



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: SIMA.011797/2019-79

INTERESSADO: COMGÁS - COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO

PARECER: SUBG-CONS n.º 65/2020

EMENTA: CONTRATO. Concessão de serviço público de distribuição de gás canalizado. Pedido de prorrogação da vigência contratual. Previsão em cláusula do Contrato. Distinção das diversas espécies possíveis de prorrogação: ordinária, extraordinária e mediante contrapartida. Inaplicabilidade da espécie de prorrogação extraordinária, inexistindo nos autos evento que demande o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Inaplicabilidade da espécie de prorrogação mediante contrapartida, prevista na Lei Estadual n.º 16.933/2019. Incompatibilidade intrínseca entre a lógica econômico-financeira prevista na Lei Estadual e a lógica constante da modelagem regulatória da Concessão. Setor de concessão de gás canalizado definido por contratos que contemplem ciclos constantes de investimentos, sem a premissa contratual de amortização integral dos investimentos quando do atingimento do termo contratual. Qualificação jurídica do pedido de prorrogação submetido ao Poder Concedente como prorrogação ordinária, configurando extensão do prazo contratual por juízo de conveniência e oportunidade de ambas as partes, em ato necessariamente consensual, que não configura direito da Concessionária, mas juízo discricionário do Poder Concedente. Necessidade de atendimento dos requisitos contratuais à prorrogação ordinária do prazo da concessão. Possibilidade da adoção, por analogia, da metodologia de análise da vantajosidade prevista no artigo 7º da Lei Estadual n.º 16.933/2019. Necessidade de complementação da instrução. Informação constante nos autos quanto à exiguidade do tempo deferido à elaboração de alguns dos estudos técnicos já realizados. Necessidade de reavaliação dos estudos técnicos com o grau de profundidade necessário para que sejam apresentados em caráter de definitividade. Necessidade de apresentação de justificativa para a antecipação do juízo de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

prorrogação do prazo de vigência contratual, demonstrando-se os benefícios ao interesse público da tomada de decisão neste momento. Necessidade de reavaliação da minuta do termo aditivo juntada aos autos. Orientação de que, previamente à eventual decisão quanto à prorrogação do Contrato, se realize audiência pública a respeito da pretensão de prorrogação contratual, para oitiva da sociedade.

Senhora Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral,

1. Os autos foram encaminhados a esta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral a partir do Ofício enviado pela Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente (SIMA/GAB/471/2020) (fls. 832/835), solicitando avaliação a respeito da possibilidade de prorrogação antecipada do Contrato de Concessão nº CSPE 01/99, da minuta apresentada de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão e do cumprimento dos requisitos dispostos na Lei Estadual nº 16.933/2019, a fim de se subsidiar a decisão do Estado acerca da aludida prorrogação da vigência contratual.

2. O processo versa sobre o Contrato de Concessão firmado em 31/05/1999 tendo como partes o Estado de São Paulo, representado pela Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), e a Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS), Concessionária na tratada avença, cujo objeto consiste na exploração dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado dentro da faixa territorial da Concessão (municípios relacionados no Anexo I do Contrato) pelo período originalmente ajustado de trinta anos.

3. Aproximando-se a execução contratual do seu vigésimo ano, a Concessionária pugnou pela prorrogação do período de vigência da avença, por meio de ofício encaminhado à SIMA no dia 17 de setembro de 2019 (fls. 3/7), de maneira a acrescer mais vinte anos ao termo final originalmente entabulado (de 31 de maio de 2029). Para tanto, fundamentou seu pleito na recém editada Lei Estadual nº 16.933/2019¹ e na previsão contida na Cláusula Quinta do Contrato de Concessão².

¹ Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria e dá providências correlatas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

4. A Concessionária juntou aos autos certidões³ para comprovação da regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, referentes à prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado, conforme exigência do Contrato (fls. 9/16).

5. Ademais, a fim de subsidiar o pedido formulado, a contratada juntou pareceres jurídico, técnico-regulatório e econômico, respectivamente assinados pelo Professor Doutor Carlos Ari Sundfeld, pelo Doutor Zevi Kann (Zernergás Consultoria) e pela GO Associados (fls. 17/133), cujos termos, sob os diferentes enfoques, concluíram pela viabilidade da prorrogação do Contrato de Concessão.

6. Recebido o pleito de prorrogação da avença contratual, a Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente, através de sua Subsecretaria de Infraestrutura, manifestou-se, de maneira preliminar, através da Informação Técnica SIMA/SSI/ CPGM 019/2019 (fls. 148/152), solicitando que a ARSESP, ao avaliar o pleito de prorrogação antecipada do contrato, atestasse a capacidade de execução e de cumprimento contratual e a qualidade dos serviços da concessionária requerente, e definisse, à luz da maturidade da concessão e das projeções de crescimento e potencial de desenvolvimento do mercado, novas metas de expansão e atendimento de novos

² “CLÁUSULA QUINTA - PRAZO DA CONCESSÃO E DO CONTRATO

A concessão da exploração do serviço de distribuição de gás canalizado, outorgada por este Contrato e referida na Cláusula Primeira, tem prazo de vigência de 30 (trinta) anos, contado a partir da data da sua assinatura.

Primeira Subcláusula - A critério exclusivo do PODER CONCEDENTE, e para assegurar a continuidade e qualidade do serviço público, com base nos relatórios técnicos sobre regularidade e qualidade dos serviços prestados pela CONCESSIONÁRIA, o prazo da concessão poderá ser prorrogado, uma única vez, por 20 (vinte) anos, mediante requerimento da CONCESSIONÁRIA.

Segunda Subcláusula - O requerimento de prorrogação deverá ser apresentado até 36 (trinta e seis) meses antes do término do prazo da concessão, acompanhado dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, referentes à prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado, bem assim de quaisquer outros encargos previstos nas normas legais e regulamentares então vigentes.

Terceira Subcláusula - O PODER CONCEDENTE manifestar-se-á sobre o requerimento de prorrogação até o 18o (décimo oitavo) mês anterior ao término do prazo da concessão. Na análise do pedido de prorrogação, o PODER CONCEDENTE levará em consideração todas as informações sobre os serviços prestados, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo acima previsto. O deferimento do pedido levará em consideração a não constatação, em relatórios técnicos fundamentados, emitidos pela CSPE, do descumprimento por parte da CONCESSIONÁRIA dos requisitos de serviço adequado.

Quarta Subcláusula - A eventual prorrogação do prazo da concessão dar-se-á mediante manifestação favorável da CSPE e comprovado o interesse público (...)

³ A Concessionária, na correspondência oficial enviada à SIMA, comprometeu-se a reapresentar as referidas certidões válidas e atualizadas na data de eventual assinatura do termo aditivo para prorrogação do Contrato.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

municípios, com o objetivo de assegurar o interesse público decorrente da eventual renovação.

7. Encaminhados os autos à Consultoria Jurídica daquela Secretaria, após análise dos requisitos necessários ao enquadramento, em tese, da prorrogação contratual analisada à disciplina da Lei Estadual nº 16.933/2019, recomendou-se, por meio dos Pareceres CJ/SIMA nº 5/2020 (fls. 302/308) e 39/2020 (fls. 426/429), que a área técnica da Pasta se manifestasse expressamente sobre a qualificação de que trata o caput do artigo 2^o da Lei Estadual nº 16.933/2019, encaminhando, em seguida, os autos à ARSESP para análise técnica da proposta de prorrogação antecipada do contrato.

8. Atendida a orientação jurídica aposta, adveio a Informação Técnica SIMA/SSI/CPGM 028/2019, através da qual se infirmou que a expansão dos serviços públicos de gás canalizado no Estado, incluindo aquela na área de concessão da Comgás, que abrange as Regiões Metropolitanas de São Paulo, Campinas, da Baixada Santista e do Litoral Norte e Vale do Paraíba, estaria alinhada ao planejamento setorial e às políticas energéticas estaduais, principalmente no tocante à ampliação da participação do gás na matriz energética paulista (fls. 414/416).

9. Em seguida, com supedâneo no artigo 7^o da Lei Estadual nº 16.933/2019 e na Cláusula Quinta do Contrato de Concessão, foram remetidas cópias dos autos à ARSESP, através do Ofício SIMA/GAB/1690/2019 (fls. 434/435).

⁴ “Artigo 2º - As prorrogações e as relições de que trata esta lei aplicam-se apenas aos empreendimentos públicos especificamente qualificados para esse fim pela secretaria de estado ou agência reguladora, na condição de órgão ou entidade competente.

§ 1º - A secretaria de estado ou a agência reguladora, na condição de órgão ou de entidade competente, adotará no contrato prorrogado ou relicionado as melhores práticas regulatórias, incorporando novas tecnologias e serviços e, conforme o caso, novos investimentos.

§ 2º - Para fins do disposto no § 1º deste artigo, o órgão ou entidade competente fica encarregado de conduzir o processo administrativo relacionado às prorrogações e às relições de que trata esta lei, podendo valer-se do assessoramento do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas, do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização e de outros órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.”

⁵ “Artigo 7º - Caberá ao órgão ou à entidade competente apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.

§ 1º - Sem prejuízo da regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o “caput” deste artigo:

1 - o programa dos novos investimentos, quando previstos;

2 - as estimativas dos custos e das despesas operacionais;

3 - as estimativas de demanda;

4 - a modelagem econômico-financeira e as razões para manutenção ou alteração dos critérios de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

10. Na sequência, a ARSESP apresentou Pareceres Técnicos (fls. 445/591) cujo escopo consistia na verificação da elegibilidade da Comgás ao pedido de prorrogação antecipada, do ponto de vista das Diretorias de Regulação Econômico-financeira e de Mercados, da Diretoria de Regulação Técnica e Fiscalização dos Serviços de Distribuição de Gás Canalizado, da Diretoria de Relações Institucionais, de forma a compor uma manifestação da ARSESP sobre o objeto do pedido formulado pela concessionária.

11. Ao final, conclui a ARSESP (fls. 444):

“Conforme exposto em todos os Pareceres Técnicos apresentados pelas diretorias diretamente envolvidas com os serviços de fornecimento de gás canalizado, conclui-se pela qualificação positiva da Comgás, na condição de elegível a um processo de discussão da prorrogação do contrato, uma vez que apresentou investimentos compatíveis para o desenvolvimento do mercado do gás no período de sua concessão e em sua área de atuação, seus indicadores de performance atenderam aos padrões exigidos, as metas contratuais foram atingidas antes mesmo do término do período da concessão e as avaliações dos usuários, por meio de pesquisas de satisfação apresentaram indicadores positivos. No período de concessão avaliado também se verificaram pontos a serem melhorados, objetos que, numa eventual renovação da concessão, deverão ser adequadamente definidos.”

remuneração;

5 - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;

6 - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;

7 - os valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso;

8 - os mecanismos que demonstrem a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado;

9 - as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados.

§ 2º - A formalização da prorrogação do contrato de parceria dependerá de avaliação prévia e favorável do órgão ou da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços.

§ 3º - Mediante anuência prévia do órgão ou da entidade competente, os planos de investimento serão revistos para fazer frente aos níveis de capacidade, nos termos do contrato.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

12. Apresentados os pareceres técnicos, adveio o Ofício SIMA/GAB/296/2020(fl.s. 593/596), solicitando que a ARSESP “(...) *dê continuidade às análises e realize os devidos estudos técnicos, consoante dispositivos da Lei Estadual 16.933/2019, visando subsidiar a decisão do Poder Concedente quanto à prorrogação pretendida*” e determinando as diretrizes a balizarem os estudos sobreditos. Para tanto, orientou a Secretaria que os estudos fossem elaborados incluindo: (i) considerações sobre o “*cenário business as usual*”⁶, com base na evolução identificada no último processo de revisão tarifária”, buscando-se identificar a “*evolução esperada para a demanda de gás na área da concessão*”; (ii) identificação dos “*principais upsides e downsides para a demanda identificada nos itens anteriores, tais como a competitividade entre energéticos concorrentes*”; (iii) identificação dos “*indicadores e parâmetros técnicos básicos a serem mantidos ou alterados no Contrato, com base na avaliação histórica feita pela ARSESP e principais necessidade de melhorias, incluindo, mas não se limitando, a melhorias da segurança operacional do sistema, atualização dos equipamentos e sistemas de medição, otimização do cadastro de rede e usuários e treinamento de pessoal, entre outros*”; (iv) identificação da “*necessidade de expansão dos investimentos para atendimento do crescimento da demanda nos distintos cenários e da eventual inclusão de novos indicadores*”; (v) identificação dos “*custos operacionais regulatórios (PMSO) associados aos investimentos e a demanda nos distintos cenários, considerando, inclusive, possibilidade de ganhos de eficiência adicionais*”; (vi) identificação dos “*indicadores e parâmetros econômico-financeiros básicos a serem mantidos ou alterados no Contrato, incluindo Termo de Ajuste K, com base na avaliação histórica feita pela ARSESP e principais necessidades de melhorias*”; (vii) elaboração do “*modelo econômico-financeiro, considerando os componentes e cenários alternativos*”; (viii) identificação do “*impacto da inclusão das pendências jurídico-regulatórias identificadas no estudo prévio sobre os resultados do modelo econômico-financeiro*”; (ix) nas análises para definição dos indicadores e parâmetros, deverão ser consideradas “*além da evolução histórica da Concessionária, as referências técnicas das melhores práticas internacionais, a partir das particularidades da área de concessão e sua maturidade, os critério de sustentabilidade*

⁶ Em tradução livre, “business as usual” se refere à conduta normal dos negócios e de suas operações, independentemente das circunstâncias ou de eventos que representem um potencial impacto negativo. Também significa a manutenção do status quo. Fonte: <http://www.businessdictionary.com/definition/business-as-usual.html>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

econômico-financeira da Concessão e os princípios da modicidade, necessidade, prudência e qualidade”; (x) para a análise quanto à indicação de inclusão ou revisão de parâmetros e do plano de expansão de investimentos, a “ARSESP deverá considerar também os princípios da utilidade, necessidade, prudência, sustentabilidade econômico-financeira e modicidade tarifária. Em particular deverá avaliar detalhadamente os trade-offs existentes entre modicidade e universalização do mercado de gás, modicidade e níveis de qualidade e sustentabilidade econômico-financeira da Concessão”; (xi) elaboração de minuta propositiva do Aditivo Contratual, contemplando “os aspectos que devem ser aperfeiçoados na prestação dos serviços, incorporando os elementos indicados anteriormente, refletindo os melhores critérios técnicos e de regulação econômico-financeira disponíveis (...)”.

13. Quanto à definição das diretrizes da Política Energética Estadual para os próximos anos, subsídio a balizar a análise a ser realizada pela ARSESP no que tange ao pedido de prorrogação antecipada do Contrato, o Ofício SIMA/GAB/329/2020 (fls. 598) apontou documento anexo contendo o Planejamento Energético do Estado da área do Petróleo e Gás para 2030. Segundo inferido pela Secretaria, “(...) este Plano, que contém a visão estratégica de São Paulo para o desenvolvimento do setor de gás natural, deve nortear a elaboração da cenarização sobre a evolução do mercado e a identificação de upsides e downsides nos estudos a serem desenvolvidos por esta Agência relativo (...)”. Cumpre-nos registrar que o documento anexo aludido pelo Ofício não foi localizado nos autos ora analisados, sendo fundamental a sua juntada para posterior avaliação.

14. Em seguida, foi apresentada a Análise Técnica elaborada pela Superintendência de Fiscalização de Gás Canalizado da ARSESP (fls. 599/611), com o intuito de examinar as principais oportunidades de aprimoramento do instrumento contratual vigente à luz da experiência multidisciplinar da ARSESP ao longo dos anos. A análise realizada, focada no viés técnico-operacional da Concessão, visou ao aprimoramento dos seguintes itens, em seus aspectos principais: a) modelo de gestão de desempenho (indicadores e obrigações contratuais), b) contrato de concessão (cláusulas contratuais), e c) métrica sancionatória (penalidades de alguns indicadores previstas no próprio contrato de concessão).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

15. Nesse documento é mencionado “Apêndice I” produzido pela área técnica, mas cuja localização nos autos não se pode realizar.

16. Na sequência, foi apresentada a Análise do Plano de Investimentos da Concessionária (fls. 613/638). Segundo a Agência, as avaliações foram realizadas exclusivamente com base nos dados fornecidos pela Concessionária contidos na planilha eletrônica que reúne números macros do Plano de Investimentos projetados pela contratada em sua Proposta de Prorrogação Antecipada da Concessão, entregue à ARSESP em 30/03/2020, junto à correspondência OF-CR-125/20.

17. A esse respeito, consta da Análise que:

“(...)a Arsesp, em conformidade ao contrato de concessão, realiza a cada quinquênio a Revisão Tarifária Ordinária – RTO, aderente à realidade da época, considerando uma taxa de retorno de capital pré-definida, que garante remuneração adequada aos investimentos da concessionária e um plano regulatório vinculativo, ocasião esta em que a abertura de informações é obrigatória e exigida pela Agência, possibilitando a análise pormenorizada dos principais constituintes do programa de investimento proposto. Nessa análise, a Agência identifica, previamente, as despesas futuras sem aderência ao histórico da concessão, ou, os investimentos que não agreguem mercado, nem gerem modicidade tarifária, permitindo, portanto, a glosa antecipada dos investimentos considerados imprudentes. Considerando que os investimentos da concessionária têm peso importante na composição das margens de distribuição, e conseqüentemente das tarifas, é primordial que a agência reguladora identifique previamente e pondere a aplicação de recursos financeiros em projetos relevantes, alinhados às políticas energéticas estabelecidas pelo Poder Concedente, e voltadas à universalização do serviço de distribuição de gás canalizado, garantindo modicidade tarifária, sem onerar demasiadamente os



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

usuários do serviço público de gás canalizado, além de prevenir custos irrecuperáveis ao longo da concessão.”

18. Cumpre-nos advertir, no entanto, que a missiva enviada pela contratada e referida pela Análise não foi identificada nos autos submetidos, assim como o plano de negócios que, aparentemente, a acompanha, sendo fundamental a sua juntada para posterior avaliação.

19. Mais adiante, registrou-se avaliação acerca do Plano de Investimentos Propostos pela Concessionária para a prorrogação da vigência da concessão. De acordo com a ARSESP:

“(...) para os vinte anos da prorrogação da concessão da Comgás, que engloba quatro ciclos tarifários quinquenais, a companhia inicialmente propõe investir cerca de R\$ 16,7 bilhões, aplicados entre maio de 2029 a maio de 2049, quando se encerra definitivamente o período da concessão incluindo a prorrogação. Para os três primeiros ciclos tarifários, observa-se a pretensão de manter o nível dos investimentos acima de R\$ 4,1 bilhões. A partir de então, denota-se menor grau de investimento. Somando-se todo investimento estimado a partir de maio de 2024, a Companhia de Gás de São Paulo planeja investir em sua área de concessão o montante de R\$ 20,8 bilhões (...).”

20. A respeito de tudo quanto analisado no Plano de Investimentos submetido pelo Concessionária, a ARSESP concluiu:

“Há grande incerteza inerente a projeções de longo prazo, que não levam em consideração as mudanças conjunturais e estruturais do ambiente de negócio ao longo do tempo, tampouco os impactos geopolíticos em âmbito nacional e global que podem impactar as premissas adotadas para o plano ora apresentado e, em especial, às alterações na matriz energética e a competitividade do gás frente a outros energéticos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

(...) Espera-se que ao longo da concessão, passados os períodos de maturidade e de saturação da rede de distribuição, os usuários passem a arcar com margens de distribuição menores, resultante da amortização da base de ativos, o que torna imperioso que o Poder Concedente e a Agência Reguladora avaliem criteriosamente a política energética voltada à universalização dos serviços de distribuição de gás, em face das vantagens e desvantagens econômicas da expansão.

(...)

Verifica-se, ainda, que o presente Plano de Investimento para a prorrogação antecipada da concessão da Companhia de Gás de São Paulo está em linha com as premissas da Política Energética do Estado de São Paulo, constantes do “Plano Paulista de Energia – PPE 2030”, em que se espera uma aceleração da expansão do gás canalizado.

(...)

Ressalta-se que não existe política pública, seja em âmbito estadual ou nacional, para além do horizonte de 2029, voltada para a área de petróleo e gás, tampouco para o remoto período até 2049, enfatizando a incerteza das previsões apresentadas no Plano de investimento trazido pela concessionária Comgás de forma tão antecipada ao final de sua concessão em 2029.

Por fim, faz se necessário a avaliação da viabilidade econômico-financeira do Plano de Investimentos apresentado pela concessionária, visando a identificação da prudência dos investimentos e o princípio da modicidade tarifária.”

21. Consta dos autos, igualmente, documento elaborado pela Superintendente de Regulação de Gás Canalizado da ARSESP (fls. 681/717) contendo recomendações quanto ao rito procedimental a balizar a eventual prorrogação antecipada



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

do Contrato e uma análise quanto à inserção de determinadas cláusulas no possível Termo Aditivo a tratar da prorrogação e de temas cujo destaque se fez.

22. Tratando das recomendações ao procedimento, orientou-se, em primeiro lugar, fosse deferido maior prazo para avaliação do pleito e elaboração dos respectivos estudos, permitindo-se, segundo a Agência, a formulação de trabalhos mais abrangentes e aprofundados. Por oportuno, registramos que em diversos estudos e documentos de análises realizadas pela ARSESP e constantes dos autos (e.g. fls. 511, 602, 615, 642, 650), há a informação de que para uma análise técnica compreensiva e detalhada do tema exigir-se-ia um prazo significativamente superior àquele definido.

23. Ademais, de acordo com o agente regulador, seria recomendável a realização de consulta pública⁷ e a elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR), estudo comparativo entre distintos cenários regulatórios possíveis, assim identificados pela Agência, pela prorrogação antecipada, prorrogação ao final do prazo original do contrato ou através de nova (re)licitação. Recomendado, ainda, o estabelecimento de pagamento, pela contratada, de um valor de outorga em razão da antecipação da extensão contratual, o que, segundo a agência, deveria ser calculado através da metodologia baseada no Fluxo de Caixa da Concessão para os próximos 29 anos (9 anos restantes ao que seria o termo final originalmente avençado do contrato mais 20 anos de prorrogação). Para tanto, a Agência sugere:

“A avaliação por Fluxo de Caixa pressupõe, em linhas gerais, trazer a valor presente os valores passíveis de receita pela concessionária e, deste número, retirar as despesas regulatórias (inerentes à prestação do serviço público).

Assim, o valor de outorga pode ser definido como o VPL do projeto, acrescido da base de passivos, diminuído da base de ativos.

⁷ Cabe registrar que a Concessionária solicitou a atribuição de sigilo ao seu pleito de prorrogação antecipada do Contrato.

A ARSESP informou haver apresentado questionamento à Concessionária quanto à referida solicitação (Ofício OF.GR-0019-2020). Segundo a Agência, a resposta foi no sentido de que as tratativas de confidencialidade estavam sendo mantidas junto à SIMA, razão pela qual eventual solicitação de acesso deveria ser encaminhada à Secretaria, bem como informada à Comgás.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

Todavia, do resultado apurado apenas uma parte se refere ao lucro da concessionária, o seu WACC. O restante deve ser apurado como valores devidos a título de outorga da concessão, para o Poder Público.

A título de exemplo, no caso da renovação antecipada realizada pela ANTT na Ferrovia Malha Paulista, adotando-se a mesma sistemática apontada, apurou-se o valor de outorga aproximado de R\$ 2,5 bi (dois bilhões e quinhentos milhões de reais).

(...)

Desta forma, recomenda-se que seja feita a realização de um estudo econômico, a fim de se calcular o VPL (Valor Presente Líquido) da pretendida renovação antecipada da concessão, bem como de sua base de ativos e de sua base de passivos, para que se possa atribuir o melhor valor de outorga possível para o Estado.

Além disso, nos termos das recomendações do TCU (Tribunal de Contas da União), em relação à dificuldade das previsões de receitas para um horizonte de 29 (vinte e nove) anos (9 anos antecipados mais 20 anos da prorrogação), determinando a inclusão de cláusula de correção anual do valor da outorga, considerando a importância de tais cálculos frente à ausência de concorrência.

Trata-se de mecanismo de revisão, preferencialmente com periodicidade anual, das receitas auferidas pela concessionária ao longo do período da concessão, com a consequente repartição, com o Poder Concedente, daquelas que excederem às inicialmente previstas pela concessionária.”

24. Quanto ao sugerido aprimoramento do regramento originalmente estabelecido ao Contrato, de acordo com o agente regulador, a intenção seria traduzir no possível Termo Aditivo ao Contrato, regras coerentes com a experiência adquirida nos 20 anos já transcorridos de execução contratual e, ao mesmo tempo, Parecer SubG-Cons n.º 65/2020



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

aderentes às melhores práticas e às projeções para os próximos 29 anos. Para tanto, foram propostas cláusulas sobre os seguintes temas (fls. 692/716): condições para o exercício de outras atividades empresárias no setor, prazo da concessão, comercialização de gás para o segmento residencial e comercial, direitos e obrigações dos usuários, encargos da Concessionária, compromissos do acionista controlador, contrato entre partes relacionadas, governança corporativa e transparência, programa de integridade (*compliance*), extinção da concessão e reversão dos bens vinculados, expansão e ampliação dos sistemas de distribuição de gás canalizado, metas, garantia de cumprimento de metas, modo amigável de solução de divergências e disposições gerais.

25. Adiante nos autos, tem-se a Nota Técnica elaborada pela Superintendência de Análise Econômico-Financeira e de Mercados da ARSESP (fls. 718/758), abordando alguns dos aspectos⁸ sobre a prorrogação cujo tratamento o Ofício SIMA/GAB/296/2020 (fls. 593/596) havia solicitado.

26. A mencionada Superintendência, no mesmo documento, realizou avaliação sobre os impactos tarifários esperados de um cenário de prorrogação (novamente informado que os impactos do COVID-19 não foram considerados, uma vez que tais impactos ainda não seriam possíveis de mensuração, conquanto se reconheça a possibilidade de expressiva redução na demanda e aumento da inadimplência, que poderiam afetar sensivelmente os resultados obtidos). Destaque para o seguinte trecho da Nota Técnica:

“Em um primeiro cenário, assume-se que os investimentos previstos pela concessionária para o último ciclo do atual contrato (2024-2029) serão os mesmos previstos no plano de longo prazo avaliado. Esse cenário hipotético garantiria a execução dos investimentos necessários para tornar a rede de distribuição compatível para receber os volumes de gás natural previstos no PPE. Nesse caso, a margem máxima é a mesma apresentada no cenário base, ou seja, R\$ 0,33/m³. O mercado chegaria a quase 20 milhões de m³/dia e a base de remuneração regulatória ao final do ciclo seria de R\$ 9,4 bilhões. Este é o valor de referência para o

⁸ Aspectos mencionados no Item 31 deste Parecer.
Parecer SubG-Cons n.º 65/2020



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

custo de entrada de um novo prestador. Importante considerar que o valor de referência para um processo licitatório, de fato, deve incluir não só o valor da base de ativos, mas o potencial de ganho da empresa que assumiria a concessão – o que deve resultar de um estudo amplo e profundo de valor do negócio.

Em um cenário mais realista, supõe-se que a concessionária reduziria seus investimentos ao longo do ciclo 2024-2029, visto que não há expectativa de se manter no negócio e não há incentivo para manutenção do ritmo de expansão, que exige esforço administrativo, operacional e financeiro. Para este cenário, considerou-se que seriam mantidos apenas os investimentos em manutenção e reforço, similar ao que foi feito para a análise de modicidade do plano de investimentos. Assim, o volume ao final do ciclo seria de 15,8 milhões de m³/dia com um base de remuneração de R\$ 5,7 bilhões. Todas as considerações anteriores sobre o valor de referência são válidas para este caso também. Neste caso, o foco deve estar na paralização da expansão do mercado de gás canalizado no Estado, em dissonância com o previsto no PPE.

Assim, é importante considerar: (i) a não prorrogação pode frear o desenvolvimento do mercado; (ii) se não houver o freio, caso pouco provável, ainda assim é importante considerar que o valor de referência para um novo processo licitatório é bastante expressivo e deverá se avaliar a existência de players interessados e com capacidade para o desembolso e operação com os desejados níveis de eficiência e qualidade.”

27. A Nota Técnica se preocupou, ainda, em apresentar as pendências do atual Contrato, recomendando-se o tratamento prévio à eventual antecipação da prorrogação. Dentre as quais, destacou-se o processo de indenização (Proc. Nº 1053722-11.2016.8.26.0053), que tramita em segredo de justiça na 8ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, em face do Estado de São Paulo e da ARSESP. Trata-se de pedido de indenização que diz respeito, dentre outros aspectos, a pretensão equívoca na aplicação do Parecer SubG-Cons n.º 65/2020



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

Termo de Ajuste K a partir do segundo ciclo do contrato de concessão. Como apontado pela ARSESP, foi prolatada à Comgás sentença favorável em primeira instância, com determinação de indenização de R\$ 419,9 milhões. O valor corrigido pela inflação (IGP-M) e capitalizado por Selic entre a data da sentença e março de 2020 seria de R\$ 488.337.729. Ademais, advertiu a Agência:

“(...)importante notar que a ação de indenização não enfrenta a questão das regras contratuais, de modo que mesmo uma decisão final favorável à concessionária nesse momento não resultaria em alteração automática do cálculo realizado pela Arsesp, que segue estritamente o previsto no contrato. Assim, sem a alteração contratual, a concessionária poderá entrar com novas ações no futuro. Como se discutirá adiante, o nível de maturidade da modelagem de projeção de mercado para efeito de cálculo tarifário não exige a utilização deste mecanismo. Por essa razão, propõe-se uma alteração no eventual aditivo contratual no âmbito da prorrogação antecipada, com eliminação da aplicação do Termo K. Contudo, é fundamental que haja o devido tratamento desta ação de indenização, cujo valor atualizado (R\$ 488.337.729) deveria ser um componente de vantajosidade a ser considerado na prorrogação, uma vez que sua consideração elimina um importante risco ao erário.”

28. Por fim, foi apresentada uma Minuta de Termo Aditivo ao Contrato (fls. 807/830), incorporando as recomendações elaboradas pela ARSESP ao longo dos estudos apresentados.

29. Sob este contexto, foram os autos encaminhados a esta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, para análise e manifestação.

É o relatório. Opina-se.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

I- Análise jurídica das espécies de prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos estaduais.

30. A análise da questão veiculada nos autos da demanda, sob o ponto de vista jurídico, uma análise mais detida sob o instituto da prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos firmados pela Administração Pública do Estado de São Paulo. Na verdade, trata-se de gênero que comporta ao menos três espécies distintas: a ordinária, a extraordinária e a mediante contrapartida. O que nos cabe, portanto, é identificar cada uma dessas variações do mesmo gênero, para, então, compreendermos a real natureza da prorrogação neste momento analisada ao Contrato de Concessão nº CSPE 01/99.

I.1-Da prorrogação extraordinária.

31. Como primeira espécie a abordar, temos a prorrogação extraordinária⁹ dos contratos de concessão de serviços públicos estaduais. Trata-se de medida que pode ser utilizada no curso da execução contratual para reequilibrar a equação econômico-financeiro pactuada entre Poder Concedente e concessionária, diante da realização de evento de desequilíbrio cujos efeitos tenham sido percebidos pela concessionária, conquanto não obrigada, contratual ou legalmente, pelo risco de sua ocorrência.

32. Portanto, diante do evento de desequilíbrio, uma das medidas acionáveis pelo Poder Concedente, a fim de garantir a intangibilidade da razão existente entre os ônus e os bônus distribuídos entre as partes da relação contratual consiste na prorrogação do termo final da concessão pelo período de tempo necessário à neutralização do desajuste econômico-financeiro quantificado, considerando os elementos componentes da arquitetura econômico-financeira modelada a cada concessão, tais como, a rentabilidade esperada do capital investido, o período necessário à amortização dos investimentos, os custos operacionais previstos, o momento em que os investimentos serão

⁹ Nomenclatura amplamente utilizada pela doutrina especializada, como se vê, a título de exemplo, em: CANTO, Mariana Dall'Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações em contratos 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 (Coord.). – 2. Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

realizados, elementos esses que materializam o valor do dinheiro no tempo e o custo de oportunidade do capital imobilizado.

33. Essa espécie de prorrogação prescinde de autorização legal específica, tampouco exige previsão expressa no edital de licitação ou ainda no respectivo contrato de concessão. Isto porque, seu fundamento normativo encontra-se na própria Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (artigo 37, XXI)¹⁰, e da Lei Geral de Concessões, ao prever, em seu artigo 9º, §4º¹¹, o correspondente dever de restauração do equilíbrio previamente existente entre as partes nos casos de alteração unilateral do contrato. Assim compreendem Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Peçanha Guzela¹², para quem:

“(...)Evidentemente que as prorrogações extraordinárias são medidas postas à disposição da Administração Pública, independentemente das previsões contratuais, destinadas a dar cumprimento ao dever legal de compensar o particular (claramente estipulado no art. 9º, §4º, da Lei nº8.987/1995). Elas, pois, exorbitam do contrato e podem ser aplicadas a qualquer tempo e modo, desde que haja causa que assim as reclame – leia-se, um desequilíbrio existente ou vindouro.”

34. Em sentido similar, Rafael Vêras de Freitas e Leonardo Coelho Ribeiro¹³ são categóricos ao lecionarem que a extensão contratual para fins de

¹⁰ “Art. 37, XXI CF88 - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹¹ “Artigo 9º, §4º da Lei nº 8.987/1995 - Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

¹²CANTO, Mariana Dall’Agnol e GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações em contratos 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 (Coord.). – 2. Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹³ DE FREITAS, Rafael Vêras e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: espécies de “prorrogação”. In Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação / Egon Bockmann Moreira (Coord.). – 2. Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

reequilíbrio “*prescinde de autorização legal específica, ou de previsão editalícia, em razão da garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, constante do artigo 37, inciso XXI, in fine, da CRFB*”.

35. Cabe registrar a principal característica da espécie ora tratada, qual seja, o fato do período de prorrogação espelhar o tempo necessário à neutralização dos efeitos econômico-financeiros gerados a partir do evento de desequilíbrio.

I.2. Da prorrogação ordinária.

36. Passamos a abordar a próxima espécie, conhecida como prorrogação ordinária. Nesta hipótese, o pacto concessório estabelece, *ex ante*, a possibilidade de que o termo final do contrato seja estendido, por um prazo adicional previamente delimitado, e os critérios que orientarão a decisão do Poder Concedente de ampliar o vínculo contratual. Portanto, trata-se da possibilidade de renovação não relacionada a um dever jurídico de recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, mas sujeita a uma percepção quanto à vantajosidade de se estender o contrato vigente, diante da presença de critérios indicativos do benefício que a manutenção do vínculo poderia trazer ao interesse público subjacente à prestação do serviço.

37. Como anota Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁴,

“(...)cumpre desde logo anotar que são situações distintas as de prorrogações contratuais efetuadas por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa de extensão de seu prazo, (diante, sobretudo, do bom desempenho do concessionário e do interesse de ambos na continuidade daquele vínculo) das quais sejam efetuadas tendo em vista a sustentação do equilíbrio econômico-financeiro da relação. Na primeira hipótese, nada há, do ponto de vista jurídico, que incite o Estado à prorrogação. Questões de conveniência que o atraiam a tanto não se confundem com reclamos jurídicos que levem a dilatar o prazo

¹⁴ Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (Org.). Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p.57-59.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

contratualmente previsto e estipulado. (...) Não é esta, contudo, a situação que se porá quando a prorrogação constitui-se em medida assecuratória do equilíbrio econômico-financeiro – direito do concessionário ao qual a Administração não teria como se evadir – sem, acarretar para o usuário o dispêndio suplementar causado pelo incremento tarifário e sem implicar ônus algum para o Poder Público.”

38. Sendo distintas as espécies de prorrogações, os próprios fundamentos jurídicos a permiti-las também o serão. Se, como visto, as prorrogações extraordinárias justificam-se a partir da garantia constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, as prorrogações ordinárias, ao revés, ligam-se à própria manifestação da vontade das partes, quando da modelagem das regras que passarão a pautar a relação jurídico-obrigacional criada. Portanto, o fundamento jurídico imediato da prorrogação contratual não é outro senão o próprio pacto concessório, razão pela qual não se fala em dever jurídico de prorrogação, mas em uma renovação contratual justificada pela consensualidade.

39. Enquanto a prorrogação extraordinária remonta diretamente à norma constitucional (artigo 37, XXI), a prorrogação ordinária, por outro lado, só existe no mundo jurídico se assim previsto em lei, ou se neste sentido for a vontade manifestada pelas partes nos termos do contrato, razão pela qual o instrumento da concessão assume a feição de fundamento jurídico imediato da prorrogação ordinária.

40. Por isso, a prorrogação extraordinária prescinde de autorização legal específica ou disposição contratual ou editalícia permissiva, enquanto a prorrogação ordinária do contrato de concessão depende de prévia e expressa autorização na lei ou no contrato de concessão¹⁵.

¹⁵ Excetua-se desta obrigatoriedade de prévia autorização legal ou contratual as prorrogações contratuais excepcionais que se mostrem necessárias à preservação do interesse público, notadamente para assegurar o princípio da continuidade de serviços públicos, que sempre se mostraram possíveis ainda que na ausência de disciplina legal ou contratual expressamente autorizativas, circunstância esta que, mais recentemente, passou a ser expressamente positiva no ordenamento jurídico estadual, com a promulgação do artigo 16 da Lei Estadual nº 16.933/2019.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

41. Oportuno salientar que tratando-se de um regime jurídico específico das concessões de serviços públicos, não há que se aplicar a esses contratos a lógica subjacente à Lei nº 8.666/1993, especialmente no que toca às hipóteses de prorrogação contratual previstas no seu artigo 57.

42. Na verdade, os fundamentos normativos dos contratos de concessão que prevejam a possibilidade de prorrogação ordinária começam com a norma do próprio texto constitucional, conforme consignado no artigo 175 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;(...)” (grifei)

43. Observa-se que por comando expreso da Constituição Federal de 1988, a lei deverá dispor do regime especial dos contratos de concessão, incluindo a possibilidade de sua prorrogação.

44. Com o intuito de positivizar no ordenamento jurídico um regime geral nacionalmente aplicável às concessões de serviços públicos, a Lei nº 8.987/1995¹⁶, em seu artigo 23, tratou daquelas que seriam compreendidas como cláusulas essenciais dos contratos de concessão. Dentre os temas ali identificados como essenciais, estabeleceram-se as cláusulas relativas às condições para prorrogação dos contratos (inciso XII). Sobre o tópico, vejamos o liceu Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷:

¹⁶ Ainda sobre o tema da prorrogação dos contratos de concessão, a Lei n 8.987/1995, em seu artigo 42, dispõe do regime aplicável às concessões outorgadas anteriormente à data da vigência legal. Não obstante, deixamos de apresentar maiores detalhamentos sobre o tema, já que não guarda pertinência ao Contrato de Concessão ora analisado, cujo termo inicial sucede ao início da vigência da Lei de Concessões.

¹⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 8ª Ed. Editora Atlas. p. 114-115.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

“Quanto à prorrogação do contrato, é ela possível desde que prevista no edital e no contrato, ainda que a Lei nº 8.987 só contenha a menção a essa exigência no art. 23, inciso XII, entre as cláusulas essenciais ao contrato de concessão. Assim é porque o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inerente a todos os tipos de licitação (art. 3º da Lei nº 8.666), impediria a previsão, no contrato se não tivesse havido a menção expressa a essa possibilidade no edital de licitação. Nesse instrumento é que a Administração deverá estabelecer os critérios e as condições em que a prorrogação será possível.

A rigor, a própria lei deveria conter esses critérios para evitar burla à exigência de licitação, constante do art. 175 da Constituição Federal. Como os prazos das concessões são, em regra, bastante longos, a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público devidamente justificado ou mesmo na hipótese em que o prazo originariamente estabelecido se revele insuficiente para amortização dos investimentos. De outro modo, a prestação do serviço poderá ficar indefinidamente nas mãos da mesma empresa, burlando realmente o princípio da licitação.”

45. Assim, se, por um lado, exige-se a realização de procedimento licitatório para as concessões de serviços públicos, por outro, se admite a sua prorrogação, sem a realização desse processo seletivo. Essa é a razão pela qual carece de fundamentos eventual argumento de que a extensão ordinária do prazo da concessão representaria burla à regra licitatória. Ademais, a própria licitação não é uma finalidade ensimesmada ao interesse público subjacente, senão instrumento à conquista de valores juridicamente tuteláveis, dentre os quais, a seleção da melhor proposta no mercado disponível.¹⁸

¹⁸ “(...) se a melhor proposta, consubstanciada no melhor padrão do serviço, é o que vem sendo executado pelo concessionário, seria antípoda ao interesse público interditar a extensão do prazo. Em termos diretos: não seria minimamente razoável licitar por licitar”. (DE FREITAS, Rafael Vêras e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: espécies de “prorrogação”. In Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-Parecer SubG-Cons n.º 65/2020



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

46. Em sintonia ao regramento nacionalmente aplicável, a própria legislação estadual, nos termos do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.835/1992, identificou, dentre as cláusulas essenciais dos contratos de concessão de serviços públicos, a *“possibilidade de prorrogação do prazo da concessão, desde que prevista no edital de licitação”* (grifei). E o mesmo diploma, em seu artigo 10º, aduz que o *“(…) prazo do contrato de concessão, fixado no edital de licitação, deverá atender, em cada caso, ao interesse público e às necessidades ditadas pelo valor do investimento”* admitindo a prorrogação da vigência contratual, desde que prevista no edital, *“tendo em vista sempre as exigências de continuidade na prestação do serviço”*.

I.2.1 A prorrogação ordinária nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo

47. O Decreto Estadual nº 43.889/1999 aprovou o Regulamento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo, trazendo, em seu artigo 13, as regras aplicáveis aos prazos das concessões do serviço público. Dentre essas regras destacam-se a possibilidade de prorrogação do termo final do pacto avençado, bem como os limites e critérios aplicáveis à eventual prorrogação ordinária. Dispõe referido artigo:

“Artigo 13 - A concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado será outorgada pelo Poder Concedente, mediante contrato de concessão, com prazo de vigência de, no máximo, 30 (trinta) anos, contado a partir da data da assinatura do contrato de concessão.

§ 1.º - A critério exclusivo do Poder Concedente e para assegurar a continuidade e qualidade do serviço público, com base nos relatórios técnicos apresentados pela CSPE sobre regularidade e qualidade dos serviços prestados pela concessionária, o prazo da concessão poderá ser prorrogado, uma única vez, por, no máximo, 20 (vinte) anos, mediante requerimento da concessionária.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

§ 2.º - *O requerimento de prorrogação deverá ser apresentado até 36 (trinta e seis) meses antes do término do prazo de concessão.*

§ 3.º - *O Poder Concedente manifestar-se-á sobre o requerimento de prorrogação até o 18º (décimo oitavo) mês anterior ao término do prazo da concessão. Na análise do pedido de prorrogação levará em consideração todas as informações sobre os serviços prestados, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo acima previsto.*

§ 4.º - *A eventual prorrogação do prazo das concessões estará subordinada ao interesse público e à revisão das condições estipuladas no contrato, a critério do Poder Concedente.*

§ 5.º - *Após a extinção da concessão por advento do termo contratual, poderá a concessionária participar de futura licitação da concessão, desde que atendidas as exigências previstas no respectivo edital de licitação.”*

48. Ainda no mesmo Decreto (artigo 14), diz-se, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão do serviço público de distribuição de gás canalizado, o regramento quanto “às condições de prorrogação” do contrato.

49. Tais previsões foram, conforme já mencionado, contempladas na Cláusula Quinta do Contrato de Concessão CSPE nº 01/99, notadamente em sua Primeira Subcláusula, que prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência do contrato, por 20 (vinte) anos adicionais, se cumpridos os requisitos contratualmente estabelecidos.

50. Diante de todo o arcabouço normativo observado, é possível concluir que a cláusula contratual dispositiva da hipótese de prorrogação ordinária da avença, especificamente a Cláusula Quinta do Contrato de Concessão nº CSPE/01/99, em suas Subcláusulas Primeira a Quarta, pode ter sua validade reconhecida, eis que estruturada nos limites e com as características estabelecidas pelas normas jurídicas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

51. Aliás, analisando o instituto da prorrogação ordinária de contratos de concessão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS 34203/DF¹⁹, que analisou pedido formulado pela Concessionária “CEMIG Geração e Transmissão S.A.”, que pretendia ver reconhecida não apenas a viabilidade jurídica de prorrogação ordinária do contrato de concessão, face à expressa previsão contratual, mas igualmente a obrigatoriedade de que o Poder Concedente efetuasse tal prorrogação se preenchidos determinados requisitos objetivos, reconheceu sua validade jurídica, assentando que:

“(...) um contrato de concessão, portanto, firmado que é a partir de um certame licitatório, tem a temporariedade como uma de suas marcas fundamentais, ocorrendo, desse modo, o encerramento do contrato no prazo nele definido, salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do ajuste”.

52. Definiu, entretanto, no mesmo julgado, que tal prorrogação ordinária não poderia jamais ser tomada como um dever do Poder Concedente, mas como um ato necessariamente consensual, manifestando-se tal consenso não apenas na prévia estipulação contratual da possibilidade de prorrogação, mas, adicional e necessariamente, no momento do juízo concreto acerca do interesse público na continuidade da avença. Neste sentido:

É da essência da cláusula de prorrogação contratual a voluntariedade, delineada no âmbito da Administração Pública sob os parâmetros de atendimento ao interesse público, o que,

¹⁹ EMENTA Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato de concessão de usina hidrelétrica. Prorrogação contratual. Cláusula de natureza discricionária. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança pelo STJ. Manutenção da decisão recorrida. Recurso ordinário não provido. 1. O contrato administrativo se encerra no prazo nele definido, salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do contrato. Nesse passo, é incongruente com a natureza da prorrogação contratual a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato, como também é incongruente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual. 2. A discricionariedade da prorrogação é uma das marcas mais acentuadas do contrato administrativo e, assim, está, inclusive, prevista nas sucessivas legislações relativas às concessões de energia elétrica (leis nº 9.074/95 e nº 12.783/13) e também no termo cujas cláusulas se questiona nos autos. 3. Recurso Ordinário não provido.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

evidentemente, se perfaz sob margem de discricionariedade administrativa.

(...)

Quando a lei se refere à licitação como forma de garantir a isonomia, encontra-se pressuposta a igualdade de oportunidades e, portanto, a ocorrência periódica de certames, o que define a delimitação temporal dos ajustes firmados com o Estado. De igual modo, ao se referir à vantajosidade, quer a lei ressaltar que o caráter competitivo que é estabelecido pela licitação é salutar ao interesse público, o que, novamente, traduz a intenção da legislação da criar mecanismos de renovação periódica da contratação.

(...)

A regra, portanto, é que a contratação tenha um termo predefinido – prazo contratual – cabendo à Administração avaliar, ao final do termo e sempre de acordo com os parâmetros legais de atendimento ao interesse público que lhe foram traçados (...), o interesse e a possibilidade de renovação desse prazo.

(...)

É incongruente com a natureza da prorrogação contratual, portanto, a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato, como também é incongruente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual (...).

Prorrogação é instrumento autorizado pela lei, nunca imposto; e sua realização, porque pressupõe atendimento ao interesse público (apreciação, como dito, sujeita a variação no tempo), não poderia, sob qualquer hipótese, ser antecipada, máxime ao ato inicial de formalização do contrato.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

53. Assim, dado que a cláusula contratual analisada atende a todos os atributos vistos, com redação suficientemente aberta a abarcar a viabilidade de sua aplicação prática dentro daquelas características exigidas pelo ordenamento, não se vislumbra impedimento jurídico para que as partes cogitem de sua incidência ao longo da execução contratual, momento em que entrará em cena importante avaliação, a cargo do Poder Concedente, quanto à presença do interesse público na situação concretamente realizada.

I.3 Da prorrogação com contrapartida.

54. A prorrogação do prazo contratual da concessão mediante contrapartida é a terceira das espécies possíveis da extensão do instrumento de concessão de serviços públicos estaduais. Está prevista na Lei Estadual nº 16.933/2019 e terá lugar nas hipóteses em que, ao invés de esperar o tempo necessário à realização do termo final originalmente avençado do contrato vigente, para só então se iniciar nova relação jurídico-contratual contendo obrigações e investimentos não previstos no contrato anterior, embora já necessários quando da vigência daquela primeira relação jurídica, a Administração, ao revés, incentiva que o concessionário do contrato realize os mesmos investimentos e obrigações na relação contratual originária, mediante a contrapartida da ampliação do prazo da concessão.

55. Segundo Rafael Vêras de Freitas e Leonardo Coelho Ribeiro²⁰ :

“Trata-se de expediente que se apresenta vantajoso para o poder público, em razão da possibilidade de realização de novos investimentos imediatos em infraestrutura pública, que teriam de ser adiados até o final da vigência das concessões. Para além disso, tal modalidade possibilita que tais investimentos sejam realizados sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou tampouco aumento tarifário.”

²⁰ DE FREITAS, Rafael Vêras e RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: espécies de “prorrogação”. In Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação / Egon Bockmann Moreira (Coord.). – 2. Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

56. Portanto, fala-se de hipótese estatutariamente prevista na recém editada Lei Estadual nº 16.933/2019, cujos termos dispõem, dentre outros temas, a respeito da possibilidade da prorrogação dos denominados “contratos de parcerias”, assim legalmente compreendidas as concessões comuns, concessões patrocinadas, concessões administrativas, permissões de serviço público, arrendamentos de bem público, concessões de direito real e outros negócios jurídicos público-privados que, em função do seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volumes de investimentos, longo prazo, risco ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante, nos setores de saúde, saneamento, infraestrutura e transporte, tais como rodovias, transporte sobre pneus, ferroviário, metroferroviário e aquaviário, da Administração Pública Estadual, bem como os serviços de gás canalizado (artigo 1º, §§ 1º e 2º).

57. Para tanto, a lei exige que o contrato deva ser antes especificamente qualificado, habilitando-se à intencionada prorrogação antecipada. Quanto à competência para a referida qualificação, dispõe a regra que incumbirá à “*secretaria de estado ou agência reguladora, na condição de órgão ou entidade competente*” (artigo 2º, caput). Ademais, o órgão ou entidade competente ficará encarregada de conduzir o processo administrativo relacionado à prorrogação, podendo valer-se do assessoramento do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas, do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização e de outros órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.

58. Importa registrar que o diploma legal estadual teve por inspiração normativa a disciplina plasmada na antecedente Lei federal nº 13.448/2017²¹, que dispôs, dentre outros temas, sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos

²¹ Apenas a título de esclarecimento, registramos que, no âmbito da legislação federal, há outros diplomas que abordam a matéria, como a Lei 12.783/2013 e a Lei nº 12.815/2013, respectivamente aplicáveis ao setor energético e portuário. Mas, como a disciplina ali vista para a prorrogação se difere do regramento dado na Lei nº 13.448/2017 e, além disso, como a própria Lei Estadual teve sua composição baseada na disciplina deste diploma federal e não daqueles, como resta evidente desde a respectiva justificativa do Projeto de Lei Estadual (PL nº 1132/2017), preferimos delimitar o quadro normativo tão somente a partir da Lei nº 13.448/2017 e da Lei Estadual nº 16.933/2019. A esse respeito, segue excerto do PL nº 1132/2017: “(...) *Em momento posterior, o governo federal editou a Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, convertida na Lei Federal nº 13.448 em 05 de junho de 2017, que estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria englobados na mencionada Lei Federal nº 13.334/2017.*” (...) “*Nesse contexto, diante a legislação federal e sua experiência, elaboramos a presente propositura(...)*”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

federais de concessão, qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)²², nos setores rodoviário e ferroviário.

59. Essa lei federal teve a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos questionada, por ocasião da ADI nº 5991, proposta pela Procuradoria Geral da República em 2018. Não obstante, importante registrar que, em 2019 o pedido de medida cautelar não foi concedido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), destacando-se, do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, a identificação do que seriam os requisitos para que, em face dos parâmetros estabelecidos na doutrina e na jurisprudência daquela Corte, habilite-se a validade da prorrogação antecipada dos contratos de concessão: (i) a existência de contrato de concessão ou permissão vigente e previamente licitado (ainda que os contratos tenham sido celebrados antes da vigência da CF88); (ii) a previsão da prorrogação no edital de licitação e no contrato original; (iii) a discricionariedade da Administração Pública; e (iv) a demonstração da vantajosidade.

60. Apesar da diferença do espectro de incidência normativa, uma vez que, segundo o legislador paulista, a lei teria uma aplicação consideravelmente mais abrangente, se observados os setores alcançados²³, comparativamente ao modelo federal, restrito a apenas dois setores, por outro lado, de maneira bastante similar ao estatuto federal, a Lei Estadual dispõe da espécie de prorrogação dos contratos de concessão mediante contrapartida subdividindo-a em duas subespécies, quais sejam: (i) a “*prorrogação contratual*”, que nos termos do inciso I do artigo 3º da lei, consiste na “*alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste*”, e (ii) a “*prorrogação antecipada*”, que nos termos do inciso II do supracitado artigo legal, é a “*alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste*”.

²² Lei nº 13.334/2016.

²³ Conforme já referido, pela disciplina do artigo 1º, §1º, da Lei Estadual nº 16.933/2019, o regime de prorrogação seria aplicável aos “*setores de saúde, saneamento, infraestrutura e transporte, tais como rodovias, transporte sobre pneus, ferroviário, metroferroviário e aquaviário, da Administração Pública Estadual, bem como os serviços de gás canalizado*”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

61. Rafael Véras²⁴, comentando o diploma legal federal, explicita a lógica detrás dessa espécie de prorrogação e as razões pelas quais teria o legislador disponibilizado tais mecanismos como mais um ferramental à disposição do gestor público para a consecução da política pública envolvida nos contratos ali previstos, sendo que suas conclusões são igualmente aplicáveis ao regramento estadual sobre o assunto:

“O referido diploma tem por objetivo efetivar as diretrizes traçadas pelo Programa de Parceria de Investimentos-PPI, especialmente no que toca ao dever de “assegurar a estabilidade e a segurança jurídica” (art. 2º, IV, da Lei nº 13.334/2016).

Essa “estabilidade”, que tanto se procura para destravar os investimentos em infraestrutura no país, possui duas vertentes salientes no novel diploma: a primeira seria a de renegociar contratos em vigor que se tornaram inexequíveis, seja pela previsão de obrigações de investimentos desnecessárias (como as previstas nos Contratos de Concessão de Rodovia celebrados na 3ª Fase do Programa de Rodovias Federais – PROCROFE), seja pelo elevado valor de outorga que não pôde ser honrado em razão da não efetivação da demanda projetada (como se deu nas Concessões Aeroportuárias celebradas nos idos de 2014); e a segunda, busca diferenciar, cada vez mais, o regime dos contratos de longo prazo (de que são exemplos as concessões e parcerias público-privadas) dos tradicionais contratos de empreitada, disciplinados pela Lei nº 8.666/1993.

Para dar cabo do primeiro objetivo, a nova lei se valeu de dois institutos: o da prorrogação contratual e o da relicitação.

O instituto da prorrogação foi redesenhado, especificamente, para ser utilizado nos setores rodoviário e ferroviário. Para esse fim,

²⁴ VÉRAS, Rafael. As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-prorrogacoes-e-a-relicitacao-de-que-tratam-alei-n-134482017-um-novo-regime-juridico-de-negociacao-para-os-contratos-de-concessao>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

foram previstas duas hipóteses de “prorrogação”: a prorrogação contratual premial e a prorrogação antecipada mediante a realização de novos investimentos.

(...)

A prorrogação antecipada mediante a realização de novos investimentos, por sua vez, que terá lugar nas hipóteses em que, por razões econômicas, o poder concedente, ao invés de esperar o termo do contrato de concessão, incentiva que o concessionário realize investimentos não previstos nas suas obrigações originárias, tendo como contrapartida a ampliação da vigência do prazo da concessão (art. 4º, II). A referida modalidade encontra ao menos dois exemplos recentes: no artigo 1º, § 1º, inciso III, da Lei nº 12.783/2013 (Lei de renovação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica) e no artigo 57, da Lei nº 12.815/2013 (Novo Marco Regulatório do Setor Portuário).

Trata-se de expediente vantajoso para o poder público, na medida em que: (i) possibilita a realização de novos investimentos, de forma imediata, em infraestruturas públicas, que teriam de ser adiados até o final da vigência das concessões; (ii) tais investimentos serão realizados, sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou, tampouco, de aumento de tarifário; e (iii) os bens que forem incorporados à prestação do serviço público serão revertidos ao patrimônio público.”

62. Na lei paulista, o legislador quis tornar claro que, muito embora as prorrogações previstas possam ocorrer por provocação de qualquer uma das partes do contrato, a efetiva implementação dos institutos dependerá da decisão discricionária do órgão ou entidade competente, observados os requisitos e os pressupostos legais ao seu efetivo manejo (artigo 5º, §1º).

63. Portanto, ainda que o concessionário tenha legitimidade para solicitar que seu contrato seja prorrogado, isto não significa que direito lhe assista à



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

efetiva concretização da extensão da vigência, mesmo que o instrumento preveja a possibilidade de prorrogação, sendo, em todo caso, decisão discricionária da Administração Pública, observados os requisitos legalmente exigidos para tanto.

64. Ainda de acordo com o diploma, podemos identificar uma listagem de requisitos que deverão ser observados pelo gestor ao tempo da decisão de prorrogar a concessão, a seguir listados:

- (i) A secretaria de estado ou a agência reguladora, na condição de órgão ou de entidade competente, adotará no contrato prorrogado as melhores práticas regulatórias, incorporando novas tecnologias e serviços (artigo 2º, §1º);
- (ii) A prorrogação ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, mas cuja necessidade já se evidencie (artigo 5º caput);
- (iii) O termo aditivo de prorrogação do contrato de parceria deverá conter o respectivo cronograma dos investimentos obrigatórios previstos e incorporar mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos de obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga (artigo 6º);
- (iv) Deverá ser realizado estudo técnico prévio, pelo órgão ou entidade competente, que fundamente a vantagem²⁵ da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento, devendo constar (artigo 7º):

²⁵ Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes na cautelar em ADI 5995, que questiona a constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal nº 13.448/2017, vários dos quais reproduzidos na Lei estadual nº. 16.933/2019: *“Princípio da eficiência demanda que o Poder Concedente coteje as relações de custo-benefício entre a realização do alongamento contratual ou a realização de um novo procedimento licitatório. (...) Esse requisito decorre diretamente do texto constitucional, ainda que a lei específica setorial não o preveja expressamente. (...) Esse exame se dá principalmente a partir da elaboração de Análises de Impacto Regulatório (AIR) pelos órgãos da Administração Pública, projetando os possíveis cenários alternativos para atração de investimentos, com base em critérios como modicidade tarifária, eficiência, modernização da infraestrutura e qualidade e universalidade da prestação do serviço.”*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

- a - o programa dos novos investimentos, quando previstos;
 - b - as estimativas dos custos e das despesas operacionais;
 - c - as estimativas de demanda;
 - d- a modelagem econômico-financeira e as razões para manutenção ou alteração dos critérios de remuneração;
 - e - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;
 - f - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;
 - g - os valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso;
 - h - os mecanismos que demonstrem a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado;
 - i - as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados.
- (v) Avaliação prévia e favorável do órgão ou da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços (artigo 7º, §2º), sendo que mediante anuência prévia do órgão ou da entidade competente, os planos de investimento serão revistos para fazer frente aos níveis de capacidade, nos termos do contrato.

65. Quanto aos estudos técnicos que fundamentem a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento, em primeiro lugar, na Lei Estadual nº 16.933/2019, muito embora se exija que a Administração Pública os apresente (artigo 7º caput), não há qualquer menção



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

legal à necessidade de submissão de referidos estudos à Corte de Contas previamente à prorrogação, tal como o faz o texto da lei federal correlata.

66. Sobre o tema, conquanto inexista um dever legal de encaminhamento ao Tribunal de Contas do Estado (TCE) dos estudos técnicos elaborados, cumpre registrar que a mencionada liberação legal não afasta a possibilidade do próprio controle operacional externo a posteriori dos contratos prorrogados e, portanto, da própria extensão antecipada de sua vigência.

67. Ainda sobre os estudos técnicos, leitura atenta revela a presença de três elementos exigidos pelo legislador estadual (artigo 7º, §1º) e não requisitados pelo federal, senão vejamos: (i) os mecanismos que demonstrem a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado; (ii) as razões para manter ou alterar os critérios de remuneração; e (iii) as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados.

68. Uma outra diferença relevante que se observa em relação à legislação federal, é que, no modelo estadual, há a possibilidade de se realizar a prorrogação antecipada da vigência contratual ainda que inexista anterior previsão editalícia ou contratual quanto à possibilidade de se estender o prazo da contratação (artigo 4º, §2º).

69. Além disso, a lei estadual não fixa um período da execução contratual dentro do qual pedido de prorrogação mediante contrapartida na subespécie antecipada poderá ser manejado. Distintamente do que ocorre na lei federal, que exige que a antecipação da prorrogação se dê apenas quando a vigência do contrato em questão tiver alcançado entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado.

70. A ausência de marcos temporais no diploma estadual permite-nos questionar até mesmo quanto à real existência de diferença, em termos práticos, da “prorrogação antecipada” e da “prorrogação contratual” estatutariamente previstas, na medida em que as normas do diploma legal em comento não fazem qualquer distinção em relação às regras aplicáveis a essas espécies de prorrogação. Os requisitos legalmente exigidos e as diligências necessárias à demonstração do interesse público



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

subjacente à prorrogação são os mesmos para ambas. Ademais, o legislador paulista não reproduziu a mesma regra existente na legislação federal, quanto ao lustro de execução contratual (entre 50% a 90%) dentro do qual seria admitida a antecipação da prorrogação mediante contrapartida.

71. Portanto, a despeito do arranjo legal de nomenclaturas distintas, verdadeiramente, deve-se tratar o instituto jurídico previsto no diploma como um só, isto é, como a uma espécie de prorrogação mediante contrapartida.

72. O que é realmente relevante, no âmbito da aplicação da lei, é reconhecer que quanto mais se antecipar a decisão de prorrogação do contrato mediante contrapartida, isto é, quanto mais se distanciar o momento da decisão de prorrogação em relação ao termo final originalmente contratado, maior será o ônus de fundamentar os ganhos para o interesse público de referida prorrogação.

73. Nesse aspecto, se prorrogações ocorridas em momento muito aproximado do final do contrato tendem a carrear apenas respostas ao questionamento do porquê de se prorrogar o contrato, podendo-se licitar, por outro lado, prorrogações decididas precocemente à aproximação do termo final do contrato deverão declinar não só as razões de se prorrogar o contrato, podendo-se licitar no futuro, mas também responder o porquê de se prorrogar naquele momento e não se esperar por eventual prorrogação apenas em momento futuro.

74. Fala-se, então, na indispensável necessidade de que os estudos técnicos componentes da instrução do processo de prorrogação mediante contrapartida (dentre os quais a Análise de Impacto Regulatório) sejam hábeis a demonstrar a presença de vantajosidade diante dos vários cenários regulatórios possíveis, tendo em perspectiva o momento em que a eventual decisão de prorrogação vá se inserir, avaliando aspectos relacionados à modicidade tarifária, eficiência, modernização da infraestrutura, qualidade, a viabilidade econômico-financeira do plano de negócios apresentado pela concessionária e universalidade da prestação do serviço. Nesse mister, fundamental que a avaliação a ser realizada assuma como premissa o planejamento traçado à política pública do setor envolvido e os investimentos que efetivamente seriam necessários à obtenção das métricas desejadas à prestação do serviço concedido.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

75. Para tanto, a metodologia ao longo dos vários estudos deverá perpassar por: (i) exposição do problema que se pretende solucionar e de seus fatores causadores; (ii) identificação do objetivo geral e os objetivos específicos; (iii) a descrição das possíveis alternativas regulatórias; (iv) a avaliação dos impactos gerados e da efetividade das alternativas regulatórias; e (v) a recomendação da alternativa mais eficiente e efetiva, com vistas a subsidiar o processo de tomada de decisões, quantificando-se os benefícios que serão auferidos com a implementação da alternativa mais vantajosa ao interesse público.

76. No que tange ao procedimento legalmente regrado até a efetiva assinatura do aditivo de prorrogação antecipada, outra alteração de destaque da Lei Estadual, em comparação com a federal, diz respeito ao silêncio quanto à prévia realização de consulta pública.

77. Mas, o ponto de distinção entre os diplomas analisados mais relevante diz respeito às características legalmente admitidas para a extensão do prazo da concessão, isto é, quanto ao número de prorrogações possíveis e à definição do limite máximo de prazo a se estender.

78. Segundo a norma federal, o contrato que já não tenha sido prorrogado anteriormente poderá ser prorrogado uma única vez, por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato.

79. A lei estadual, ao revés, não limita a uma única prorrogação e estabelece, como prazo máximo de extensão do contrato, o tempo estipulado para a amortização dos investimentos que serão realizados²⁶.

80. Assim, a referida hipótese de prorrogação distingue-se da prorrogação extraordinária por não se resumir exclusivamente a uma ferramenta para o reequilíbrio do contrato de concessão, para fazer face ao desequilíbrio ocasionado pela

²⁶ A Lei Estadual nº 16.933/2019, no seu artigo 4º, §2º, dispõe que o tempo máximo de prorrogação poderá, ainda, ser vinculado ao estrito necessário ao reequilíbrio contratual. Trata-se de referência à possibilidade de adoção da prorrogação na espécie extraordinária, que não fica impedida a despeito de decidir a Administração por outra espécie de prorrogação do contrato de concessão, ordinária ou mediante contrapartida.

Se a prorrogação extraordinária consiste em mecanismo ao reequilíbrio do contrato afetado por evento impactante na equação econômico-financeira originariamente avençada, logo o período a se prorrogar deverá ser necessariamente aquele quantificado a neutralizar no tempo os efeitos deletérios causados pelo evento.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

inclusão de novos investimentos, eis que acompanhada de uma potencial reformulação de elementos relevantes do contrato, a exemplo da incorporação de mecanismos para estimular o adimplemento contratual e o cumprimento do cronograma de investimentos (artigo 6º), a potencial alteração dos critérios de remuneração (artigo 7º, §1º, item 4), e mesmo a oferta de garantias em face do parceiro privado (artigo 7º, §1º, item 9).

81. Distingue-se, também, da espécie ordinária antevista exatamente porque, estando ligada à inclusão de investimentos imprevistos nos termos originais do contrato de concessão, a extensão de prazo admitida pelo ordenamento jurídico limita-se àquele adicional de tempo exclusivamente necessário para que os novos investimentos sejam completamente amortizados²⁷.

82. Nesse sentido, para a espécie de prorrogação do prazo da concessão mediante contrapartida, o tempo a ser efetivamente adicionado ao contrato é uma resultante apurada a partir de um cálculo que considera a repercussão econômico-financeira dos novos investimentos e o tempo necessário para que referida imobilização do capital a ser investido pelo privado possa ser gratificada dentro de um referencial de custo de oportunidade adotado como razoável a remunerar o concessionário.

83. O que não ocorre nas prorrogações ordinárias. Em primeiro lugar, nem mesmo existe necessidade de que a prorrogação ordinária do prazo esteja submetida à inclusão de novos investimentos ao contrato, mas apenas à sua previsão expressa no certame licitatório e à demonstração do interesse público na extensão do prazo de vigência contratual, contemporânea ao juízo decisório quanto à prorrogação.

84. Ademais, não sendo condição legalmente exigida para a formatação das cláusulas contratuais de prorrogação ordinária dos serviços públicos estaduais, acaso eventualmente se entenda, na avaliação de um caso concreto, que a prorrogação deverá ser acompanhada pela assunção de novos investimentos e obrigações pelo privado, que, ao lado de outros elementos, poderão motivar o interesse público em se

²⁷ Ainda que, de forma aparentemente contraditória, o artigo 7º, §1º, item 7, da Lei Estadual nº 16.933/2019, mencione que um dos elementos a serem avaliados no estudo de vantajosidade da prorrogação é, justamente, o relacionado aos “valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso”, o que pressuporia, por definição, que a extensão de prazo fosse suficiente não apenas para amortizar os investimentos acrescidos ao contrato e para reequilibrar eventuais desequilíbrios econômico-financeiros pendentes, mas, adicionalmente, por gerar valor suficiente para permitir o pagamento de uma outorga ao Poder Concedente, extensão esta que parece contrariar o artigo 4º, §2º, da própria lei.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

estender o termo final avençado, as partes não estarão adstritas ao prazo estritamente necessário à amortização dos investimentos planejados. Na prorrogação ordinária o prazo sempre será um elemento dado pela consensualidade das partes já ao tempo de sua pactuação original, portanto, não necessariamente limitado ao lustro necessário a novos investimentos e obrigações a serem eventualmente exigidas no período que restar do contrato após eventual prorrogação.

85. Tal não ocorre nas prorrogações mediante contrapartida, da forma como disciplinadas pelo artigo 4º, §2º, da Lei Estadual nº 16.933/2019, na medida em que o seu pressuposto é a necessidade de antecipação de investimentos imprevistos nos termos obrigacionais originalmente avençados pelas partes, sendo o prazo adicional a contrapartida das novas obrigações assumidas pela concessionária, que poderá amortizar seus investimentos no tempo que restar do contrato.

II - Qualificação jurídica do pleito de prorrogação do prazo em vista do modelo regulatório adotado no Contrato de Concessão CSPE nº 01/99

86. Feitas as ponderações necessárias quanto ao instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos estaduais, neste momento incumbe compreender a real natureza do pleito submetido de prorrogação do contrato de concessão do serviço público estadual de distribuição de gás canalizado (Contrato CSPE nº 01/99).

87. De proêmio, compulsando os autos não há qualquer indicação de que o pleito se ligue à pretensão de recomposição da equação econômico-financeira do Contrato vigente em razão de suposto evento de desequilíbrio a ser neutralizado ao longo de um tempo de extensão do prazo concessório.

88. Nesse sentido, impende, desde logo, afastar a qualificação do pedido sob análise como hipótese concreta de prorrogação extraordinária do Contrato de Concessão, ausentes os requisitos que se manifestariam necessários ao referido enquadramento.

89. Se da espécie extraordinária não estamos a tratar, resta saber se o caso envolve modalidade ordinária de prorrogação ou espécie de extensão de prazo mediante contrapartida.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

90. Da análise dos autos, é possível notar que, desde o início, o pedido de prorrogação apresentado foi tratado tanto pela Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente, pela Consultoria Jurídica da Pasta e pela Agência Reguladora como hipótese de requerimento de prorrogação mediante contrapartida, prevista na Lei Estadual nº 16.933/2019.

91. No entanto, nosso entendimento é distinto.

92. Como visto, para que exista a viabilidade jurídica da prorrogação mediante contrapartida, faz-se necessária a presença de um binômio característico dessa espécie de extensão de prazo. A Lei Estadual nº 16.933/2019 exige que a prorrogação do termo final inicialmente pactuado se funde na necessidade de novos investimentos pelo privado²⁸, imprevistos originalmente, e, em função do incremento de capital a ser imobilizado no tempo, deva ser, em contrapartida, estendido o prazo contratual pelo tempo estritamente necessário para amortizar os novos investimentos²⁹.

93. Vê-se nesse sentido, que toda a lógica da prorrogação mediante contrapartida é de que haja uma necessidade identificada de antecipação de investimentos não previstos originariamente na concessão e que, comparando-se cenários regulatórios alternativos, como o da realização de nova licitação, possa-se depreender a vantajosidade de se imputar ao concessionário a obrigação de realizar os referidos investimentos, dando-se, em contrapartida, o prazo estritamente necessário para que tais investimentos se amortizem.

94. Com esse retrospecto, ainda que na instrução dos autos tenha-se aludido que a eventual decisão quanto à prorrogação do prazo da concessão seria acompanhada da viabilização de novos investimentos pelo privado em benefício de diversos elementos ligados à Política Energética do Estado de São Paulo, como se nota do próprio Ofício SIMA/GAB/471/2020 (fls. 832/835), cremos não ser o caso de tratar o pedido submetido como pleito de prorrogação mediante contrapartida, previsto na Lei Estadual nº 16.933/2019.

²⁸ Artigo 2º, §1º, artigo 5º, artigo 6º, art. 7º, §1º todos da Lei Estadual nº 16.933/2019.

²⁹ Artigo 4º, §2º da mesma lei.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

95. Embora o diploma estadual supramencionado, em seu artigo 1º, §1º, tenha disposto que dentre os contratos de parcerias estariam aqueles de concessão do setor de gás canalizado, observando o modelo regulatório contratual da Concessão, é possível perceber que, em verdade, há uma incompatibilidade intrínseca entre a lógica econômico-financeira prevista na Lei e a lógica constante da modelagem regulatória da Concessão. O que nos leva a concluir, diante da incompatibilidade existente, pela inaplicabilidade dessa espécie de extensão ao Contrato em tela e, sendo assim, pela inviabilidade de se qualificar o próprio pleito de prorrogação sob análise como prorrogação mediante contrapartida.

96. Se na recém editada Lei Estadual se exige que o prazo a se estender seja limitado ao quanto necessário para amortizar os investimentos assumidos pelo privado, de maneira distinta, a Concessão não teve a sua sistemática de investimentos desenhada para que todo o capital investido possa ser amortizado até o último dia de vigência do Contrato, mas para que os investimentos sejam amortizados em vista de percentuais regulatórios de amortização determinados pela ARSESP, através de Plano de Contas para o setor.

97. Sobre essa característica do Contrato, que reflete singularidade do próprio setor de gás e não um defeito da modelagem contratual³⁰, vejamos o excerto do Parecer Técnico elaborado pela Diretoria de Regulação Econômico-financeira e de Mercados da ARSESP (fls. 445/506), segundo o qual:

³⁰ Modelo semelhante é adotado, a título de exemplo, nos setores de telefonia, de energia elétrica e de saneamento, que compartilham com o setor de gás uma particularidade que justifica o modelo regulatório empregado: são setores nos quais há, ao menos enquanto persistir o déficit de infraestrutura nacional, a permanente necessidade de expansão e densificação da infraestrutura. Ao contrário de outros setores de infraestrutura, a exemplo de rodovias, ferrovias e aeroportos, marcados pela necessidade de emprego de massivo volume de capital para a construção de uma infraestrutura, sobre a qual, na sequência, serão prestados os serviços, reduzindo-se muito o volume de investimentos demandado a partir da disponibilização desta infraestrutura para operação, nos setores mencionados acima a operação ocorre paralelamente à expansão das redes, em um regime de constantes investimentos voltados à universalização do acesso ao serviço público. Para a viabilização dos investimentos nestes setores e o atingimento do desiderato de universalização dos serviços, não é compatível um modelo regulatório que imponha que a totalidade dos investimentos esteja amortizada ao final do prazo de vigência da concessão, com a reversão gratuita dos bens ao Poder Concedente quando do termo final de vigência contratual (como se prevê nos setores de ferrovias, rodovias e aeroportos, por exemplo), pois tal modelo pressupõe que os investimentos de grande vulto se encerrem quando ainda persista prazo contratual suficiente para que sejam auferidas receitas capazes de amortizar tais investimentos, lógica esta, conforme visto, incompatível com um regime em que se imponha constante e ininterrupta expansão da infraestrutura.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

“(...)Os investimentos são amortizados ou depreciados com base nos percentuais regulatórios de depreciação determinados pela Arsesp no Plano de Contas para o setor. Eles não, necessariamente, levam a uma amortização completa da base de ativos durante o prazo da concessão, o que resultará na existência de uma base reversível ao final do Contrato.

A depreciação média no início da concessão era da ordem de 3,5%, o equivalente a 30 anos para amortização. Esse valor médio estava associado a um investimento concentrado na rede. No período mais recente, os investimentos se diversificaram e a depreciação média foi de 5,5%, ou 18 anos. Fundamental notar que, portanto, os investimentos realizados em 2018 só serão completamente amortizados em 2036, além do período do atual Contrato de Concessão.”

98. A compreensão dessa circunstância se dá, em primeiro lugar pelo entendimento do próprio setor de gás canalizado, conforme se depreende da informação técnica constante dos autos, especialmente da Nota Técnica NT.F-0026-2020 (fls.718/758). Como demonstrado, trata-se de segmento especialmente conectado à necessidade de constantes investimentos na infraestrutura afetada ao serviço público, seja para ampliação ou ainda para atualização técnico-tecnológica da rede vinculada à prestação do serviço público, seja pela constante atualização das métricas de desempenho operacional e a consequente imposição de mais investimentos necessários ao alcance das novas metas alinhadas à matriz energética do ente federado, tanto em termos qualitativos da prestação do serviço (continuidade da prestação reverberada em índices esperados de satisfação dos consumidores e incremento da segurança operacional), como em termos quantitativos (maior eficiência na composição de custos, com repercussão na modicidade tarifária, e necessidade de corresponder a uma nova demanda projetada pelo planejamento energético estratégico, considerando a expectativa de universalização do acesso ao serviço).

99. Se há uma necessidade recorrente por investimentos ao longo de todo o período da Concessão, não é possível esperar que a lógica da regulação Parecer SubG-Cons n.º 65/2020



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

contratual traduza algo distinto da estruturação de mecanismos para que o fluxo de investimentos não seja interrompido em nenhum período da execução contratual. Em outras palavras, é preciso que o modelo contenha o espaço regulatório para que o investimento necessário, em qualquer momento da cronologia executiva contratual, possa ser realizado pelo privado.

100. Sendo avesso ao interesse público que o fluxo de investimentos seja descontinuado à medida em que o contrato for se aproximando do seu marco terminativo, não se mostra condizente modelar a equação econômico-financeira do contrato partindo-se do pressuposto de que os investimentos todos deverão ser amortizados até o final do contrato. Se assim o fosse, dada a ausência de tempo hábil, aqueles investimentos cuja inteira amortização ultrapassasse o marco temporal extintivo do contrato simplesmente não poderiam ser exigidos do privado, ainda que o interesse público sinalizasse à sua manifesta necessidade.

101. Assim, diz-se que o espaço regulatório mais condizente ao setor de gás consiste na previsão, desde a modelagem original da equação econômico-financeira, de que, atingido o termo final da concessão, a reversão dos bens ao Poder Concedente não se fará gratuitamente, mas, conforme admite o próprio artigo 36 da Lei 8.987/95, ocorrerá mediante indenização à Concessionária da parcela dos investimentos em bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados. Principalmente porque não é viável que os investimentos se concentrem no início da concessão, de forma a permitir que a integral amortização do capital investido ocorra até o prazo final avençado, já que, no setor de gás, sempre haverá necessidade de investimentos por parte do privado para bem se atender ao interesse público subjacente ao serviço delegado.

102. Diante da diluição da necessidade de investimentos ao longo de todo o período contratual, impende reconhecer que a realidade econômico-financeira do setor de gás se mostra distinta daquela vista, por exemplo, nos setores rodoviário e metroferroviário, nos quais os investimentos se concentram nos primeiros anos do contrato para implantação ou extensão da infraestrutura e, como normalmente não se preveem novos ciclos de investimentos no curso da execução contratual, o tempo remanescente é utilizado para operação da infraestrutura já implantada e sua manutenção



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

com eventuais investimentos de menor vulto voltados apenas à preservação do ativo já implantado.

103. Disto resulta que para os setores nos quais haja maior concentração dos investimentos em um determinado período do contrato faz sentido falar-se em uma racionalidade econômico-financeira contratual pautada na previsibilidade do tempo necessário para amortização dos investimentos que serão realizados ao longo do curso concessório. Assim, é comum que a lógica regulatória de contratos de concessão rodoviária, por exemplo, preveja, como mecanismo econômico-financeiro, que os investimentos serão amortizados até o termo final da avença, revertendo-os gratuitamente ao Poder Concedente quando da extinção da concessão por atingimento de seu prazo.

104. Por consequência, prorrogando-se o contrato como contrapartida à incorporação de novos investimentos, é condizente se exigir, como o faz a Lei Estadual nº 16.933/2019, que o prazo adicional limite-se àquele estritamente necessário à amortização do capital investido, pois assim não se desnatura a lógica econômico-financeira do contrato. O que nos leva a concluir que setores desse gênero serão potencialmente incluídos no escopo de aplicação do diploma legal, como os sobreditos segmentos rodoviário e metroferroviário.

105. Logo, conquanto o legislador paulista tenha disposto que a sobredita Lei teria aplicação a diversos setores, é preciso, em cada um deles, verificar se existe compatibilidade entre a lógica legalmente disposta de amortização dos investimentos e a regulação contratual tipicamente praticada no setor sob análise, pois apenas para aqueles nos quais se harmonizem as lógicas é que poderá se falar em prorrogação fundada no estatuto normativo comentado.

106. No caso do gás canalizado, como já salientado, a concessão é estruturada em lógica distinta daquela legalmente exigida, de forma que a simples expressão textual da possibilidade de prorrogação de prazo pela inclusão de novos investimentos no diploma normativo não se mostra razão suficiente a permitir que seja aplicada a prorrogação ali prevista aos contratos integrantes desse setor.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

107. Nesse sentido, não é correto dizer que o pleito de prorrogação ao Contrato de Concessão CSPE nº 01/99 deva ser tratado como requerimento fundamentado na Lei nº 16.933/2019.

108. Aliás, a incompatibilidade intrínseca a que aludimos fica ainda mais evidente no Contrato de Concessão, quando notamos que a necessidade contínua de investimentos, em todos os períodos do contrato, manifesta-se na existência de ciclos de investimentos planejados a cada quinquênio, inseridos no contexto de ciclos tarifários ordinariamente revisados. Nessa linha, não estão definidos, nem na contratação original nem na proposta de aditivo ora submetida a análise, quais seriam os investimentos necessários à prestação do serviço público, mas apenas metas a serem atingidas pela Concessionária, com os investimentos sendo definidos pela ARSESP a cada ciclo regulatório.

109. Se é possível que até no último ciclo novos investimentos se mostrem necessários, não há como se falar que o modelo regulatório se harmoniza a uma expectativa de que todos os investimentos a serem realizados no curso da execução contratual possam ser integralmente amortizados até o termo final pactuado, valendo salientar que a regra de amortização adotada pelo Contrato segue regras contábeis previstas no Plano para o setor, dispostas na regulação discricionária da Agência Reguladora, que, evidentemente, não se liga ao prazo particularmente estabelecido para cada contrato de gás canalizado regulado.

110. Se não mais fosse aplicada uma sistemática de amortização pela regra contábil, mas por um mecanismo de cálculo segundo o prazo concessório, como consequência, haveria forte pressão sobre a tarifa praticada, que deveria ser elevada a patamar tal que permitisse a rápida amortização econômica dos investimentos realizados em momento próximo ao encerramento contratual, com os evidentes prejuízos a todos os usuários do serviço.

111. Isto porque o modelo de regulação adotado é o da tarifa teto (Cláusula Décima Primeira), que, associada aos processos de revisões ordinárias quinquenais (ciclos tarifários) e reajustes anuais, são considerados suficientes pelo Contrato para manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro. A tarifa final ao usuário



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

é decomposta em preço do gás (Pg), preço do transporte (Pt) e margem de distribuição (Md). Por sua vez, a margem de distribuição, que deve ser reajustada anualmente, entre os processos de revisão ordinária, tem seu cálculo composto, dentre outros elementos, pela amortização dos investimentos e pela remuneração da base de ativos, que, juntos, correspondem a 30% da margem de distribuição, segundo o Parecer Técnico elaborado pela Diretoria de Regulação Econômico-financeira e de Mercados da ARSESP (fls. 445/506).

112. Logo, caso fosse necessário amortizar o capital investido ao longo do período contratual pactuado, é certo que forte pressão haveria sobre o valor da tarifa teto admitida, uma vez que a margem de distribuição, que a integra, tenderia a ser cada vez maior à medida que novos investimentos fossem sendo realizados, e isto apenas se agravaria com a necessidade de realização de investimentos novos em períodos mais aproximados ao final do termo avençado.

113. Vê-se que este não é um cenário condizente ao interesse público, porquanto afronta o princípio da modicidade tarifária.

114. Diante do exposto, não sendo devido tratar o pleito de prorrogação do Contrato de Concessão como a prorrogação prevista na Lei nº 16.933/2019, impende reconhecer estarmos diante de pedido de prorrogação ordinária do Contrato, fundada, exclusivamente, na Cláusula Quinta do Contrato, o que não retira ou de qualquer forma prejudica a sua juridicidade, eis que, conforme já amplamente exposto, trata-se de expediente reconhecido como válido tanto na Constituição Federal (artigo 175, parágrafo único, inciso I), quanto na Lei Federal nº 8.987/95 (artigo 23, inciso XII), quanto na Lei Estadual nº 7.835/92 (artigo 8º, inciso XX, e artigo 10, parágrafo único), tendo sido tal prorrogação julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, desde que cumpridos determinados requisitos, especialmente a prévia estipulação da possibilidade de prorrogação ordinária no instrumento convocatório, de modo a preservar a isonomia entre quaisquer interessados.

115. Aliás, examinando o teor da Cláusula contratual dispositiva do cabimento em tese da prorrogação ordinária da Concessão, notamos que o que se fez foi praticamente reproduzir o conteúdo do artigo 13 do Decreto Estadual nº 43.889/1999,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

denotando a validade da previsão contratual. O único ponto da Cláusula contratual que não segue literalmente a disposição constante no Decreto, e que não prejudica sua validade na medida em que detalha regra legalmente prevista, é a exigência de que a prorrogação se subordine não só ao interesse público, como à revisão das condições estipuladas no contrato, a critério do Poder Concedente.

116. Verificada a juridicidade da Cláusula, cabe avaliar se há nos autos elementos para que se permita dizer que todos os requisitos exigidos à prorrogação ordinária do Contrato estão manifestados, pois só então se poderia cogitar, em tese, de uma decisão quanto à efetiva extensão do prazo avençado.

III - Requisitos contratuais à prorrogação ordinária do prazo da Concessão e a instrução do processo administrativo

117. A Cláusula Quinta do Contrato traz os seguintes requisitos para que o Poder Concedente, segundo juízo discricionário, possa, em tese, decidir favoravelmente a um pleito de prorrogação:

- i. requerimento da concessionária, que deverá ser apresentado até 36 (trinta e seis) meses antes do término do prazo de concessão, acompanhado dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, referentes à prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado, bem assim de quaisquer outros encargos previstos nas normas legais e regulamentares então vigentes;
- ii. Ser a prorrogação voltada a assegurar a continuidade e qualidade do serviço público, com base nos relatórios técnicos apresentados pela Administração sobre regularidade, qualidade e adequação dos serviços prestados pela concessionária, o que demonstra a necessidade de que a prorrogação se dê no contexto de uma concessão bem desempenhada pelo privado, razão pela qual se torna



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

fundamental a avaliação concreta quanto ao atendimento dos indicadores de desempenho já presentes no contrato e quanto à sua (in)suficiência para os próximos anos de concessão;

- iii. Limitar-se a uma única prorrogação ordinária do contrato, não impedindo que prorrogações extraordinárias eventualmente se façam necessárias;
- iv. Realizar-se a análise do pedido de prorrogação tomando-se todas as informações sobre os serviços prestados pela concessionária, devendo-se aprovar ou rejeitar o pleito até o 18º (décimo oitavo) mês anterior ao término do prazo da concessão;
- v. Atender ao interesse público subjacente à prestação do serviço público; e
- vi. Estar subordinada à revisão de condições estipuladas no contrato, a critério do Poder Concedente.

118. Compulsando os autos, vemos que já existem elementos suficientemente instruídos para se reconhecer a presença dos requisitos (i), (iii) e (iv), conforme se expõe a seguir.

119. Houve requerimento de prorrogação da Concessão (fls. 3/7) em tempo hábil, isto é, anteriormente aos 36 (trinta e seis) meses finais do Contrato (requisito "i"). Foram apresentadas certidões de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, todas dentro do prazo de validade, considerando a época de sua apresentação, e com o compromisso de reapresentação, acaso necessário, se no curso do processo se vencerem pelo prazo. Ademais, não há registro de que tenha havido antecedente prorrogação do Contrato, em vista dos Termos Aditivos juntados (fls. 260/297), o que permite concluir se tratar de pleito inédito na execução do presente pacto concessório (requisito "iii").



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

120. Quanto à antecedência do pedido, cabe destacar que, muito embora não haja qualquer impedimento contratual ou no ordenamento posto que impeça a ocorrência da antecipação da prorrogação ordinária a esta altura da execução contratual, considerando o momento em que ocorreria eventual decisão vis a vis o tempo que faltaria até o termo final originalmente avençado do Contrato (restando aproximadamente 9 anos), deve-se reconhecer, conforme já mencionado anteriormente, que quanto mais antecipado o juízo de prorrogação, maior o ônus argumentativo exigido do administrador público para expor as razões para a antecipação da decisão administrativa, devendo ser demonstrados nos autos, inequivocamente, quais os benefícios ao interesse público que são atingidos pela tomada de decisão neste momento, sem que se aguarde para momento mais próximo aos limites temporais previstos no próprio contrato.

121. Não basta, portanto, demonstrar as razões de interesse público que justificam a prorrogação do prazo de vigência contratual, medida que deve acompanhar, evidentemente, a decisão por prorrogá-lo, qualquer que seja o momento em que adotada esta decisão, mas, dada a antecedência com que se propõe que se formalize esta extensão do prazo contratual, é indispensável que os autos sejam também suficientemente instruídos quanto às justificativas de interesse público que motivam tal antecipação.

122. Exigindo-se que o Poder Concedente, a partir do pleito submetido de prorrogação, decida até os 18 meses finais do Contrato, verifica-se que o referido marco ainda não se realizou (requisito “iv”).

123. Quanto aos demais requisitos, a apresentação de relatórios técnicos positivos sobre regularidade, adequação e qualidade dos serviços prestados pela Concessionária (requisito “ii”), a demonstração de que a prorrogação ordinária é vocacionada a atender ao interesse público subjacente à prestação do serviço público (requisito “v”) e a evidenciação de que a prorrogação se subordina à revisão de condições estipuladas no contrato, a critério do Poder Concedente (requisito “vi”), s.m.j, cremos que a instrução ainda careça de aprimoramento pelas razões seguintes.

124. Em primeiro lugar, analisando os estudos técnicos elaborados pela Agência Reguladora para verificação da conformidade da intencionada



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

prorrogação diante do interesse público subjacente ao serviço prestado, pode-se constatar o registro textual de que as avaliações realizadas haviam sido concluídas sem o máximo aprofundamento analítico tecnicamente possível, diante da exiguidade do tempo deferido à sua elaboração. Citamos, a título de exemplo, o *disclaimer* existente na Análise Técnica da Superintendência de Fiscalização de Gás Canalizado (fls. 599/611), onde se lê:

“(...)o prazo estipulado pela SIMA para a entrega dos estudos técnicos, consoante dispositivos da Lei Estadual 16.933/2019, foi exíguo, considerando a dimensão do trabalho e a relevância do assunto em questão para o interesse público, como já registrado anteriormente por esta Agência”.

125. Manifestação de similar teor também pode ser encontrada na apresentada Análise do Plano de Investimentos da COMGÁS para Prorrogação Antecipada da Concessão (fls. 613/638), segunda a qual:

“(...)em razão das circunstâncias que limitaram esta análise, em especial o período de quarentena em consequência da pandemia do coronavírus COVID-19, além do prazo exíguo para devolução à SIMA, o presente parecer perpassa em condições de precariedade, sem maiores aprofundamentos e discussões necessárias e atinentes à magnitude que o tema requer.”

126. Ainda, levada a Agência Reguladora a avaliar as perspectivas da continuidade e da qualidade do serviço público, com base nos relatórios técnicos apresentados sobre regularidade, adequação e qualidade dos serviços prestados pela Concessionária (requisito “ii”), há nos autos o registro da qualificação da contratada, em conclusão à apuração realizada por cada uma de suas Diretorias, através dos pareceres técnicos elaborados (OF.P-0068-2020 – fls. 436/444). Nada obstante, consta do mesmo Ofício a informação quanto à exiguidade do tempo de elaboração das referidas análises, o que nos leva a crer que a conclusão ali registrada poderia também carecer de maior tempo.

127. Assim, considerando a necessidade de que seja oportunizado o tempo necessário à devida elaboração de estudos e pareceres técnicos relacionados à instrução dos autos com níveis de profundidade compreendidos pelo corpo



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

técnico como adequados ao escopo da análise, orienta-se que sejam reavaliados, tanto pela Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente, quanto pela Agência Reguladora, na medida do necessário, os pareceres técnicos produzidos, ofertando-os quando em condições adequadas de aprofundamento, notadamente em razão da importância que esta concessão representa para o interesse público do Estado de São Paulo e o de seus diversos usuários, dos mais distintos setores.

128. Além disso, é possível que com eventual reavaliação técnica surja a necessidade de se revisarem as próprias recomendações ofertadas pela Agência Reguladora e pela SIMA quanto aos temas passíveis de tratamento no eventual Termo Aditivo ao Contrato, contendo a prorrogação da Concessão.

129. Desta maneira, consoante à exigência de que a extensão do prazo concessório sirva também como oportunidade de repactuação da relação jurídica contratual não só em razão do novo termo final da avença, mas também como medida de atualização da regulação contratual às melhores práticas do setor, orienta-se que seja avaliada pela Administração a necessidade de se manter, alterar, excluir ou incorporar temas na apresentada Minuta de Termo Aditivo, refletindo o maior aprofundamento que poderá ser obtido a partir da reapresentação dos estudos e pareceres técnicos, habilitando-se a identificar os problemas regulatórios a serem corrigidos, como também viabilizando-se a incorporação das melhores práticas.

130. A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo encontra-se, naturalmente, à disposição da Administração para auxiliar, no que pertinente à sua área de atuação, na elaboração de minuta de termo aditivo que atenda aos interesses do Estado de São Paulo e à premissa de atualização regulatória.

131. Vista a alegada exiguidade do tempo deferido à elaboração de alguns dos estudos técnicos que instruem os autos, outro ponto que nos parece relevante atentar na instrução diz respeito à ausência de elementos já documentados a evidenciarem suficientemente a demonstração do interesse público em se prorrogar ordinariamente a concessão.

132. A prorrogação mediante contrapartida, prevista na Lei nº 16.933/2019, apesar de apresentar características que a distinguem da modalidade



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

ordinária, possui importantes diretrizes quanto à demonstração do interesse público na decisão de se prorrogar e quando se prorrogar a relação jurídica contratual, podendo a metodologia ali vista servir como guia ou parâmetro à construção da fundamentação do Estado quando levado a decidir sobre a prorrogação ordinária.

133. É que embora distintas, os elementos que distinguem as espécies de prorrogação não são suficientes para afastar a possibilidade de que a metodologia manejada à demonstração do interesse público em uma delas possa ser adotada também na outra espécie.

134. Assim, as apurações constantes da instrução deverão ser hábeis a responderem a duas questões fundamentais: “Por que se prorrogar, podendo-se licitar no futuro?” e “Por que se prorrogar neste momento da execução contratual, podendo-se prorrogar, sendo o caso, no futuro?”.

135. Da mesma forma como ocorre na prorrogação mediante contrapartida, também na espécie ordinária, havendo a intenção de se decidir antecipadamente pela prorrogação do prazo concessório, distando-se a decisão do termo final originalmente avençado, devem ser demonstrados os benefícios que justifiquem não aguardar-se maior fluência do contrato vigente para só depois decidir-se pela prorrogação, sendo insuficiente para justificar a escolha a simples comparação entre o cenário da prorrogação e o licitatório.

136. Passa que os autos foram instruídos com elementos alusivos ao porquê de se prorrogar o contrato de concessão, mas não se pode dizer o mesmo quanto às razões que justifiquem fazê-lo a esta altura da execução contratual, e não em momento futuro.

137. Há na instrução alusão quanto à vantajosidade de se prorrogar a Concessão, em vista da detecção de maior eficiência na prorrogação do prazo do que na realização de um novo certame, considerando os ganhos regulatórios e econômico-financeiros nos cenários diversos, assim como através da demonstração da economicidade oriunda da ausência da necessidade de instalação do processo de licitação adicionada à presença de maiores benefícios orientados ao atendimento da política pública planejada ao setor, dentre os quais, a modicidade tarifária, a melhora na qualidade da



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

prestação, a renovação técnica e tecnológica da infraestrutura, incremento da segurança operacional, universalização do atendimento com a expansão da rede e a redução da litigiosidade contratual.

138. Há ainda a sinalização de que a prorrogação representaria à Concessão a oportunidade de repactuação da relação contratual, o que pode significar uma atualização regulatória imediata do Contrato às melhores práticas do setor e um rearranjo das obrigações contratuais, , antecipando-se, ao momento presente, a compatibilização do serviço prestado às necessidades já manifestadas em termos de política pública, não sendo necessário que a atualização regulatória só ocorra quando da realização de um novo certame licitatório, o que se pode viabilizar, por exemplo, por meio da inclusão novas métricas de desempenho, em termos quantitativos e qualitativos, do serviço a ser prestado no período restante até o novo termo final do contrato, assim como através de novos investimentos, tanto para expansão da rede, como para revitalização, atualização e modernização da infraestrutura já implantada, diante dos cenários projetados para o setor e o esclarecimento de pontos sensíveis no contrato vigente que tenham sido objeto de litígio precedente diante de interpretações divergentes das partes quanto à sua aplicação.

139. Isto tudo orientaria à construção das razões de se prorrogar o contrato, mas não quanto aos motivos para fazê-lo neste momento, isto é, na instrução pouco se alude à necessidade de antecipação da prorrogação ordinária.

140. A Concessionária, na tentativa de demonstrar uma possível explicação à antecipação da prorrogação intencionada, através do Parecer Econômico (fls. 72 e sgs.) que acompanhou seu pleito, aludiu que a realização da decisão da extensão do prazo concessório neste momento (e não em momento futuro) permitiria a obtenção de melhores condições de financiabilidade dos investimentos que poderiam ser incorporados na Concessão e, com isso, haveria um ganho à própria modicidade tarifária, na medida em que, maior tempo de concessão, melhor seria a bancabilidade do plano de investimentos e, com isso, haveria uma repercussão positiva do WACC dos ciclos tarifários, o que levaria à conquista de tarifas menores.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

141. No entanto, considerando a metodologia de cálculo do WACC pela regulação normativa da Agência Reguladora, não se vislumbra captura, pelo modelo tarifário, do custo efetivo da Concessionária com capital de terceiros.

142. Veja-se que, na Nota Técnica Final NTF-0002-2019, da ARSESP, em que definida a metodologia para cálculo do custo médio ponderado de capital (WACC), para o processo da 4ª Revisão Tarifária Ordinária, tanto o cálculo do custo de capital de terceiros quanto o cálculo do custo de capital próprio são extraídos, exclusivamente, de dados macroeconômicos ou setoriais, sem qualquer elemento que permita apropriar o custo de capital específico da Concessionária, ressalvada, exclusivamente, a estrutura de capital, vale dizer, sua condição específica de alavancagem, o que não se confunde com a apropriação do custo de capital de terceiros mencionada às fls. 72 e seguintes, que poderia indicar que da redução do custo de financiamentos da Concessionária resultaria uma redução nas tarifas praticadas aos usuários.

143. Isto significa, na prática, que o viés positivo na bancabilidade dos novos investimentos não seria apropriado para fins de cálculo tarifário, sendo a Concessionária a única beneficiada, inexistindo o compartilhamento dos benefícios econômico-financeiros decorrentes com os usuários do serviço.

144. De toda forma, por tratar-se de questão de cunho eminentemente econômico-financeiro recomenda-se que a área técnica da agência ratifique ou retifique essas considerações.

145. Sendo o interesse público da prorrogação ordinária do Contrato construído quando presentes as razões pelas quais se deva estender o termo final da Concessão, somado aos motivos do próprio momento de antecipação da decisão de prorrogação, se comparado aos demais cenários regulatórios, devem ser os autos complementados de maneira a evidenciar a vantajosidade nesse duplo aspecto, para que, só então, se avalie quanto ao cabimento, em tese, da prorrogação do Contrato.

146. Para tanto, orienta-se que a metodologia ao longo dos estudos técnicos complementares perpassa por: (i) exposição do problema que se pretende solucionar e de seus fatores causadores; (ii) identificação do objetivo geral e os objetivos específicos; (iii) a descrição das possíveis alternativas regulatórias; (iv) a avaliação dos



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

impactos gerados e da efetividade das alternativas regulatórias; e (v) a recomendação da alternativa mais eficiente e efetiva, com vistas a subsidiar o processo de tomada de decisões, quantificando-se os benefícios que serão auferidos com a implementação da alternativa mais vantajosa ao interesse público.

147. Finalmente, sugere-se seja avaliada pela Administração Pública a conveniência e oportunidade da realização de Audiência Pública para recepção de contribuições da sociedade quanto à possibilidade de prorrogação da Concessão. A despeito da omissão legal e contratual sobre a necessidade de realização de Audiência Pública, a submissão dos estudos técnicos elaborados e da Minuta de Termo Aditivo ao escrutínio público parece ser a interpretação que melhor atenda à densificação dos princípios constitucionalmente exigidos da publicidade e da eficiência. Afinal, a legitimidade das decisões públicas discricionárias, como a respeito da prorrogação contratual, tem relação direta com a transparência de suas motivações e eficiência de suas soluções.

IV – Conclusão

148. Feita toda esta digressão, as conclusões alcançadas neste parecer podem ser resumidas nos seguintes pontos:

- a) A prorrogação de um contrato de concessão não é um instituto unívoco, podendo ser identificadas três espécies: (i) a prorrogação extraordinária, quando adotada como ferramenta para o equacionamento de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, prorrogando-o pelo prazo necessário para a recomposição do equilíbrio contratual, juridicamente viável ainda que inexista previsão contratual expressa a respeito; (ii) a prorrogação ordinária, juridicamente viável apenas se prevista expressamente no ato convocatório do qual resultou a concessão, configurando extensão do prazo contratual por juízo de conveniência e oportunidade de ambas as partes, em ato necessariamente consensual, que não configura direito da Concessionária, mas juízo discricionário do Poder Concedente;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

e (iii) a prorrogação aqui alcunhada como “prorrogação com contrapartida”, regulada, com contornos sensivelmente distintos, na Lei Federal nº 13.448/2017, para contratos de concessão federais de alguns setores específicos, e na Lei Estadual nº 16.933/2019, para contratos de concessão estaduais, teoricamente, de qualquer setor de competência do Estado de São Paulo;

- b) A disciplina dos artigos 4º a 7º da Lei Estadual nº 16.933/2019 é incompatível com o setor de concessão de gás canalizado e com o modelo regulatório adotado, não sendo aplicável para regular a prorrogação antecipada de contratos que contemplem ciclos constantes de investimentos, sem a premissa contratual de amortização integral dos investimentos quando do atingimento do termo contratual;
- c) A prorrogação prevista na Cláusula Quinta, Subcláusulas Primeira a Quarta, do Contrato CSPE nº 01/99, é a prorrogação ordinária, extraíndo seu fundamento diretamente da disciplina contratual e do Decreto Estadual nº 43.889/99, e seu exercício já foi reconhecido como juridicamente válido pelo Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, desde que em contrato previamente licitado, contendo tal previsão desde o momento do instrumento convocatório;
- d) Ainda que não aplicável diretamente, é possível a adoção, por analogia, para instrução do presente processo, da metodologia de análise da vantajosidade prevista no artigo 7º da Lei Estadual nº 16.933/2019, por constituir o único referencial normativo vigente para avaliação da vantajosidade da prorrogação contratual, em cotejo com outras alternativas à disposição do administrador; e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

e) É recomendável, previamente à decisão quanto à prorrogação do contrato, que se realize audiência pública a respeito da pretensão de prorrogação contratual, para oitiva da sociedade, e que se submeta a consulta pública a minuta que vier a ser proposta ao aditivo contratual após o aprofundamento da instrução processual, e observadas as cautelas indispensáveis às peculiaridades do caso, quanto ao momento em que tal intenção possa ser divulgada, assim como quanto às exigências impostas pela Comissão de Valores Mobiliários para a divulgação de fatos deste jaez, dada a circulação em mercado de ações tanto da Comgás quanto de seus controladores, potencialmente impactadas pelos atos propostos neste processo;

149. Para adequada instrução dos autos, devem ser adotadas as seguintes medidas:

- a) Deve ser trazido aos autos o documento relacionado ao Planejamento Energético do Estado da área do Petróleo e Gás para 2030, mencionado no expediente;
- b) Deve ser trazido aos autos o Apêndice I à Análise Técnica elaborada pela Superintendência de Fiscalização de Gás Canalizado da ARSESP, mencionado no expediente;
- c) Devem ser trazidos aos autos os ofícios, planos de negócios, planos de investimentos, e demais documentos apresentados pela Comgás que, embora mencionados diversas vezes ao longo da instrução, não foram trazidos ao presente expediente;
- d) Devem ser reavaliados os estudos técnicos com o grau de profundidade necessário para que sejam apresentados em caráter de definitividade, tomando-se o tempo que seja necessário para o cumprimento de tal medida;
- e) Deve ser apresentada a justificativa para a antecipação do juízo de prorrogação do prazo de vigência contratual,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

demonstrando-se os benefícios ao interesse público da tomada de decisão neste momento; e

- f) Deve ser reavaliada a minuta do termo aditivo juntada aos autos, com aperfeiçoamentos que eventualmente decorram do aprofundamento da instrução processual ora recomendada.

150. Observando-se, por fim, que o presente parecer foi ofertado apenas em tese, sem ingressar no detalhamento da minuta proposta para o termo aditivo, dada a indicação de que este documento virá a ser revisto ao longo do processo de aprofundamento ora proposto, deve ser destacado que **este parecer não é conclusivo, devendo os autos retornar à apreciação desta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, após a complementação da instrução da forma mencionada acima**, para reapreciação.

É o parecer, s.m.j.

São Paulo, 3 de agosto de 2020.

THIAGO MESQUITA NUNES
Procurador do Estado

MATHEUS ALVES NASCIMENTO
Procurador do Estado



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: SIMA.011797/2019-79

INTERESSADO: COMGÁS - COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO

ASSUNTO: PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO CSPE
01/99

PARECER: SUBG.CONS n.º 65/2020

1. Aprovo o Parecer SubG. Cons. n.º 65/2020, por seus próprios fundamentos.

2. Encaminhe-se os autos à Secretaria do Meio Ambiente, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

SubG-Consultoria, 4 de agosto de 2020.

EUGENIA CRISTINA CLETO MAROLLA
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL