



MBA
PPP E
CONCESSÕES

ASPECTOS JURÍDICOS DA EXECUÇÃO CONTRATUAL

REGIME DE BENS E INVESTIMENTOS

Professora Natália Resende Andrade Ávila

MBA PPP E CONCESSÕES

ASPECTOS JURÍDICOS DA EXECUÇÃO CONTRATUAL (JURÍDICO III)

AULA: *Regime de bens e investimentos*

PROFESSOR(A): *Natália Resende Andrade Ávila*

1. INTRODUÇÃO

A presente apostila tem por objetivo explorar os principais e mais relevantes pontos acerca do regime de bens e investimentos, tema de importância ímpar para as PPPs e concessões. Para tal, este documento abordará, em um primeiro momento, a disciplina dos bens públicos, sobretudo, no tocante às concepções sobre a natureza jurídica dos bens públicos, às faculdades decorrentes da dominialidade, e ao regime jurídico dos bens públicos. Posteriormente, os bens de uma concessão serão explorados, especialmente quanto às suas concepções, aos bens reversíveis, à legislação aplicável e à função do contrato.

2. BENS PÚBLICOS

a. Concepções sobre a natureza jurídica

Consoante ensina Marques Neto (2009), as diversas teorias sobre a natureza jurídica dos bens públicos oscilam entre dois pontos-chave: de um lado, a concepção subjetiva, tomada a partir da relação de titularidade e domínio do bem, consubstanciada em saber quem possui a relação jurídica de propriedade sobre a coisa pública; de outro, a relação funcional, consistente em saber para que finalidade esta coisa há de ser empregada.

Grosso modo, existiriam, para Marrara (2007), três grandes posições doutrinárias no direito pátrio sobre o tema, a saber:

- Os bens públicos são aqueles de titularidade do Estado – as divergências, nesta corrente, estariam na amplitude do conteúdo dos termos “bens” e “Estado” (Meirelles, Cavalcanti, Di Pietro e Araújo);

- Os bens públicos são aqueles relacionados à produção de utilidades públicas ou que visariam a atender a um interesse público e, até por isso, sujeitar-se-iam a um regime publicístico (Gasparini e Medauar); e
- Os bens públicos são aqueles submetidos a um regime de direito público em virtude de sua ligação com a administração pública (Cirne Lima e Bandeira de Mello).

O Código Civil Brasileiro – CCB de 2002 traz no art. 98, de forma simples, o critério da titularidade para a definição de bens públicos, dispondo que são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Consoante Marques Neto (2009), pelo critério civilista, públicos são os bens objeto de propriedade do ente público e qualquer bem integrante do domínio de pessoa jurídica de direito público interno estará, por este critério, sujeito ao regime de direito público; de outro lado, qualquer bem cuja titularidade seja privada (ou, na fórmula do CCB, que não pertença ou não seja objeto de relação dominial de ente público) não poderia ser considerado sujeito ao regime de direito público.

Marrara (2007) afirma que o critério utilizado pelo Código Civil para justificar a tripartição dos bens públicos é o da afetação jurídica, expressa ou tácita, explanando que os bens de uso comum se caracterizam primeiramente pelo uso indistinto de todos em benefício de fins difusos e coletivos, aos quais nem mesmo se podem sobrepor interesses particulares de entes políticos; os bens de uso especial são os necessários aos serviços públicos, podendo-se, todavia, alocá-los subsidiariamente para uso comum ou mesmo para satisfação de interesses próprios da Administração (interesses públicos secundários), desde que não prejudicada a atividade administrativa à qual se vinculam; os dominicais seriam os bens sobre os quais não há qualquer primazia de uso, de modo que a Administração Pública pode-lhes dar qualquer aplicação prática, seja franqueando o uso comum, seja empregando-os em serviços públicos ou utilizando-os para a geração de renda e o atendimento de seus interesses próprios.

De acordo com Di Pietro (2004), a primeira característica que se nota em relação aos bens públicos está no próprio art. 99 do CCB, o qual torna a afetação marca própria dos bens de uso comum do povo e os bens especiais, em contraste com os bens dominicais.

Conforme expõe Marrara (2007), por mais que se force em alguns ordenamentos o critério de titularidade, erigindo-se normas especiais e distintas para bens que pertencem ao Estado, não se ignora que a função do bem sempre desempenha um papel mínimo para a definição, criação e escolha das normas que os regem. Deve-se analisar, contudo, segundo o autor, se os pesos dados à titularidade, de um lado, e à função do bem, de outro, são socialmente adequados e juridicamente úteis.

Importante destacar que a relação de titularidade/dominialidade (critério subjetivo) e regime jurídico não se confundem. O critério de titularidade não permite que se identifique um regime jurídico padrão aplicável a todas as três espécies de bens públicos, ou seja, da titularidade/dominialidade, pública ou privada, não decorre necessariamente um regime, público ou privado.

Cabe, nesse contexto, para melhor compreensão do tema, tecer breves considerações sobre as faculdades decorrentes da dominialidade e o regime jurídico dos bens públicos e alguns de seus atributos.

b. Das faculdades decorrentes da dominialidade

Para Gonçalves (2017), bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico. Somente interessam ao direito coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem, sobre as quais possa existir um vínculo jurídico, que é o domínio. Conforme explana o referido autor, os direitos reais têm, como elementos essenciais, o sujeito ativo, a coisa e a relação ou poder do sujeito sobre a coisa, chamado domínio.

De acordo com Venosa (2013), a terminologia atual aceita domínio e propriedade como sinônimos, sendo o primeiro, doutrinariamente, vocábulo que se refere maioritariamente às coisas incorpóreas (direito que submete a coisa incorpórea ao poder de seu titular) e o segundo termo que engloba tanto as coisas corpóreas, como incorpóreas. Para este autor, assim como no direito romano, nosso Código Civil de 1916 tratou também como sinônimas tais expressões (arts. 524, 533, 622, 623, entre outros), procurando o Código Civil de 2002 ser mais técnico (art. 1.245, por exemplo), sem se preocupar, contudo, com a distinção.

Importante ressaltar que o sinônimo entre domínio e propriedade não é unanimidade na doutrina. Consoante Borderes e Oliveira (2009), entender propriedade como domínio, de maneira geral, é ignorar o processo de

constitucionalização pelo qual o direito brasileiro vem passando, em que a propriedade, muito mais que um direito exclusivo e ilimitado, deve atender suas funções sociais, sob pena de sua perda.

A unanimidade, todavia, entre os civilistas, reside no fato de que o direito de propriedade, como direito real, por excelência, constitui o cerne do direito das coisas, representando a propriedade a espinha dorsal do direito privado (Harada, 2006).

Nos termos do direito civil, em regra, é titular da propriedade em sua plenitude aquele que detém o poder para exercer todos os atributos definidos no preceito legal: *ius utendi, fruendi et abutendi* (Pereira, 2008).

Para César Fiúza (2007), a propriedade pode ser definida como a situação jurídica consistente em uma relação dinâmica entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude da qual são assegurados àquele os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade.

De acordo com o art. 1.228 do Código Civil Brasileiro, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Venosa (2013) traz os seguintes ensinamentos sobre tais faculdades:

A faculdade de usar é colocar a coisa a serviço do titular sem alterar-lhe a substância. O proprietário usa seu imóvel quando nele habita ou permite que terceiro o faça. Esse uso inclui também a conduta estática de manter a coisa em seu poder, sem utilização dinâmica. Usa de seu terreno o proprietário que o mantém cercado sem qualquer utilização. O titular serve-se, de forma geral, da coisa.

Gozar do bem significa extrair dele benefícios e vantagens. Refere-se à percepção de frutos, tanto naturais como civis.

A faculdade de dispor envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo. É o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar. Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário o possui. A expressão *abutendi* do Direito Romano não pode ser simplesmente entendida como abusar da coisa, que dá ideia de poder ilimitado, ideia não verdadeira mesmo no direito antigo. *Abutendi* não possui o sentido nem de abusar nem de destruir, mas de consumir. Daí porque o termo utilizado na lei, disposição, é mais adequado. Não se distancia, contudo, do sentido de destruição da coisa quando o proprietário a aliena, pois o bem desaparece de seu patrimônio.

Para Pinto (2019), usar consiste em utilizar-se da coisa no seu próprio interesse, ou seja, extrair da coisa todos os benefícios ou vantagens que ela puder prestar, sem alterar-lhe a substância; gozar significa que o proprietário pode retirar da coisa as suas utilidades econômicas, como, por exemplo, os frutos naturais, industriais e civis, além dos produtos; dispor é a faculdade de alienar a coisa, seja

onerosa ou gratuitamente; e reivindicar não é uma faculdade, é um direito subjetivo – concede ao proprietário o direito de recuperar a coisa que lhe foi injustamente retirada, para restaurar o seu patrimônio.

Não é demais lembrar que o que permite e possibilita o exercício do direito de propriedade é a posse. Ao acolher a teoria de Ihering, nosso ordenamento apontou no sentido de que posse é conduta de dono (*afectio tenendi*), independentemente do querer ser dono (*animus domini*).

c. Do regime jurídico dos bens públicos

Para Marques Neto (2009), parece não existir um único regime de direito público aplicável a todos os bens; existem, de fato, vários matizes do direito público que variarão conforme o tipo de bem, sua essencialidade, seu domínio ou a espécie de uso ao qual ele é afetado. De acordo com o referido autor, o regime derogatório estará muito mais ligado à função a que o bem se presta do que à natureza da entidade que sobre ele exerce a propriedade. Não se pode dizer, assim, que todos os bens públicos estão submetidos a um mesmo regime jurídico, sendo certo, porém, que em graus variáveis sobre eles sempre recairão regras parcialmente derogatórias do regime de propriedade previsto no Direito Civil.

Consoante expõe Marrara (2007), surge daí uma necessidade de criar uma escala de dominialidade, a qual se assenta em dois pressupostos: i) nem todos os bens públicos estão em regime publicístico puro, uma vez que alguns deles entram teoricamente em um regime privado apenas em parte derogado pelo direito público; ii) nem todos os bens particulares, bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado, estão imunes à incidência de um regime mais publicístico que afasta o privado natural.

Quanto aos atributos específicos dos bens públicos, pode-se citar, com uma certa harmonia doutrinária, o seguinte rol: inalienabilidade, impenhorabilidade, não oneração e imprescritibilidade. De acordo com Ramos (1989), os traços caracterizadores do regime publicístico dos bens estatais variam conforme a classe a que pertencem, porém, grosso modo, a inalienabilidade, a impenhorabilidade (e a impossibilidade de oneração) e a imprescritibilidade desses bens são as notas que assinalam a titularidade publicística sobre eles.

Segundo Moreira Neto (2009), os bens públicos se sujeitam a um princípio angular, o da indisponibilidade, de onde derivariam os traços da inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.

Tal indisponibilidade, entretanto, como ressalta Marques Neto (2009), deve ser vista com alguma relatividade, pois há que se distinguir a indisponibilidade da função para o exercício da qual o bem serve como suporte da disponibilidade condicionada do próprio bem.

No tocante à inalienabilidade, Duguit (1930), em notável obra, além de parte da doutrina pátria, considera que os bens públicos – restringindo-se, aqui, aos bens do domínio público (bens de uso comum e especial) – são marcados pelo traço da inalienabilidade. De acordo com Marques Neto (2009), no entanto, não há texto algum no direito brasileiro dispondo que os bens públicos são absolutamente inalienáveis. Posições como de Buzaid (1969) afirmam que a inalienabilidade não é uma condição necessária, nem uma resultante da destinação do bem público, tratando-se de uma qualificação que a lei atribui ao bem público, graças à peculiaridade de sua natureza jurídica e não para atender razões de utilidade ou de conveniência.

Para Marques Neto (2009), afastando a inalienabilidade absoluta como traço distintivo dos bens públicos e pautado na tese da alienabilidade condicionada, duas são as ordens de condições para a alienação do bem: a primeira diz com a natureza de titularidade pública e envolve o cumprimento de formalidades como autorização legal, avaliação prévia e sujeição, em regra, ao certame licitatório; a segunda se relaciona com um aspecto mais funcional e se refere à necessidade, para alienação, a que o bem não esteja destinado a suportar dada finalidade pública.

Em relação à impenhorabilidade, observa-se semelhante discussão, lastreada, em primeiro lugar, na própria celeuma em torno da inalienabilidade, e, como um segundo fundamento jurídico, no regime especial de execução contra a fazenda pública, previsto no art. 100 da Constituição. Conforme aduz Marques Neto (2009), tais elementos também não podem ser considerados absolutos.

Quanto à impossibilidade de o gestor dos bens gravá-los livremente por qualquer uma das modalidades de garantia, alguns autores, como Medauar e Diogenes Gasparini, entendem nesse sentido com fulcro na inalienabilidade, considerando que, de acordo com o art. 1.420 do CCB, só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; ainda, só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. Outros, como Carvalho

Filho, Meirelles e Elival da Silva Ramos, além do referido argumento, aduzem, com base no art. 100 da Constituição, que, se o bem público não pode ser objeto de execução, não há que se falar também em fazer recair sobre ele uma garantia que não poderá ser executada para satisfazer o débito garantido.

Em contraponto, Marques Neto (2009) pondera que é importante refletir acerca da abrangência da restrição à oneração, a qual não teria o caráter absoluto que a doutrina parece identificar. Nesse sentido, de acordo com o autor, ao menos nas hipóteses em que a lei reservar um conjunto de bens dominicais, consagrando-os às finalidades de servir como garantia real a operação de crédito (por exemplo, parcerias público-privadas regidas pela Lei nº 11.079, de 2004), não se poderá falar em não onerabilidade dos bens públicos.

Por fim, no que tange à imprescritibilidade, tanto a doutrina quanto a jurisprudência (RE nº 97.614, ACO nº 295, RE nº 84.697, RE nº 81.555, RE nº 81.636 e RE nº 74.456, dentre outros) entendem no sentido da impossibilidade de que os bens públicos estejam sujeitos à prescrição aquisitiva. O próprio texto constitucional o fez por duas vezes, no art. 183, § 3º, e no art. 191, parágrafo único. Ainda, no âmbito legal, assim se observa no art. 200 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, e no art. 102 do CCB.

3. BENS DE UMA CONCESSÃO

a. Concepções sobre a natureza jurídica

Conforme aduz Marques Neto (2009), quando o poder público delega a prestação de uma atividade econômica considerada serviço público para um particular, por meio de permissão ou concessão, observam-se dois aspectos relacionados aos bens: primeiro, a transferência ou, no caso de concessões novas, o estabelecimento de um conjunto de bens que irão servir direta e necessariamente à prestação daquele serviço público; segundo, o fato de que muitos destes bens permanecerão no domínio (com todos os direitos a eles inerentes, mas com vinculação ao uso afetado no serviço) do delegatário enquanto vigente o instrumento de delegação, extinto o qual advirá, em regra, a reversão destes bens em favor do poder delegante.

De acordo com Álvares (1969), são três as concepções sobre a natureza dos bens das prestadoras de serviços públicos, quais sejam: i) a posição dos que entendem serem estes bens de propriedade do particular, posição que seria defendida por Rui Barbosa; ii) a posição dos que entendem serem estes bens de propriedade do poder público titular do serviço, posição do autor e de Francisco Campos; e iii) a posição dos que entendem haver uma propriedade resolúvel, de forma a que os bens pertençam ao particular, mas tal propriedade se resolveria com o término da concessão, posição que seria defendida por Carvalho Mendonça, Miranda Valverde e Afrânio Carvalho.

Nos termos do voto do Ministro Barroso, no âmbito do RE nº 594.015, os contratos firmados entre as empresas privadas e a Administração Pública para uso de bem público, além de se sujeitarem a longos prazos, conferem direitos aos particulares, como alteração do imóvel utilizado e construção de imóveis com outras finalidades. Pode-se dizer, segundo o Ministro, que o bem é formalmente público e materialmente privado, uma vez que o particular detém quase todas as prerrogativas do proprietário, não havendo precariedade da posse.

Como ressalta Marques Neto (2009), a resenha de tais posições reflete a preocupação por identificar a quem cabe o domínio sobre estes bens, novamente demonstrando que a doutrina muitas vezes utiliza os critérios de “dominialidade” para solucionar problemas trazidos pela “funcionalidade” dos bens.

Dentre os bens de uma concessão, haverá aqueles aplicados na prestação dos serviços e os que não tem esse emprego. De acordo com Justen Filho (2003), ainda, torna-se necessário estabelecer uma diferenciação entre bens úteis e bens necessários à prestação do serviço público. Os primeiros, segundo o autor, facilitam, mas não são indispensáveis à referida prestação; os últimos, por seu turno, são essenciais a tanto.

Como explicam Ávila e Monteiro (2021), o que está por trás desta classificação do autor é que haveria bens que são do concessionário, adquiridos com receitas advindas do contrato (como tarifas, por exemplo), mas que não são imprescindíveis ao serviço concedido. Seriam, portanto, úteis à concessão, mas privados e, por isso, não qualificáveis como bens reversíveis. Isto porque nem todos os bens adquiridos pelo concessionário são necessários ao serviço concedido, daí porque não são todos os bens do concessionário que são reversíveis.

Nas palavras de Justen Filho (2003), a essencialidade do bem à prestação do serviço produz sua submissão a esse regime jurídico próprio e inconfundível, dotado de características e peculiaridades próprias. Todos os bens passam a ter um regime próprio de direito público, ainda que se trate de bens de propriedade original do concessionário. A afetação do bem à satisfação da necessidade coletiva, segundo o autor, impede a aplicação do regime de direito privado comum, não sendo possível, por isso, o concessionário invocar seu domínio para dar ao bem o destino que bem lhe aprouver. Nem poderia pretender usar e fruir do bem como bem entendesse. Portanto e ainda que se configurem bens privados, não é possível cogitar da sua penhorabilidade ou alienabilidade sem a prévia desafetação – a qual se fará, consoante expõe Justen Filho, por ato formal do Poder Concedente, depois de verificada a viabilidade da continuidade do serviço público sem a sua utilização.

b. O que são bens reversíveis?

Meirelles (2000) leciona que a reversão só abrange os bens que asseguram sua adequada prestação; se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não lhe são acessórios e, por isso, não o seguem necessariamente, na reversão.

Outrossim, da escala de dominialidade desenvolvida por Marrara (2007), cabe, para o presente tópico, destacar o domínio público impróprio, uma vez que nele se encontram os denominados bens reversíveis. De acordo com o autor, é preciso amoldar o domínio público impróprio para nele se enquadrar, sempre e tão-somente, os bens que são verdadeiramente aplicados ou empregados na prestação desses serviços, sem os quais, portanto, estariam em risco os princípios da adequação e da continuidade. Nesse sentido, o regime publicístico deverá ser utilizado na medida exata e necessária à proteção dos interesses que o fundamenta, vedando-se sua extensão sem justa causa em prejuízo da liberdade de gestão dos entes privados sobre seus bens.

Para Marques Neto (2009), só podem ser tratados como bens reversíveis aqueles imprescindíveis à prestação do serviço delegado; os demais constituirão o patrimônio do delegatário, bens privados e não tangidos pelo regime público. Segundo o autor, entre os bens que reverterem ao cabo da delegação, três espécies podem ser identificadas:

Tabela 1: Bens que reverterem ao cabo da delegação e suas características principais.

Espécies	Características
Bens originalmente públicos ou aplicados ao serviço por instrumento de direito público (v.g., expropriação)	Confundem-se com sua afetação, de modo que sua transferência para o domínio do particular demandaria aprovação legislativa
Bens reversíveis	Assumidos ou que venham a ser adquiridos pela concessionária para ampliação ou melhoria do serviço ou ainda para substituir bens transferidos pelo poder concedente que cheguem ao fim de sua vida útil, como serve de exemplo uma turbina de uma usina geradora de energia
Direitos reais e pessoais sobre bens de terceiros, públicos ou privados	A exemplo do que ocorre com as servidões de passagem para linhas de transmissão de energia elétrica ou direitos de uso de subsolo para redes de telecomunicações

Fonte: Marques Neto (2009).

De toda sorte, entende-se que os bens reversíveis, sejam de propriedade do poder delegante, sejam de propriedade privada, recebem um tratamento próprio de direito público, uma vez que, qualquer que seja o seu titular sob o prisma subjetivo, tais bens estão afetados à prestação do serviço público, o que lhes confere uma condição de bem público pelo seu aspecto objetivo (funcional).

Marques Neto (2009) explica que os bens reversíveis obedecerão a um regime jurídico bastante próximo àquele aplicável aos bens de uso especial, diferenciando-se pelo fato de que seu processo de desafetação há de ser distinto por dois motivos: i) depende apenas da demonstração ou da não mais imprescindibilidade do bem ao serviço ou de sua fungibilidade por outro bem que passe a fazer suas vezes sem prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação; e ii) a desafetação não é procedida pelo poder público, mas só se perfaz com a expressa anuência deste, nos termos que predisser o contrato de concessão ou as normas regulatórias aplicáveis.

c. Legislação sobre bens reversíveis

A Lei Geral de Concessões estabelece como cláusula essencial de um contrato de concessão aquela relativa aos bens reversíveis (art. 23, X, da Lei nº 8.987, de 1995). Ademais, o edital de licitação deverá prever as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior (art. 18, XI, da Lei nº 8.987, de 1995).

Ainda, a Lei nº 11.079, de 2004, prevê que, além das cláusulas elencadas pela Lei nº 8.987, de 1995, no que couber, o contrato de parceria pública-privada deverá dispor sobre a realização de vistoria dos bens reversíveis (art. 5º, X). Ademais, segundo essa lei, o contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do art. 18 da Lei nº 8.987, de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012 (art. 6º, § 2º).

Ou seja, as leis específicas que tratam do regulamento das concessões e parcerias público-privada deixaram a cargo do Poder Concedente cuidar do que seriam bens reversíveis, suas características e condições.

Não obstante, na Lei de criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT também consta que, em suas respectivas concessões, o edital de licitação indicará obrigatoriamente as condições relativas à reversibilidade dos bens (art. 34-A, § 2º, I, da Lei nº 10.233, de 2001). Ainda, o contrato de concessão terá como cláusula essencial critérios para reversibilidade de ativos (art. 35, XI, da Lei nº 10.233, de 2001).

Da mesma forma, no setor portuário, a lei também fixou como cláusula essencial dos contratos de concessão de bem público destinados à exploração do porto organizado a reversão dos bens (art. 5º, VIII e § 2º, da Lei nº 12.815, de 2013). Nos contratos de arrendamento de instalação portuária, por sua vez, a solução legal ficou intrincada. Como destacam Ávila e Monteiro (2021), apesar de o art. 5º-C (acrescido pela Lei nº 14.047, de 2020) não ter incluído a reversão de bens como cláusula essencial aos contratos de arrendamento, o § 2º do art. 5º continua afirmando que “findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da união, na forma prevista no contrato”. Na prática, a lei setorial deixou a solução para o contrato, sendo que, por óbvio, áreas públicas cedidas ao concessionário ou arrendatário deverão ser revertidas ao poder concedente ao final do prazo contratual.

No tocante ao setor aéreo, ademais, observa-se a seguinte disposição no âmbito do Decreto nº 7.624, de 2011:

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

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

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

Parágrafo único. Nos contratos de financiamento obtidos para a realização de obras ou serviços, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

No setor ferroviário, o art. 25, § 3º, da Lei nº 13.448, de 2017, prevê que as partes promoverão a extinção dos contratos de arrendamento de bens vinculados aos contratos de parceria no setor ferroviário, preservando-se as obrigações financeiras pagas e a pagar dos contratos de arrendamento extintos na equação econômico-financeira dos contratos de parceria. Ao contratado, segundo o § 5º do mesmo dispositivo legal, caberá gerir, substituir, dispor ou desfazer-se dos bens móveis operacionais e não operacionais já transferidos ou que venham a integrar os contratos de parceria, observadas as condições relativas à capacidade de transporte e à qualidade dos serviços pactuadas contratualmente.

Mais ainda, o art. 26 daquele mesmo diploma prescreve que os contratados poderão promover, nos termos de regulamentação do Poder Executivo (Decreto nº 10.161, de 2019), a alienação ou a disposição de bens móveis inservíveis do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, arrendados ou não, localizados na faixa de domínio da ferrovia objeto do contrato de parceria.

No tocante ao setor de telecomunicações, Ávila e Monteiro (2021) assim aduzem:

Sundfeld e Arruda Câmara (2016), tomando por base o setor de telecomunicações, exemplificam bem a opção feita neste setor pelo critério funcional, e não pelo modelo tradicional de reversão (patrimonialista), fundamentado na imposição, ao concessionário, “da obrigação de conservar ou formar um patrimônio pré-determinado, o qual seria transferido ao concedente ao fim do contrato”. Os autores fazem referência à Lei Geral de Telecomunicações (lei 9.472, de 1997), que autorizou os concessionários a empregarem, no cumprimento das obrigações inerentes à concessão, bens e outros recursos de terceiros (art. 94), além de não ter previsto a obrigatoriedade de o contrato de concessão indicar bens reversíveis (art. 93).

Neste setor, a reversão ao final da concessão poderá ser sobre os direitos de uso da rede e não necessariamente sobre a sua propriedade. A reversão dos direitos de uso (e não da propriedade da rede), explicam os autores citados, reduz a probabilidade de restar um passivo econômico ao concedente, por conta da aquisição de bens e eventual não amortização ao final do prazo da concessão. Além disso, neste modelo (funcional), a escolha dos bens que são atrelados à prestação do serviço é uma decisão do concessionário no exercício de sua liberdade de atuação empresarial para atingir suas obrigações contratuais (por exemplo, optar por compartilhar uma rede ao invés de ter a sua própria rede). Nestas situações, o que o contrato de concessão deve prever é que, no caso de extinção da concessão, o concessionário deverá sub-rogar os direitos dos contratos úteis à continuidade do serviço ao poder concedente (no exemplo citado, a reversão recairia sobre os direitos de uso da rede).

d. Função do contrato

As discussões acerca de bens reversíveis estão inseridas no âmbito de contratos que fazem parte do gênero “contrato de parceria”, termo expressamente incorporado no direito brasileiro pela Lei nº 13.334, de 2016, que definiu este modelo contratual como sendo “a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante” (art. 1º, § 2º).

Sob uma perspectiva histórica, a reversão se resumia à transferência da propriedade dos bens listados no contrato, que saíam da contabilidade do concessionário para o poder concedente (ou para um novo concessionário) e, para isso, deveriam ter seu custo amortizado durante o prazo da concessão. Essa é uma solução patrimonialista para assegurar a prestação dos serviços, vinculada ao direito de propriedade, mas não é a única, nem necessariamente a mais frequente (Ávila e Monteiro, 2021).

O contrato poderá listar os bens reversíveis a partir do critério patrimonial ou adotar o critério funcional, vinculado à imprescindibilidade do bem, recaindo sobre aqueles que teriam a função de garantir a continuidade da prestação do serviço. Como ressaltam Ávila e Monteiro (2021), ter ou não bens reversíveis listados no contrato é uma opção regulatória e de modelagem da concessão, que pode fixar a transferência da propriedade de certo bem (critério patrimonialista), do seu direito de uso (critério funcional) ou mesmo não impor a obrigação de qualquer transferência.

Uma relevante questão a ser considerada na definição do regime de bens reversíveis do contrato é se o serviço nele referido se aproxima (ou não) de um monopólio natural. Ainda, de acordo com Ávila e Monteiro (2021):

No modelo mais tradicional, cabe ao poder concedente planejar e monitorar os bens (transferidos originalmente ao concessionário e integrados à concessão por ele) ao longo da concessão. Ele antecipa no contrato os investimentos que quer que o concessionário faça em relação a eles. É um modelo bastante intervencionista, no sentido de que o contrato, quando impõe a reversibilidade de todos os bens vinculados à concessão, não dá liberdade para o concessionário escolher investimentos, ou mesmo compartilhar bens com terceiros.

Mas, ainda que esse seja o modelo mais comum, ele não é o único. Nas concessões de telecomunicações, como visto, a reversão não está ligada à transferência de um patrimônio ao final do contrato. O contrato pode até nem indicar bens reversíveis, não sendo uma cláusula essencial do instrumento,

que pode se contentar com a reversão dos direitos de uso sobre bem aplicado à prestação do serviço concedido. E faz sentido que seja assim, uma vez que, a depender do nível de desenvolvimento tecnológico e da obsolescência dos bens empregados no setor, não é razoável cogitar da transferência de um bem definido no ano zero de uma concessão para vir a ser transferido décadas depois.

O contrato, portanto, desempenha importante função no tema atinente aos bens reversíveis, sobretudo por não existir um modelo único de reversão de bens. Nesse sentido, é relevante analisar o bem de forma associada ao serviço prestado, cabendo à regulação setorial e ao instrumento de delegação definir o grau de intervenção do poder concedente na sua definição.

A função e relevância do contrato se observam tanto na definição da reversibilidade dos bens quanto em como será sua utilização ao longo da concessão. Quando de consulta sobre a possibilidade de se autorizar concessionários e arrendatários a oferecer bens, vinculados a seus projetos, em garantia de financiamentos bancários, por exemplo, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura elencou requisitos para o tratamento de bens reversíveis no âmbito dos contratos de concessão de infraestrutura de transportes, a saber:

Tabela 2: Escala de utilização de bens reversíveis nos contratos de concessão de infraestrutura de transportes.

Espécies	Escala de utilização	Formas de autorização	Requisitos mínimos
Bens reversíveis essencialmente públicos (v.g. bens imóveis)	Disposição	Autorização legislativa, nos termos da legislação pertinente	i) demonstração de que a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço não serão afetadas ii) demonstração da prescindibilidade do bem ou a sua fungibilidade por outro (ou por um conjunto que assim o represente) que passe a fazer suas vezes sem prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço iii) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato
	Uso e gozo	Expressa autorização do Poder Concedente, nos termos que predisser o contrato de concessão ou as normas regulatórias aplicáveis	i) demonstração de que a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço não serão afetadas ii) demonstração de que qualquer constrição não importa na subtração do bem, sob pena da necessária autorização legislativa, uma vez que se cuidará, neste caso, de disposição do bem

			iii) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato
Bens reversíveis assumidos ou adquiridos	Disposição, uso e gozo	Expressa autorização do Poder Concedente, nos termos que predisser o contrato de concessão ou as normas regulatórias aplicáveis	i) demonstração de que a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço não serão afetadas ii) demonstração da prescindibilidade do bem ou a sua fungibilidade por outro (ou por um conjunto que assim o represente) que passe a fazer suas vezes sem prejuízo à continuidade, qualidade e atualidade da prestação do serviço iii) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato
	Uso e gozo, no caso de bem imprescindível e infungível	Expressa autorização do Poder Concedente, nos termos que predisser o contrato de concessão ou as normas regulatórias aplicáveis	i) demonstração de que a continuidade, a qualidade e a atualidade da prestação do serviço não serão afetadas ii) demonstração de que qualquer constrição não importa na subtração do bem, uma vez que se cuidará, neste caso, de disposição do bem iii) eventual repercussão na equação econômico-financeira e nas regras de reequilíbrio dispostas no contrato

Fonte: Parecer nº 80/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00080376068129CS.pdf>.

Como ressaltam Ávila e Monteiro (2021), segundo o entendimento exposto no parecer supracitado, é possível, observados os requisitos mencionados, que, durante a execução do contrato, o poder concedente entenda que os bens vinculados à concessão devam ter outros usos que não os originais, perdendo, eventualmente, o qualificativo de bem reversível. Tudo depende do contrato e da legislação aplicável, que detalharão o modo como se dará a obrigatoriedade de continuidade da prestação dos serviços objeto da parceria.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Walter T. Regime Patrimonial da Concessionária de Energia Elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 98, p. 37-44, out./dez. 1969.

ÁVILA, Natália Resende Andrade; MONTEIRO, Vera. Bens Reversíveis e sua Função para os Contratos de Longo Prazo. In: **Direito e Infraestrutura no Brasil: Temas Relevantes em Transportes Terrestres e Tópicos Transversais**. Publicações da Escola da AGU. Brasília: EAGU, Ano 13 - n. 04, pt. 1, dez. 2021/fev. 2022.

BORDERES, Kenia Bernardes; OLIVEIRA, Álvaro Borges. Propriedade, Domínio, Titularidade, Posse e Detenção. **Revista Jurídica - CCJ/FURB** ISSN 1982 – 4858 v. 13, n. 25, p. 99 - 107, jan./jul. 2009.

BUZAID, Alfredo. **Bem Público de Uso Comum**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 353, ano 54, p. 46-62, mar. 1969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Paris: Boccard, 1930.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARADA, Kyoshi. **Desapropriação**: doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSTEN Filho, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**. Função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MARRARA, Thiago. **Bens públicos**. Domínio urbano. Infraestruturas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Luiz Fernando de Andrade. **Direito de Propriedade**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginzas/series/16/direitosreais_75.pdf. Acessado em 02.05.2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Aspectos Gerais do Patrimônio Imobiliário do Poder Público**. Cadernos FUNDAP, ano 9, n. 17, p.16-31, dez. 1989.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. São Paulo: Atlas, 2013.



MASTER IN BUSINESS ADMINISTRATION

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E CONCESSÕES

Realização:



**SOCIOLOGIA
E POLÍTICA**