



O problema da reversão dos bens das concessionárias de energia elétrica

Heitor Campos*

Resumo

O presente trabalho apresenta, através de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, com base em um parecer elaborado pelos agentes do setor elétrico, os impactos causados pelo entendimento dos órgãos estatais reguladores sobre a transferência direta dos bens ditos reversíveis entre antiga e nova delegatária de concessões de hidrelétricas. Apesar da operacionalização automática do instituto da reversão, segue o poder concedente não o reconhecendo, gerando graves impactos negativos aos agentes do setor. De posse dessas ferramentas, propõe-se uma solução sustentável para a situação dos bens reversíveis em concessões de geração de energia hidrelétrica.

Palavras-chave: Direito da regulação; Direito de Energia; Bens reversíveis; Reversão; Bens Públicos

The problem of the reversionary property in power plants concessions

Abstract

This paper aims to offer, through a bibliographic and case review, based on a legal opinion issued by major actors in the electric power scenario, the impact they are subjected to due to the regulatory bodies of the energy sector understanding about the direct transfer of the “reversionary property” from the former to the new concessionaire after the hydropower bids. In spite of being an automatic institute, the Government does not recognize it, causing harm to agents of the power generation sector. We propose a sustainable solution for the situation of the “reversionary property” in concessions of hydropower plants.

Keywords: Regulatory Law; Energy Law; Reversionary Property; Reversion; Public goods

1. INTRODUÇÃO

A reversibilidade de bens atrelados à exploração de um bem público é um tema há bastante tempo explorado pela doutrina brasileira especializada em direito administrativo. Apesar da existência de previsão infralegal sobre a matéria, quando nos debruçamos sobre o setor de geração de energia elétrica, os debates começaram com mais veemência a partir da edição da Medida Provisória 579 de 2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que, em linhas gerais, veio a antecipar a prorrogação dos prazos de concessões de geração.

Primeiramente, mister definirmos o que seria a reversão. A lei 8.987/1995, que





* Estudante de mestrado em Direito da Regulação no Programa de Pós-Graduação à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas
regulamentou as concessões e permissões de serviços públicos no Brasil, em seu artigo 35 §1^o, explicita que a reversão é a entrega dos bens vinculados à concessão pelo concessionário ao poder concedente, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público.

Assim, ao fim da concessão ou da permissão, por qualquer motivo – decurso do prazo, vencimento antecipado do contrato, precariedade da relação, etc - a reversão faz com que retornem ao Poder Concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário ou permissionário, conforme previsto no edital que deu início ao processo para a delegação, e conforme estabelecido no contrato que regula relação do delegatário com o Poder Concedente.

Para fins do presente trabalho, considerando o setor de infraestrutura relacionado à energia elétrica, são considerados bens reversíveis: (i) “aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica”, conforme art. 18 da Lei nº 8.987/1995; e (ii) “aqueles utilizados exclusiva e permanentemente para produção de energia elétrica, cujos investimentos prudentes foram realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”, conforme art. 3º da Resolução Normativa 596 de 19 de dezembro de 2013 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), órgão responsável pela produção normativa infralegal regulatória do setor elétrico no Brasil².

Segundo doutrina especializada (MARQUES NETO, 2014), há três categorias de bens reversíveis, quais sejam: (i) os bens originariamente públicos ou aplicados ao serviço por instrumento de direito público – bem de propriedade do poder concedente; (ii) os bens reversíveis que venham a ser adquiridos pela concessionária para ampliação ou melhoria do serviço, ou ainda para substituir bens transferidos pelo poder concedente que atinjam o fim de sua vida útil – bem de propriedade do delegatário; ou (iii) os direitos reais e pessoais sobre bens de terceiros, públicos ou privados, como ocorre nas servidões – ou seja, não há transferência de propriedade.

Apesar da norma ser clara quanto ao retorno dos bens ao Poder Concedente, a partir de 2014, durante o processo de licitação de unidades de geração hidrelétrica cujo prazo de concessão havia expirado, a ANEEL manifestou-se no sentido de que a transferência dos bens e direitos reais afetos a esses empreendimentos deveria ocorrer diretamente entre os entes privados, sem passar pelo Poder Concedente. Em outras palavras, esses bens essenciais à prestação do serviço em concessão deveriam passar da antiga para a nova concessionária de forma direta, sem primeiro retornar para a propriedade da União. Esse entendimento, inclusive, foi incluído nos editais dos leilões de concessão de exploração de potencial hidrelétrico a partir do ano de 2017.

Sem a efetivação do instituto da reversão, previsto na legislação e no contrato de concessão firmado com as antigas concessionárias, as partes envolvidas na transferência desses bens e direitos vêm enfrentando diversos problemas para efetuar esse repasse nos moldes exigidos pela ANEEL, em especial quanto aos bens imóveis.

Afinal, qual instrumento para se registrar transferência de um imóvel pertencente à

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

² Não será objeto de estudo no momento tratar de debates doutrinários acerca de quais bens devem ser introduzidos na categoria de bens reversíveis. Para esse fim, ver: GUERRA; MARTINS, 2001.

União por um outro agente? Se esses bens vinculados à concessão são indisponíveis, como poderia a antiga concessionária aliená-los ou cedê-los diretamente às novas concessionárias? Podendo vender, como compatibilizar com a vedação de aquisição de imóveis rurais por concessionárias com maioria de capital estrangeiro entre seus acionistas?

O presente trabalho tratará do tema dos bens reversíveis nas atuais concessões de geração de energia elétrica, buscando propor uma solução viável ao impasse enfrentado pelas concessionárias atingidas.

Ele será dividido em quatro partes. A primeira se ocupará em apresentar o problema dos bens reversíveis, apresentado um breve histórico sobre a abertura do setor e o tratamento dado à questão desses bens. Em seguida, trataremos do impacto que a Medida Provisória 579 teve ao antecipar o debate sobre a renovação das concessões de hidrelétricas, bem como apresentar qual tem sido o entendimento do Governo presente nos editais. Na terceira parte serão apresentados alguns dos impactos práticos enfrentados pelos antigos e novos concessionários, a partir da análise de um parecer elaborado pela Associação Brasileira de Companhias de Energia Elétrica (ABCE). Por fim, antes das considerações finais, será apresentada uma proposta para solucionar de vez a questão para futuros casos.

2. O PROBLEMA DOS BENS REVERSÍVEIS NAS CONCESSÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Neste capítulo, trataremos de apresentar a questão envolvendo os bens reversíveis nas concessões de geração de energia elétrica a partir do tratamento histórico, para em seguida finalizar com a apresentação de um parecer elaborado por agentes do setor como forma de endereçar a matéria.

2.1. Tratamento histórico dos bens reversíveis

Primeiramente, cumpre pontuar que o instituto da reversão de bens públicos foi introduzido na legislação pátria acompanhando uma série de transformações que ocorreram no Brasil, em especial, na segunda metade dos anos 90, com objetivo de introduzir a liberalização e privatização de alguns dos principais setores da economia. Dentre eles, encontrava-se o setor de geração de energia elétrica.

Até aquele momento, grande parte dos serviços de infraestrutura eram prestados pelo Estado, principalmente através de empresas que atuavam sob seu controle. Diversos estudos vinham mostrando que essas empresas eram comprovadamente mais ineficientes quando comparadas às performances de empresas privadas³.

A mais importante razão para a estratégia que se seguiu de abertura do setor de infraestrutura para o capital privado foi, segundo demonstrado por um estudo elaborado por técnicos do Banco Mundial (GUASCH; LAFFONT; STRAUB, 2003), a necessidade urgente de se realizar altos investimentos. Para países em desenvolvimento, de forma especial, essa necessidade de vultosos investimentos ganha um grau de complexidade pelo fato de que tais recursos competiam também com gastos sociais necessários em contextos de desigualdade e carência da população.

³ Não é objeto deste artigo debater vantagens e desvantagens, ou critérios de justiça, do modelo de concessão prestados por empresas públicas ou privadas. Tomamos como premissa o fato apresentado por GUASCH, LAFFONT e STRAUB (2003) que conclui serem mais eficientes, sob diversos aspectos, as companhias privadas que exploram concessões de serviço público.



Sendo assim, em um contexto de cobertor curto, poderia ser uma via interessante ao Estado tratar de focalizar seus esforços em questões sociais, no atendimento à população carente e na redução da desigualdade, enquanto delegaria aos entes privados a obrigação de realizar os necessários investimentos em infraestrutura e de geri-los.

Dentre as alterações legislativas que ocorreram à época, podemos citar como relevantes, e com impacto no setor de geração de energia, a emenda constitucional número 6, de 1995, que viabilizou juridicamente a abertura econômica do setor ao capital estrangeiro ao “(i) revog[ar] o artigo 171 da Constituição Federal; e (ii) alter[ar] o § 1º do artigo 176 de forma a possibilitar que empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil explorassem, mediante concessão ou autorização e em igualdade de condições com empresas de capital nacional, os aproveitamentos dos potenciais de energia hidráulica” (SANTOS et al, 2015).

Dentro desse processo de reforma do Estado brasileiro, foi editada ainda uma série de leis infraconstitucionais com impacto no setor elétrico, dentre as quais: (i) a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou as concessões e permissões de serviços públicos no Brasil; (ii) a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que regulamentou as concessões e permissões do setor elétrico; (iii) a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que autorizou a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; (iv) a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, que concluiu a primeira fase das reformas. Formava-se, assim, os alicerces do arcabouço legal aplicável ao setor elétrico no Brasil.

Tais normas objetivavam cumprir a missão de organizar o funcionamento do serviço de exploração do potencial elétrico nacional a ser prestado agora por um particular, de forma que não perdessem suas características essenciais, como sua generalidade, continuidade e satisfação de uma necessidade coletiva.

Ao setor elétrico, as regras gerais de transição (art. 42 da lei 8.987/1995) e as regras especiais de transição (art. 19 da lei 9.074/1995) procuraram estabelecer uma passagem razoável do regime concentrado e monopolístico para esse regime agora competitivo, com respeito aos termos contratuais que já se encontravam vigentes no momento da entrada em vigor do novo marco regulatório. Respeitavam-se, assim, os princípios da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e da irretroatividade da lei (SANTOS et al, 2015, p.4).

A despeito da previsão legal apresentada, de início, pouco houve de produção normativa – ou mesmo preocupação em debater - quanto ao modo de se tratar os casos de reversão. Isso se deveu à possibilidade conferida pelo art. 19 da lei 9.074/1995, que permitiu a prorrogação por até vinte anos das concessões existentes, com objetivo de garantir qualidade no atendimento aos consumidores já atendidos por tais empreendimentos, e a custos adequados. Assim, os prazos de concessões vigentes durariam pelo menos mais vinte anos, e, conseqüentemente, postergava-se o enfrentamento à questão dos bens reversíveis.

Não era objeto de debate, por exemplo, a apuração de eventual valor de indenização para os investimentos não amortizados ou depreciados. Segundo SANTOS et al (2015),

esse ponto sequer estava em discussão, seja pelo longo prazo proposto (prorrogação por 20 anos), seja pela escassez de recursos públicos para fazer frente a uma eventual indenização, dada a delicada situação fiscal do país à época.

A seguir, trataremos das mudanças introduzidas a partir da edição da MP 579/2012, que previu a possibilidade de renovação antecipada dos contratos de concessão e, assim, trouxe à

luz o debate quanto aos bens reversíveis.

2.2. MP 579 e o impacto nas novas concessões

A partir da leitura de NASCIMENTO, 2011, percebe-se que o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão auxiliar ligado ao Congresso Nacional, responsável, dentre outras coisas, por exercer controle externo sobre as atividades exercidas pela União, conforme artigo 71 da Constituição Federal, começava a se preparar para as renovações do setor que viriam a ocorrer a partir de 2015, portanto vinte anos após as alterações legislativas que reformaram o setor – exatamente o prazo adicional trazido pelo art. 19 da lei 9.074/1995, conforme apresentado acima.

Os agentes do mercado também se preparavam para participar do debate quando foram surpreendidos pela emissão da Medida Provisória (MP) 579, em setembro de 2012, que objetivava desonerar as tarifas pagas pelos usuários dos serviços de energia elétrica, a partir de um conjunto de medidas que incluíam (i) a renovação antecipada do prazo de concessões cujo vencimento se aproximava, e (ii) o fim da remuneração dos investimentos das concessionárias em bens reversíveis, cuja indenização seria antecipada.

O racional objetivado pelo Governo era o de observar em que pé se encontravam as concessões antigas, cujas obras de construção já estariam totalmente concluídas, e, portanto, com seus bens já depreciados e seus investimentos amortizados em sua totalidade. No momento dessa renovação, portanto, o poder público estaria eximido da responsabilidade de remunerar a concessionária por tais ativos.

Negociava-se que, uma vez indenizados antecipadamente por tais ativos, ou seja, não tendo mais a tarifa que remunerar as concessões por tais investimentos feitos no passado e agora amortizados, as concessionárias deveriam reduzir suas tarifas cobradas dos usuários.

Aguardar mais alguns anos até o fim inicialmente previsto para tais concessões obrigaria às concessionárias, para manter o nível e qualidade na prestação dos serviços, realizar novos investimentos que, além de majorar a tarifa paga pelos usuários, viria a ser indenizado pelo Poder Concedente em momento posterior.

Deve-se elucidar que a lei 12.783/2012, oriunda da conversão da medida provisória em tela, estava parcialmente em linha com o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em respeito à primazia do dever de continuidade da prestação do serviço público (no caso, exploração do recurso hídrico para obtenção de energia), não haveria exigência de que a indenização pelos bens reversíveis ocorresse previamente à sua devolução ao poder concedente (STJ, REsp 1059137, 2008)⁴. Assim, o bem poderia retornar ao poder concedente e ser relicitado a um novo delegatário, restando para um segundo momento apenas o ato da indenização do antigo concessionário por tais bens ainda não depreciados.

Referida lei, contudo, foi além desse entendimento quanto à manutenção da continuidade, e inovou em seu teor ao permitir, em seu artigo 8º § 1º⁵, que a licitação das unidades geradoras viessem a ocorrer sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço. Ou seja, a partir daquele momento, poderia o governo proceder a nova licitação sem a

⁴ Há uma discussão doutrinária sobre a necessidade de se indenizar pelos bens reversíveis para poder extinguir o contrato de concessão original, sob risco de desequilíbrio contratual e ocorrência de uma verdadeira expropriação. Para maiores informações, ver: GRAU, 2012

⁵ “Art. 8º As concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas, nos termos desta Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos.

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



obrigação de receber os bens novamente em seu acervo em decorrência do fenômeno da reversão para, apenas no segundo momento, ocupar-se da indenização.

Segundo análise de SAMPAIO e GUERRA (2019, p. 38),

Essa previsão legal parece ter tido o objetivo de liberar o poder concedente do dever de indenizar a antiga concessionária pelos investimentos não amortizados. Se não há reversão, não há indenização pelo poder público, ficando a cargo do vencedor da nova licitação o pagamento aos antigos titulares da concessão.

Importante observar que a possibilidade de reliciar sem a necessidade de realização de prévia reversão é distinto de ignorar a necessidade de ocorrência da reversão, cuja obrigatoriedade é prevista no artigo 35, § 2º, da Lei nº 8.987/1995.

Nesse sentido, encerrado o prazo da concessão, a reversão se opera imediatamente de pleno direito, ainda que, por razões operacionais, a sua efetiva formalização ocorra em momento posterior. Assim determina o artigo 35, §1º, da Lei nº 8.987/1995, segundo o qual, extinta a concessão, os bens reversíveis retornam ao poder concedente.

A propósito, ensina FILHO (2003),

Extinta a concessão, desaparece o regime jurídico correspondente. [...] **A extinção de direitos e benefícios diretamente derivados da concessão dá-se de modo automático**, sem necessidade de outras formalidades. [...] Extingue-se, por igual, o poder que o concessionário exercitava sobre os bens públicos afetados ao serviço público. O Estado volta a ter a posse deles. (grifo nosso)

Posição semelhante enxerga-se em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, dentro os quais o Recurso Especial 1.059.137/SC, conforme ementa abaixo:

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. (REsp 1059137/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJe 29/10/2008).

Ainda, não seria correto afirmar que a Lei 12.783/2012 teria revogado a imposição da reversão dos bens ao fim da concessão (artigo 35, §1º, da Lei nº 8.987/1995) por se tratar de lei posterior. Isso porque: (i) não o fez expressamente; (ii) não são institutos incompatíveis; e (iii)

nem trata de toda matéria anterior. Assim, não houve revogação por descumprimento dos requisitos previstos art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶ para revogação de lei anterior por lei posterior.

Por todo apresentado, defende-se ser inafastável a ocorrência da reversão por ocasião do término das concessões do serviço público de energia.

Contudo, esse entendimento não tem sido aquele apresentado nos próprios editais de licitação ou no entendimento de Ministério de Minas e Energia (MME). O edital do Leilão nº 001/2017 e os contratos de concessão resultantes deste leilão, por exemplo, trouxeram o quanto segue:

Em consonância com o disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 12.783/2013, a transferência dos bens reversíveis deverá ser feita diretamente da concessionária anterior para a nova Concessionária, assumindo esta todos os direitos e deveres decorrentes, inclusive o pagamento de tributos relativos à transferência.

Ocorre que, em apertada síntese, a ausência de relação jurídica entre as partes envolvidas na transferência desses bens e direitos (antiga e nova concessionárias) leva à impossibilidade de realização de seu repasse nos moldes sugeridos pela ANEEL.

A seguir serão apresentadas as consequências práticas que têm sido enfrentadas pelos concessionários, novos e antigos, por conta dessa determinação do órgão regulador.

2.3. Consequência prática da transferência direta dos bens imóveis reversíveis

Primeiramente, quanto aos imóveis adquiridos pela antiga concessionária e afetados à geração de energia elétrica, esses não se incorporam definitivamente a seu patrimônio, devendo seguir o prestador de serviço que estiver efetivamente responsável pela exploração da concessão, ou seja, *in casu*, o novo delegatário.

Aplicando-se a regra geral de reversão de bens, ao final da concessão, esses imóveis seriam revertidos à União Federal⁷, o poder concedente, que se tornaria proprietária desses ativos. Esse retorno ocorreria, como apresentado acima, de pleno direito.

Uma vez incorporado ao patrimônio público federal, a posse do bem seria, então, transferida ao novo concessionário, que não teria direito à indenização relativa a esse bem ao final da nova concessão, pois o investimento a ele relativo já se encontraria integralmente amortizado. Se assim não o fosse, estaríamos diante da possibilidade de o licitante propor uma tarifa irrisória com vista a pleitear uma indenização do poder concedente.

Interessante carta em formato de parecer elaborada pela Associação Brasileira de Companhias de Energia Elétrica – ABCE e endereçada à ANEEL em 2018 elenca diversos impactos negativos sobre os antigos e atuais delegatários das concessões licitadas após 2014 por efeito da determinação de transferência direta desses bens, previstas nos novos editais, como apresentado acima. Ela servirá como base aos questionamentos que serão explorados dentro desta secção.

À luz da lei nº 12.783/2013 e dos editais como o ilustrado, em que a transferência dos

⁶ “Art. 2º § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

⁷ Importante lembrar que o fornecimento de energia elétrica é atividade de competência da União Federal (art. 21, XII, ‘b’, CF/88), que tem a atribuição de explorá-la diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.



bens deveria ocorrer de forma direta da concessionária anterior para a atual, vencedora do certame, a primeira pergunta a se fazer é a que título teria a nova concessionária recebido esses bens. Ou seja, qual a natureza jurídica dessa transferência?

Com efeito, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), que trata da transferência de propriedade e registros, prevê a existência de diferentes instrumentos jurídicos para a formalização de tais transferências de propriedade, dentre os quais se destacam, para o presente caso, a doação e a compra e venda⁸.

Seja via doação ou compra e venda, nenhum desses institutos resistiria ao fato de que não há previsão nos contratos de concessão das antigas delegatárias uma permissão para que essas possam dispor dos bens reversíveis, conforme previsto e exigido pelo inciso V do artigo 14 da lei 9.427/1996, conforme segue:

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

[...]

V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis

Mesmo se considerássemos haver previsão contratual expressa, outros impedimentos surgem e devem ser apresentados. Por um lado, não se trataria de uma doação pelo simples fato de carecer do requisito de espontaneidade e gratuidade, ou seja, do *animus donandi*, conforme exigido pela leitura do artigo 538 do Código Civil⁹. Em outras palavras, deveria haver, conforme professor GOLÇALVES (2012, p. 279), “a ação desinteressada de dar a outrem, sem estar obrigado, parte de seu patrimônio”.

Tal ação desinteressada não se configura no caso aventado, uma vez haver a legítima expectativa do antigo concessionário em ser ressarcido pelos seus investimentos realizados e não amortizados e pelos ativos não depreciados relacionados com a implantação e a operação do empreendimento enquanto este encontrava-se sob sua delegação.

Ainda, quanto aos imóveis, apesar de encontrarem-se registrados em nome da antiga concessionária, são eles de propriedade da União e, de acordo com o art. 35 §1º e §2º da lei nº 8.987/1995, como visto anteriormente, sua reversão ao Poder Concedente opera-se de pleno direito ao término da concessão. Esse fato por si faria a doação da concessionária anterior para atual ser, de plano, nula.

No caso de concessionárias com maioria de capital estrangeiro, ainda, estaríamos diante de um agravante, qual seja, a ilegalidade por conta da vedação constante nos artigos 14 e 15 da lei nº 5.709/1971¹⁰, que regula a aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica estrangeira

⁸ Para o caso em tela, não se está considerando outros dois institutos que permitem a transferência da propriedade, quais sejam: a permuta e a doação em pagamento.

⁹ “Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.”

¹⁰ “Art. 14 - Salvo nos casos previstos em legislação de núcleos coloniais, onde se estabeleçam em lotes rurais, como agricultores, estrangeiros imigrantes, é vedada, a qualquer título, a doação de terras da União ou dos Estados a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas.

Art. 15 - A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, é nula de pleno direito. O tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica. O alienante está obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel.”

autorizada a funcionar no Brasil. Não poderia, assim, tais empresas adquirirem imóveis rurais via doação e deles usufruírem dessa forma.

Por outro lado, também não haveria de se falar em compra dos bens e direitos pela nova concessionária, uma vez que o pagamento pelos ativos da antiga concessionária não foi previsto expressamente nos referidos leilões, à medida em que todos os ativos integrantes da concessão relicitada integram os direitos conferidos à nova concessionária. Assim, seria ilegal e inconstitucional exigir qualquer pagamento adicional da nova concessionária além das condições por ela ofertadas e que resultaram na vitória do leilão.

Urge recordar que, pelo princípio da transparência e da boa-fé, todas condições para precificação dos ativos ofertados em concessão precisam se encontrar previstos e conhecidos no momento do leilão.

Ainda nessa seara, surge uma questão tributária primordial. A transferência da propriedade nos moldes sugeridos pela ANEEL, ou seja, transferência de propriedade entre particulares, acarretaria, em tese, na incidência de elevados impostos, dentre os quais do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI ou do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD, cujo pagamento não foi provisionado pelas novas concessionárias que participaram da licitação, pois menção expressa no edital não havia. Seria lógico concluir que se trataria, também, de uma exigência de pagamento posterior ao resultado do leilão.

SAMPAIO e GUERRA (2019, p. 386) ainda levantam uma hipótese diversa em que, com base em doutrina aplicada ao setor elétrico nos anos 1950, poderiam os contratos de concessão serem instrumentos aptos a registrar direitos reais nos Registros Gerais de Imóveis, desde que esses contratos tragam a lista dos imóveis afetados à concessão e, portanto, caracterizados como bens reversíveis. Entretanto, reconhecem que

[...] tal hipótese pode suscitar dúvidas quanto a sua legalidade, por ausência de claro permissivo normativo, sendo questionável se tais registros poderiam ser efetivados com base apenas na previsão genérica da possibilidade de relicitação sem prévia reversão de bens constante da Lei nº 12.783/2013.

Todo esse conjunto de dificuldade de transferência da propriedade ainda causa outras consequências que impactam a previsibilidade e o ambiente de negócios entre a antiga e a nova concessionária.

Do ponto de vista ambiental, a não concretização da transferência torna a antiga concessionária ainda responsável por eventuais infrações ambientais em terrenos sob sua propriedade. Para a nova concessionária, viria a dificuldade de comprovação de propriedade desses imóveis perante órgãos ambientais para realização de cadastros rurais de propriedade.

Tributariamente, ainda, há dificuldade de realização de ajustes contábeis pela nova concessionária para pagamento dos tributos afetos às propriedades, na medida em que, por terem natureza *propter rem*, as cobranças são emitidas em nome das antigas concessionárias, que permanecem com a titularidade formal desses bens até que seja concluída a referida transferência.

Igualmente, a manutenção da propriedade com a antiga concessionária também tem impacto sobre a apuração de tributos como o Imposto de Renda - Pessoa Jurídica – IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, uma vez que a depreciação do ativo imobilizado, caso não esteja integralmente depreciado, não poderá ser utilizada pela nova concessionária para o abatimento da base de cálculo desses tributos a que tem direito, nos termos da legislação.

2.4. Solução proposta para o impasse

Tendo em vista o exposto, vê-se que o entendimento aplicável pelo MME e pela ANEEL sobre a viabilidade de transferência direta dos bens reversíveis da antiga concessionária para a atual vem causando impacto negativo para ambas as partes, e impactando negativamente a segurança jurídica para o setor.

Como forma de solucionar a questão, o referido parecer da ABCE sugere, em suma, que não seja realizada a transferência da propriedade entre concessionárias dos bens reversíveis, mas uma cessão de uso desses bens da União para a nova concessionária, por ser o instrumento atualmente existente que mais se adequaria ao caso.

Segundo MEIRELLES, ALEIXO e BURLE FILHO (2016, p. 646),

[...] a concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que explore segundo sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos demais institutos assemelhados – autorização e permissão de uso – é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições convencionadas com a Administração.

A professora DI PIETRO (2009, p. 694) acrescenta, ainda, que esse instituto deveria ser empregado nos casos em que a utilização do bem público objetive o exercício de atividades de utilidade pública de maior relevo e custo e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário da vez. Esse parece ser o caso em tela, principalmente se considerarmos os altos valores envolvidos nesse tipo de concessão, cujos ativos ainda não amortizados atingem não raro vários bilhões de reais, conforme apresentado por relatórios do Tribunal de Contas da União (NASCIMENTO 2011, p.7).

Além disso, defendem os autores do parecer que a utilização da concessão de uso de bem público, na modalidade de cessão de uso, seria ainda uma imposição legal, por força do art. 79, §3º, do Decreto-lei nº 9.760/1946, para empresas públicas e sociedades de economia mista, e por força do art. 42, parágrafo único, da Lei nº 9.636/1998, para as concessionárias privadas.

Esse entendimento pressupõe, portanto, que os bens ao fim da concessão sejam revertidos para a União – entendimento esse suportado, como demonstrado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, mas não pelo próprio Governo, parte fundamental dentro desse processo.

Concluimos assim que, para resolver essa situação, dependerá de o Governo aceitar seu papel fundamental em receber os bens reversíveis da concessão – que, como apresentado, já ocorreu de pleno direito.

Um ponto importante é que, na solução apresentada, como os bens e direitos não seriam transferidos da antiga concessionária para a nova concessionária, seria necessário promover a adequação da redação prevista nos contratos de concessão firmados com as novas concessionárias. Deverá constar que os bens da seriam cedidos à concessionária pelo prazo de concessão para sua exploração. Essa adequação contratual levaria, necessariamente, a uma renegociação de seus termos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado ao longo do presente trabalho, a questão dos bens reversíveis pode ter vindo à tona de forma antecipada com a MP 579, mas a discussão ocorreria de uma forma ou de outra conforme o prazo dos contratos das antigas concessões de energia elétrica fossem se extinguindo.

Até o presente momento, por razões históricas, que tinham na figura do ente estatal o grande prestador de serviços públicos, ou pelo menos como aquele capaz de, em uma eventualidade vir a prestá-los, o instituto da reversão veio imperando no novo modelo de estado que opta por conceder a prestação de serviços a sujeitos privados (incluindo, aqui, as empresas de capital misto).

Pela legislação em vigor, confirmada pela jurisprudência do STJ, configura-se claro que a reversão dos bens ocorre de forma automática ao fim da concessão, independente da situação que originou tal encerramento. Sendo assim, a situação atual em que o Estado tenta pela via contratual e licitatória transferir tais bens do antigo para o novo concessionário de forma direta vem causando diversos problemas aos agentes desse mercado.

A solução proposta no presente artigo, ou seja, de passar a utilizar o instituto da concessão do uso do bem público ao invés de realizar a transferência de propriedade a cada novo delegatário responsável por explorar a concessão, visa, por um lado, sanar futuros conflitos ao alterar o sistema vigente da reversão para a concessão de uso de bem público, o que impactaria numa alteração necessariamente do contrato de concessão vigente. Portanto, nessa situação, a propriedade restaria com a União, reduzindo o impacto da reversão ao fim da concessão. Ao delegatário, restaria tão somente a exploração de tais bens.

Por outro lado, cabe ao ente da Administração entender que a reversão dos bens da antiga concessão já ocorreu, e que é seu papel realizar a transferência da propriedade primeiro para si, e depois para a nova concessionária. Seguir negando essa realidade só trará mais impactos perversos ao setor, abalando sua segurança jurídica e previsibilidade.

Por fim, cumpre salientar que cabe ainda aprofundar os estudos sobre o impacto e a possibilidade de realização dessas mudanças, que passam, necessariamente, pela análise da via da regulação por contratos e sua adequação através da renegociação.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMPANHIAS DE ENERGIA ELÉTRICA – ABCE. **CARTA ABCE 042/2018**. 2018. Disponível em: <http://site1368799385.hospedagemdesites.ws/XXIVsimposiojuridico/palestras/Carta_ABCE_042_%202018_x%20ANEEL_TransfBensConcessao_2018.pdf> Acesso em: 13 mar 2022

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL, **Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946**. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9760.htm>. Acesso em: 20 mar 2022

BRASIL, **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 20 mar 2022





BRASIL, **Lei 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm>. Acesso em: 20 mar 2022

BRASIL, **Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19636.htm>. Acesso em: 20 mar 2022

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

BRASIL. **Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112783.htm>. Acesso em: 20 mar 2022

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009

FILHO, Marçal J. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo. Ed. Dialética. 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012.

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

GUASCH, J. Luis; LAFFONT, Jean-Jacques; STRAUB, Stephane. **Renegotiation of Concession Contracts in Latin America**. Policy Research Working Paper; No. 3011. World Bank. Estados Unidos. 2003. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18224>> Acessado em: 20 mar 2022

GUERRA, Sérgio. **A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos**. Revista de Direito Público da Economia. volume 8. 2004.

GUERRA, Sérgio; MARTINS, Fernanda Marques. **Regulação de Bens Reversíveis – Caso Anatel – Edifício Martiniano: Agrg no Resp nº 971.851 – STJ; Acórdão nº 1.809/2016 – TCU**, in MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. Dinâmica da Regulação: Estudo de Casos da Jurisprudência Brasileira – A Convivência dos Tribunais e órgãos de Controle com Agências Reguladoras, Autoridade da Concorrência e Livre Iniciativa, 2ª edição, Belo Horizonte, Fórum, 2021 (Capítulo 2 da Seção 3), páginas 231 a 245

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016,

NASCIMENTO, Aline. **O vencimento das concessões do setor elétrico e a atuação do controle externo do Tribunal de Contas da União**. 2011. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Controle da Regulação) - Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU. Brasília. 2011. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1C365716C5#:~:text=As%20concess%C3%B5es%20e%20autoriza%C3%A7%C3%B5es%20de,investment%20limitado%20a%2035%20anos.>> Acesso em: 13 fev 2022



SAMPAIO, Patricia. GUERRA, Sergio. **Relicitação das concessões de geração de energia elétrica e a reversão de bens.** In: Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 9, n. 1 p.371-388, 2019.

SANTOS, Rodrigo. SANTOS, Afonso. DA CRUZ, Ricardo. SANTOS, Alexandre. DOS SANTOS, Victor. Remuneração da geração de energia elétrica e indenização dos bens reversíveis: Uma análise histórico-regulatória. In: 12 SILUSBA - Simpósio de Hidráulica e Recursos Hídricos dos Países de Língua Portuguesa. Anais. Brasília – DF. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1059137 SC 2008/0110088-5**, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2008.