 (BRASIL. Ação de procedimento comum nº 1011971-52.2018.4.01.3400. 9ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. Autora: Concessionária da Rodovia Osório Porto Alegre S.A.). Réus: Agência Nacional de Transportes Terrestres e União Federal. Juíza Flávia de Macêdo Nolasco).

Em 05 de julho de 2018, foi negada a tutela de urgência. O juiz compreendeu pela inexistência de elementos suficientes para afastar a presunção de legitimidade da decisão da ANTT que negou o pleito, havendo dúvidas sobre a existência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e sobre o valor eventualmente devido, o que retiraria a probabilidade do direito necessária ao deferimento da medida excepcional pleiteada. Além disso, considerou que outro fator que impedia o deferimento da tutela de urgência era o caráter irreversível da medida pleiteada, uma vez que, prorrogada a concessão, a ANTT ficaria impedida de licitar o trecho de forma indefinida, enquanto durar o trâmite do processo, que envolve a necessidade de produção de prova complexa.

Em 08 de julho de 2018, a Concessionária interpôs agravo de instrumento<sup>82</sup> contra a decisão proferida, obtendo efeito suspensivo ao recurso e, posteriormente, obtendo decisão favorável, que concedeu a antecipação de tutela para determinar à ANTT que se abstenha de retomar o serviço e respectivos bens, e para que fosse reestabelecida a prestação de serviços pela Concepa, ao menos até a finalização da apreciação administrativa do pedido de reequilíbrio, inclusive com apuração dos valores correspondentes. A antecipação da tutela recursal foi concedida pela constatação de que a própria existência ou inexistência de desequilíbrio contratual ainda era um ponto controverso no âmbito do próprio processo administrativo da ANTT, e, especialmente, pelo perigo na demora.

Após a oposição de embargos de declaração pela ANTT a decisão teve seu efeito suspenso pela própria Desembargadora, que entendeu que mesmo diante da plausibilidade da alegação de desequilíbrio econômico-financeiro, existiriam outras formas de reequilibrar o contrato de concessão que não envolvessem a prorrogação do contrato em si, citando como exemplo o pagamento em dinheiro ou ajuste final de contas com compensação de valores eventualmente devidos. Ou seja, descartou-se o entendimento de que o reequilíbrio contratual seria um requisito necessário para o encerramento da concessão ou para a sua assunção pelo novo concessionário.

A decisão foi novamente alterada, em 10 de outubro de 2018, para que se retomasse a obrigação da primeira decisão proferida para que a ANTT se abstinhasse de retomar o serviço até a homologação de nova licitação. O fundamento utilizado não foi em prol do direito da concessionária em si, mas da manutenção da prestação do serviço. Isso porque a ANTT não teria dado uma solução definitiva sobre quem realizaria a manutenção da pista até que os serviços fossem retomados pela próxima concessionária.

---

<sup>82</sup> Agravo de instrumento nº 1018615-26.2018.4.01.000, em trâmite perante a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal de 1ª Região, sob a relatoria da Desembargadora Daniele Maranhão.

Em 24 de outubro de 2018, a ANTT apresentou pedido de suspensão da liminar proferida pela Desembargadora perante o Superior Tribunal de Justiça. A decisão liminar foi suspensa com base no entendimento de que a ANTT havia providenciado uma solução em relação à manutenção da pista, e que, por isso, a decisão da Desembargadora teria partido de uma premissa equivocada. A decisão também levou em consideração os prejuízos que seriam causados à Administração Pública pela rescisão dos contratos que já tinham sido firmados pela ANTT para garantir a manutenção da rodovia até a conclusão do procedimento licitatório voltado à escolha do novo parceiro privado.

Com base nesses fundamentos, deferiu-se o pedido para suspender a execução da liminar proferida no âmbito do agravo de instrumento interposto pela concessionária<sup>83</sup>.

A Concepa obteve prorrogação do contrato de concessão por algum tempo, mas não conseguiu evitar a retomada da concessão pela ANTT que, em 2018, promoveu nova licitação para escolha de um novo parceiro privado. O leilão foi realizado em novembro de 2018 e o contrato assinado em janeiro de 2019. Assumiu a concessionária Viasul, do grupo CCR.

Esse é mais um exemplo em que a concessionária invocou o artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 para obstar a retomada da concessão enquanto não fossem compensados os desequilíbrios existentes. Aqui, tal como ocorreu no caso das concessionárias do Rio Grande do Sul, o mérito não estava relacionado à existência de saldo de investimento não amortizado em bens reversíveis. Existia, também nessa ação judicial, uma presunção de que a existência de desequilíbrios não compensados tempestivamente pelo poder concedente prejudicaria a amortização dos investimentos realizados pela concessionária. O não pagamento de indenização prévia caracterizaria, assim, uma espécie de expropriação indireta por parte do poder concedente. O judiciário, novamente, se posicionou no sentido de que o direito assegurado pelo artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 não impede a retomada da concessão pelo poder concedente.

## **5.2. Análise dos precedentes judiciais formados no âmbito das concessões de saneamento**

Conforme mencionado, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, recorrentemente mencionadas pelo Tribunal Regional Federal da primeira e da quarta região, foram proferidas

---

<sup>83</sup> BRASIL. Suspensão de liminar e de sentença nº 2.431-DF. Superior Tribunal de Justiça. Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Julgado em 26 de outubro de 2018.

no âmbito de concessões de saneamento. Antes de analisar esses precedentes, convém fazer algumas breves considerações sobre os contratos de concessão no setor de saneamento. É preciso entender algumas peculiaridades desse setor, para evitar conclusões equivocadas quando da análise desses precedentes formados no âmbito do STJ.

Embora os municípios detenham a titularidade dos serviços de saneamento, a prestação efetiva destes, principalmente no que se refere ao abastecimento de água e tratamento de esgoto, tem sido providenciada historicamente por meio da atuação de empresas estaduais de saneamento<sup>84</sup>.

Até um passado recente, a delegação dos serviços a essas empresas era promovida pelos municípios de maneira informal. Não existia sequer um contrato regulando essa delegação<sup>85</sup>. Após a instituição da lei de consórcios públicos e da lei de saneamento, a delegação passou a ser formalizada por meio de contratos de programa entre os municípios e as empresas estaduais de saneamento. Esse contrato era celebrado sem licitação, com base em dispositivo já extinto que viabilizava a contratação direta das empresas estaduais de saneamento. Essas empresas, embora responsáveis pelo provimento de saneamento básico, não possuíam a titularidade dos ativos atinentes à prestação desses serviços. A titularidade desses bens cabia aos municípios.

Os municípios, por sua vez, passaram a retomar o serviço público, exigindo a transferência dos ativos utilizados pelas empresas estaduais de saneamento básico. Em resposta, estas exigiam, como condição prévia à extinção dos contratos, a indenização dos investimentos realizados na construção e implantação de infraestrutura necessária para a prestação dos serviços<sup>86</sup>. Essas disputas entre empresas estaduais de saneamento e municípios foram judicializadas e chegaram ao STJ.

---

<sup>84</sup> Sobre a competência dos municípios, tive a oportunidade de comentar o seguinte: “Atualmente a questão da titularidade encontra-se, aparentemente, resolvida, com o reconhecimento da titularidade dos municípios, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI n. 1842/RJ2. De qualquer forma, mesmo após a decisão do STF, qualquer formulação apressada acerca da titularidade tende a estar equivocada. O saneamento básico precisa ser compreendido sob uma perspectiva histórica. Embora a competência do serviço seja primariamente local, essa competência poderá ser deslocada para o nível regional, hipótese em que será exercida por entidade criada no âmbito de consórcio público, conforme reconhecido na própria decisão do STF. O reconhecimento da competência regional, ainda que em caráter residual, parece estar coerente com o desenvolvimento histórico do serviço de saneamento básico”. (LAUER, Bruno. Impactos da Lei nº 14.026/2020 no processo de privatização das companhias estaduais de saneamento. In: PEREZ, Marcos Augusto. DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Et al. (Coordenadores). *Desafios da nova regulação do Saneamento no Brasil*, p. 564).

<sup>85</sup> No Município de São Paulo, por exemplo, os serviços públicos eram realizados pela Sabesp sem qualquer contrato de programa. A situação foi regularizada apenas em 2010 após a celebração de um convênio de cooperação assinado entre o Município de São Paulo e Estado de São Paulo, seguido da assinatura do contrato de programa entre Município e a Sabesp.

<sup>86</sup> Sobre o tema, veja o que comentei em artigo publicado sobre o tema: “A exploração dos serviços de saneamento básico é marcada por algumas peculiaridades que tornam bastante difícil a identificação e mensuração dos bens reversíveis. De um modo geral, podemos resumir essas peculiaridades ou dificuldades em

Cumpra observar que determinados contratos de programa, celebrados entre as empresas estaduais e os municípios, chegavam a prever o direito de permanência do concessionário na exploração da concessão até que fosse efetivada a indenização devida por investimentos realizados em bens reversíveis. É o que previa, por exemplo, o contrato de programa celebrado entre a Sabesp e o município de Iperó, que expirou em dezembro de 2009, após 30 anos de vigência:

Cláusula 15 – Finda a concessão, por qualquer causa serão transferidos ao concedente, mediante indenização à concessionária todos os bens e direitos vinculados aos serviços de água e esgoto do Município destinados ao exclusivo atendimento deste.

§ 3º A concessionária continuará no efetivo exercício da concessão até que seja efetuado, por parte da concedente, o pagamento da indenização referida esta cláusula, assim como de eventuais prejuízos.

No entanto, ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo reputou que a referida cláusula perdeu validade frente à expedição da lei de concessões, que prevê no artigo 35, § 2º, que a extinção da concessão enseja a imediata assunção do serviço público delegado pelo poder concedente.

Destarte, embora o contrato tenha previsão de que a concessionária continuaria no efetivo exercício da concessão até que houvesse o pagamento da indenização, consoante a disposição da lei de concessões editada posteriormente ao contrato, com a extinção da concessão, há imediata assunção do serviço pelo poder concedente<sup>87</sup>.

---

duas categorias: a) existência de infraestrutura compartilhada; e b) desvinculação da aquisição dos bens da estrutura tarifária. A primeira está relacionada com a operação essencialmente regional das companhias estaduais. A Sabesp atende 363 municípios no Estado de São Paulo. Em diversos municípios, a prestação dos serviços de abastecimento de água e tratamento de esgotamento sanitário é viabilizada por meio da utilização de uma infraestrutura de base dedicada ao atendimento, simultâneo, de diversos municípios. A Sabesp planeja e implementa soluções que possibilitam a utilização integrada de infraestrutura para atendimento de diversos municípios. [...] A segunda dificuldade está relacionada à existência de bens contabilmente desvinculados da prestação do serviço público. As demonstrações financeiras da Sabesp indicam a existência de certas instalações que, embora sejam efetivamente utilizadas na prestação de serviços públicos de saneamento básico, não foram adquiridas por meio de recursos tarifários da concessão ou qualquer tipo de aporte por parte do município atendido. Essa é uma característica bastante curiosa do setor de saneamento básico: a companhia estatal decide usar recurso próprio para a aquisição do ativo, não utilizando, dessa forma, os recursos provenientes da concessão. Essa desvinculação entre indenização dos investimentos e estrutura tarifária possibilita que as receitas da concessão sejam utilizadas exclusivamente para custear as despesas operacionais. Isso permite a estipulação de uma tarifa mais módica, alinhada com a capacidade financeira da população atendida. (LAUER, Bruno. Impactos da Lei nº 14.026/2020 no processo de privatização das companhias estaduais de saneamento. In: PEREZ, Marcos Augusto; DE SOUZA, Rodrigo Pagani et al. (Coord.). *Desafios da nova regulação do Saneamento no Brasil*, p. 575).

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Público. *Agravo de Instrumento nº 0010714-73.2010.8.26.0000*. Agravo de instrumento - Ação de manutenção de posse - Término do contrato de concessão de serviço público de saneamento básico realizado entre a SABESP e a Municipalidade de Iperó - Pedido de manutenção na posse com base no disposto no contrato, cláusula 15, §3º, que previa a continuidade da concessionária no exercício da concessão até o pagamento da indenização - Disposição contratual superada em face do art. 35, §§ 1º e 2º da Lei 8.987/95 - Correta r. decisão atacada, que reconsiderando outra proferida,

É preciso fazer alguns comentários sobre essa decisão. Em termos gerais, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a disposição contratual, prevendo a permanência do concessionário na exploração do serviço público de saneamento, seria inválida, pois contrariaria a lei de concessões. Levado às últimas consequências, o raciocínio do Tribunal de Justiça de São Paulo poderia servir para reputar como inválida qualquer disposição contratual prevendo ao concessionário o direito de permanecer na exploração da concessão até o pagamento da indenização, pois isso contrariaria o artigo 35, § 2º, da lei de concessões.

No entanto, esse não parece ser o entendimento mais adequado. A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo deve ser interpretada levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que o contrato analisado foi celebrado antes da lei de concessões. Não é possível assegurar que o Tribunal de Justiça de São Paulo teria o mesmo entendimento diante de um contrato recente, celebrado na vigência da atual lei geral de concessões. Não é possível afastar a prerrogativa conferida ao poder concedente de estruturar os ajustes concessionários levando em conta as peculiaridades do serviço, bem como outros fatores, como a atratividade do projeto. Seria juridicamente possível que o poder concedente decida conferir ao concessionário o direito permanecer na concessão até o efetivo pagamento da indenização por investimentos não amortizados. Aqui, vale lembrar que os contratos de concessão da segunda etapa de concessão rodoviária da ANTT previam a indenização prévia como condição à retomada do serviço, da mesma forma que os contratos de concessão do Rio Grande do Sul.

Em segundo lugar, é preciso ter em mente que esses contratos foram celebrados sem licitação. Embora as decisões não façam referência a essa circunstância, é razoável concluir que isso teve alguma influência na decisão. Existia uma resistência, ainda que implícita, quanto à preservação de relações jurídicas formadas sem o escrutínio da licitação. Não é possível, igualmente, prever que o Tribunal de Justiça de São Paulo teria o mesmo posicionamento diante de um contrato de concessão precedido de licitação e celebrado com um concessionário privado.

O artigo 35, § 2º, da Lei de Concessão, não veda a estipulação de cláusula prevendo a permanência do concessionário na concessão até o pagamento da concessão ou ainda a obrigação de pagamento da indenização como condição prévia à retomada do serviço.

Nesse sentido, cumpre fazer menção à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, com base na mesma lei e em sentido totalmente oposto, reconheceu o direito ao concessionário a permanecer na concessão até o efetivo pagamento da indenização<sup>88</sup>.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina reverteu, em sede de agravo de instrumento, decisão que autorizava o Município de Balneário Camboriú a retomar a prestação do serviço de abastecimento de água e de esgotamento sanitário da Companhia Catarinense de Água e Saneamento de Balneário Camboriú – CASAN.

Ao reverter tal decisão, o Tribunal entendeu que as disposições do artigo 35, §4º da Lei de Concessões impediria a extinção do contrato de concessão até que o poder concedente adotasse as providências necessárias para a apuração do valor da indenização à qual faz jus a Concessionária, ato essencial e que deve preceder a extinção do contrato e a retomada da prestação do serviço público pelo poder concedente. Ainda, o julgado menciona que o advento do termo da concessão é “evento previsível”, reforçando o dever do poder concedente de se antecipar a ele e realizar a apuração de eventual indenização devida à Concessionária<sup>89</sup>.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de que é possível a retomada imediata da prestação do serviço público pelo poder concedente após o advento

---

<sup>88</sup> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO QUE CHEGOU AO TÉRMINO - SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC - REFORMA DA DECISÃO - APELO PROVIDO - RECEBIMENTO DA INICIAL E CONCESSÃO DE LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. A ausência dos levantamentos, avaliações e liquidações necessários, e que, por força do que dispõe taxativamente o art. 35, § 4º, da Lei 8.987/95, devem preceder à extinção da delegação pelo advento do termo contratual, bem como do efetivo pagamento da indenização devida à concessionária nos moldes preconizados pelo § 1º, também do art. 35, e pelo art. 36 do mesmo diploma legal, conforme alegado na inicial, implica na boa-fé da posse que a apelante mantinha sob os bens objeto da lide, ensejando o manejo de ação possessória. Na esteira de entendimento já consolidado na jurisprudência, e em atenção ao princípio da fungibilidade das ações possessórias contido no art. 920 do CPC, o pedido deve ser convertido para reintegração de posse. Diante da peculiaridade do caso em análise e, especialmente, do conteúdo da decisão prolatada no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2005.029249-5, mostra-se absolutamente desnecessária a observância ao disposto no parágrafo único do art. 928, do CPC. Possessória - Reintegração - Liminar - Prévia audiência da entidade de direito público - Circunstâncias especialíssimas que dispensam a providência - Agravo não provido (RJTJESP 59/220). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Público. *Processo nº 2006.009262-3*. Apelação cível - ação de manutenção de posse - contrato de concessão de serviço público que chegou ao término - sentença que indeferiu a petição inicial - presença dos requisitos do art. 927 do cpc - reforma da decisão - apelo provido - recebimento da inicial e concessão de liminar de reintegração de posse. Desembargador Relator Cid Goulart. Julgado em 12/12/2006.

<sup>89</sup> “Por força do que dispõe taxativamente o artigo 35, § 4º, da Lei 8.987/95, os levantamentos, avaliações e liquidações necessários à determinação do valor da indenização a que faz jus o outorgado devem preceder à extinção da delegação pelo advento do termo contratual, caso dos autos, posto que absolutamente previsível, porque a palavra “antecipando-se” no dispositivo revela a vontade da Lei e do legislador em realizar aquele procedimento preparatório. Inafastável, em consequência, na espécie, esse ato essencial” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Público Agravo de instrumento nº 0042376-51.2006.8.24.0000 (numeração antiga 2006.012728-7). Desembargador Relator Cid Goulart. Julgado em 30/01/2007).

do termo do contrato de concessão, prescindindo da apuração ou pagamento prévio de eventual indenização devida à Concessionária.

A *ratio* adotada pelo STJ visa a assegurar a observância do princípio da continuidade do serviço público até a realização de nova licitação. Ainda, os precedentes se utilizam do fundamento de que não há qualquer disposição na Lei de Concessões que exija a necessidade de indenização prévia dos bens reversíveis não amortizados para que haja a assunção do serviço público pelo poder concedente:

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.  
90

Observa-se, nesse sentido, que o STJ não adota a interpretação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca do conteúdo do artigo 35, §4º, da Lei de Concessões, entendendo que eventual indenização devida à Concessionária poderá ser aferida pelas vias ordinárias - por iniciativa da própria empresa - caso não realizados os levantamentos e avaliações necessários à sua apuração anteriormente à extinção da concessão:

Extinto o contrato de concessão, por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público. **Por outro lado, a SANEPAR possui os meios próprios, pelas vias ordinárias, para garantir a efetividade do direito à indenização postulada – caso o possua – sem a necessária permanência à frente dos serviços objeto da questão.**<sup>91</sup>

Os precedentes do STJ não reconhecem direito subjetivo ao concessionário à permanência na concessão ou ao recebimento de indenização prévia. No entanto, aqui vale as mesmas advertências feitas em relação ao precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo. O serviço público de saneamento possui diversas peculiaridades, algumas mencionadas no

<sup>90</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *REsp 1059137/SC*. Concessionária. Indenização prévia. Art. 35, § 4º, da lei 8.987/95. Relator Ministro Francisco Falcão. DJE 29/10/2008.

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Corte Especial. AgRg na SS 1307/PR*. Relator Ministro Edson Vidigal. DJ 06/12/2004.

decorrer deste tópico, que possivelmente tiveram influência na formação dessa linha jurisprudencial tendente a não reconhecer direito à permanência do concessionário ou recebimento de indenização prévia.

Os precedentes relacionados ao setor rodoviário, analisados nos tópicos anteriores, indicam que os tribunais estão seguindo, de forma quase automática, essa linha jurisprudencial formada no STJ, o que parece ser problemático na medida em que essas decisões foram proferidas tendo em vista circunstâncias bem distintas. No próximo capítulo será analisado com mais detalhes essa incongruência, apresentando-se a solução que parece mais alinhada ao ordenamento jurídico vigente, especialmente o propósito do direito conferido no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

### **5.3. Precedente envolvendo precificação dos investimentos em bens reversíveis: relicitação da Via040**

Além dos precedentes judiciais relacionados ao tema da reversibilidade, convém fazer menção ao precedente administrativo existente na ANTT, que serve atualmente como principal balizador das discussões atinentes à apuração do valor de indenização devida ao concessionário por investimentos não amortizados. A ANTT, em sua regulamentação sobre o tema, adotou o critério do custo histórico para determinar o montante de indenização devido ao concessionário por investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou não depreciados. Esse critério foi utilizado no caso da relicitação da concessão relativa à BR-040 operada pela Via040. O TCU, ao analisar o processo de relicitação, fez apontamentos quanto ao modelo adotado pela ANTT. Embora essa discussão tenha ocorrido no âmbito de processo de relicitação, ela possui um alcance mais amplo, visto que poderá ter efeitos em qualquer processo de extinção de contrato de concessão, antecipado ou por advento do termo contratual. A análise da discussão no TCU poderá fornecer elementos importantes para compreensão e delimitação do alcance desse critério para estipulação da indenização devida ao concessionário.

A Via040 é a concessionária responsável pela gestão do trecho de 936,8 quilômetros da BR-040 entre Brasília (DF) e Juiz de Fora (MG). O contrato de concessão, celebrado com a ANTT em 2014, tem prazo de 30 anos e prevê a recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação de um dos principais corredores rodoviários do Brasil.

Em setembro de 2017, a Via040 protocolou pedido de relicitação junto à ANTT

alegando sua incapacidade de cumprir com as obrigações contratuais e financeiras assumidas sob o regime da concessão. Em 28 de novembro de 2019, foi publicada no Diário Oficial da União a Deliberação nº 1015/2019 proferida pelo Conselho Diretor da ANTT, atestando a viabilidade técnica e jurídica do pedido de relicitação apresentado.

A minuta de termo aditivo aprovada pela ANTT prevê que indenização dos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados será calculada com base na metodologia prevista na Resolução ANTT nº 5860/2019. Referido normativo estabelece, conforme já mencionado, que o montante da indenização será calculado com base no custo histórico incorrido pelo concessionário para aquisição e implantação dos bens reversíveis, descontados os tributos que tenham sido recuperados, as despesas financeiras, depreciação e amortização.

A Resolução ANTT nº 5860/2019 reflete, acertadamente, o disposto no artigo 36 da Lei de Concessões, que estabelece que o concessionário será indenizado pelos investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou não depreciados<sup>92</sup>. O custo histórico corresponde ao custo efetivamente incorrido e contabilizado pelo concessionário com a construção ou aprimoramento da infraestrutura rodoviária e, portanto, será o parâmetro para definição do montante de indenização.

Em termos contábeis, o custo histórico equivale ao ativo intangível registrado no balanço patrimonial do concessionário. Isso porque, conforme as normas contábeis vigentes<sup>93</sup>, o concessionário deve contabilizar o direito de receber a tarifa dos usuários como um ativo intangível. O volume do ativo intangível é determinado, por sua vez, pelos custos incorridos na prestação de serviços de engenharia direcionados à construção ou aprimoramento de infraestrutura<sup>94</sup>. O concessionário, após construir e disponibilizar infraestrutura aos usuários, contabiliza os custos incorridos na conta do ativo intangível. A amortização desse ativo intangível ocorre por meio do recebimento de tarifas durante o prazo de vigência contratual.

---

<sup>92</sup> Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

<sup>93</sup> A Interpretação Técnica ICPC 01 (R1), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), trata especificamente da contabilização aplicável aos contratos de concessão, prescrevendo que os custos incorridos pelo concessionário decorrentes da construção de infraestrutura serão contabilizados como ativo intangível ou ativo financeiro a depender da natureza do pagamento assegurado ao concessionário. Se o pagamento, isto é, a amortização dos custos incorridos pelo concessionário estiver baseado no recebimento de tarifa, então os custos serão contabilizados como ativo intangível. Se, por outro lado, a amortização for proveniente de pagamento realizado pelo poder concedente, então os custos serão contabilizados como ativo financeiro.

<sup>94</sup> Isso é o que prevê o ICPC 01: O concessionário deve reconhecer um ativo intangível à medida em que recebe o direito (autorização) de cobrar os usuários dos serviços públicos. Esse direito não constitui direito incondicional de receber caixa porque os valores são condicionados à utilização do serviço pelo público.

Sendo assim, para determinar o custo histórico no caso da relicitação da Via040 bastaria identificar o valor do ativo intangível indicado nas demonstrações financeiras da companhia.

É preciso ressaltar que o custo histórico é a base inicial para cálculo do valor de indenização. Ao custo histórico devem ser aplicado os deflatores estabelecidos na referida resolução. A indenização devida ao concessionário pela extinção antecipada do contrato será determinada, basicamente, pela seguinte equação: custo incorrido pelo concessionário (registrado no ativo intangível) menos amortização acumulada, menos a perda acumulada. A amortização reflete justamente a parcela dos investimentos que foi recuperada por meio do recebimento das tarifas. Por sua vez, a perda acumulada corresponde às glosas e aos ajustes previstos na Resolução ANTT nº 5860/2019, como, por exemplo, a desconsideração de margem de construção e juros capitalizados acima da taxa básica de juros.<sup>95</sup>

A relicitação da Via040 foi alvo de discussão no TCU no Processo TC 008.508/2020-8, no tocante à minuta de termo aditivo que viria a ser celebrado entre as partes. A unidade técnica do TCU apontou algumas irregularidades em relação à minuta. Em especial, defendeu que a metodologia de quantificação de bens reversíveis era incompatível com a matriz de riscos do contrato de concessão (subcláusula 21.1.7)<sup>96</sup> e com a Lei 8.987/1995 (artigos 10 e 14), por considerar apenas o custo histórico para fins de mensuração.

Em sede de medida cautelar, a Ministra Ana Arraes reforçou que a contabilização da indenização pelas parcelas de investimentos em bens reversíveis não amortizados deveria considerar o registro contábil destes ativos como ativos intangíveis, conforme disciplina contida na ICPC 01 – Contratos de Concessão.

No entanto, a Ministra asseverou que o ativo intangível deveria ser determinado não pelo custo histórico, mas sim pelo valor em uso do bem. O valor de uso corresponde, em termos gerais, ao valor presente dos fluxos de caixa que o ativo – no caso, a infraestrutura rodoviária – poderia gerar à concessionária. Nesse cenário, considerando a extinção do

---

<sup>95</sup> Um exemplo pode ajudar a compreender esse ponto. Suponha-se que um empreendimento rodoviário, digamos a construção de uma rotatória, tenha custado ao concessionário o valor de R\$ 500 mil reais, sendo que desse valor, 5% corresponde à receita de margem de construção. Suponha-se, ainda, que entre a data de disponibilização desse ativo até a data de extinção do contrato tenha decorrido prazo suficiente para amortizar 10% dos investimentos realizados. Sendo assim, o montante de indenização devido ao concessionário, em termos matemáticos, poderia ser expresso na seguinte equação: 500M (custo histórico do investimento) – 25M (margem de construção, não contabilizada para fins de indenização) – 50M (amortização), resultando no valor de 425M.

<sup>96</sup> Nos termos do contrato de concessão da Via040: 21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados a Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (...). 21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais de todas as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço; (...).

contrato de concessão por força da relicitação, o valor em uso do bem seria equivalente ao valor presente líquido do fluxo de caixa estimado até a extinção antecipada do contrato de concessão, o que reduziria significativamente o valor de indenização<sup>97</sup>.

Em outras palavras, a Ministra Ana Arraes entendeu que não deveria ser levado em conta os custos efetivamente incorridos pelo concessionário com a implantação de infraestrutura mas sim o potencial de rentabilidade do ativo, considerando para tanto os fluxos de caixa futuro estimados até a data de encerramento do contrato.

A Ministra considerou que, a fim de respeitar a matriz de riscos contratual, o ativo intangível deveria ser mensurado a partir do método de reavaliação, baseado no valor de uso do bem e não no custo histórico. No caso de mensuração apenas pelo custo histórico, o poder concedente ressarciria integralmente os custos da concessionária, de modo que esta não estaria sujeita a qualquer risco.

Na decisão do agravo de instrumento interposto pela concessionária e pela ANTT, a Ministra ponderou que, de fato, o custo histórico seria o parâmetro inicial para mensuração do ativo, mas que deveria ser aplicada a perda acumulada sobre o seu valor. Conforme consta de seu voto, a perda acumulada seria equivalente à diferença entre o custo histórico e o valor de uso do ativo, reduzindo-o, efetivamente, ao valor presente líquido de seus fluxos de caixa. A cautelar, no entanto, foi revogada, visto que não havia pressuposto de perigo da demora da decisão. Assim, é importante ressaltar que o TCU não desconsiderou o custo histórico para mensuração da indenização vinculada aos bens reversíveis não amortizados, mas requereu a ponderação deste valor frente ao valor recuperável (valor de uso)<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Importante fazer algumas considerações sobre a linha adotada pela Ana Arraes. A contabilidade estabelece algumas regras para registro dos ativos e passivos decorrentes da atuação empresária. Uma dessas regras, de caráter fundamental, é de que o ativo deve ser mensurado com base no custo histórico, ou seja, o custo efetivamente incorrido na data de implantação desse ativo. No entanto, a contabilidade prevê que, em dadas situações, o custo histórico poderá não refletir a realidade, isto é, o custo histórico não servirá para mensurar o valor daquele ativo. É exatamente isso o que a Ministra Ana Arraes está propondo: a adoção de outro critério para mensurar o valor de indenização devida à concessionária, substituindo o custo histórico pelo valor em uso do bem. Clóvis Luís Padoveze, a esse respeito, esclarece que: “o princípio do Custo como Base de Valor é a base para o entendimento do conceito de valor para a Contabilidade. O ajuste do custo de aquisição de um ativo para um valor diferente é necessário quando o valor contábil supera o valor recuperável deste ativo. Assim, o princípio contábil diz “custo ou mercado, o menor”. Contudo, dada a extrema importância deste princípio, e que o entendimento do valor de mercado propiciava algumas dúvidas, a Contabilidade em âmbito internacional desenvolveu e formalizou nos últimos anos o conceito de *impairment*. (...) *Impairment* significa literalmente dano, prejuízo, deterioração, depreciação. Em termos contábeis podemos definir *impairment* como declínio no valor de um ativo ou dano econômico”. (PADOVEZE, Clóvis Luis. *Manual de contabilidade básica*. Grupo Gen-Atlas, 2017, p, 128).

<sup>98</sup> Nesse sentido, veja-se trecho do voto da Ministra no Acórdão nº 2924/2020 do TCU: “26. Não ignoro prever a Resolução ANTT 5.860/2019 que os custos históricos dos ativos passarão por auditoria de verificador independente para avaliar a higidez dos registros, inclusive a partir de bases equitativas de mercado, bem como a preocupação em classificar como elegíveis a indenização apenas os bens que efetivamente serão revertidos para a continuidade da concessão. Entretanto, esse não é ponto. Não se está a questionar a higidez da

Durante os trâmites processuais, a ANTT defendeu firmemente a metodologia constante da Resolução ANTT nº 5860/2019, inclusive fazendo referência a outros julgados do TCU que consideraram o custo histórico como suficiente para contabilização da indenização pelos bens reversíveis<sup>99</sup>.

Veja-se que, mesmo com a divergência instaurada pelo TCU, não cabe dúvida de que o cálculo do valor de indenização devido ao concessionário deve refletir os investimentos realizados em bens reversíveis, identificado por meio do custo histórico.

#### **5.4. Síntese da análise dos casos concretos**

A análise dos precedentes judiciais indica uma situação de elevada litigiosidade entre concessionárias e poder concedente durante o encerramento do contrato e reversibilidade da concessão. As concessionárias tentaram obstar a retomada da concessão em decorrência de desequilíbrios não compensados pelo poder concedente durante a vigência da concessão. O contrato de concessão, portanto, não poderia ser encerrado enquanto não fossem liquidados todos os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro apresentado. Interessante notar que, no âmbito dessas ações, não se discutia diretamente a existência de saldo de investimento não amortizado. Os artigos 35 e 36 da Lei nº 8.987/1995 não eram invocados para fundamentar uma pretensão indenizatória acerca de investimentos não amortizados, pelo contrário, esses dispositivos, atinentes ao encerramento do contrato por decurso natural de seu prazo, eram invocados para sustentar uma pretensão indenizatória mais ampla, relacionada a créditos não satisfeitos pelo poder concedente.

Nesse aspecto, é possível identificar, por parte das concessionárias, uma desconsideração quanto ao texto do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995, que atrela o direito à indenização à existência de saldo de investimento não amortizado realizado em bens reversíveis para manter a atualidade e continuidade do serviço. O debate ocorrido nessas ações estava concentrado exclusivamente em saber se a indenização devida à concessionária deveria ser paga como condição prévia ao encerramento do contrato. Essa circunstância

---

contabilização dos custos históricos, mas, sim, que eles terão que ser ponderados pela redução ao valor recuperável, nos termos do CPC-01.”.

<sup>99</sup> Conforme trecho do voto do Ministro Bruno Dantas no Acórdão nº 1.946/2020 do TCU: “Quanto à forma de cálculo de apuração da indenização, não há pretensão deste Tribunal de que seja utilizado critério estranho ao revisto no contrato, qual seja, o contábil. Não obstante, conforme disposição contratual expressa, esse custo está sujeito à avaliação técnica e financeira pelo Poder Concedente.

Desse modo, não vejo como a ANTT se eximir de, ao menos, cotejar os valores autorizados com os efetivamente contabilizados. A decisão sobre eventuais glosas dependerá do exame do caso concreto, sendo inviável um juízo nesta oportunidade.”

acaba prejudicando qualquer conclusão mais geral acerca do tema. O judiciário não estava, em verdade, se debruçado sobre a extensão do direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 sob uma perspectiva material, isto é, não cuidou o judiciário de dizer se o direito à indenização cobre todo e qualquer investimento em bens reversíveis não amortizados, inclusive investimentos previstos originalmente no contrato ou, ao contrário, cobre apenas novos investimentos que tenham sido determinados pelo poder concedente. Não se tratou disso. O que estava em avaliação pelo judiciário, nesses casos, era se o pagamento da indenização era ou não condição para retomada da concessão. Não era relevante, aparentemente, verificar sobre o que recaia esse direito à indenização.

A posição adotada pelo TRF-4 e pelo TRF-1, seguindo a linha jurisprudencial formada no STJ a respeito de litígios envolvendo concessões de saneamento, foi no sentido de que o pagamento de indenização não é condição necessária para encerramento do contrato. Mesmo nos casos em que a tutela de urgência foi concedida, verifica-se que a decisão estava mais voltada à proteção dos interesses da Administração Pública do que o acolhimento do direito do concessionário. As decisões, nestes casos, permitiam a permanência da concessionária na concessão até que o poder concedente tivesse condições de retomar o bem público ou concluir o procedimento voltado à escolha do novo parceiro privado.

É preciso interpretar com cautela os precedentes do STJ que estão sendo recorrentemente replicados pelos tribunais federais. Como já apontado, essas decisões foram proferidas no âmbito de concessões de saneamento que, em diversos casos, não contavam sequer com contratos de concessão. O princípio da continuidade do serviço público foi considerado um elemento normativo decisivo para consolidação e reafirmação desses precedentes. O debate não pode se dar por encerrado. Antes de se concluir que já existe uma linha jurisprudencial acerca do tema, é preciso que outros fatores sejam devidamente testados junto ao STJ.

Em relação ao precedente administrativo no âmbito do Tribunal de Contas da União, é possível identificar certa resistência quanto à metodologia veiculada pela ANTT para mensuração e cálculo da indenização devida em caso de extinção do contrato por relicitação, aplicável atualmente também à extinção por decurso natural do prazo do contrato, por força da Resolução nº 5.926/2021. A divergência entre ANTT e TCU observada nesse precedente diz respeito à interpretação e aplicação de conceitos contábeis empregados para dimensionar o saldo de indenização devida ao concessionário por investimentos não amortizados. Em que pese as discussões ali travadas, é certo concluir que o critério do custo histórico continua

sendo reputado válido para definir, inicialmente, qual a base de cálculo da indenização.

## **6. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS SOB UM NOVO ENFOQUE**

### **6.1. Considerações Preliminares**

As questões relacionadas à efetivação do direito à indenização por investimentos não amortizados vêm sendo superadas mediante aprimoramento da regulação setorial, formação de precedentes judiciais e até mesmo por orientações interpretativas por parte da doutrina administrativista. No entanto, em que pese todos esses esforços, ainda persistem algumas dificuldades e incertezas, especialmente no que diz respeito à definição das situações em que o direito à indenização pode ser exercido. O objetivo deste capítulo é analisar essas dificuldades e incertezas ainda persistentes. Isso será feito a partir da apresentação de uma nova perspectiva para avaliar o direito de indenização por investimentos não amortizados, baseada na própria estrutura econômica dos contratos de concessão rodoviária.

### **6.2. Discricionariedade do poder concedente para regular a reversibilidade: alcance e limitações**

A Lei Federal nº 8.987/1995 confere ao poder concedente a discricionariedade para regular, via contrato, as condições de aplicabilidade do direito à indenização por investimentos não amortizados, o que passa pela previsão da hipótese de incidência, da definição do que serão considerados investimentos em bens reversíveis e da estipulação dos critérios para mensurar o valor da indenização.

O poder concedente, no exercício dessa discricionariedade, deve observar os contornos previsto na legislação e os limites gerais que condicionam a regulação em matéria de contratos de concessão, como o dever de assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a proteção do direito de propriedade, a continuidade do serviço público, dentre outras.

O poder concedente possui discricionariedade para a) indicar em quais situações o concessionário poderá exercer o direito à indenização por investimentos não amortizados, b) fixar os critérios para calcular o montante da indenização devida; e c) estipular o momento em que a indenização deverá ser paga. Pode, por exemplo, prever que o concessionário terá direito à indenização por investimentos não amortizados sempre que demonstrar que a concessão não gerou receitas suficientes para amortizar seus investimentos, independentemente da alocação de riscos existente no contrato de concessão. Isso significa

que, não importa a quão deficitária tenha sido a operação, o concessionário terá, ao menos, o direito de recuperar os investimentos realizados em bens reversíveis.

Por fim, o poder concedente poderia, inclusive, estipular no contrato que a retomada da concessão estaria condicionada ao pagamento da indenização ao concessionário por investimentos não amortizados realizados em bens reversíveis.

Não existem impedimentos no ordenamento que desautorizariam a adoção dessas medidas. O poder público pode, em determinadas circunstâncias, assumir uma responsabilidade maior quanto à recuperação dos investimentos realizados pelo parceiro privado. O que poderá existir, inegavelmente, são oposições quanto à pertinência e à viabilidade dessas medidas. De qualquer forma, analisando o ordenamento jurídico, especialmente à discricionariedade normativa conferida na Lei nº 8.987/1995, não é possível extrair impedimentos jurídicos para inquirir tais providências.

Outro ponto importante diz respeito à forma pela qual o poder concedente deverá promover a regulação sobre reversibilidade e indenização por investimentos não amortizados. A discricionariedade conferida pela Lei nº 8.987/1995 deverá ser exercida, necessariamente, na fase que antecede a abertura do processo licitatório. A minuta do contrato de concessão, disponibilizada a partir do início do processo licitatório, deverá indicar quais são os bens reversíveis, em que situações haverá direito à indenização por investimentos realizados em bens não amortizados ou não depreciados, quais serão os critérios para precificar a indenização devida ao concessionário e a forma de pagamento.

Essa regulação acerca da reversibilidade é parte indissociável do contrato de concessão e somente será eficaz com a aquiescência do contratado, que é presumida a partir de sua participação no processo licitatório e confirmada com a assinatura do contrato de concessão. O poder concedente, diretamente ou por meio de agência setorial competente, não pode disciplinar o tema de forma unilateral mediante atos normativos infralegais. Assim, nos casos em que o contrato de concessão é silente a respeito das regras de reversibilidade, o poder concedente deverá propor as regras de forma superveniente, as quais somente serão eficazes mediante a aquiescência do contratado.

Isso porque o poder concedente, ou a agência setorial, não possuem discricionariedade para determinar unilateralmente a regulação sobre os aspectos indenizatórios relacionados à reversibilidade da concessão, pois implicaria, indiretamente, alterar as próprias bases econômico-financeiras do contrato.

Nesse sentido, convém destacar que a ANTT expediu atos normativos voltados a disciplinar a reversibilidade na extinção do contrato de concessão, tanto nas situações de

extinção antecipada como na hipótese de extinção por advento do termo contratual. A ANTT, acertadamente, estabelece em suas resoluções que essas regras deverão ser incorporadas ao contrato mediante termo aditivo, o que pressupõe a aquiescência do concessionário. Assim, as resoluções da ANTT a respeito do tema refletem uma proposta de regulação de caráter geral e abstrato, o que confere uma maior padronização no tratamento do tema e isonomia no relacionamento com os concessionários. Essa proposta de regulação, no entanto, somente será eficaz e vinculante mediante a assinatura de termo aditivo pelo concessionário.

### **6.3. Hipótese de incidência do direito de indenização previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995**

O artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 prevê que o concessionário terá direito à indenização em caso de investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou não depreciados que tenham sido feitos para manter a continuidade e atualidade dos serviços públicos. Conforme já indicado, a Lei nº 8.987/1995 confere ao poder concedente a discricionariedade para estabelecer as condições para exercício desse direito, o que pressupõe a indicação das situações em que haverá direito à indenização. Os contratos analisados apresentam um dos seguintes padrões: a) nada tratam do tema ou b) estabelecem uma supressão desse direito, ao prever expressamente que no advento contratual não haverá direito de indenização ao concessionário. Nenhuma dessas cláusulas permite identificar, precisamente, quais situações legitimam o concessionário a pleitear direito à indenização. O objetivo deste tópico é dimensionar o direito assegurado ao concessionário pelo direito positivo brasileiro frente a essas disposições reputadas insuficientes.

Para determinar a incidência do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 é preciso fazer algumas considerações sobre duas importantes regras previstas nos contratos de concessão rodoviária. A primeira delas relativa à formatação econômica dos contratos e a segunda relacionada à forma com que as obrigações de investimento são dimensionadas. Essas duas variáveis afetam diretamente a incidência do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

#### ***6.3.1. Racionalidade econômica dos contratos de concessões rodoviárias: ponto de partida para entender a aplicação do direito previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995***

A operação de infraestrutura rodoviária, devido às suas características, é concedida à iniciativa privada sob regime de exclusividade, isto é, sem competição direta no mercado.

Essa circunstância abre margem para distorções econômicas, como risco de seleção adversa, risco moral, ausência de incentivos para manter um serviço adequado, abuso na estipulação de preços, entre outros.

O programa de desestatização de rodovias iniciado no Brasil refletiu um conjunto de práticas e recomendações internacionais sobre o tema, voltados ao enfrentamento dessas distorções econômicas inerentes à exploração monopolística de infraestrutura. A solução escolhida pelo Governo Federal refletiu diretamente na formatação econômico-financeira dos contratos de concessão rodoviária e, como será visto mais à frente, impactou diretamente na conformação dada ao direito de indenização previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

O mercado de infraestrutura contempla tanto empreendimentos com potencial para competição quanto aqueles denominados “monopólios naturais”, esse último sendo caracterizado pela exigência de elevados investimentos, o que torna inviável economicamente a presença de mais de uma empresa na mesma atividade.

Em relação aos empreendimentos com potencial para competição, o papel do governo é criar “mecanismos e regras que organizem a competição entre os agentes, como a criação de mercados atacadistas no setor de energia elétrica”<sup>100</sup>.

Por sua vez, para os monopólios naturais, a “intervenção governamental toma a forma de regulação de preço, já que, em sua ausência, a firma pode exercer poder de mercado, ou seja, sustentar preços acima dos custos sem perder uma fatia significativa de seu mercado”<sup>101</sup>.

A possibilidade de sustentação de preços abusivos em função da ausência de competição, impele o governo a criar mecanismos e regras voltados a simular os efeitos da competição em determinado mercado regulado, onde o equilíbrio entre preço e custo se apresenta como um dos objetivos buscados.

A literatura econômica propõe duas abordagens diferentes para promover a regulação de preços em mercados monopolísticos: a) regulação por custo de serviço (*cost-based*)<sup>102</sup>, em que os preços são baseados nos custos incorridos pelo concessionário; e b) regulação por preço

---

<sup>100</sup> CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?. In: *Revista do BNDES*, 41. Brasília: BNDES, p. 259.

<sup>101</sup> CAMACHO, F. T.; RODRIGUES, B. da C. L. (2014). Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?. In: *Revista do BNDES*, 41. Brasília: BNDES, p. 259.

<sup>102</sup> Rafael Wallbach, em dissertação sobre a remuneração do concessionário, descreve o método de regulação por custo da seguinte forma: “De acordo com o método do custo do serviço – também conhecido como método de regulação da taxa de retorno, *cost-plus*, *cost-of-service* ou *rate of return*, a estrutura tarifária é fixada de modo a produzir ao prestador a remuneração necessária para compensar os custos diretos e indiretos do serviço, o que abrange inclusive os investimentos necessários à ampliação do serviço e a margem de retorno do concessionário”. (SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas*. 2010. *Tese de Doutorado*. Universidade de São Paulo, p. 73).

limite (*price cap*)<sup>103</sup>, em que os preços são fixados independentemente do custo suportado pelo concessionário.

Camacho e Rodrigues apontam que “a escolha entre as abordagens regulatórias depende basicamente dos incentivos econômicos gerados por cada modelo regulatório em conjunto com as características econômicas (e conseqüentemente riscos de negócio) do setor regulado”<sup>104</sup>. A regulação por custo de serviço possui um custo regulatório mais elevado justamente porque o regulador precisará acompanhar constantemente a formação de preços que regerá o contrato de concessão. Nesse ponto, vale lembrar que à época em que os primeiros contratos de concessão rodoviária foram celebrados, não existia sequer uma agência reguladora, circunstância que pode ter corroborado para a escolha do modelo de regulação por preço limite<sup>105</sup>.

Conforme já mencionado, os programas de concessões rodoviárias foram estruturados adotando uma formatação econômica específica, baseada sobretudo na regulação por preço limite. Por meio de um processo competitivo, o governo federal e o governo paulista promoveram a delegação do direito de exploração de determinada infraestrutura rodoviária, prevendo contratualmente as premissas econômicas da atividade, dentre elas, a tarifa básica de pedágio e a forma de reajuste, a qual consistia basicamente na correção inflacionária, sem

---

<sup>103</sup> Rafael Wallbach descreve o mecanismo na seguinte forma: “Os modelos de tarifa teto, também conhecidos por *price cap*, *sliding scale* ou *shared-savings regulation*, procuram superar problemas do método do custo do serviço. Consistem na estipulação, pelo poder concedente, de um valor teto para a tarifa, sem que haja a necessidade de se analisar a contabilização dos custos do concessionário. Esse valor teto pode ser estabelecido não apenas para um serviço específico, mas também para uma cesta de serviços, quando se pretende dar maior flexibilidade ao concessionário na fixação dos valores cobrados. Além disso, o poder concedente, no sistema do *price cap*, tem a possibilidade de instituir mecanismos (i) que incentivem o concessionário a cobrar valores abaixo do teto fixado para o serviço ou (ii) para que o próprio valor teto seja reduzido periodicamente, a fim de forçar o concessionário a prestar o serviço com maior eficiência e, por conseguinte, com menores custos aos usuários. O método da tarifa teto portanto, é centrado na dissociação entre a fixação da tarifa, de um lado, e os custos do concessionário, de outro. Procura descolar o estabelecimento da tarifa dos custos incorridos pelo prestador. Com isso, libera-se o Estado de ter de fiscalizar minuciosamente esses custos, o que evita as conseqüências da assimetria informacional existente entre delegatário e regulador”. (SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas. 2010. *Tese de Doutorado*. Universidade de São Paulo, p. 77).

<sup>104</sup> CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?. In: *Revista do BNDES*, 41. Brasília: BNDES, p. 260.

<sup>105</sup> Mesma interpretação é feita por Bernardo Barros Fernandes: a necessidade emergencial de investimentos para sanar a defasagem de manutenção da estrutura viária forçaram o governo a iniciar a primeira etapa sem que houvesse um marco regulatório e uma agência reguladora que garantissem o cumprimento dos contratos - o que ficou a cargo do Departamento Nacional de Estrada e Rodagem (DNER). Nesse sentido, a incapacidade do governo à época do estabelecimento de um framework regulatório clássico – escorado na figura da agência reguladora e do marco regulatório – sólido configurou uma regulação alicerçada, principalmente, pela concepção de Demsetz, ao passo em que os trechos foram repassados para a iniciativa privada a partir de *franchise biddings* de menor preço, como propunha o autor. Esperava-se, assim, simular uma competição entre as concessionárias em um período anterior ao repasse, a fim de fomentar a eficiência, diminuindo os preços, e diminuir distorções relacionados à assimetria de informação. (FERNANDES, Bernardo Barros. *O Impacto do Ambiente Regulatório e da Modelagem Licitatória Sobre os Investimentos Privados em Infraestrutura: Evidências dos Programas de Concessões Rodoviárias Brasileiras*. 2018, p. 21-22).

garantir qualquer correlação entre os custos incorridos pelo concessionário e as receitas auferidas com a operação.

Nas concessões rodoviárias federais e paulistas, portanto, existe uma desvinculação entre o preço do serviço (tarifa) e o custo efetivo suportado pelo concessionário. Nas concessões federais, o proponente competia pelo direito de obter a concessão mediante o oferecimento de um desconto na tarifa limite estipulada pelo poder concedente. Por sua vez, nas concessões paulistas, o concessionário, levando em conta a tarifa básica de pedágio fixada pelo poder concedente, apresentava um valor de outorga pelo direito de explorar a concessão. De qualquer forma, nos dois programas, o proponente assumia a premissa e o risco de que a receita tarifária seria suficiente para cobrir os custos inerentes à concessão, viabilizar os investimentos em bens reversíveis e assegurar a rentabilidade do projeto.

O concessionário assume os principais riscos associados à prestação dos serviços, como variação da demanda, aumento no preço de insumos, materialização de passivos ambientais, entre outros. Não existe um processo de revisão periódica para ajustar a tarifa aos custos efetivos da concessão suportados pelo concessionário. Os contratos preveem apenas o reajuste da tarifa para neutralizar os efeitos da inflação. Nos contratos federais, o reajuste anual era baseado em uma fórmula paramétrica baseada nos principais custos do setor rodoviário, posteriormente substituída pela aplicação do índice nacional de preços ao consumidor amplo - IPCA. Nos contratos paulistas, o reajuste é baseado em índices inflacionários desde o início.

Além disso, como não poderia deixar de ser, os contratos asseguravam ao concessionário à recomposição da equação econômico-financeira do contrato, o que devido ao perfil da alocação de riscos contratuais, terá lugar em situações bem específicas, como inclusão de novas obrigações, materialização de riscos não assumidos pelo concessionário e na ocorrência de eventos supervenientes e extraordinários que impactem a viabilidade econômico-financeira da concessão.

No entanto, embora tenha direito à manutenção da equação econômico-financeira do contrato, o concessionário não possui direito subjetivo à percepção de receita em montante suficiente para neutralizar os custos incorridos com a prestação dos serviços. Em um cenário em que o concessionário assume os principais riscos da concessão, como demanda, aumento no preço de insumo e passivos ambientais, a diferença entre a rentabilidade projetada e rentabilidade real é totalmente absorvida pelo concessionário e somente poderá ser discutida caso surja algum evento de desequilíbrio econômico-financeiro.

### **6.3.2. Inconfundibilidade do direito à indenização por investimentos não amortizados e direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro**

O direito à indenização por investimentos não amortizados existe independente do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Esses dois direitos conferidos pelo direito positivo se aplicam a situações distintas e possuem fundamentos de validade igualmente distintos.

Ocorre que, na prática, a divergência entre concessionário e poder concedente poderá ter como pano de fundo tanto uma pretensão por indenização por investimentos não amortizados quanto uma pretensão pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Geralmente, essas pretensões são apresentadas de forma conjunta, sem uma individualização clara dos fatos e fundamentos que acionam o exercício de cada um desses direitos. Além disso, a doutrina administrativista, em regra, tende a analisar os dois temas como se estivessem necessariamente correlacionados, quando, na verdade, eles não estão.

O equilíbrio econômico-financeiro de um contrato expressa uma relação de equivalência entre os encargos e remunerações assumidos pelas partes no contrato. Por sua vez, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão foi concebida, originalmente, como uma garantia assegurada ao contratado frente às prerrogativas exorbitantes conferidas ao Poder Público, manifestada sobretudo na possibilidade de alteração unilateral do contrato para atender o interesse público<sup>106</sup>. Posteriormente, esse direito à intangibilidade foi ampliado para proteger o contratado dos efeitos negativos derivados da materialização de eventos imprevisíveis ou, ainda que previsíveis, de consequências incalculáveis, situações que que a doutrina convencionou chamar de *teoria da imprevisão*.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Essa é a lição ensinada pela doutrina administrativista. Veja-se: "(...) por influência principalmente do direito francês, o desenvolvimento de uma teoria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos esteve associada historicamente à sua suscetibilidade a eventos capazes de instabilizar excessivamente a base econômica dos contratos (especialmente, à sua suscetibilidade às interferências administrativas). Foi necessário desenvolver uma dogmática capaz de tutelar o interesse daqueles que contratavam com a Administração Pública, assegurando-lhes um mínimo de estabilidade econômico-financeira face às vicissitudes contratuais. É claro que esse aporte surge e se desenvolve num tempo em que a preocupação e a cultura com o mapeamento avançado e ex ante dos riscos capazes de interferir na relação contratual ainda era incipiente. O contexto que propiciou o florescimento e desenvolvimento da teoria do equilíbrio econômico-financeiro é o do intervencionismo e dirigismo contratual, que tinha um claro contraponto nas prerrogativas exorbitantes da Administração Pública." (GUIMARÃES, FERNANDO VERNALHA. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Fórum, 2016, p. 99).

<sup>107</sup> Nesse sentido: "Diga-se, de modo breve, que, de acordo com a teoria da imprevisão, o contratado faz jus à plena restauração do equilíbrio contratual caso ocorra superveniência de eventos imprevisíveis de ordem econômica ou que surtem efeitos de natureza econômica, alheios à ação das partes, que repercutam de maneira seriamente gravosa sobre o equilíbrio do contratado". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 658).

A Lei nº 8.666/1993 que disciplina as licitações e contratos administrativos – e também a sua sucessora, a Lei nº 14.133/2021- refletem essa mesma lógica, prevendo a intangibilidade da equação econômico-financeira como um direito do contratado frente alterações unilaterais e materialização de eventos extraordinários, indicando, inclusive, algumas categorias de eventos extraordinários, como força maior, caso fortuito, fato do príncipe e, em caráter residual, os eventos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis.

No entanto, em relação ao contrato de concessão, a intangibilidade da equação econômico-financeira não pode ser definida simplesmente como um direito do contratado. Seria mais adequado definir a intangibilidade da equação econômico-financeira como uma propriedade do contrato de concessão<sup>108</sup>.

O contrato de concessão pressupõe uma alocação de riscos entre concessionário e o poder concedente. Não existe, por definição, um contrato de concessão sem distribuição de riscos. O que existe é uma diferença envolvendo o detalhamento dessa distribuição de riscos. Em contratos com redação mais simples, a distribuição é veiculada por uma proposição curta, mas muito abrangente: o concessionário assume todos os riscos inerentes ao contrato de concessão que não tenham sido expressamente atribuídos ao poder concedente.

Em verdade, proposições como essa nunca implicaram assunção integral e total dos riscos que rondam o contrato de concessão. Essa proposição prevê tão somente que o concessionário assume os riscos ordinários relacionados à exploração da concessão. No âmbito do contrato de concessão rodoviária, isso significa, basicamente, variação na demanda, passivos construtivos, aumento no preço de insumos, passivos ambientais, entre outros. Eventos imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis (aqueles cobertos pela teoria da imprevisão) continuam autorizando a recomposição da equação econômico-financeira em favor do concessionário.

Os contratos de concessão mais modernos possuem uma descrição mais detalhada dos riscos contratuais, o que reduz o espectro de eventos cobertos pela teoria da imprevisão. Nesse sentido, o contrato de concessão deverá ter sua equação econômico-financeira revista para neutralizar os efeitos suportados por uma das partes decorrentes de riscos não assumidos no âmbito do contrato. Isso significa que poderá haver recomposição tanto em favor do concessionário quanto do poder concedente.

---

<sup>108</sup> Mesmo posicionamento é defendido por Marçal Justen Filho: "A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um princípio regulador do contrato administrativo. Não é nem direito nem dever de cada parte, mas uma característica do contrato. Pode-se aludir ao direito da parte à recomposição da equação econômico-financeira, sempre que se produzir sua quebra por evento que preencha certos requisitos." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. Dialética, 2003, p. 391).

A reversibilidade da concessão poderá acarretar duas situações: direito ao concessionário por investimentos em bens reversíveis não amortizados ou o contrário, dever de o concessionário indenizar o poder concedente pela reversão dos bens em condições irregulares. Em nenhuma dessas situações estar-se discutindo direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Trata-se simplesmente de cumprimento de obrigação contratual.

Além disso, em termos práticos, o exercício do direito à recomposição e o exercício ao direito de indenização por investimentos não amortizados ocorrem em momentos distintos. Os pedidos de recomposição são apresentados durante a execução do contrato, geralmente quando ocorre a materialização do evento de desequilíbrio ou apresentados no período fixado para revisão contratual.

Por sua vez, a pretensão de indenização por investimentos não amortizado surge ao fim do contrato. Existe, neste caso, a possibilidade de conversão da indenização em prorrogação de prazo da concessão, que é justamente um dos mecanismos de recomposição previstos no contrato. No entanto, a prorrogação do contrato, embora seja um dos mecanismos eleitos para recompor a equação econômico-financeira do contrato, não está sendo utilizada neste caso para recompor o equilíbrio econômico-financeiro, mas sim para viabilizar o prazo necessário para garantir a amortização dos investimentos adicionais feito pelo concessionário.

### **6.3.3. Previsão de investimentos contratuais e sua relação com a reversibilidade da concessão e pagamento de indenização ao concessionário**

Todos os contratos de concessão analisados preveem obrigações de investimento na infraestrutura rodoviária, como a construção de novos trechos, o prolongamento ou duplicação dos trechos existentes, além de diversas intervenções de engenharia voltadas à manutenção e conservação da infraestrutura ao longo da concessão. Esses investimentos são qualificados, em sua maioria, como investimentos vinculados a bens reversíveis, já que têm por finalidade a construção, aquisição ou manutenção de infraestrutura pública.

Contudo, existe variação na forma como essas obrigações de investimento são previstas nos contratos de concessão. Existem basicamente duas formas de se prever obrigações de investimento: de forma específica ou de forma contingente<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Nesse ponto, cumpre destacar que Gabriela Engler, em dissertação sobre novos investimentos em parcerias, adota uma classificação ligeiramente diferente. Para a referida autora, os investimentos contratualizados “são todos aqueles de alguma forma previstos no instrumento de parceria original celebrado entre as partes. Isto é, são os investimentos que o concedente poderá exigir e que a concessionária se obriga a executar sem negociação

O contrato de concessão estabelece uma *obrigação de investimento específica* quando prevê expressamente qual investimento deverá ser executado e quando o concessionário deverá executá-lo. Equivale à obrigação, por exemplo, de duplicar um trecho rodoviário até o término do quinto ano do prazo da concessão. A definição exata das características do empreendimento será definida após a submissão e aprovação dos projetos de engenharia ao poder concedente, mas o concessionário sabe, desde a assinatura do contrato, qual o perfil do investimento exigido e quando ele deverá ser realizado.

Por sua vez, o contrato de concessão estabelece uma *obrigação de investimento contingente* quando atrela sua exigibilidade à materialização de um evento futuro e incerto como o atingimento de determinado volume de tráfego ou manutenção de um determinado parâmetro de qualidade.

Os investimentos originais, independentemente se foram previstos de forma específica ou contingente, constituem elementos do projeto que devem ser levados em consideração no momento da apresentação da proposta pelo proponente. O concessionário se compromete, no âmbito do contrato de concessão, a executar todos os investimentos originais previstos no contrato, assumindo, dessa forma, o risco de materialização das obrigações fixadas de forma contingente.

---

adicional quanto ao cabimento de investimentos no objeto contratual. Compreendem os investimentos contratualizados tanto aqueles precificados na modelagem econômico-financeira do projeto e, por conseguinte, pelas proponentes na formulação de suas propostas, quanto aqueles porventura não precificados ao tempo da licitação, seja porque não havia informações suficientes para tanto, ou porque a sua execução, apesar de prevista contratualmente, era incerta ou sujeita à ocorrência de determinadas condições". (RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal. *Novos investimentos em parcerias*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 15).

De acordo com a Gabriela Engler, investimentos contratualizados é uma classificação que contempla: a) as obrigações de investimento específica, entendidas como aquelas previstas expressamente no contrato como, por exemplo, "a construção de uma passarela de pedestres no bojo de uma concessão rodoviária"; b) as "obrigações de desempenho", vinculadas ao atendimento de indicadores de desempenho, como manutenção do pavimento rodoviário a um determinado parâmetro de qualidade; e os c) "investimentos contingenciais", que contempla as obrigações atreladas a determinados gatilhos como o atingimento de um volume de demanda previamente determinado, o advento de um termo (atingimento do quinto ano da concessão, por exemplo) ou ainda uma decisão do poder concedente, naquelas situações em que o contrato veicula apenas a possibilidade de ser incluída no contrato uma obrigação de investimento futura. Para os fins dessa dissertação, propomos outra classificação levando em conta o critério de exigibilidade, isto é, se essas obras estão ou não atreladas a algum evento futuro e incerto. Foram consideradas como obrigações específicas aquelas obrigações não vinculadas a eventos futuros e incertos e, por sua vez, como obrigações contingentes aquelas que estão atreladas a eventos futuros e incertos. Assim, todas as obrigações previstas no contrato e que cuja exigibilidade não está atrelada a eventos futuros e incertos são consideradas como obrigações específicas. O fato dessas obrigações serem exigidas a partir de um determinado ano é irrelevante. O concessionário sabe, de antemão, que terá que realizar essa obra assim que for atingido o termo fixado. Por sua vez, foram classificadas como obrigações contingentes aquelas devidamente previstas no contrato, mas cuja exigibilidade está atrelada a evento futuro e incerto que, por sua própria natureza, poderá não se materializar. É o caso daquelas obrigações de investimento atreladas ao atingimento de determinado nível de demanda ou necessidade de atender um parâmetro de desempenho. As intenções de investimento apenas mencionadas no contrato que possuem sua exigibilidade atrelada a uma determinação discricionária do poder concedente e veiculadas mediante termo aditivo com a devida recomposição da equação econômico-financeira são classificadas como novos investimentos.

A avaliação dos proponentes sobre a possibilidade de materialização desses eventos é um fator de competitividade no certame. Proponentes mais conservadores tendem a precificar o maior número de obrigações contingentes possíveis. Por outro lado, proponentes com maior apetite ao risco, tendem a precificar e refletir em suas propostas apenas os investimentos contingentes com alta probabilidade de materialização. É o que ocorre, por exemplo, com o contrato que prevê a obrigação do concessionário promover a duplicação de um trecho rodoviário caso o número de veículos atinja um determinado volume fixado no contrato. O proponente, ao avaliar o encargo de obrigações deverá avaliar a probabilidade dessa demanda ser atingida, devendo considerar os custos que terá para cumprimento dessa obrigação ou, caso conclua pela baixa probabilidade de atingimento dessa demanda, poderá apresentar um desconto em sua proposta, ainda que implícito, para refletir o benefício econômico que terá ao não executar a referida duplicação.

Considerando que o direito de indenização previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 está atrelado ao cumprimento de uma obrigação de investimento, é possível avaliar a incidência desse dispositivo levando em conta quatro cenários diferentes: a) cumprimento de obrigações de investimento originais previstas de forma específica; b) cumprimento de obrigações de investimento previstas de forma contingente; c) realização de novos investimentos autorizados ou ao menos permitidos pelo poder concedente; e d) realização de novos investimentos sem consentimento do poder concedente.

#### ***6.3.4. Cumprimento de obrigações originais previstas de forma específica***

O contrato de concessão poderá prever obrigações originais de forma específica, quando indica qual obra deverá ser realizada e quando deverá ser implementada pelo concessionário. É o caso, por exemplo, quando o contrato imputa ao concessionário a obrigação de duplicar um determinado trecho da rodovia no quinto ano da concessão, sem atrelar essa obrigação ao atingimento de qualquer condição futura.

No âmbito dos contratos rodoviários, o concessionário é responsável por realizar os investimentos previstos originalmente, fazendo jus, em contrapartida, ao recebimento das tarifas pagas pelo usuário, à exploração de receitas acessórias e, no caso de concessões patrocinadas, ao recebimento de pagamentos feitos diretamente pelo poder concedente. A remuneração do concessionário é determinada em função da proposta comercial apresentada no âmbito da licitação, que poderá, a depender do projeto, veicular o desconto na tarifa básica previamente fixada, desconto no valor contraprestação pecuniária, ou a oferta de uma outorga

pelo direito de explorar a concessão, sendo presumido, neste caso, que o proponente está de acordo com a tarifa fixada para remunerar a operação.

Seja como for, o concessionário, para todos os efeitos, concorda com a relação existente entre encargos (incluindo os investimentos) e os direitos provenientes da concessão. Isso significa que o concessionário assume o risco de rentabilidade da concessão, isto é, o risco de as receitas decorrentes da concessão serem suficientes para cobrir seus custos. O concessionário não possui direito subjetivo a receber receitas operacionais em nível suficiente para fazer frente aos investimentos realizados. Sendo assim, o concessionário não terá direito de receber indenização por investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados ou não depreciados que estejam relacionados a obrigações de investimento originais do contrato.

#### ***6.3.5. Cumprimento de obrigações previstas de forma contingente***

A obrigação contingente é aquela que tem sua exigibilidade atrelada a um evento futuro e incerto, como, por exemplo, o atingimento de determinado volume de demanda ou atingimento de um nível predeterminado de deterioração de infraestrutura. O concessionário é responsável por estimar os custos necessários para cumprir as obrigações do contrato, independentemente dessas obrigações terem sido previstas de forma específica ou de forma contingente.

Nesse ponto, convém retomarmos os apontamentos feitos por Maurício Portugal, para quem a supressão do direito à indenização no advento contratual levará os concessionários a não realizar os investimentos ou a realizá-los apenas no que for compatível com o prazo restante.

A recusa em realizar investimentos que se materializaram contra a expectativa do concessionário deveria ser enquadrada como inadimplemento contratual. Não é razoável eximir o concessionário do cumprimento de obrigações de investimento simplesmente porque elas se materializaram nos últimos anos do contrato. Existe, nesse caso, frustração de expectativa, mas não direito à indenização por investimentos não amortizados.

É preciso lembrar que a avaliação acerca da probabilidade de materialização das obrigações de investimento previstas de forma contingente é um fator de competitividade do certame. Caso tenha sido conservador, o proponente terá precificado o maior número possível de obrigações de investimento contingencial. O preço apresentado pelo proponente já terá contemplado os custos desses investimentos.

Por outro lado, um proponente com mais apetite para risco, terá embutido em sua proposta comercial apenas os custos relativos aos investimentos contingentes que, na sua avaliação, possuem alta probabilidade de se materializarem. Neste caso, o proponente está assumindo, de forma legítima, o risco desses investimentos contingentes se tornarem exigíveis mesmo contra sua expectativa. Caso os eventos não se concretizem e os investimentos não venham a ser exigidos, o concessionário auferirá o benefício econômico decorrente do risco assumido. Da mesma forma, o concessionário deve suportar eventuais perdas decorrentes da materialização desses eventos e consequente exigibilidade desses investimentos.

O fato de o gatilho de investimento contingente disparar nos últimos anos da concessão, contra a expectativa do concessionário, não autoriza sua liberação do cumprimento da obrigação, tampouco legitimam qualquer pretensão de obter indenização pelo saldo de investimento não amortizado. Não é possível sustentar a incidência do direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 em relação a obrigações originais de investimento, ainda que elas tenham sido estipuladas de forma contingente. A previsão de obrigações de investimento de forma contingente deve ser tratada com seriedade por ambas as partes contratuais. O concessionário não terá direito à indenização por eventuais saldos de investimentos não amortizados em decorrência da realização de investimentos nos últimos anos da concessão como também não terá obrigação de indenizar o poder concedente pela não materialização do evento futuro e incerto atrelado a essa obrigação.

A exceção se dá nos casos em que a obrigação foi estipulada em caráter excessivamente genérico. É o que ocorria, por exemplo, com uma cláusula exigindo a realização de investimentos para manter a “qualidade da infraestrutura rodoviária” ou “atualidade na prestação do serviço público”. As obrigações de investimento contingente, para serem exigíveis, precisam estar atreladas a condições objetivas, caso contrário deverão ser consideradas como obrigações indeterminadas, liberando o concessionário do seu cumprimento.

#### ***6.3.6. Novos investimentos determinados ou permitidos pelo poder concedente***

A realização de novos investimentos determinados ou permitidos pelo poder concedente serão inseridos no contrato mediante termo aditivo e levará à necessidade de recompor a equação econômico-financeira do contrato. Por se tratar de um novo encargo contratual, o poder concedente deverá reconhecer o desequilíbrio provocado por esse aumento

de escopo e promover as ações remediativas direcionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Os contratos de concessão analisados possuem regras disciplinando a inclusão de novos investimentos em bens reversíveis, prescrevendo, inclusive, os parâmetros para precificação e remuneração desses investimentos adicionais. A inclusão de investimentos adicionais deverá ser acompanhada da imediata recomposição da equação econômico-financeira do contrato, que poderá ocorrer mediante aumento da tarifa de pedágio, prorrogação do prazo da concessão, exclusão de investimentos originais, ressarcimento pago diretamente pelo poder concedente, entre outros.

Ao promover o reequilíbrio no momento oportuno, o poder concedente possui a prerrogativa de discutir os critérios que deverão ser levados em conta para mensurar os custos inerentes à nova obrigação, podendo, inclusive, utilizar a repartição de riscos contratuais para equacionar a compensação devida ao concessionário.

Pode, por exemplo, estabelecer que os custos adicionais para cumprir a obrigação adicional de investimento serão mensurados a preços correntes, atribuindo, inclusive uma taxa de rentabilidade que reflita o custo de capital no momento da celebração do termo aditivo. O poder concedente poderá fixar, como medida compensatória, um aumento na tarifa de pedágio a fim de proporcionar ao concessionário as receitas operacionais necessárias para neutralizar os custos suportados com a obrigação adicional.

No entanto, o poder concedente não assume qualquer responsabilidade pela concretização dessa receita projetada. O concessionário, neste caso, assume o risco de rentabilidade também em relação aos investimentos adicionais. A efetiva e suficiente remuneração pelos encargos adicionais estará submetida a diversos fatores inerentes à concessão, como a concretização da projeção de tráfego, a permanência ou variação não acentuada no preço dos insumos, a não materialização de passivos de engenharia, entre outros.

A inclusão de um novo investimento em bem reversível, quando acompanhada da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, não dará direito à indenização por eventual saldo não amortizado ao fim da concessão. O concessionário, a partir da assinatura do termo aditivo que introduz o investimento adicional e reequilibra o contrato, assume o compromisso de executar essa nova obrigação, reconhecendo, ainda, que a forma de reequilíbrio proposta será suficiente.

Entretanto, a inclusão de novos investimentos sem a devida recomposição da equação econômico-financeira resultará na incidência do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995, conferindo

ao concessionário o direito de ser indenizado por investimentos não amortizados. Veja-se como isso poderia ocorrer na prática.

Suponha-se que o poder concedente tenha determinado a inclusão de um investimento adicional: a construção de um novo viaduto, reconhecendo o direito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do concessionário, mas não tenha promovido as medidas remediativas voltadas a compensar esse aumento de escopo.

Nesse caso, o concessionário possui duas opções. A primeira seria entrar na justiça para compelir o poder concedente a implementar uma ação remediativa voltada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, como o aumento da tarifa de pedágio, ressarcimento, prorrogação do contrato ou até mesmo a diminuição de encargos contratuais. A segunda seria aceitar o reconhecimento do poder concedente acerca do desequilíbrio causado pela inclusão do investimento adicional mesmo que esse reconhecimento não seja acompanhado de uma ação remediativa. O concessionário, neste caso, implicitamente aceita que a recomposição da equação econômico-financeira seja substituída pela indenização ao final do contrato. E é aqui que surge a incidência do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

Por sua vez, o poder concedente, ao não promover o reequilíbrio tempestivamente, está renunciando, indiretamente, a prerrogativa de discutir os critérios para mensurar o desequilíbrio e as condições que o equilíbrio será recomposto. Deverá, em consequência dessa inércia, indenizar o concessionário pelos custos efetivamente incorridos com a realização desses investimentos, adotando uma lógica semelhante à indenização nos casos de desapropriação.

O poder concedente possui a prerrogativa de incluir encargos adicionais ao concessionário, utilizando, inclusive, a formatação econômico-financeira do contrato, mas deverá fazer isso de forma expressa e com aquiescência do contratado. A prerrogativa conferida ao poder concedente para alterar o contrato de concessão não legitima a inclusão de encargos levando em conta a formatação econômico-financeira original do contrato.

Em outras palavras, o contratado não pode se esquivar do cumprimento dessa obrigação adicional, mas não está obrigado a aceitar que ela seja submetida às regras originais que formam a equação econômico-financeira, como a repartição de riscos contratuais. Isso porque o concessionário, ao assinar o contrato de concessão, está assumindo um conjunto de específico de riscos contratuais e aceitando a remuneração projetada frente a determinados encargos contratuais. O concessionário aceita a responsabilidade de executar os encargos contratuais, fazendo jus a uma remuneração projetada e, mais importante, assume o risco de

rentabilidade da concessão, ou seja, o risco de concretização de receitas em montante suficiente para cobrir os custos da concessão e garantir rentabilidade do projeto.

A inclusão de novos investimentos sem a devida compensação do concessionário em momento oportuno resulta, ao poder concedente, a renúncia da prerrogativa de discutir com o concessionário o equacionamento dessa nova obrigação. Sendo assim, o poder concedente, ao final do prazo da concessão, deverá indenizar o concessionário pelo custo efetivamente incorrido pelo concessionário, desvinculando a remuneração desses investimentos dos riscos do projeto. A indenização, neste caso, apresenta a mesma natureza satisfativa da indenização devida em caso de desapropriação. Vale lembrar, a esse respeito, que o artigo 36 da Lei nº 8.987/1995, conforme indicado no próprio processo legislativo, foi incluído como proteção do concessionário contra investidas expropriatórias do poder concedente.

#### ***6.3.7. Investimentos não autorizados pelo poder concedente***

Os contratos de concessão analisados estabeleciam que os novos investimentos em bens reversíveis deveriam contar com anuência prévia por parte do poder concedente. Assim, caso o concessionário identificasse a necessidade de realizar novos investimentos em bens reversíveis, ele deveria requerer anuência do poder concedente, sendo aplicável, portanto, as consequências mencionadas acima.

Poderá haver discussão, no entanto, naquelas situações em que o concessionário identifica a necessidade de realizar novos investimentos para manter a regularidade ou atualidade do serviço público, mas, por alguma razão, não obtém a anuência do poder concedente.

Em regra, apenas os investimentos devidamente autorizados resultarão na obrigação de o poder concedente indenizar o concessionário. Caso contrário, o poder concedente seria surpreendido e obrigado a indenizar uma série de investimentos desnecessários feitos pelo concessionário com o intuito exclusivo de encarecer a prestação dos serviços públicos. Justamente para coibir esse risco moral é que os contratos de concessão, em sua totalidade, estabelecem que o concessionário somente poderá realizar novos investimentos em caso de anuência prévia do poder concedente.

É preciso avaliar, no entanto, aquelas situações em que o concessionário identifica a necessidade de realizar investimentos em bens reversíveis mas, por alguma razão, não obtém a anuência do poder concedente. Nesse caso, é preciso avaliar, caso a caso, por que o concessionário não obteve anuência do poder concedente.

É preciso avaliar, por exemplo, se a falta de anuência prévia decorre de uma inércia do poder concedente. O concessionário, ao perceber a necessidade de realizar um investimento adicional para resguardar a incolumidade da infraestrutura rodoviária ou para manter a regularidade do serviço público, deve comunicar imediatamente o poder concedente.

Contudo, se as circunstâncias indicarem que a espera de resposta poderá danificar a infraestrutura rodoviária ou prejudicar a regularidade do serviço público, o concessionário estaria autorizado a realizar os investimentos adicionais, estando apto a receber indenização por eventuais não amortizados. Preferencialmente, esses investimentos deverão ser precificados e incorporados ao contrato de concessão de acordo com as regras aplicáveis a novos investimentos. Em caso de ausência dessas regras no contrato, deve ser mensurado os custos efetivamente incorridos pelo concessionário, podendo ser aplicado, contudo, alguns parâmetros para assegurar que a indenização paga esteja aderente às práticas de mercado.

#### **6.4. Forma de pagamento**

O poder concedente possui discricionariedade para estipular no contrato de concessão a forma de pagamento da indenização, que poderá consistir em ressarcimento em dinheiro pago pelo próprio poder concedente. Além disso, a estipulação da forma de pagamento da indenização pressupõe a indicação de quando o pagamento será efetivamente realizado. Alguns contratos de concessão, como os da segunda etapa de concessões da ANTT, estabelecem que o pagamento da indenização pelos investimentos não amortizados será realizado antes da assunção da concessão pelo poder concedente. Seria possível, também, prever que a indenização será paga pelo futuro concessionário, como vem ocorrendo nos processos de relicitação.

A Lei nº 8.987/1995 não prevê expressamente que o pagamento da indenização ao concessionário pelos investimentos não amortizados é condição para assunção da concessão pelo poder concedente, tal como ocorre no caso de encampação. No entanto, a existência de saldo de investimento não amortizado impede o poder concedente de retomar a concessão sem a devida compensação do concessionário. Isso decorre da própria finalidade do direito assegurado pelo artigo 36 da Lei nº 8.987/1995, cujo objetivo é evitar expropriações pelo poder concedente.

Conforme já indicado, o direito à indenização por investimentos não amortizados existe em situações bem específicas. Na maioria dos casos, o que o concessionário está pleiteando a título de indenização por investimentos não amortizados não passa de uma

tentativa de reequilíbrio por frustração em sua expectativa de rentabilidade, o que não seria cabível à luz da própria racionalidade econômica do contrato de concessão.

No entanto, naquelas situações em que o direito à indenização é legítimo, o poder concedente estaria impedido de retomar a concessão sem resolver a situação. Isso poderá ser feito por meio do ressarcimento do concessionário, por meio de prorrogação de prazo para possibilitar a amortização dos investimentos ou até mesmo a indicação de que a indenização será paga pelo novo concessionário. Seja como for, o concessionário possui o direito de se manifestar sobre o mecanismo proposto pelo poder concedente para viabilizar a compensação satisfativa dos investimentos realizados.

O poder concedente não pode retomar a concessão e simplesmente não se posicionar sobre o direito de indenização do concessionário, pois isso equivaleria a uma forma de expropriação indireta.

## CONCLUSÃO

Esta dissertação objetivou analisar a extensão do direito à indenização por investimentos não amortizados conferido pela Lei nº 8.987/1995. Mais especificamente, visou responder às seguintes perguntas: a) a regulação vigente é suficiente para assegurar o exercício do direito de indenização por investimentos não amortizados ou não depreciados durante a concessão, como previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 8.987/1995?; em caso negativo, b) quais seriam as dificuldades causadas pela ausência ou deficiência regulatória no que diz respeito à efetivação do direito de indenização previsto no mesmo artigo?; e c) como essas dificuldades poderiam ser superadas à luz do direito positivo brasileiro?

À guisa de conclusão, é possível constatar que a lei geral de concessões regula apenas as condições gerais para celebração, preservação e encerramento dos contratos de concessão, atribuindo ao poder concedente a discricionariedade para disciplinar pontos específicos e essenciais para exercício do direito de indenização previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

A regulação dos primeiros contratos de concessão, referentes aos programas de desestatização da União e do Estado de São Paulo, não era suficiente para assegurar o exercício do direito de indenização. Embora esses contratos indicassem de forma genérica o que deveriam ser considerados como bens reversíveis, existia indeterminação sobre o que deveria ser considerado como investimento em bem reversível e, principalmente, indeterminação sobre as hipóteses em que caberia direito de indenização. Também havia indeterminação quanto aos critérios que deveriam ser utilizados para estipulação do valor de indenização e em que momento essa indenização deveria ser paga.

A doutrina administrativista frente a indeterminações desses contratos, passou a indicar diversos critérios voltados à identificação dos bens reversíveis, mensuração da indenização e até mesmo sobre o momento em que essa indenização deveria ser paga. As agências reguladoras, com o passar do tempo, aprimoraram a regulação atinente à reversibilidade, de modo que hoje existem regras bastante claras para identificar o que são investimentos em bens reversíveis e como deverão ser estipuladas eventuais indenizações devidas aos concessionários por investimentos não amortizados.

No entanto, apesar dos esforços da doutrina administrativista e da eficiência regulatória das agências, algumas questões persistiam, especialmente aquela envolvendo a hipótese de incidência do direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

É possível observar uma tentativa, iniciada pelas concessionárias de rodovia, de conferir uma extensão mais ampla ao direito de indenização previsto na Lei nº 8.987/1995. As

concessionárias ajuizaram ações judiciais para buscar a recomposição econômico-financeira do contrato em decorrência da materialização de diversos eventos de desequilíbrio cuja repercussão econômico-financeira não teria sido por elas no âmbito do contrato. Em decorrência da proximidade do encerramento desses contratos de concessão, as concessionárias passaram a requerer que fosse determinado ao poder concedente que se abstinhasse de adotar qualquer medida voltada ao encerramento do contrato. Segundo as concessionárias, a lei de concessões assegura o direito de obter indenização prévia por eventuais créditos detidos pelas concessionárias, incluindo aqueles decorrentes de desequilíbrios não compensados. Percebe-se que essa tese confere um alcance totalmente novo ao artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

A análise dessas ações judiciais, incluindo todo o material atrelado a elas, permite identificar os signatários dessa tese ampliativa, entre eles, Carlos Ari Sundfeld, Vera Monteiro, Egon Bockmann Moreira, Heloisa Conrado Caggiano, Bernardo Strobel Guimarães e Eros Grau.

A tese sustentada por esses autores possui duas ampliações importantes. A primeira diz respeito à extensão do direito de indenização a todo e qualquer crédito detido pela concessionária perante o poder concedente e não apenas aos saldos de investimento em bens reversíveis não amortizados. A maioria das ações judiciais visam apenas e tão somente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, preferencialmente mediante prorrogação de prazo ou pagamento de indenização. Não havia nessas ações qualquer tentativa de demonstrar que os desequilíbrios em aberto impactaram a rentabilidade da concessão ao ponto de impedir a indenização, tampouco havia indicação da existência de saldo de investimentos não amortizados. Os desequilíbrios consistiam em aumento de custos ou diminuição de receitas por riscos não assumidos no contrato. Existia, nessas ações, uma presunção de que os desequilíbrios não resolvidos impactavam sua capacidade de amortizar os investimentos realizados e, portanto, conferiam o direito de obter indenização previamente à retomada da concessão.

A segunda ampliação diz respeito à fixação da indenização prévia como condição à retomada da concessão pelo poder concedente, tal como ocorre no caso de encampação. Essa última ampliação reforçada inclusive pela redação dos contratos de concessão do Estado do Rio Grande do Sul que previa regra expressa nesse sentido.

O TRF-4, palco dessa disputa travada entre as concessionárias e o Estado do Rio Grande do Sul, se posicionou apenas quanto à segunda ampliação, reconhecendo que o pagamento da indenização não é condição para retomada da concessão, seguindo, assim, a

linha jurisprudencial formada no STJ envolvendo as concessões de saneamento básico. O TRF-1, que também foi acionada para solucionar contendas entre concessionário e poder concedente, teve o mesmo entendimento.

O artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 não possui essa amplitude. O referido dispositivo assegura indenização por investimentos realizados em bens reversíveis e que não tenham sido amortizados durante a concessão. Sendo assim, não pode servir como fundamento de validade para qualquer pretensão indenizatória.

A análise do processo legislativo que culminou com a expedição da atual lei de concessões indica que o direito à indenização por investimentos não amortizados foi incorporado ao projeto de lei, quase ao final do tramite legislativo, para proteger o concessionário de eventuais investidas expropriatórias por parte do poder concedente. O objetivo era justamente assegurar a devida compensação ao concessionário pelo incremento da base de ativos que será entregue ao poder concedente ao final da concessão, evitando, assim, o enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Levando em conta a estrutura econômica dos contratos de concessão rodoviária, é possível concluir que o concessionário terá direito à indenização apenas quanto aos investimentos adicionais, isto é, aqueles não previstos originalmente no contrato, que tenham sido realizados por determinação do poder concedente ou pelo menos por ele consentido. Nos contratos de concessão rodoviária, o concessionário, ao assumir o risco de variação dos principais fatores econômicos, tais como demanda, custos de operação e insumos construtivos, é inteiramente responsável pela rentabilidade do projeto. No encerramento do contrato de concessão, respeitado o prazo original e observada a alocação de riscos contratuais, o concessionário não faria jus a qualquer compensação por investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados. Eventual frustração da expectativa de rentabilidade do projeto não é suficiente para acionar o direito previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995.

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não se confunde com o direito de indenização por investimentos não amortizados. Conforme já dito, o direito previsto no artigo 36 visa a compensar o concessionário por investimentos realizados em bens reversíveis que não tenham sido amortizados durante a vigência da concessão. A recomposição, por sua vez, é direcionada a neutralizar os efeitos econômico-financeiros decorrentes de riscos não assumidos no contrato de concessão. A amortização dos investimentos está atrelada diretamente ao prazo da concessão, isto é, ao prazo em que o concessionário auferirá receitas direcionadas ao pagamento desses investimentos. Em regra, os investimentos para ampliação de infraestrutura estão concentrados nos primeiros anos da concessão ou distribuídos períodos

específicos, geralmente de quatro ou cinco anos. É difícil cogitar que investimentos realizados no início da vigência do contrato ainda não tenham sido amortizados quando do encerramento do contrato.

Em relação aos novos investimentos, é preciso demonstrar a existência de saldo dos investimentos não amortizados, o que poderá ocorrer quando o aumento de custos provocados pela inclusão desses investimentos não foi devidamente compensado pelo poder concedente.

A estipulação do valor da indenização deverá observar as regras do contrato de concessão. Em caso de inexistência de qualquer parâmetro no contrato, o valor da indenização deverá levar em conta o custo histórico incorrido pelo concessionário para fazer frente às obrigações adicionais de investimento, por ser esse o critério que reflete com mais precisão os esforços financeiros suportados pelo concessionário para o cumprimento das obrigações de investimento adicionais.

O pagamento da indenização, quando devida, deverá ser realizado como condição da retomada da concessão pelo poder concedente, sob pena de expropriação em desfavor do concessionário e perpetração de enriquecimento ilícito em favor do poder concedente. Os precedentes judiciais, atualmente em sentido contrário, devem ser interpretados com cautela. As decisões formadas no STJ estavam relacionadas a contratos de saneamento celebrados, na maioria das vezes, sem licitação. Essa circunstância torna mais difícil o reconhecimento do direito de indenização como condição à retomada da concessão. Por sua vez, as decisões do TRF-1 e TRF-4 foram proferidas em casos que não se discutia, propriamente, direito à indenização por investimentos não amortizados, mas sim pretensões indenizatórias lastreadas em reequilíbrios não compensados devida e tempestivamente pelo poder concedente durante a vigência do contrato.

A finalidade do direito à indenização previsto no artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 é evitar que o concessionário sofra expropriação indevida por parte do poder concedente, finalidade que somente pode ser atendida caso haja a necessária e suficiente indenização prévia de todos os investimentos realizados pelo concessionário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Letícia Lins de. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALEXANDER, Ian; ESTACHE, Antonio; OLIVERI, Adele. A few things transport regulators should know about risk and the cost of capital. *Utilities Policy*, v. 9, n. 1, p. 1-13, 2000.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. *A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AVERY, Nicholas. Refining PFI Projects. *Project Finance International*. London: Thomson Financial, n. 218, p. 52-54, maio 2001.

AßMANN, Eberhard. *Dogmática Jurídico-Administrativa: Um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford university press, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 19, p.9, jan./mar, 1972.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *Direito da infraestrutura: volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRAGA, Hugo Rocha. *Demonstrações Contábeis - Estrutura, Análise e Interpretação*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

BREYER, Stephen G. et al. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*. 6th Edition. New York: Aspen Law & Business, 2006.

BROWN, Kathleen Brown. *Are Public-Private Transactions the future of infrastructure finance?* PUBLIC WORKS MANAGEMENT & POLICY, Vol. 12 No. 1, July 2007 320-324.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMACHO, F. T.; RODRIGUES, B. da C. L. (2014). *Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?*. In: *Revista do BNDES*, 41. Brasília: BNDES.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. *A Necessidade de Uma Postura Judicial de Deferência aos Atos Regulatórios*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; et al (coordenadores). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAMPOS, Patrícia Toledo de; MUNIZ, Tânia Lobo. *O impasse da indenização de bens reversíveis quando da extinção da concessão de serviço público por advento do termo contratual*. *Revista Juridica*, [S.l.], v. 1, n. 42, p. 382 - 398, fev. 2016. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1513/1037>. Acesso em: 03 fev. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i42.1513>.

CASTRO BARBO, André Roriz et. al. *A Evolução da Regulação nas Rodovias Federais Concedidas*. *Revista ANTT*. ISSN: 2177-6571. Volume 2, número 2, novembro 2010

CARVALHO, Afrânio. *Propriedade dos bens da concessão*. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 1-25, abr/jun. 1956.

CARVALHO, Felipe Moreira de. *Reversibilidade de bens em concessões de telecomunicações*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 73-110, jul./set, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Apontamentos sobre a reversão de bens públicos na concessão de serviço público*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345.

COASE, R.H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: University of Chicago, 1990.

CORRÊA, Rodrigo Henrique. *Mecanismos de Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro como Garantidor da Eficiência dos Projetos de Infraestrutura*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; et al (coordenadores). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COSTA MOURA, Emerson Affonso. *Regulação da Infraestrutura, Exigências Contratuais e Elaboração do Projeto Básico: Análise do Papel do Estudo Preliminar na Execução de Obra Pública*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; et al (coordenadores). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CYRINO, André. *Regulações Expropriatórias: apontamentos para uma teoria*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; et al (coordenadores). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

DELMON, Jeff. *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and PPP Frameworks*. Third Edition. Wolters Kluwer, 2015.

DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities?. *The Journal of Law and Economics*, v. 11, n. 1, p. 55-65, 1968.

DEPINÉ, Flávia Della Coletta et al. *Concessão de rodovias: modalidades e formas de remuneração do concessionário*, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

DOWNES, John; Goodman, J.E. *Dictionary of finance and investment terms*. New York: Beating the Dow, 1998.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 25ª edição. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza - São Paulo: Perspectiva, 2014.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Garantias de Adimplemento da Administração Pública ao Contratado nas Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público - Privadas, Leveraged Buy-Out e Outras Figuras Afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. Highway franchising: pitfalls and opportunities. *The American Economic Review*, v. 87, n. 2, p. 68-72, 1997.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald D.; GALETOVIC, Alexander. Privatizing highways in Latin America: fixing what went wrong. *Economia*, v. 4, n. 1, p. 129-164, 2003.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. The basic public finance of public-private partnerships. *Journal of the European economic association*, v. 11, n. 1, p. 83-111, 2013

ENGLER PINTO, Gabriela Miniussi. *O advogado e a estruturação de projetos de concessão e PPP*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (et.al.). *Direito da Infraestrutura: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FAURE-GRIMAUD, Antoine; REICHE, Soenje. Dynamic yardstick regulation. *Available at SSRN 454162*, 2003.

FERNANDES, Bernardo Barros. *O Impacto do Ambiente Regulatório e da Modelagem Licitatória Sobre os Investimentos Privados em Infraestrutura: Evidências dos Programas de Concessões Rodoviárias Brasileiras*. 2018.

FINNERTY, John D. *Asset-based financial engineering*. 3rd ed. New York: Wiley, 2013.

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

FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Rafael Vêras de. A reversão nos contratos de concessão e seu regime jurídico-econômico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 149-176, abr./jun, 2020.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34<sup>a</sup> ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FUX, Luiz. MAGALHÃES. *Imprevisão, incompletude e risco: uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos*. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1997-2017)*. São Paulo, Belo Horizonte, Malheiros Editores, 2017.

GARCIA, Flavio Amaral. *Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais*. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1997-2017)*. São Paulo, Belo Horizonte, Malheiros Editores, 2017.

GONÇALVES, Pedro Costa. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro Costa. *O Contrato Administrativo: uma Instituição no Direito Administrativo do nosso Tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Função do caso-base em contratos administrativos de concessão*. In: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Egon Bockmann Moreira (coordenador) 2<sup>a</sup> edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. 18<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e artigo 884 do Código Civil*. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 261, set/dez, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing it Right*. Washington: WBI Development Studies, 2004.

GUERRA, Sérgio. *A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos*. Revista de Direito Público da Economia - RBDE, Belo Horizonte, ano 2, n.8, out./dez, 2004.

GUERRA, Sérgio. *Concessões de Serviços Públicos: Aspectos Relevantes sobre o Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno (TIR)*. In: Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Egon Bockmann Moreira (coordenador) 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *A extinção do contrato de parceria público-privada*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. SCHIRATO, Vitor Rhein. Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo – Exegese de Dispositivos da Lei 8.666/93*. Revista dos Tribunais nº 814, Agosto de 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O equilíbrio Econômico-Financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição*. In: Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Egon Bockmann Moreira (coordenador) 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

IUDICIBUS, Sergio de. [et. al.]. Manual de contabilidade societária. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Rodovias - A experiência Brasileira*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). Parcerias Público-Privadas - 1ª edição: São Paulo, Malheiros, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores*. In: O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1997-2017). São Paulo, Belo Horizonte, Malheiros Editores, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 606.

KARAM, Rejane. *A concessão de rodovias paranaenses sob a ótica da regulação*. 2005. Tese de Doutorado. Dissertação). Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KÜHL, Lukas Flamini. *Desenvolvimento e limites do modelo de concessões rodoviárias brasileiro*, 2017.

LAUER, Bruno. Impactos da Lei nº 14.026/2020 no processo de privatização das companhias estaduais de saneamento. In: PEREZ, Marcos Augusto. DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Et al. (Coordenadores). *Desafios da nova regulação do Saneamento no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

LEITE JUNIOR, Edgard Hermelino. GIAMUNDO NETO, Giuseppe. *A Extinção dos Contratos de Prestação de Serviços de Saneamento Básico e a Indenização pelos Valores Não Amortizados*. In: GOMES LUNA, Guilherme Ferreira et al (coordenadores). *Saneamento Básico: Temas Fundamentais, Propostas e Desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIMA, Ruy Cirne. *A Encampação e a Desapropriação de Serviços Públicos Concedidos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.L VII, p. 231, 1962.

LIMA, Ruy Cirne. *Custeio da Implantação de Serviço Público*. Revista de Direito Público da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 24, p.59, abr./jun, 1973.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Como dar Seminários Sobre Textos Conceitualmente Complexos*. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (coordenadores). *Metodologia da Pesquisa em Direito*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. *Extinção e prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos*. 2015. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

MARINHO, Marcelo. *Rodovias, Serviços e Qualidade: uma proposta de avaliação*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*. RDA, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13, abr/jun, 2002.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano I, p. 69, jan./mar, 2003.

MARTINS, António. *Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rentabilidade (TIR) accionista: uma perspectiva económica*. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.) *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MASSONETTO, Luís Fernando. *Aspectos Macrojurídicos do Financiamento da Infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael et. al. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *A obra de Hely Lopes Meirelles na formação do direito administrativo brasileiro*. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1997-2017)*. São Paulo, Belo Horizonte, Malheiros Editores, 2017.

MIGLIORINI, Sonia Mar dos Santos. *O ordenamento territorial e infraestrutura de transportes: uma correlação entre o planejamento econômico e a expansão da malha*

*rodoviária no Brasil*. Artigo apresentado ao 7º Seminário Estadual de Estudos Territoriais. Disponível em: <http://www3.uepg.br>. Acesso em: 4 out. 2018.

MONTEIRO REIS, Márcio. *De onde vêm, o que são, para onde vão e quanto custam os bens reversíveis?* In: ARAGÃO, Alexandre Santos; et al (coordenadores). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro*. Egon Bockman. In: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Egon Bockmann Moreira (coordenador) 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. GUZELA, Rafaella Peçanha. *Contratos Administrativos de Longo Prazo, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Taxa Interna de Retorno – TIR*. In: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Egon Bockmann Moreira (coordenador) 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MUKAI, Toshio. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. *Regimes da desapropriação: a crítica de Hely Lopes Meirelles*. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1997-2017)*. São Paulo, Belo Horizonte, Malheiros Editores, 2017.

NOHARA, Irene. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e terceiro setor*. 3ª Edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2015.

OLIVEIRA, Roberto Guena de et al. *Avaliação do Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias*. São Paulo: Atlas, 2003.

PADOVEZE, Clóvis Luis. *Manual de contabilidade básica*. Grupo Gen-Atlas, 2017.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma Gerencial do Estado de 1995*. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro. n. 34 p. 18 Jul./Ago. 2000.

PEREZ, Marco Augusto. *Privatização e Contrato. O Contrato como Técnica de Remodelação da Atuação Estatal*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, v. 7, p. 1036, 1995.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos da participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PESSOA, Ruy Silva. *Fontes de Financiamento para a Infraestrutura Rodoviária Federal*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0293.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0293.pdf). Acesso em: 4 out. 2018.

PINTO, Gabriela Miniussi; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Pode o concessionário se opor à imposição de novos investimentos em contratos de concessão e PPP? Em quais circunstâncias?* Artigo, 2017.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Pesquisa Jurídica no Mestrado Profissional*. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (coordenadores). *Metodologia da Pesquisa em Direito*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos de PPP*. In: *Parcerias Público-Privadas. Teoria Geral e Aplicação nos Setores de Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PRADO, Lucas Navarro. *Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/95*. In: Oliveira, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (org.). *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*: Rio de Janeiro: LTC, 2013.

PRADO, Lucas Navarro. GAMELL, Denis Austin. *Regulação Econômica de Infraestrutura e Equilíbrio Econômico-Financeiro: Reflexos do Modelo de Regulação sobre o Mecanismo de Reequilíbrio a ser adotado*. In: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos*

administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Egon Bockmann Moreira (coordenador) 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PROSDOCIMI, Diogo Oscar Borges; LINHARES, Paulo de Tarso. *Financiamento de Infraestrutura Rodoviária no Brasil – Trajetória e Estruturação de um Modelo de Concessões*. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsb-3102.pdf>. Acesso em: 4 out. 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (coordenadores). *Metodologia da Pesquisa em Direito*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre o equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem)*. In: MOREIRA, Egon Bockman (Coord.) *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões de Infraestrutura e a Proibição de Indenizar Concessionário por Investimentos Não Amortizados: Cortar o Mal pela Raiz ou Tapar o Sol com a Peneira?*. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/proibicao-de-indenizacao-por-investimentos-nao-amortizados-final-publicado.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2020.

RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal. *Novos investimentos em parcerias*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020.

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. *Aspectos orçamentários das parcerias público-privadas*. São Paulo: Almedina, 2018.

SAUSSIÉ, Stéphane et al. The economics of public-private partnerships. *Theoretical and Empirical Developments*. Paris: Springer International Publishing, 2018.

SCHARF, Stéphanie Luíse Pagel. CAGGIANO, Heloisa Conrado. *Os Critérios de Análise de Projetos de Investimento e os Contratos Administrativos de Longo Prazo*. In: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-*

privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Egon Bockmann Moreira (coordenador) 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Desafios da Regulação dos Serviços Públicos de Transporte Coletivo diante de Novas Tecnologias*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; et al (coordenadores). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A Noção de Serviço Público em Regime de Competição*. Tese de Doutorado. São Paulo, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Levando a Sério a Remuneração nos contratos Públicos de Longo Prazo*. In: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Egon Bockmann Moreira (coordenador) 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do parceiro privado nas concessões e Parcerias Público-Privadas - PPPs*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 23ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Leonardo Toledo da. *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O direito à fruição “in natura” da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva*. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1997-2017)*. São Paulo, Belo Horizonte, Malheiros Editores, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). *Parcerias Público-Privadas - 1ª edição*: São Paulo, Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O Direito e as Parcerias Empresariais e Contratuals entre Estado e Particulares*. In: *Parcerias Público-Privadas no Brasil, Cadernos FGV Projetos n° 23*, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. *Bens Reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O direito à fruição “in natura” da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva*. In: O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1997-2017). São Paulo, Belo Horizonte, Malheiros Editores, 2017.

TAVARES DA SILVA, Danilo. *Desestatização da Infraestrutura Federal de Transportes e Financiamento Público: Alguns pontos de discussão*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael et. al. Elementos de Direito da Infraestrutura. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. Princeton University Press, 2017.

U.S. Department of Transportation. *Case Studies of Handback Experience with Public-Private Partnerships*. Disponível em: [https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3\\_handback\\_experience\\_010318.pdf](https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3_handback_experience_010318.pdf). Acesso em: 10 out. 2018.

VEREZA, Luiza. *Introdução à Análise Econômica das Regulações Expropriatórias: Um Novo de Custos e Incentivos*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; et al (coordenadores). Regulação e Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VÉRON, Adrien; CELLIER, Jacques. *Private participation in the road sector in Brazil: Recent evolution and next steps*, 2010.

VIANNA, Mariana. *Sobreposição Regulatória: Os Riscos na Aplicação do Critério da Especialidade*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; et al (coordenadores). Regulação e Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

XAVIER, Eduardo; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *Atualidades e Casuísticas sobre Alteração dos Contratos de Concessão de Infraestrutura*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. Direito da infraestrutura: volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

YESCOMBE, Edward R. *Principles of project finance*. Elsevier, 2002.

YESCOMBE, E.R., *Public-Private Partnerships: Principles of Policy & Finance*. Oxford: Butterworth-Heinemann, 2007.

YESCOMBE, Edward R.; FARQUHARSON, Edward. *Public-private partnerships for infrastructure: Principles of policy and finance*. Second Edition. Butterworth-Heinemann, 2018.