

PRORROGAÇÃO ORDINÁRIA DE CONTRATOS SUBMETIDOS À REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA: IMPLICAÇÕES DO MODELO DE REGULAÇÃO SOBRE A PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

Guilherme Cavalcanti¹

Leonardo Cochieri Leite Chaves²

SUMÁRIO: 1 – Introdução; I – Primeira parte: pressupostos conceituais e sistemática setorial; 2 – Regulação de serviços públicos e seus escopos; 3 – Regulação discricionária e regulação contratual; 4 – Breves apontamentos sobre a regulação nos setores de saneamentos básico e distribuição de gás canalizado no estado de São Paulo; II – Segunda parte: prorrogação dos contratos de parceria; 5 – Espécies de prorrogações dos contratos de parceria; III – Terceira parte: inter-relação entre os modelos de regulação e o instituto da prorrogação contratual; 6 – Consequências

1 Procurador do estado de São Paulo. Graduado em Relações Internacionais (2008) e Direito (2013) pela Universidade de São Paulo (USP).

2 Procurador do estado de São Paulo em exercício na Procuradoria de Brasília. Graduado pela Universidade de Brasília (UnB).

* Os autores agradecem pelas contribuições de Thiago Mesquita Nunes, Procurador do Estado de São Paulo, coordenador do Núcleo de Estudos de Concessões e PPPs da Procuradoria-Geral de São Paulo (PGE-SP) e organizador desta obra, e de Jefferson Leão de Meirelles, Superintendente de Regulação e Análise Econômico-Financeira e de Mercados da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arseps).

e efeitos dos modelos de regulação sobre a prorrogação contratual;
7 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Os diferentes modelos de regulação – discricionária e contratual – possuem pressupostos, características e efeitos próprios. A adoção de um ou outro modelo pelo poder concedente gera consequências variadas quanto a aspectos jurídicos e econômicos no âmbito do setor regulado. Neste artigo, são analisadas as implicações da adoção de um ou outro modelo regulatório quanto às espécies de prorrogações contratuais: prorrogação ordinária, extraordinária e mediante contrapartida. Objetiva-se demonstrar que há uma indissociabilidade entre as premissas regulatórias e a prorrogação contratual, de modo que cada modelo regulatório viabiliza – ou inviabiliza – uma ou outra espécie de prorrogação. Especificamente nos setores em que se adota a regulação discricionária, objeto principal de análise, conclui-se que somente há racionalidade econômico-financeira na prorrogação ordinária, sendo incompatíveis com esse modelo regulatório as prorrogações extraordinárias e mediante contrapartida.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo. Concessão. Regulação. Regulação discricionária. Regulação contratual. Prorrogação. Prorrogação ordinária. Prorrogação extraordinária. Prorrogação mediante contrapartida. Lei estadual nº 16.933/2019. Lei federal nº 13.448/2017.

1. INTRODUÇÃO

Os diferentes modelos de regulação – discricionária e contratual – possuem pressupostos, características e efeitos próprios. A escolha de um ou outro modelo regulatório pelo Poder Concedente gera consequências variadas em relação a diversos aspectos jurídicos e econômicos no âmbito do setor regulado.

Neste artigo, são analisadas as consequências de adoção de cada um desses modelos de regulação no tocante à prorrogação contratual. O objetivo é responder se as diferenças nas premissas regulatórias entre

os modelos também refletem em lógicas distintas de aplicação da prorrogação contratual. A análise volta-se de modo mais detido aos setores que adotam regulação discricionária.

Especificamente em relação ao tema das prorrogações, houve significativas alterações legislativas recentes, tanto no âmbito federal (Lei Federal nº 13.448/2017) quanto no âmbito estadual (Lei Estadual nº 16.933/2019). O artigo também aborda as características desses diplomas normativos, bem como as diferenças entre eles.

O trabalho está dividido em três partes. Na primeira (itens de 2 a 4), são apresentados pressupostos conceituais e elementos de aproximação da regulação adotada nos setores de gás natural e saneamento básico no estado de São Paulo. Na segunda (item 5), são endereçadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a prorrogação contratual. Na última (itens 6 e 7), são discutidas as inter-relações entre os modelos de regulação e o instituto da prorrogação contratual, com a finalidade de delinear a lógica e a finalidade da prorrogação contratual em cada um desses modelos.

I. PRIMEIRA PARTE: PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS E SISTEMÁTICA SETORIAL

2. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS ESCOPOS

A regulação de serviços públicos compreende um complexo de atividades estatais destinadas, essencialmente, à proteção do interesse público no ambiente regulado. São diversos os escopos atribuídos à função regulatória, dentre os quais podem ser destacados: (i) corrigir (ou mitigar) falhas de mercado e assimetrias informacionais em monopólios naturais, visando assegurar a modicidade tarifária e a qualidade do serviço prestado; (ii) promover investimentos no setor, de modo a alcançar resultados socialmente desejáveis, como a universalização e a atualidade dos serviços; (iii) manutenção do equilíbrio intrassistêmico, notadamente a solidez econômico-financeira da concessão; (iv) estabilização de expectativas e cumprimento das cláusulas contratuais; (v) garantir a capacidade de financiamento do projeto de acordo com as condições e possibilidades de mercado.

A legislação brasileira incorporou essas finalidades da atividade regulatória nas concessões de serviço público no conceito de serviço adequado, como aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia [...] e modicidade das tarifas”³.

É inegável a relevância dos critérios de adequação dos serviços públicos estabelecidos em lei. Todavia, são critérios amplos e indeterminados, que carecem de maior densidade normativa ao serem utilizados como parâmetros de avaliação da prestação de serviços públicos. Ao se considerar a grande diversidade e complexidade dos serviços a cargo do Estado, não há como estabelecer padrões abstratos para aferir sua real adequação ou qualidade. Em cada setor regulado, devem ser concebidos *standards* próprios para esses fins, tendo em vista as peculiaridades setoriais, tanto em relação à estrutura e dinâmica do serviço, quanto à conjuntura socioeconômica que as envolve. Nesse campo, há diversas questões de interesse público a cargo da disciplina regulatória, como bem identifica Flávio Amaral Garcia:

questões como a estrutura tarifária, metas de qualidade, indicadores de desempenho, compromissos de investimentos, partilhas de riscos entre as partes, mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, universalização do serviço, método de alocação de custos, sistema de monitoramento e avaliação e resultados a serem atingidos são algumas das escolhas regulatórias que serão determinantes para a aferição da eficiência do operador econômico na consecução do interesse público.⁴

Nessa perspectiva, a escolha do modelo regulatório configura fator essencial na definição dos parâmetros específicos de adequação do serviço a serem adotados em cada setor, sobretudo no que tange à sistemática de precificação das tarifas e à política de investimentos. A depender do

3 BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995, art. 6º, § 1º.

4 GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 136.

modelo adotado, se contratual ou discricionário, a lógica para se buscar os mesmos escopos regulatórios será distinta. Embora em ambos se busque a modicidade tarifária e o aporte de investimentos necessários à prestação socialmente satisfatória dos serviços, a forma de estruturação da política regulatória se faz com base em premissas próprias.

3. REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA E REGULAÇÃO CONTRATUAL

Os modelos de regulação discricionária e contratual são construídos sobre premissas estruturais e metodológicas próprias, que se distinguem essencialmente quanto ao modo de estabelecimento de preços ótimos de remuneração dos serviços regulados (tarifas).

3.1. *A abordagem regulatória discricionária* é estruturada com base nos custos do agente econômico regulado (*cost-based*), visando atingir padrões de custo eficientes que poderiam ser alcançados em mercados competitivos. O principal instrumento regulatório desse modelo é a revisão tarifária periódica (RTP), por meio da qual, a cada ciclo periodicamente definido, é realizada a análise dos custos do agente econômico regulado para fins de estipulação das tarifas a serem adotadas em um novo ciclo.

Nesse contexto, a regulação discricionária é caracterizada por flexibilidade nas escolhas do regulador em relação às revisões tarifárias, gerando um amplo espaço para a construção da política regulatória a partir das características e necessidades próprias do setor (volume e momento dos investimentos, distribuição do encargo remuneratório entre as diversas classes de usuários etc.) e de dados concernentes ao agente regulado. Em específico, a definição do valor da tarifa (e suas respectivas revisões) é realizada com base nos custos do agente regulado, sendo função precípua da regulação, nesse caso, conferir racionalidade econômica a essa base de custos.

Em artigo paradigmático sobre o tema, Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues frisam o ambiente de flexibilidade em que se desenvolve o modelo de regulação discricionária:

Como os preços definidos na RTP devem acompanhar a dinâmica do setor, as metodologias que compõem a RTP devem ser discricionárias e flexíveis o bastante para refletir mudanças nos custos dos insumos, alterações na demanda, avanços tecnológicos e aperfeiçoamentos na

qualidade do serviço. Esse mecanismo permite então a introdução de melhorias e maior flexibilidade para lidar com incertezas, possibilitando a adaptação do modelo regulatório a novas circunstâncias.⁵

Ainda segundo os autores, há dois arranjos predominantes no âmbito do modelo de regulação discricionária: *custo de serviço* e *preço-teto*. A *regulação por custo de serviço* é estabelecida tão somente por meio da fixação de valor tarifário que seja capaz de cobrir os custos efetivos do agente regulado (perspectiva *ex post*). Em regra, não há periodicidade fixa para a revisão tarifária, sendo possível ao agente regulado requerê-la a qualquer tempo. Considerando-se a estruturação desse arranjo, não há grandes estímulos à eficiência na prestação dos serviços, haja vista que para todo gasto efetuado haverá contrapartida tarifária.

De outro lado, a *regulação por preço-teto* é realizada pela estimativa dos custos do agente regulado na prestação dos serviços ao longo de todo o ciclo tarifário futuro. A tarifa é fixada de acordo com tais custos estimados (perspectiva *ex ante*), com a aplicação de um deflator tarifário, nominado Fator X, cujo objetivo é o compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários⁶. Nesse arranjo, a revisão tarifária é promovida em ciclos periódicos, normalmente de cinco em cinco anos. Assim, há na regulação por preço-teto maiores *incentivos* à eficiência ao agente regulado, uma vez que, definida a tarifa no início do ciclo tarifário, qualquer redução de custos ao longo do ciclo, além daquela já estimada e contemplada no Fator X, será apropriada como excedente remuneratório da concessionária no mesmo período.

Na regulação discricionária, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é atualizado constantemente, a cada ciclo tarifário, com revisão dos custos operacionais e de investimentos da concessão, “sem que se discuta propriamente se uma variação de custo ou de receita é risco

5 CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? *Revista do BNDDES*, Rio de Janeiro, n. 41, p. 285-287, 2014, p. 261-262.

6 PRADO, Lucas Navarro; GAMELL, Denis Austin. Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 252.

dessa ou daquela parte contratante da concessão”, como afirmam Lucas Navarro Prado e Denis Austin Gamell⁷.

Os autores sintetizam a sistemática de definição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos submetidos à regulação discricionária nos seguintes termos:

A regulação discricionária define os preços praticados pela firma com base na cobertura dos custos envolvidos na atividade e na manutenção de uma taxa de retorno sobre o capital investido. É de extrema importância a definição da base de ativos, da taxa de retorno, assim como dos custos operacionais e demais custos e despesas envolvidos para fins de fixação da receita requerida. São de baixa ou nenhuma relevância nesse modelo, portanto, discussões sobre alocação de riscos.⁸

Sobre a definição da *base de remuneração regulatória dos ativos* do concessionário (aspecto que, como se verá à frente, possui especial repercussão na viabilidade das espécies de prorrogação contratual), releva destacar as considerações tecidas em nota técnica pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Arseps):

O regulador deve utilizar mecanismos para estimular eficiência nos investimentos realizados pela empresa regulada de forma que a base de remuneração reflita o nível de investimentos efetivamente necessários para a prestação do serviço regulado com os níveis de qualidade exigidos. Assim, é imprescindível que o modelo para determinação da base de remuneração para fins de revisão tarifária inclua métodos que permitam a comparação dos conjuntos de ativos entre concessionárias, com o propósito de estimular eficiência nos investimentos realizados e evitar distorções na base de remuneração. A aferição e/ou análise comparativa dos resultados obtidos poderá determinar a necessidade de ajustes/expurgas nos resultados obtidos pela avaliação patrimonial a valor de mercado.⁹

7 Ibidem, p. 259.

8 Ibidem, p. 269.

9 AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Nota técnica para consulta pública nº 02/2010.** Metodologia e critérios para determinação da base de remuneração regulatória dos ativos dos serviços de saneamento básico prestados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. São Paulo: Arseps, 2010. Disponível em: http://www.arseps.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota_Tecnica-final.pdf. Acesso em: 3 dez. 2021, p. 15 – Primeira revisão tarifária Sabesp.

Vale ainda trazer outras ponderações feitas pelo corpo técnico da Arsesp a respeito da base de ativos:

A atualização do valor dos ativos utilizados na prestação dos serviços é de fundamental importância para revisão tarifária por ser, juntamente com as Despesas Operacionais ou Despesas de Exploração, um componente significativo na apuração dos custos referentes à sua remuneração e depreciação. A remuneração dos ativos utilizados na prestação dos serviços é calculada pelo Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) ou WACC (Weighted Average Cost of Capital), e a depreciação de acordo com a vida útil dos respectivos equipamentos, constituindo-se dois componentes significativos do custo total no cálculo tarifário.¹⁰

Portanto, num ambiente de regulação discricionária, a base de remuneração regulatória compreende o conjunto de ativos empregados na prestação do serviço sobre o qual será determinado o retorno sobre o capital investido pelo concessionário. Desse modo, a adequada delimitação dessa base remuneratória influi diretamente na formação da tarifa a ser adotada em cada ciclo tarifário, de modo que deve ser feita de acordo com padrões de eficiência e em conformidade com os objetivos da política regulatória para o setor. Qualquer discrepância na avaliação (super ou subavaliação) da base de remuneração regulatória pode gerar problemas setoriais, como a oneração desnecessária dos usuários ou desequilíbrios econômico-financeiros na prestação do serviço.

3.2. A abordagem regulatória contratual, por sua vez, tem como cerne a assunção prévia de compromissos em relação ao patamar tarifário e às condições de prestação do serviço (padrões de qualidade, política de investimentos etc.). No momento em que o contrato é firmado, são estabelecidos, *ex ante* e para todo o período de vigência contratual, o preço pelo serviço, os investimentos obrigatórios, o nível de qualidade a ser atendido, a alocação de riscos entre o público e o privado e as regras para o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato¹¹.

10 AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Nota técnica final NTF 0071/2016*. Metodologia e critérios para 2ª Revisão Tarifária Ordinária (RTO) da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. São Paulo: Arsesp, 2016. Disponível em: http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NOTA_TECNICA_FINAL_NTF-%200071-2016.pdf. Acesso em: 3 dez. 2021, p. 2 – Segunda revisão tarifária ordinária da Sabesp.

11 CAMACHO; RODRIGUES, op. cit., p. 270.

Assim, ao passo que a regulação discricionária se ampara em maior flexibilidade nas escolhas do regulador, a regulação contratual é caracterizada pela consolidação no instrumento contratual dos aspectos regulatórios centrais à prestação dos serviços, reduzindo em grande medida a discricionariedade e o poder de decisão do regulador na conformação dos parâmetros a serem observados pelo agente regulado ao longo da relação contratual.

No modelo da regulação por contrato, busca o Poder Público, por intermédio da competição promovida pelo processo de licitação, obter um resultado econômico-financeiro ótimo em situação de mercado e parâmetros de prestação do serviço que atendam aos interesses da coletividade, numa perspectiva *pro futuro* e de longo prazo.

Não obstante, em que pese a previsão contratual das escolhas regulatórias que pautarão a prestação dos serviços pelo contratado, não há como afastar o papel do regulador na integração e acompanhamento (verificador e propositivo) do contrato. Com efeito, os contratos de serviços públicos são, normalmente, de longa vigência (prazos superiores a duas décadas) e, em sua estrutura e dinâmica de execução, extremamente complexos. Nesse contexto, é imprescindível a atuação do regulador para manter hígidas as condições contratuais pactuadas, inclusive adaptando-as às circunstâncias supervenientes em atenção à disciplina contratual relativa à sua alteração ao longo do tempo, e assegurar que o objeto contratual esteja em consonância com o interesse da coletividade destinatária dos serviços.

Todavia, apesar das possíveis vicissitudes ao longo da relação contratual a reclamar as devidas adequações regulatórias, não há dúvidas de que num modelo de regulação contratual a própria lógica de estabelecimento de tarifas *pro futuro*, com base essencialmente na proposta formulada na licitação, restringe a atuação do regulador, sobretudo no que tange ao modo de fixação da tarifa e à política de investimentos estabelecidos no momento inicial da relação contratual.

Assim, numa perspectiva regulatória contratual, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é definido a partir da repartição dos riscos entre as partes ao momento do leilão. O equilíbrio contratual, nesse contexto, está vinculado à manutenção, sob a ótica jurídica, da relação

entre encargos e vantagens contratuais, independentemente dos custos efetivamente incorridos na atividade, razão pela qual a regulação contratual é também chamada de regulação *non cost-based*¹².

Em razão dessas características do modelo regulatório, editais recentes buscam disciplinar de modo detalhado se, e de que forma, os custos da concessionária, projetados na licitação em seu plano de negócios ou efetivamente incorridos, devem, em alguma medida, gerar qualquer influência sobre a regulação contratual.

A solução, pelo menos no âmbito do estado de São Paulo e da União Federal, foi pela recusa do plano de negócios elaborado pela concessionária para fins de representação do equilíbrio do contrato, de modo a afastar qualquer risco de uso de custos projetados para qualquer finalidade, utilizando-se o estudo de viabilidade técnica e econômica (EVTE) para tanto.

Por fim, ainda é importante dizer que, nessa espécie regulatória, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão de inclusão de novos investimentos dá-se, atualmente, ainda no âmbito do nosso estado e da União¹³, por meio da metodologia do fluxo de caixa marginal, com a utilização do custo médio ponderado do capital do momento da inclusão do investimento, e não pela taxa interna de retorno fixada no momento do leilão¹⁴. Esse ponto será relevante nas discussões que traremos no tópico 6 deste artigo.

4. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A REGULAÇÃO NOS SETORES DE SANEAMENTO BÁSICO E DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO NO ESTADO DE SÃO PAULO

4.1. Traçadas as principais características dos modelos de regulação, bem como as diferenças essenciais entre eles, passa-se a examinar as

12 PRADO; GAMELL, op. cit., p. 260.

13 Lucas Navarro Prado e Denis Austin Gamell listam as normas que estabelecem essa metodologia: no âmbito do estado de São Paulo: Resolução Artesp nº 01/2013; no âmbito da União: Resolução nº 3.651/2011 da Agência Nacional de Transportes Terrestres; Resolução nº 355/2015 da Agência Nacional de Aviação Civil; e Resolução nº 3.220/2014 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Ibidem).

14 Ibidem, p. 267-268.

peculiaridades dos setores de saneamento básico e de distribuição de gás natural que justificam a adoção do modelo regulatório discricionário.

Os serviços que compõem os setores de saneamento básico e de distribuição de gás canalizado possuem uma série de características comuns que permitem a aproximação de seus respectivos regimes regulatórios.

Do ponto de vista do histórico desses setores, no Brasil, esses serviços se concentraram, inicialmente, em um modelo de gestão por companhias estaduais.

Em relação ao setor de saneamento básico, outorgou-se, num primeiro momento, não só a prestação dos serviços às companhias estaduais, mas também a própria conformação de políticas regulatórias setoriais. Embora tenha prevalecido a orientação de que os serviços que integram esse setor sejam, como regra, de titularidade dos municípios em razão da preponderância do interesse local, a consolidação do modelo instituído pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa) – lançado pelo regime militar no início da década de 1970 – fortaleceu a atuação das companhias estaduais no setor¹⁵.

A mesma situação se observa em relação ao setor de distribuição de gás natural. As competências concernentes à exploração dos serviços de gás canalizado foram atribuídas pelo próprio Constituinte aos estados, conforme previsão do art. 25, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Essa escolha constitucional consolidou um arranjo político-institucional em que, conquanto a União detenha o monopólio da produção do gás natural (art. 177, inc. I, da Constituição Federal) e competência para administrar os serviços de transporte, compete exclusivamente aos estados administrar os serviços de distribuição do insumo. A partir desse arranjo, floresceram no país as companhias estaduais especificamente criadas para a exploração desse serviço, muito porque a redação original do art. 25, § 2º, da Constituição da República definia que a concessão do serviço de gás canalizado só poderia se dar a *empresa estatal*, situação que só foi alterada pela Emenda Constitucional nº 5/1995.

15 CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Coleção direito econômico e desenvolvimento, v. 1, p. 111-114.

4.2. Nesse ponto, cumpre avançar pouco mais no resgate histórico do desenvolvimento das companhias estaduais criadas para a exploração econômica dos serviços de saneamento básico e de gás canalizado no estado de São Paulo.

Sob a denominação de Companhia Paulista de Serviços de Gás, a Comgás surgiu, em 1959, do processo de nacionalização da empresa privada que então prestava o serviço de fornecimento de gás, a São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited. Inicialmente municipal, a companhia passou a ser estadual em 1984, ano em que a Companhia Energética de São Paulo (Cesp) assumiu o seu controle acionário¹⁶⁻¹⁷.

Em fevereiro de 1985, ainda num contexto em que havia pouca clareza quanto a qual ente competia a titularidade do serviço público de fornecimento de gás canalizado, o município de São Paulo, por meio do Decreto Municipal nº 20.653, reconheceu ser o estado de São Paulo o titular para sua prestação.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 afastou todas as dúvidas sobre a titularidade do serviço de distribuição de gás canalizado. O art. 25, § 2º, da Carta Política inovou¹⁸ ao definir, em sua redação original, caber aos estados “explorar diretamente, ou mediante concessão, a *empresa estatal*, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado”.

A restrição da concessão dos serviços a *empresas estatais*, contida na redação original da Constituição Federal de 1988, foi suprimida com a promulgação da Emenda Constitucional nº 5/1995, que teve como objetivo abrir o setor para a iniciativa privada¹⁹, o que, de fato, veio a se concretizar nos anos seguintes.

Num primeiro momento, no ano de 1996, o capital social da Comgás foi aberto. Em 1999, a companhia foi privatizada, conforme autorização

16 BARBOSA, Alessandra Andrade França *et al.* O gás como energético no estado de São Paulo – gás natural: breve história do energético no mundo e sua aplicação em São Paulo. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2006.

17 O sítio eletrônico do portal de relacionamento com o investidor da Comgás está disponível em: <https://ri.comgas.com.br/a-companhia/historico>. Acesso em: 03 dez. 2021.

18 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 25, § 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 760.

19 *Ibidem*.

do Decreto Estadual nº 43.888, de 10 de março de 1999, em procedimento que, simultaneamente à sua privatização mediante alienação de ações em leilão na Bovespa, outorgou-lhe concessão para exploração, pelo prazo de 30 anos, dos serviços de distribuição de gás canalizado no estado de São Paulo, em área que compreende os municípios que atualmente integram as regiões administrativas da Grande São Paulo, São José dos Campos, Santos e Campinas, abrangendo 177 municípios²⁰.

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), por sua vez, é uma sociedade de economia mista estadual criada em 1973. Sua gênese foi fruto dos incentivos gerados pelo Planasa, lançado em 1971. O Plano instituiu um modelo de condicionamento de repasse de recursos federais à criação de Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs). Esse modelo veio a consagrar um movimento de progressiva assunção pelos estados dos esforços na implementação de serviços de fornecimento de água e de esgotamento sanitário. No estado de São Paulo, o movimento em questão se deu progressivamente, com a criação do Departamento de Águas e Esgotos, em 1954; da Companhia Metropolitana de Água de São Paulo (Comasp); da Companhia Metropolitana de Saneamento de São Paulo (Sanesp) e do Fomento Estadual de Saneamento Básico (Fesb), entre 1968 e 1970²¹. A criação da Sabesp, posteriormente, consolidou a concentração de competências relativas a esses serviços de saneamento básico no âmbito estadual.

A partir de junho de 1997, a Sabesp passou por um processo progressivo de alienação de seu capital social. Naquela data, ocorreu seu debute na Bolsa de Valores de São Paulo, com alienação de 4% do seu capital social; atualmente, o percentual de ações da Sabesp negociadas livremente no mercado encontra-se em 49,7% de seu capital social, em regime *free float*, reduzindo a participação do estado para 50,3%²²⁻²³.

20 Informações disponíveis em: <https://ri.comgas.com.br/a-companhia/historico>. Acesso em: 3 dez. 2021.

21 MASSARA, Vanessa Meloni. Breve relato sobre a expansão da coleta e tratamento de esgotos – São Paulo, Brasil (1900-2000). *História Unicap*, Recife, v. 4, n. 8, p. 174-187, 2017.

22 VIANA, Camila Rocha Cunha. **Impactos da abertura de capital de empresas estatais na prestação de serviços públicos de saneamento básico: um estudo de caso da Sabesp**. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, São Paulo, 2020.

23 Ver também: <https://ri.sabesp.com.br/a-companhia/distribuicao-do-capital-social>. Acesso em: 3 dez. 2021.

4.3. Para além dos aspectos referentes à construção histórico-institucional dos setores em questão, há também entre eles semelhanças sob a perspectiva estrutural. Os serviços de saneamento básico e de distribuição de gás natural são prestados por meio de redes e distribuição (e coleta) dos seus respectivos insumos. Trata-se das denominadas indústrias de redes, que estão associadas a: (i) infraestruturas economicamente inviáveis de serem replicadas (monopólios naturais); (ii) economias de escala e escopo; e (iii) altos investimentos, que dificultam a saída do mercado (*sunk costs*), entre outros. Ambos os setores também estão, em maior ou menor grau, em processos de expansão das redes²⁴, o que exige investimentos expressivos e constantes por parte do prestador do serviço.

Diante desse quadro, ao se considerar esse contexto setorial em relação aos serviços de saneamento básico e distribuição de gás natural, é possível verificar a existência de estruturas e peculiaridades que possibilitam seu regramento por políticas regulatórias semelhantes, inclusive no que concerne ao modelo de regulação a ser adotado.

O modelo de regulação discricionária tem se revelado o mais adequado nos setores de saneamento básico e de distribuição de gás natural, no país, em razão de características setoriais específicas que envolvem: (i) a elevada imprevisibilidade dos investimentos necessários para a expansão das redes, por se tratar de setores que ainda carecem de ampliação ou aperfeiçoamento de infraestrutura; (ii) políticas setoriais que têm como meta a universalização dos serviços; (iii) a constante necessidade de aperfeiçoamento de tecnologias na prestação dos serviços, inviabilizando o estabelecimento antecipado da natureza e do volume dos investimentos que deverão ser aportados pelo concessionário ao longo da concessão, sobretudo em seu período final; e (iv) variações relevantes nos distintos perfis dos usuários (tanto por questões sociais, com variação tarifária para usuários com menor capacidade de pagamento, quanto, especialmente, por questão de políticas de desenvolvimento econômico,

24 No caso do setor de saneamento básico, a Lei Federal nº 14.026/2020 determinou expressamente a incorporação de metas contratuais de universalização dos serviços até 31 de dezembro de 2033.

que podem demandar alocações distintas do encargo tarifário entre setores industriais e residenciais, por exemplo).

No estado de São Paulo, os serviços que integram esses dois setores são regulados pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Arseps), nos moldes da Lei Complementar Estadual nº 1.025/2007²⁵.

As competências regulatórias atribuídas à Arseps pela norma estadual, contudo, são genéricas, tais como “cumprir e fazer cumprir a legislação, os convênios e contratos; [...] fixar critérios, indicadores, fórmulas, padrões e parâmetros de qualidade dos serviços e de desempenho dos prestadores”²⁶, de modo que o modelo de regulação e as respec-

25 Importante salientar que a Lei Federal nº 14.026/2020 trouxe novidades no setor de saneamento básico no que se refere à agência reguladora do serviço. A nova lei alterou o artigo 23 da Lei Federal nº 11.445/2007, cuja redação, pelo menos em tese, coloca em xeque o monopólio da Arseps na regulação do setor de saneamento no estado de São Paulo: “§ 1º A regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora, e o ato de delegação explicitará a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. § 1º-A. Nos casos em que o titular optar por aderir a uma agência reguladora em outro Estado da Federação, deverá ser considerada a relação de agências reguladoras de que trata o art. 4º-B da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, e essa opção só poderá ocorrer nos casos em que: I – não exista no Estado do titular agência reguladora constituída que tenha aderido às normas de referência da ANA; II – seja dada prioridade, entre as agências reguladoras qualificadas, àquela mais próxima à localidade do titular; e III – haja anuência da agência reguladora escolhida, que poderá cobrar uma taxa de regulação diferenciada, de acordo com a distância de seu Estado. § 1º-B. Selecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA ou se estabelecido de acordo com o prestador de serviços” (BRASIL. Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-8, 16 jul. 2020, p. 5).

Importante salientar que a regra de que os titulares do serviço poderão escolher o ente regulador foi reforçada, no âmbito do Estado, pela promulgação da Lei Estadual nº 17.383, de 5 de julho de 2021, que dispõe em seu artigo 8º que “A entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços será definida pelos titulares dos serviços de que trata esta lei, por meio de deliberação específica tomada no âmbito da estrutura de governança interfederativa da respectiva URAE” (SÃO PAULO. Lei n. 17.383, de 5 de julho de 2021. Dispõe sobre a criação de unidades regionais de saneamento básico. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1, 6 jul. 2021, p. 1).

26 SÃO PAULO. Lei complementar n. 1.025, de 7 de dezembro de 2007. Transforma a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPÉ e, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, dispõe sobre os serviços públicos de saneamento básico e de gás canalizado no Estado, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1, 8 dez. 2007, art. 7º, inc. IV e V.

tivas metodologias para a fixação de tarifas nos setores de distribuição de gás natural e serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto no estado de São Paulo são definidos, de fato, no âmbito dos próprios contratos de concessão.

Ao se examinar os contratos firmados entre o estado de São Paulo, como Poder Concedente, e a Comgás e a Sabesp, como concessionárias, verifica-se a adoção expressa do *modelo de regulação discricionária*. No ponto, é preciso esclarecer que, embora a delegação dos serviços tenha sido formalizada pela via contratual, as próprias disposições contratuais preveem revisões tarifárias periódicas, em ciclos tarifários, a serem definidas com base nos custos do prestador do serviço. Assim, conforme exposto anteriormente, não há dúvidas de que a incorporação contratual desse modelo de formação de tarifa vincula-se essencialmente ao modelo de regulação discricionária.

Em específico, o contrato firmado entre o estado de São Paulo e a Comgás estabelece expressamente a metodologia de tarifas tetos em cada um dos segmentos de distribuição de gás natural (Cláusula 11.1). As tarifas são revistas periodicamente em ciclos tarifários de cinco anos (Cláusula 11.5), devendo a metodologia de fixação do valor tarifário “permitir à CONCESSIONÁRIA a obtenção de receitas suficientes para cobrir os custos adequados de operação, manutenção, impostos, exceto os impostos sobre a renda, encargos e depreciação, relacionados com a prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado, bem como uma rentabilidade razoável”²⁷ (Cláusula 13.1).

Disciplina semelhante foi adotada no contrato pactuado entre o estado de São Paulo, o município de São Paulo e a Sabesp²⁸. O modelo de regulação discricionária é compreendido pelas cláusulas 48, 49, 51 e 52 do contrato, que explicitam a existência de ciclos tarifários, com previsão *ex ante* dos custos e receitas projetadas para o próximo

27 SÃO PAULO. Contrato de concessão n. CSPE/01/99 para exploração de serviços públicos de distribuição de gás canalizado. São Paulo: Comissão de Serviços Públicos de Energia, 1999, p. 25.

28 O contrato que disciplina a prestação dos serviços de esgotamento e de fornecimento de água na capital paulista tem como fundamento político-institucional convênio firmado entre o estado de São Paulo e o município de São Paulo, com interveniência e anuência da Sabesp e da Arsesp.

ciclo, com duração de quatro anos. Na cláusula 48 está previsto que a receita tarifária para o próximo ciclo deve ser suficiente para cobrir os tributos e demais encargos, como os relativos a seguros e transferência para fundos municipais de caráter obrigatório; custos e despesas relativos à administração, operação e manutenção dos serviços; os novos investimentos do cronograma para o próximo ciclo; a remuneração dos ativos líquidos em operação existentes na data de cada revisão; e a remuneração do capital próprio e de terceiros pelo custo médio ponderado de capital da Sabesp, calculado pela Arsesp.

Expostas as peculiaridades e diferenças existentes entre os modelos de regulação (discricionária e contratual) e analisadas as disposições contratuais que incorporam o modelo de regulação discricionária nas concessões dos serviços de saneamento básico e de distribuição de gás natural do estado de São Paulo, passa-se ao exame do instituto das prorrogações de contratos de parceria e as suas (in)compatibilidades com a lógica que permeia cada um dos modelos de regulação apresentados.

II. SEGUNDA PARTE: PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA

5. ESPÉCIES DE PRORROGAÇÕES DOS CONTRATOS DE PARCERIA

5.1. Embora o instituto da prorrogação de contratos seja há muito previsto na ordem jurídica brasileira²⁹, recentes novidades legislativas elevaram a complexidade do tema. Referimo-nos à Lei Federal nº 13.448/2017 e à Lei Estadual nº 16.933/2019, que introduziram no

29 Rafael Vêras de Freitas faz interessante resgate histórico sobre o tema, informando que desde o Decreto nº 4.536/1922, que trata do Código da Contabilidade Pública da União, havia previsão da possibilidade de prorrogação dos contratos. Não seria surpreendente que um estudo mais aprofundado de arqueologia legal demonstrasse menção ainda mais antiga ao instituto (FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 634.).

sistema normativo novas hipóteses de prorrogação contratual e que serão objeto de atenção nesta seção.

Até a edição desses marcos legais, embora houvesse previsões constitucional (art. 175, inc. I, CF)³⁰ e legal para a prorrogação contratual, a disciplina da matéria no âmbito normativo ou era lacunosa e remetia ao contrato a regulamentação – Leis Federais nº 8.987/1995³¹ e nº 11.079/2004³² – ou era setorial – Leis Federais nº 9.472/1997 (telecomunicações), nº 9.478/1997 (petróleo e gás), nº 12.815/2013 (portos) e nº 9.427/1996 e nº 12.783/2013 (energia elétrica).

A Lei Federal nº 13.448/2017, embora ainda seja uma lei de abrangência reduzida, por se aplicar somente a setores restritos da Administração Federal (rodovias, ferrovias e aeroportos), traz uma maior sistematização da matéria do que as leis federais antecessoras. A Lei Estadual nº 16.933/2019, por seu turno, inspira-se na lei federal de 2017, sobretudo no que se refere às nomenclaturas e aos institutos, mas o faz de maneira própria e, por vezes, bastante distinta, como se verá à frente.

5.2. Tendo em vista a até então incipiente conceituação legal do instituto e a setorização de sua disciplina, que tomou muitas vezes contornos casuísticos, o tratamento da matéria antes do advento da Lei Federal nº 13.448/2017 e da Lei Estadual nº 16.933/2019 era eminentemente doutrinário. A maior parte dos autores especialistas

30 “A lei disporá sobre 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” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2022, art. 175, inc. I, grifo nosso).

31 “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XII – às condições para prorrogação do contrato” (BRASIL, 1995, art. 23).

32 “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação” (BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004, art. 5º).

em contratos administrativos classificava a prorrogação em ordinária e extraordinária³³⁻³⁴.

Muito brevemente, *prorrogação ordinária* é aquela em que seus requisitos e efeitos já estão estabelecidos no pacto original; trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, fundada em juízo de oportunidade e conveniência – e evidentemente à luz do interesse público –, de prorrogar um contrato que se encontra a termo e equilibrado³⁵.

Situação diversa se verifica em relação à *prorrogação extraordinária*, que não parte de uma faculdade da Administração, mas decorre de um *dever* do Poder Concedente de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato³⁶. Ao ocorrer algum evento de desequilíbrio contratual, uma das medidas possíveis para equacioná-lo é justamente a extensão do prazo para fins de reequilíbrio de sua equação econômico-financeira. O que a praxe tem mostrado é que essa é uma técnica bastante utilizada na regulação por contrato, uma vez que não impõe ônus nem ao usuário, tendo em vista a manutenção do valor da tarifa, nem à Administração e, por conseguinte, ao cidadão não usuário do serviço concedido³⁷.

33 A divisão classificatória entre prorrogações ordinária e extraordinária não é unânime na doutrina. Embora nos pareça ser a nomenclatura mais corrente entre os especialistas – e, portanto, será aqui empregada –, é preciso registrar diferenciação adotada por Floriano de Azevedo Marques Neto; prefere o autor referir-se à prorrogação extraordinária como “extensão de prazo para fins de reequilíbrio” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 168).

34 A doutrina ainda aponta a existência da *prorrogação emergencial*, destinada à continuidade do serviço público na hipótese em que não há tempo para uma nova outorga por meio de nova licitação ao fim de um contrato de concessão prévio, nem se mostra o Poder Concedente capaz de prestar diretamente o serviço público concedido. Ver, por todos, GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani; SANGUINÉ, Odone. *Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público*. *Direito & Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 201-221, 2019.

Importante notar que as hipóteses estão contempladas no art. 32 da Lei Federal nº 13.448/2017 e no art. 16 da Lei Estadual nº 16.933/2019.

35 Por todos, CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. *Prorrogações em contratos de concessão*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 294.

36 *Ibidem*.

37 Sobre o ponto da preferência da extensão do prazo à indenização, Antônio Carlos Cintra do Amaral observa que “a prorrogação do prazo é mais condizente com a concessão, porque nesta todos os investimentos são amortizados pelos efetivos usuários do serviço, nenhum deles pela comunidade difusamente considerada” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 28).

Por decorrer de um dever constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual (inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal)³⁸, muitos autores defendem que a prorrogação extraordinária *prescinde de previsão original no contrato*³⁹. A matéria não é, todavia, pacífica na doutrina, havendo importantes vozes em sentido contrário⁴⁰. O último entendimento predomina no Tribunal de Contas da União⁴¹, embora recentemente a Corte de Contas tenha se manifestado, *en passant*, pela desnecessidade de prévia autorização contratual para a prorrogação extraordinária para fins de

38 Art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal: “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” (BRASIL, 1988, art. 37, inc. XXI, grifo nosso).

39 Como exemplo, mencionamos: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 371-388; FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. Prorrogação dos contratos de parcerias no estado de São Paulo: reflexões acerca da constitucionalidade da lei estadual nº 16.933/2019 a partir dos parâmetros definidos na ADI 5991. *In*: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coord.). **Experiências práticas em concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da lei de concessões**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. II: execução, controle e exercício de funções públicas por concessionário. p. 61-76; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

40 Nos valem aqui da enumeração elaborada por Caio Cesar Figueiroa e André Castro Carvalho: GARCIA, op. cit., p. 229-230; MARQUES NETO, op. cit., p. 169; LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. **Extinção e prorrogação de contratos de serviços públicos**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015, p. 162; e JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 268.

41 Nos valem novamente da enumeração exemplificativa elaborada por Caio Cesar Figueiroa e André Castro Carvalho, op. cit.: acórdãos nº 774-11/2016 e nº 738/2017 (FIGUEIROA; CARVALHO, op. cit.).

reequilíbrio⁴². O Superior Tribunal de Justiça adota também essa mesma linha restritiva⁴³.

5.3. Como dito na introdução deste tópico, a partir da introdução da Lei Federal nº 13.448/2017 e da Lei Estadual nº 16.933/2019, o tema concernente ao instituto da *prorrogação contratual* passou a ser mais complexo. Em primeiro lugar, porque são normas muito recentes, que carecem de maior aprofundamento doutrinário e jurisprudencial sobre suas disposições. Em segundo lugar, cada uma dessas leis disciplina de modo particular e diverso o tema, não obstante adotem a mesma nomenclatura de institutos e tenham pontos de contato. A lei paulista adota um mimetismo apenas parcial da norma federal: adota as mesmas nomenclaturas, mas disciplina requisitos e efeitos de modo bastante diverso, o que acaba gerando ruídos. Assim, não é de se estranhar classificação diversa, adotada por cada autor de acordo com a norma a que dedicou sua atenção.

Sem pretender apresentar uma solução definitiva para o tema, será aqui adotada a classificação exarada no Parecer nº 65/2020 da Subprocuradoria-Geral da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que tratou o novo instituto, tal como disciplinado pela Lei Estadual nº 16.933/2019, como *prorrogação mediante contrapartida*, ao lado das prorrogações ordinária e extraordinária, e não como espécie de qualquer delas.

42 Acórdãos TCU nº 2.876/2019-Plenário (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.876/2019**. Processo n. 009.032/2016-9 (Relatório de acompanhamento). Relator: Ministro Augusto Nardes, 17 de novembro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 3 dez. 2021) e 1.446/2018-Plenário (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.876/2019**. Processo n. 009.032/2016-9 (Relatório de acompanhamento). Relator: Ministro Augusto Nardes, 17 de novembro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 3 dez. 2021).

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **REsp 1.549.406/SC**. Processual civil e administrativo. Concessão de serviço público. Transporte. Prorrogação do contrato sem licitação para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Expresso coletivo Forquilha Ltda; Expresso Rio Maina Ltda; Auto viação Critur Ltda; Zelindo Trento e cia Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin, 16 de agosto de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502007810&dt_publicacao=06/09/2016. Acesso em: 3 dez. 2021.

Embora a nomenclatura *prorrogação mediante contrapartida* não esteja prevista em nenhum dos dois textos legais, o termo é bastante apropriado, porquanto retira o foco do momento em que a prorrogação ocorre e ilumina a questão fundamental do instituto: a inclusão de investimentos não previstos no pacto original.

Com efeito, o motivador de ambas as leis foi possibilitar a injeção de investimentos em infraestrutura, bem assim o aperfeiçoamento do ambiente regulatório, “aproveitando” contratos já existentes por meio da prorrogação.

Essa prorrogação com a inclusão de investimentos já poderia ser realizada sem a edição da lei, o que decorre do *ius variandi* ínsito aos contratos administrativos; o mesmo se diga sobre a alteração consensual do contrato para o aperfeiçoamento regulatório. Contudo, é evidente que a regulamentação da matéria pela via legal traz muito mais segurança jurídica à Administração perante os órgãos de controle.

Existe mais um motivo relevante para nominar essa espécie de prorrogação como *mediante contrapartida*: o elemento temporal é de fato irrelevante para a lei paulista. Lembre-se que a lei federal definiu dois tipos de prorrogação: a prorrogação antecipada, aquela que ocorre entre 50% e 90% do tempo da vigência original contratual (art. 6º, § 1º); e a prorrogação contratual, que, por exclusão, ocorre após 90% de sua vigência. Porém a lei paulista não adotou esse corte temporal, de modo que a clivagem em dois tipos diversos, nela, não tem consequência, uma vez que os pressupostos e os efeitos são os mesmos para ambos.

Por oportuno, ressalta-se que as leis federais que tratam da matéria, em especial a Lei Federal nº 13.448/2017, por expressa previsão, aplicam-se somente ao âmbito da Administração Federal, de modo que não se encontra na mesa o debate sobre a delimitação da competência na disciplina dos contratos administrativos quanto a normas gerais, tema árduo e fonte inesgotável de debates doutrinários e jurisprudenciais. No silêncio das normas federais quanto aos entes subnacionais, esses podem disciplinar o tema em bases próprias⁴⁴.

44 GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. Prorrogação contratual e relicitação nº 13.448/17: Perguntas e respostas. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 622.

5.4. Passemos agora a examinar algumas importantes diferenças entre as leis federal e estadual:

(i) Em primeiro lugar, a abrangência dos contratos atingidos pela inovação legislativa: enquanto a lei federal delimita sua aplicação aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário⁴⁵, a lei estadual abrange todos os “serviços de competência do Estado”, fazendo uma listagem meramente exemplificativa de quais seriam esses setores⁴⁶.

(ii) Em segundo lugar, a questão da previsão originária quanto à possibilidade da prorrogação: enquanto a lei federal estabelece a necessidade de expressa previsão ou no contrato original ou no edital (art. 4º, inc. I e II)⁴⁷, a lei estadual não a determina (art. 3º, inc. I e II)⁴⁸.

45 “Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995” (BRASIL. Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-3, 6 jun. 2017, p. 1).

46 “Artigo 1º – Esta lei estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria, nos serviços de competência do Estado. § 1º – Compreendem-se entre os serviços de competência do Estado, os 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, nos termos do artigo 25 da Constituição Federal” (SÃO PAULO. Lei n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 25 jan. 2019, p. 1).

47 “Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: I – prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste; II – prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste; [...]” (BRASIL, 2017, p. 1, grifo nosso).

48 “Artigo 3º – Para os fins desta lei, considera-se: I – prorrogação contratual: 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; II – prorrogação antecipada: 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; [...]” (SÃO PAULO, 2019, p. 1).

Não se trata de mero silêncio do Legislador paulista. A parte final no § 2º do art. 4º da lei estadual estabelece expressamente tal possibilidade da prorrogação “ainda que não conste previsão expressa no edital ou no contrato quanto à possibilidade de prorrogação”⁴⁹. O ponto certamente despertará posicionamentos divergentes, tendo em vista que, majoritariamente, a doutrina especializada no ramo não reconhece a possibilidade de prorrogação do contrato sem previsão inicial nem mesmo no caso de prorrogação extraordinária, como mencionado acima.

O Tribunal de Contas da União, do mesmo modo, tem reiterado que, sem previsão originária, a prorrogação, ainda que extraordinária para fins de reequilíbrio, implicaria violação ao dever de licitar e ao princípio da competitividade (acórdãos 774/2016 e 738/2017), embora em recentes precedentes, no contexto de prorrogação antecipada, o TCU tenha, *de passagem*, reconhecido a legalidade da extensão de prazo para fins de reequilíbrio independentemente de prévia disposição no edital ou contrato (acórdão 2.876/2019-Plenário)⁵⁰⁻⁵¹.

Ainda quanto ao ponto, vale trazer menção ao voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5991, ressaltando-se desde logo que o seu conteúdo constitui mero *obiter dictum*, seja porque a matéria não foi contemplada nos pedidos da autora da ação, seja porque o voto condutor do acórdão foi o da relatora, Ministra Cármen Lúcia, seja ainda porque a causa de pedir aberta em controle concentrado de constitucionalidade não permite julgamento além do pedido, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵².

49 “Artigo 4º – A prorrogação contratual ou a prorrogação antecipada nos setores referidos no artigo 1º desta lei observarão as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelo disposto nesta lei. § 1º – As prorrogações previstas no “caput” deste artigo poderão ocorrer mediante provocação de qualquer uma das partes do contrato de parceria e estarão sujeitas à discricionariedade do órgão ou entidade competente. § 2º – Fica estabelecido como prazo máximo de prorrogação do contrato o tempo estipulado para a amortização dos investimentos realizados ou para o reequilíbrio contratual, ainda que não conste previsão expressa no edital ou no contrato quanto à possibilidade de prorrogação” (Ibidem, p. 1).

50 Ibidem. Mesma impressão é compartilhada por Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, op. cit., p. 640).

51 Na mesma direção, o acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário.

52 Dentre outros precedentes, ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF 347-TPI. Direito constitucional e processual penal. Ilegitimidade ativa de *amicus curiae* para pleitear tutela provisória incidental em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Referendo. Ampliação do objeto da causa principal e concessão de medida

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes elenca quatro condições para a validade da prorrogação antecipada dos contratos de concessão, dentre elas a previsão da prorrogação no edital de licitação e no contrato original. Repita-se que tais condicionantes não compuseram a *ratio decidendi* no julgamento da ADI nº 5991, mas não há dúvida de que os pontos suscitados pelo Ministro levantaram diversos questionamentos sobre a aplicação prática do instituto da prorrogação contratual.

Como contraponto a tal entendimento, trazemos aqui as reflexões de Caio Cesar Figueiroa e André Castro Carvalho, em que expõem as fragilidades dos fundamentos que sustentam uma suposta necessidade de previsão original de prorrogação:

Apesar de recomendável (para não dizer impositivo) que todo contrato de concessão venha disciplinar o instituto da prorrogação – como quis o legislador desde 1995, com a edição da Lei nº 8.987 (art. 23, XII) –, não é menos verdade que os contratos de longo prazo, dada a sua natural incompletude, estão propícios a diversas circunstâncias imprevisíveis, de modo que, na precisa afirmação de Egon Bockmann Moreira, “a segurança contratual advém da certeza da mudança”. Isso é, de certa maneira, suficiente para questionar até que ponto a omissão do contrato foi deliberadamente intencional.

Em virtude dessa dúvida, que se torna mais relevante por se tratar de prorrogação destinada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro soa-nos razoável admitir a prorrogação de contratos omissos, seja na modalidade contratual ou antecipada de que trata a Lei Estadual, considerando as circunstâncias práticas e o contexto sobre os quais esses instrumentos foram elaborados, época na qual as prorrogações era a menor das preocupações do Poder Concedente. [Em nota de rodapé: Sopesar as circunstâncias envoltas ao caso ganha maior peso e preponderância com o advento do art. 22 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a partir da recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.655/2018].

cautelar de ofício. Impossibilidade. Não referendo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753146163>. Acesso em: 3 dez. 2021.

Mesmo porque a finalidade compensatória dos mecanismos jamais impactaria na elaboração das propostas pelos licitantes a ponto de sustentar alguma vantagem superveniente.⁵³

Os autores ainda citam em favor de seu argumento entendimentos consonantes de Celso Antonio Bandeira de Mello e Fernando Vernalha Guimarães⁵⁴ e também mencionam recentes entendimentos do TCU, já mencionados aqui, admitindo, ainda que em *obiter dictum*, a prorrogação do contrato mesmo ausente previsão originária (2.876/2019-Plenário).

A questão está muito longe de ser pacífica, mas a impressão que se tem é que uma mudança do entendimento original dos órgãos de controle não é improvável, embora não seja possível assentar alguma tendência de manutenção ou revisão do entendimento. O próprio voto do Ministro Gilmar Mendes parece ter sido fruto de uma impressão primeira do tema, não definitiva. Até porque, por se tratar de manifestação *obiter dictum*, não houve debate sobre o ponto pelos demais Ministros.

(iii) Em terceiro lugar, ao contrário do que ocorre na Lei Federal nº 13.448/2017, em que se determina que a antecipação da prorrogação se dê apenas quando a vigência do contrato tiver alcançado entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado, a lei estadual não define um período de execução contratual dentro do qual pedido de prorrogação mediante contrapartida poderá ser manejado.

Nesse sentido, endossa-se o entendimento dos Procuradores do estado subscritores do Parecer nº 65/2020, que questionam a real existência de diferença da *prorrogação antecipada* e da *prorrogação contratual* tratadas na Lei Estadual nº 16.933/2019, tendo em vista a ausência de distinção em relação às regras aplicáveis a tais espécies de prorrogação. Não havendo diferença nem nos requisitos, nem nos efeitos, é de fato irrelevante diferenciar essas espécies do gênero *prorrogação mediante contrapartida*. Como dito acima, parece-nos que a adoção dessa classificação decorreu de um mimetismo apenas parcial da lei

53 FIGUEIROA; CARVALHO, op. cit., p. 73-74.

54 Ibidem, p. 74.

paulista do modelo adotado pela União, de modo que foram mantidas as nomenclaturas das espécies de prorrogação, mas com regime muito diverso, o que acabou causando essa excentricidade.

(iv) Em quarto lugar, está a questão do número de prorrogações possíveis e da definição do limite máximo de prazo a se estender.

Nesse ponto, a norma federal limita a prorrogação a uma única vez e desde que o contrato não tenha sido anteriormente prorrogado. Estabelece, ainda, que o prazo de extensão será igual ou inferior ao prazo originalmente fixado no contrato.

A norma estadual regulamenta o ponto de maneira muito diversa: não estabelece limite à quantidade de prorrogações; ademais, define como prazo de prorrogação o tempo necessário à amortização dos investimentos adicionais ou à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o que, a nosso ver, pode significar tempo maior ou menor do que foi inicialmente acordado, embora, como já dito no *item i*, a lei paulista não condicione a *prorrogação mediante contrapartida* à prévia existência de cláusula autorizativa da extensão do prazo contratual.

III. TERCEIRA PARTE: INTER-RELAÇÃO ENTRE OS MODELOS DE REGULAÇÃO E O INSTITUTO DA PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

6. CONSEQUÊNCIAS E EFEITOS DOS MODELOS DE REGULAÇÃO SOBRE A PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

6.1. Até aqui, cada um dos institutos foi analisado separadamente: os modelos de regulação (contratual e discricionária) e as espécies de prorrogação contratual (ordinária, extraordinária e mediante contrapartida).

Volta-se, agora, à discussão das consequências da adoção de cada uma das espécies de prorrogação *vis-à-vis* os modelos regulatórios. A análise dessas combinações tem de ser feita de acordo com as modelagens econômico-financeiras associadas a cada modelo regulatório, que são bastante diversas uma da outra.

De início, cabe um alerta: as considerações que seguem são apenas aproximações possíveis ao tema, uma vez que não existem parâmetros normativos que determinem que a regulação de um dado setor seja feita

de acordo com um modelo prévio. Adotamos para os fins do presente artigo *tipos ideais*, os quais podem se encontrar de modo mais ou menos “puros” na realidade. E tais tipos foram aqui esculpidos à luz do contexto dos contratos de concessão praticados no estado de São Paulo.

6.2. A *regulação contratual* é utilizada, geralmente, em setores que demandam injeção de uma grande monta de investimentos logo no início da relação, como os setores rodoviário, ferroviário, portuário e aeroportuário. Por esse motivo – e partindo do pressuposto de que todos os investimentos serão amortizados durante o prazo do contrato, pressuposto esse que é adotado como praxe nesses setores –, no momento do leilão, definem-se o cronograma de investimentos por todo o período e a tarifa a ser aplicada, que deve ser suficiente, com base na demanda projetada, à amortização dos investimentos e ao retorno esperado pelo investidor. O retorno esperado pelo concessionário é projetado pelo Poder Concedente, no momento do estudo de viabilidade técnica e econômica (EVTE), com base na taxa mínima de atratividade, calculada com base no custo médio ponderado do capital – CMPC (WACC, em inglês)⁵⁵ do setor.

Tendo em vista que nesses setores a modelagem projeta a receita necessária para amortizar o investimento programado para toda a relação contratual, os investimentos adicionais são vistos como fator desequilibrante da matriz econômica do contrato, que deve ser reequacionada mediante uma das possíveis ferramentas de reequilíbrio, dentre as quais se destaca, como anteriormente referido, a *prorrogação extraordinária*.

Em contraposição, a adoção da *prorrogação ordinária* nesse contexto, caso seja adotada a premissa de manutenção do valor da tarifa, implicaria ganhos em favor do concessionário, uma vez que, encerrado o prazo original do contrato, os investimentos estariam plenamente amortizados, de maneira que, ao longo do período de extensão temporal, a tarifa necessária para fazer face aos custos operacionais e ao retorno do capital empregado pelo concessionário seria, necessariamente, inferior à originalmente definida para o contrato.

55 Weighted Average Cost of Capital (WACC).

Mantida a mesma tarifa originalmente fixada, e conferindo-se ao concessionário prazo adicional de exploração da infraestrutura, alcança-se, como resultado, uma elevação da rentabilidade média proporcionada pela concessão⁵⁶, proporcionando, como consequência, ganhos injustificáveis ao concessionário, o que desvirtua a própria lógica do sinalagma contratual.

A questão se torna ainda mais sensível ao se observar que, pela ótica social, a prorrogação ordinária implicaria onerosidade tarifária em razão do aumento *indireto* da tarifa, pois os usuários do serviço estariam remunerando o contratado por investimentos já amortizados.

Mais um aspecto que não pode ser desprezado é a necessidade de garantia de probidade na condução da relação contratual. Não há dúvidas de que a possibilidade de uma prorrogação contratual com isenção de riscos e contrapartidas tem o grave potencial de ensejar favoritismos e outros tipos de improbidades.

A adoção da prorrogação ordinária nesse contexto pode ainda enfraquecer a busca de vantajosidade no processo licitatório. Isso porque, ao se considerar a lógica *ex ante* que caracteriza a definição dos aspectos econômicos do contrato no âmbito do modelo regulatório contratual, a competição por melhores preços travada no processo licitatório seria prejudicada (ou até mesmo inviabilizada) caso existisse – ainda que no plano hipotético – a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência contratual. Nesse caso, haveria a inserção no cenário competitivo entre os licitantes de mais um aspecto a influenciar o ajuste financeiro-econômico do contrato: capacidade de negociação futura do concessionário para que se implemente a prorrogação contratual. Efetivamente, essa não se mostra a melhor alternativa diante das premissas de um modelo regulatório que busca, por meio da licitação, a contratação da melhor proposta tarifária.

56 Em termos econômico-financeiros, nos contratos de infraestrutura que tenham as características apontadas, de concentração de investimentos no período inicial da concessão, e determinem a premissa de amortização integral dos investimentos quando do encerramento da vigência contratual, cada ano adicional da concessão costuma contribuir, em maior ou menor monta, para a elevação do valor presente líquido do projeto, sendo esta, inclusive, a razão pela qual para esses setores a prorrogação do prazo de vigência do contrato constitui mecanismo apto a reequilibrar desequilíbrios contratuais.

Aprofundando-se a análise desse aspecto, também podem ser vislumbrados possíveis impactos deletérios nas propostas dos licitantes caso seja considerada (mesmo que implicitamente) a possibilidade de prorrogação. Ainda que não seja levada em conta a maior ou menor capacidade de negociação futura dos licitantes, não pode ser desprezado o risco de que a prorrogação não seja deferida, posto que esta é uma prerrogativa do Poder Concedente. Assim, não havendo a certeza de que haverá ganhos futuros proporcionados por eventual período de prorrogação contratual, os licitantes sérios tendem a não incorporá-los em suas propostas. Não obstante, isso acarreta ao menos dois problemas concretos: (i) seleção adversa, na medida em que podem ser favorecidos licitantes com propostas mais agressivas, que somente fariam sentido na hipótese de obterem os ganhos de prorrogação contratual, o que colocaria em risco a sustentabilidade econômica da concessão e a própria continuidade do serviço público, caso o cenário de prorrogação contratual almejado não ocorra; e (ii) a apropriação pelo concessionário de todos os benefícios econômico-financeiros de uma prorrogação contratual que venha a ser implementada, na medida em que tais benefícios tendem a não ser contemplados no valor da proposta (num cenário em que os licitantes tenham desconsiderado em suas propostas a possibilidade de prorrogação contratual futura).

Por fim, a *prorrogação mediante contrapartida*, nos moldes como regulamentada pela legislação estadual, por estabelecer a necessidade de novos investimentos e a limitação do tempo de extensão ao estritamente necessário à sua amortização, tem lugar confortável na regulação contratual. Isso porque não haverá, nessa hipótese, vantajosidade ao concessionário além do que inicialmente estabelecida. E isso por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque o prazo de extensão é limitado ao “*tempo estipulado para a amortização dos investimentos realizados ou para o reequilíbrio contratual*”⁵⁷, de modo que não há nessa espécie o bônus indevido cogitado na prorrogação ordinária. A amortização desses investimentos, segundo as melhores práticas de modelagem econômico-financeira

57 SÃO PAULO, 2019, art. 4º, § 2, grifo nosso.

de projetos de infraestrutura, dá-se pela adoção de uma taxa interna de retorno pelo custo médio ponderado do capital (WACC), calculado pelo Poder Concedente, do mesmo modo que se dá o reequilíbrio contratual na hipótese de inserção de novos investimentos, como dito nos parágrafos finais do tópico 3.2 supra. Esse custo médio ponderado do capital é um índice que reflete o *custo de oportunidade do capital* em transações que envolvem projetos de longo prazo, de modo a estabelecer uma equivalência entre encargos e benefícios entre as partes⁵⁸, proporcionando ao concessionário um retorno igual ao obtido por empresas com características de riscos comparáveis⁵⁹. Decorre daí que não há vantagem ao concessionário além da que qualquer outra empresa do ramo obteria na mesma situação.

Em segundo lugar, porque o caput do art. 7º da Lei estadual determina que o órgão ou entidade competente deverá apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de concessão em relação à realização de nova licitação⁶⁰. Essa fundamentação tem caráter técnico, de modo a afastar subjetivismos no processo decisório.

6.3. Premissas diametralmente opostas amparam a *regulação discricionária*. Esse modelo é utilizado, geralmente, em setores que demandam investimentos constantes por todo o período da relação contratual, como os setores de saneamento básico, gás canalizado e energia elétrica.

58 VASCONCELOS apud SANVICENTE, Antonio Zoratto. Problemas de estimação de custo de capital de empresas concessionárias no Brasil: uma aplicação à regulamentação de concessões rodoviárias. RAUSP, São Paulo, v. 47. n. 1, p. 81-95, 2012, p. 85.

59 Ibidem, p. 85.

60 “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 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” (SÃO PAULO, 2019, art. 7º).

Em tais setores, diversamente do que ocorre com a regulação contratual, os investimentos são programados em ciclos tarifários – em geral a cada quatro ou cinco anos – e a remuneração do concessionário é estabelecida com base em tarifa que cubra, grosso modo, os custos de operação e a amortização da base de ativos no ciclo tarifário mediante taxa de remuneração do capital que reflita o custo de oportunidade do capital comum a empresas atuantes no setor.

No ambiente de regulação discricionária, a política de investimentos é bastante diversa da lógica empregada na regulação contratual, uma vez que a cada ciclo tarifário podem ser incluídos novos investimentos a cargo do concessionário. A integral amortização dos investimentos, nesses casos, não se mostra possível via de regra dentro do prazo da concessão, devendo ser ele indenizado ao final do contrato pelos investimentos que restaram descobertos.

A previsão do edital não detalha os investimentos a serem incorridos, mas apenas define metas a serem alcançadas pelo concessionário. O plano de negócios, no ambiente de regulação discricionária, ganha contornos diferentes; foi dito acima que o plano de negócios na regulação contratual é visto com desconfiança pela Administração Pública para representar o estado de equilíbrio do contrato, de modo que o documento vem sendo até mesmo proibido de ser apresentado nos editais. O oposto dá-se na regulação discricionária, em que a definição dos investimentos a serem realizados é definido a cada ciclo tarifário mediante a validação pela agência reguladora do plano de negócios elaborado pelo concessionário para o próximo ciclo.

A dinâmica de investimentos constantes nos setores em que se adota a regulação discricionária, especialmente em função dos investimentos realizados em ciclos tarifários mais próximos do fim do prazo contratual, torna, ao fim da concessão, necessária a indenização de investimentos não amortizados para atender o postulado do art. 36 da Lei Federal nº 8.987/1995, seja por meio do orçamento público, seja por outorga a ser paga pelo próximo concessionário. No ponto, vale trazer as reflexões de Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim Pinheiro:

Aliás, questiona-se até mesmo a premissa de que o investimento precisa ser amortizado integralmente no prazo da concessão de maneira que,

ao final, não exista saldo residual a ser indenizado. Como, usualmente, a vida útil do ativo ultrapassa o prazo da concessão, impor sua amortização integral no prazo da concessão significa dizer que usuários de hoje estariam a pagar pelo benefício a ser fruído por outros usuários no futuro. Há aí, pois, uma questão de política pública. A opção adotada afeta, por vezes, interesses de gerações distintas.

Esse problema é particularmente relevante nos casos em que o nível de investimento permanece relevante ao longo da concessão, especialmente nos seus últimos anos. Pretender, nesses casos, a amortização integral dos investimentos no prazo da concessão implicaria (a) aumentos tarifários relevantes nos últimos anos de vigência contratual e/ou (b) o início da remuneração do investimento muito antes de sua efetiva realização. Como essas duas opções costumam se mostrar indigestas politicamente e pouco eficientes do ponto de vista econômico (pois afetam negativamente os incentivos envolvidos e/ou a demanda pelos serviços), a alternativa mais razoável, nessas hipóteses, parece ser a previsão de pagamento de indenização ao final da concessão, eventualmente por meio de cobrança de valor de outorga a ser pago pelo novo concessionário.⁶¹

Dito isso, a *prorrogação ordinária* nos setores de regulação discricionária não implica ganhos em favor do concessionário além do que inicialmente previsto no momento da competição. Com efeito, ao se considerar o modo de formação da tarifa a cada ciclo tarifário, que expresse receita que amortize a parcela dos ativos empregadas naquele ciclo (base de remuneração regulatória) mediante taxa de remuneração do capital, que reflete o custo de oportunidade, a prorrogação ordinária não implica vantagem indevida ao concessionário. Como dito anteriormente, a remuneração do capital tem por objetivo somente estabelecer a equivalência entre encargos e benefícios entre as partes, proporcionando ao concessionário um retorno igual ao obtido por empresas com características de riscos comparáveis, de modo que o concessionário não obtém ganho econômico além do que qualquer outra empresa do ramo obteria na mesma situação.

61 PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. Série GVLaw, v. 2, p. 425-426.

Isso porque sobre qualquer período adicional conferido ao contrato, para além dos originalmente previstos, será aplicado o mesmo regime regulatório conferido aos demais ciclos tarifários, auferindo-se, no início do prazo prorrogado, o valor dos ativos já empregados ao serviço e ainda não amortizados, acrescentando-se a estes os valores dos investimentos demandados ao longo do período, estimando-se os custos operacionais eficientes, premissas de demanda, e, ainda, o custo médio ponderado de capital do setor, de modo a definir uma tarifa que proporcione uma receita capaz de suportar tais custos, amortizar as quotas anuais de depreciação e amortização de acordo com as premissas regulatórias, e proporcionar a remuneração condizente com o custo de capital calculado para a concessionária.

Com isso, a exploração do serviço concedido ao longo do período adicional, conferido em razão da prorrogação ordinária, não traduz qualquer elevação da *rentabilidade média* do concessionário, mas apenas confere-lhe período adicional para prosseguir na exploração dos serviços, tendo como contrapartida rentabilidade equivalente⁶² à que vem auferindo desde o início do contrato⁶³.

Por outro lado, e pelas mesmas razões, não faz sentido no modelo de regulação discricionária, em termos econômico-financeiros, a *prorrogação extraordinária*. Como cada ciclo tarifário tem por objetivo gerar receitas suficientes para amortizar a parcela dos ativos empregadas naquele ciclo mediante taxa de remuneração do capital, que reflete o custo de oportunidade comum dos agentes econômicos do setor, a prorrogação extraordinária perde funcionalidade, uma vez que a extensão temporal não é apta a gerar excedente, porquanto,

62 Sempre definida à luz do custo médio ponderado de capital calculado para o ciclo tarifário.

63 Em termos econômico-financeiros, cada ciclo contratual possui um fluxo de caixa distinto, o qual, trazido a valor presente pela taxa de desconto definida no ciclo tarifário como o custo médio ponderado de capital do concessionário, possui valor presente líquido equivalente a zero. Isso significa, em termos práticos, que ciclos tarifários adicionais são, em tese, estritamente neutros, não importando quer em ganhos, quer em perdas ao concessionário, já que ao longo de cada ciclo este é remunerado, presumivelmente, exclusivamente pelo custo de capital calculado para o ciclo tarifário, além de eventuais ganhos de eficiência que obtenha ao longo do próprio período.

por premissa regulatória adotada nesses setores, o valor presente líquido é igual a zero em todos os ciclos tarifários⁶⁴.

Isso porque os desequilíbrios econômico-financeiros são calculados em função do impacto, em valor presente líquido, sobre o fluxo de caixa da concessão, proporcionado pelo evento de desequilíbrio, de modo que qualquer método de reequilíbrio econômico-financeiro deve, por um imperativo lógico, ser capaz de proporcionar impacto, em valor presente líquido sobre este fluxo de caixa da concessão, em montante equivalente e sentido oposto ao do evento de desequilíbrio, neutralizando os impactos deste último, premissa não atendida por um mecanismo como o da prorrogação contratual, a qual, nestes setores, contribui com valor presente líquido equivalente a zero.

Analisemos, por fim, a inteiração da regulação discricionária pela *prorrogação mediante contrapartida*, tal como regulada pela Lei Estadual nº 16.933/2019.

Como dito no tópico 5 deste estudo, a prorrogação mediante contrapartida tem por finalidade viabilizar a inclusão de novos investimentos em contratos de parceria. Ocorre que, no ambiente de regulação discricionária, não há previsão no edital da licitação sobre os investimentos a serem realizados, mas sim sobre as metas a serem alcançadas, sendo certo que os investimentos são definidos para o próximo ciclo a cada revisão tarifária periódica (RTP) pela agência reguladora após exame do plano de negócios proposto pelo concessionário.

64 Veja, por exemplo, a Nota Técnica da Arsesp NTF 0015-2021: “A metodologia baseia-se em um modelo de Fluxo de Caixa Descontado (FCD), cujo objetivo é calcular a tarifa de equilíbrio (P0) que garante que o Valor Presente Líquido (VPL) do ciclo tarifário seja igual a zero, dado um custo de oportunidade igual ao Custo Médio Ponderado de Capital (WACC, na sigla em inglês para Weighted Average Capital Cost). Este método tem sido utilizado pela Arsesp em todos os ciclos anteriores e foi mantido para o cálculo tarifário correspondente ao Quinto Ciclo Tarifário” (AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Nota técnica preliminar NTF 0015-2021*. Proposta de cálculo da margem máxima, fator X e estrutura tarifária. 4ª Revisão Tarifária Ordinária da Gás Natural São Paulo Sul S.A. – Naturgy. São Paulo: Arsesp, 2021. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/BancoDadosAudienciasPublicasArquivos/NTF-0015-2021.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2021, p. 5).

Na mesma linha, ver, da Agência Nacional de Energia Elétrica, o item 1 do anexo V, dentre outros, do contrato de concessão nº 15/2021 (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Contrato de concessão nº 15/2021-ANEEL*. Brasília, DF: ANEEL, 2021. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/contratos-de-transmissao>. Acesso em: 3 dez. 2021).

Ou seja, é da própria premissa regulatória a constante inclusão de novos investimentos, não sendo necessário para tanto socorrer-se do instituto regulado pela Lei Estadual nº 16.933/2019. Conclui-se que a disciplina legal não se ajusta bem à lógica dessa espécie regulatória.

6.4. Com base nesses esclarecimentos, é possível concluir que a lógica econômica adotada na prática da Administração Paulista nos setores de *regulação discricionária* é compatível, a rigor, apenas com a *prorrogação ordinária*. Essa também foi a conclusão do Parecer nº 65/2020 da Subprocuradoria-Geral da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que validou a juridicidade do sétimo aditivo do contrato de concessão com a Comgás, que trata de sua prorrogação ordinária:

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.

[...]

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.

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.

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.

[...]

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.

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

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).⁶⁵

65 NASCIMENTO, Matheus Alves; NUNES, Thiago Mesquita. Parecer n. 65/2020. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2020, p. 43-45.

6.5. Por fim, é preciso ressaltar que a decisão de prorrogar o contrato é discricionária da Administração, não possuindo o contratado direito subjetivo a ela, como inclusive já decidiu o Supremo Tribunal Federal⁶⁶.

Evidentemente que a discricionariedade ínsita à decisão de prorrogar não se traduz em arbítrio. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que a discricionariedade nesse campo “não é um poder abstrato, mas um poder-dever, vinculado à realização dos fins públicos”⁶⁷. Com efeito, a decisão pela prorrogação deve ser motivada e lastreada no interesse público, uma vez que há benefícios e desvantagens na licitação periódica do serviço público concedido.

A decisão não é simples e não há soluções abstratas *a priori* que dão conta das especificidades setoriais e da realidade de cada contrato. No caso concreto, o Poder Concedente deverá motivar e demonstrar que a prorrogação traz mais vantagens ao interesse público do que a nova licitação do objeto concedido.

Alguns aspectos devem ser ponderados nesse processo decisório.

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que a nova licitação do objeto possui *a priori* vantagens concernentes à competição entre agentes econômicos. Promove-se competição *pelo* mercado no âmbito licitatório, como um meio de se internalizar eficiências de mercado no

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RMS 34.203. 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. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S.A. Recorrido: União. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 3 dez. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 27.008. Acórdão do Tribunal de Contas da União que determinou a não-prorrogação de contrato administrativo. Inexistência de direito líquido e certo. Impetrante: J. N. Trindade Conservação e Limpeza Ltda. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ayres Britto, 17 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609267>. Acesso em: 3 dez. 2021.

67 BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. *In*: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. Série GVLaw v. 2, p. 181.

setor regulado, notadamente quanto a infraestruturas que, por serem monopólios naturais, não permitem a competição *no* mercado⁶⁸.

Além do mais, embora não seja correto afirmar que a prorrogação por si só fra a isonomia de acesso dos agentes econômicos às outorgas disponibilizadas pelo Poder Concedente, fato é que a nova licitação é instrumento que confere maior efetividade ao princípio⁶⁹.

Contudo, a nova licitação não acarreta apenas vantagens. Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim Pinheiro apontam alguns percalços do processo de transição entre agentes econômicos, com a admissão/readmissão de pessoas envolvidas na prestação do serviço e mudanças de rotinas e procedimentos que podem levar a acidentes e interrupções⁷⁰.

Não menos relevante, a troca do operador do serviço traz um elemento de insegurança, uma vez que o Poder Público não tem de antemão a certeza de que o novo operador prestará satisfatoriamente o serviço tal como o antigo operador.

Outro aspecto que deve ser ponderado é a condição macroeconômica do país no momento da nova licitação. Eventualmente, a economia nacional no momento do novo leilão pode não ser favorável para atrair novos investidores após o encerramento da concessão, de modo que não é improvável que o pressuposto de que a licitação propiciaria a aderência aos parâmetros de um mercado competitivo não se concretize, ou se concretize apenas parcialmente.

Por fim, tendo em vista que a praxe da regulação discricionária, como vimos, pressupõe indenização ao final da vigência do contrato dos bens não amortizados/depreciados, o Poder Concedente também deve estar atento ao ônus orçamentário de ter de pagar indenização ao anterior concessionário, em especial se as condições macroeconômicas não

68 PRADO; PINHEIRO, op. cit., p. 415-417.

69 Vale mencionar sobre o tema que Ana Paula de Barcellos sustenta que o princípio da livre concorrência, disposto no art. 170, inc. II, da Constituição Federal, é um elemento adicional do princípio da isonomia no plano das outorgas aos agentes econômicos de atividades de titularidade pública. Alerta-se que a autora não sustenta a impossibilidade de prorrogações das concessões. O seu trabalho é no sentido de que deve a Administração demonstrar fundamento racional e razoável para justificar a prorrogação. (BARCELLOS, op. cit., p. 186-187).

70 Ibidem, p. 418.

forem favoráveis à atração de outorga suficiente para fazer frente ao valor devido. Assim, a prorrogação do contrato pode se revelar um importante fator para postergar tal ônus indenizatório. É até mesmo possível que a prorrogação implique menores valores de indenização no futuro, ou então valores da indenização proporcionalmente menores em comparação com os investimentos realizados no período de extensão contratual, tendo em vista as regras de amortização/depreciação regulatórias⁷¹.

Esses são alguns exemplos de aspectos que devem ser levados em consideração pelo Poder Concedente no momento de decidir se prorroga ou não determinado contrato de concessão. Embora normas não esgotem o racional por detrás do processo decisório, alguns desses aspectos podem ser encontrados na legislação. Exemplo disso é a disposição trazida pelo art. 7º da Lei Estadual nº 16.933/2019⁷². A norma estabelece parâmetros objetivos para a definição de vantajosidade da prorrogação, de modo a embasar tecnicamente a decisão discricionária do Poder Público:

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;

71 Embora seja conhecida a polêmica em torno da prorrogação dos contratos do sistema elétrico nos anos de 2012 e 2013, vale destacar que esse argumento foi utilizado pelo Executivo Federal na exposição de motivos da Medida Provisória nº 579/2012: “Estudos e avaliações sobre os ativos dessas concessões demonstraram que a maioria desses ativos encontra-se fortemente amortizada e depreciada, proporcionando aos consumidores de energia elétrica do País a possibilidade de se beneficiarem, agora, de menores tarifas [...] A experiência internacional [...] indica que a manutenção da exploração do serviço pelos concessionários, desde que esteja sendo prestado adequadamente, constitui forma apropriada para maximizar a captura de eficiência e dos ganhos proporcionados pela amortização e depreciação dos ativos já remunerados pelos usuários” BRASIL apud PRADO; PINHEIRO, op. cit., p. 439-440.

72 Conforme sustentamos, os institutos trazidos pela lei estadual são incompatíveis com a lógica econômica que permeia os setores submetidos à regulação discricionária. Essa incompatibilidade é de lógica econômica; não significa impossibilidade de aplicação da norma, que, ademais, traz segurança jurídica ao elencar critérios objetivos para definir sobre a vantajosidade da prorrogação em detrimento da realização de novo certame.

- 3 – as estimativas de demanda;
- 4 – a modelagem econômico-financeira e as razões para manutenção ou alteração dos critérios de 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.⁷³

Observe-se que a norma possui alguns elementos definidores bastante elásticos, que podem abarcar os aspectos levantados neste tópico.

Atendidos os requisitos que demonstrem a vantajosidade da extensão do contrato, a prorrogação contratual revela-se importante instrumento de que se pode valer o Poder Concedente para o alcance dos escopos da política setorial.

7. CONCLUSÃO

O presente artigo debruçou-se sobre o arcabouço teórico que ampara os modelos de regulação e os aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários concernentes às espécies de prorrogação contratual, de modo a traçar as inter-relações entre os institutos.

Concluimos que, em virtude da distinção entre as premissas econômico-financeiras adotadas por cada um dos arranjos regulatórios – regulação contratual e regulação discricionária –, há conseqüentemente diferentes implicações, nesses ambientes regulatórios, em relação às três principais espécies de prorrogação: ordinária, extraordinária e mediante contrapartida, esta última segundo a regulamentação delimitada pela Lei Estadual nº 16.993/2019.

73 SÃO PAULO, 2019, art. 7º.

No modelo de regulação contratual, a prorrogação ordinária implica injustificável vantagem ao concessionário, uma vez que a receita obtida na exploração do objeto contratual por prazo adicional seria, nessa hipótese, desvinculada de investimentos e riscos, rompendo com a relação de equivalência originária do contrato. Por outro lado, as prorrogações extraordinária e mediante contrapartida possuem racionalidade compatível com esse modelo regulatório: no primeiro caso, o prazo estendido servirá para reequilibrar a equação econômico-financeira desbalanceada pela ocorrência de evento cujo risco não foi contratualmente alocado à concessionária; no segundo, servirá como elemento temporal necessário e suficiente para amortizar os investimentos incluídos na prorrogação, ou mesmo reequilibrar o contrato.

No modelo de regulação discricionária, por sua vez, a lógica é oposta, em razão das diferenças de premissas concernentes ao modo de fixação da tarifa e à política de investimentos. Nesse contexto regulatório, o ciclo tarifário, que tem um curto horizonte temporal, é parametrizado para gerar receitas necessárias e suficientes para amortizar a parcela dos ativos considerados naquele ciclo mediante taxa de remuneração do capital, não gerando excedentes ao concessionário além da chamada “justa remuneração”, o que significa matematicamente que o valor presente líquido (VPL) de cada ciclo é igual a zero. Por isso a prorrogação extraordinária é divorciada da lógica econômica da regulação discricionária, uma vez que a extensão temporal não é apta a gerar excedente ao concessionário de modo a servir como medida contraposta ao desequilíbrio sofrido.

Quanto à prorrogação mediante contrapartida disciplinada pela Lei Estadual nº 16.993/2019, a regulação discricionária não se ajusta à sua lógica. A premissa desse ambiente regulatório é justamente a constante inclusão de novos investimentos a cada ciclo tarifário, não havendo definição nem no edital, nem no aditivo de prorrogação, dos investimentos que serão realizados, mas somente as metas a serem atingidas; não há, portanto, necessidade de se valer da nova lei para a inclusão de novos investimentos.

De outro lado, à luz da dinâmica tarifária e de investimentos, a prorrogação ordinária do contrato se revela compatível com o ambiente de regulação discricionária, porquanto não implica excedentes ao concessionário além do usual para firmas do mesmo setor, mantendo-se a relação de equivalência de encargos e vantagens original do contrato.

Nessa perspectiva, sopesados os diversos aspectos presentes na tomada de decisão, a Administração pode se valer da prorrogação como instrumento regulatório, desempenhando relevante função para a tutela do interesse público, notadamente nas hipóteses em que se verifique a vantajosidade pública da prorrogação e a prestação socialmente satisfatória dos serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Contrato de concessão nº 15/2021-ANEEL**. Brasília, DF: ANEEL, 2021. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/contratos-de-transmissao>. Acesso em: 3 dez. 2021.

AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Nota técnica final NTF 0071/2016**. Metodologia e critérios para 2ª Revisão Tarifária Ordinária (RTO) da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. São Paulo: Arsesp, 2016. Disponível em: http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NOTA_TECNICA_FINAL_NTF-%200071-2016.pdf. Acesso em: 3 dez. 2021.

AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Nota técnica para consulta pública nº 02/2010**. Metodologia e critérios para determinação da base de remuneração regulatória dos ativos dos serviços de saneamento básico prestados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. São Paulo: Arsesp, 2010. Disponível em: http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota_Tecnica-final.pdf. Acesso em: 3 dez. 2021.

AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Nota técnica preliminar NTF 0015-2021**. Proposta de cálculo da margem máxima, fator X e estrutura tarifária. 4ª Revisão Tarifária Ordinária da Gás Natural São Paulo Sul S.A. – Naturgy. São Paulo: Arsesp, 2021. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/BancoDadosAudienciasPublicasArquivos/NTF-0015-2021.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2021.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 25, § 2º. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 760.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARBOSA, Alessandra Andrade França; FERRAZ, Luciana Martin; ARIZA, Marília Bueno de Araújo; SILVA, Paula Souza da; MATTOS, Renato de. **O gás como energético no estado de São Paulo – gás natural: breve história do energético no mundo e sua aplicação em São Paulo.** São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <https://eletromemoria.fflch.usp.br/sites/eletromemoria.fflch.usp.br/files/08.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. *In*: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). **Direito da infraestrutura.** São Paulo: Saraiva, 2017. Série GVLaw v. 2, p. 173-213.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1-3, 6 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1-8, 16 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1.549.406/SC**. Processual civil e administrativo. Concessão de serviço público. Transporte. Prorrogação do contrato sem licitação para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: ExpressocoletivoForquilhaLtda; ExpressoRioMainaLtda; Autoviação Critur Ltda; Zelindo Trento e cia Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin, 16 de agosto de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502007810&dt_publicacao=06/09/2016. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 34.203**. 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. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S.A. Recorrido: União. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo em Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Direito constitucional e processual penal. Ilegitimidade ativa de amicus curiae para pleitear tutela provisória incidental em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Referendo. Ampliação do objeto da causa principal e concessão de medida cautelar de ofício. Impossibilidade. Não referendo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753146163>. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança n. 27.008**. Acórdão do Tribunal de Contas da União que determinou a não-prorrogação de contrato administrativo. Inexistência de direito líquido e certo. Impetrante: J. N. Trindade Conservação e Limpeza Ltda. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ayres Britto, 17 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609267>. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1.446/2018**. Processo n. 030.098/2017-3 (Relatório de acompanhamento). Relator: Ministro Bruno Dantas, 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.876/2019**. Processo n. 009.032/2016-9 (Relatório de acompanhamento). Relator: Ministro Augusto Nardes, 17 de novembro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 3 dez. 2021.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? **Revista do BNDDES**, Rio de Janeiro, n. 41, p. 285-287, 2014.

CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações em contratos de concessão. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 281-294.

CARVALHO, Vinicius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Coleção direito econômico e desenvolvimento, v. 1.

FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. Prorrogação dos contratos de parcerias no estado de São Paulo: reflexões acerca da constitucionalidade da lei estadual nº 16.933/2019 a partir dos parâmetros definidos na ADI 5991. *In*: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coord.). **Experiências práticas em concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da lei de concessões**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. II: execução, controle e exercício de funções públicas por concessionário. p. 61-76.

FREITAS, Rafael Véras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 633-653.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 371-388.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. Prorrogação contratual e relicitação nº 13.448/17: perguntas e respostas. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 621-631.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani; SANGUINÉ, Odone. Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. **Direito & Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 201-221, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. **Extinção e prorrogação de contratos de serviços públicos**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MASSARA, Vanessa Meloni. Breve relato sobre a expansão da coleta e tratamento de esgotos – São Paulo, Brasil (1900-2000). **História Unicap**, Recife, v. 4, n. 8, p. 174-187, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Lucas Navarro; GAMELL, Denis Austin. Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio**

econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 251-269.

PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. *In:* PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017. Série GVLaw, v. 2, p. 411-448.

SANVICENTE, Antonio Zoratto. Problemas de estimação de custo de capital de empresas concessionárias no Brasil: uma aplicação à regulamentação de concessões rodoviárias. **RAUSP**, São Paulo, v. 47. n. 1, p. 81-95, 2012.

SÃO PAULO. **Contrato de concessão n. CSPE/01/99** para exploração de serviços públicos de distribuição de gás canalizado. São Paulo: Comissão de Serviços Públicos de Energia, 1999.

SÃO PAULO. Lei complementar n. 1.025, de 7 de dezembro de 2007. Transforma a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE e, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, dispõe sobre os serviços públicos de saneamento básico e de gás canalizado no Estado, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1, 8 dez. 2007.

SÃO PAULO. **Lei n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019**. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 25 jan. 2019.

SÃO PAULO. Lei n. 17.383, de 5 de julho de 2021. Dispõe sobre a criação de unidades regionais de saneamento básico. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1, 6 jul. 2021.

VIANA, Camila Rocha Cunha. **Impactos da abertura de capital de empresas estatais na prestação de serviços públicos de saneamento básico**: um estudo de caso da Sabesp. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, São Paulo, 2020.