

A criação de normas de referência à luz da Lei 14.026/2020: experiência da NR1 em resíduos sólidos

Enactment of reference standards in the Law no. 14,026/2020: The experience of NR1 in Solid Waste Management

Submetido(submitted): 22 June 2022
Parecer(reviewed): 5 October 2022
Revisado(revised): 23 January 2023
Aceito(accepted): 26 January 2023

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Ana Tereza Marques Parente*
<https://orcid.org/0000-0001-5323-9048>

Ana Paula Sousa Fernandes**
<https://orcid.org/0000-0001-7670-9006>

Thaís Vidal Saraiva***
<https://orcid.org/0000-0002-5328-6095>

Rodrigo F. L. Dalledone****
<https://orcid.org/0000-0003-3046-6883>

Camila Pretko de Lima*****
<https://orcid.org/0000-0001-8385-0112>

Abstract

[Purpose] *To examine the perspectives of the new competence, the contours and transformation of ANA into a regulatory coordination and oversight body, at the time of the creation of the first reference standard on solid waste.*

[Methodology/approach/design] *It seeks to answer what role should be played by the reference standards in the system of the Law no. 14,026/2020, tackling how NR1 may*

*Advogada, mestre em Direito Patrimonial Privado pela Universidade de Salamanca e doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense, pesquisadora do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico da UnB. Endereço: Rua Leite Leal 135, Bloco 2, ap. 303, CEP 22240-100, Rio de Janeiro-RJ. E-mail: anateresa.parente@gmail.com.

**Promotora de Justiça do Estado de Goiás. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG. Especialista em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, FDDJ em São Paulo. Especialista em Direito das Famílias Civil e Constitucional na Universidade São Marcos em Goiás. Especialista em Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo na Universidade de Salamanca/Espanha. E-mail: anapaulasousafernandes8@gmail.com.

***Advogada. Advogada especialista em infraestrutura e saneamento. Possui curso de extensão universitária de gestão de resíduos sólidos no Estado de São Paulo. Pesquisadora do Grupo Nacional de Direito do Saneamento Básico da Universidade de Brasília. Membro Infra Women, com participação nos grupos setoriais de saneamento e de liderança temática em ESG. Membro da Comissão Especial de Infraestrutura, Logística e Desenvolvimento Sustentável da OAB/SP. CP3-P, da APMG International. E-mail: thaisvidalsar@gmail.com.

****Juiz de Direito Substituto de 2º Grau (TJPR), Mestre e Doutor em Direito (UFPR), pesquisadora do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico da UnB. E-mail: rflalledone@gmail.com.

*****Advogada, especialista em Direito Empresarial pela FGV, pesquisadora do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico da UnB. E-mail: camila_pretko@hotmail.com.

contribute to the universalization of services and regulatory uniformity at the national level, and to what extent there should be deference to such norms by the Judiciary.

[Findings] Given the experience with the creation of NR1 by ANA, the need to create reference standards in the regulatory context of the sanitation sector in Brazil is justifiable. It also gives recommendations aimed at the process of creating such regulations to confer legitimacy and to foster adherence.

Keywords: Sanitation. Reference standards. Regulatory agency. Regulatory coordination. Solid Waste Management.

Resumo

[Propósito] O presente estudo examina as perspectivas da nova competência, os contornos e a transformação da Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA) em um órgão de coordenação e de supervisão da regulação, por ocasião da criação da primeira norma de referência sobre resíduos sólidos.

[Metodologia/abordagem/design] Neste sentido, o artigo pretende responder qual é o papel a ser desempenhado pelas normas de referência no sistema da Lei 14.026/2020 que alterou a redação da Lei 9.984, de 17 de julho de 2000 (que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico), investigando como a NR1 pode contribuir para universalização dos serviços e para a uniformização regulatória em âmbito nacional, e em que medida poderá haver deferência de tais normas pelo Poder Judiciário.

[Resultados] Diante da experiência com a criação da NR1 pela ANA, almeja-se justificar a necessidade da criação das normas de referência no contexto regulatório do setor de saneamento no Brasil; e contribuir com recomendações voltadas ao processo de criação de tais normativas visando conferir legitimidade e grande adesão.

Palavras-chave: Saneamento. Normas de referência. Agência reguladora. Coordenação regulatória. Resíduos sólidos.

INTRODUÇÃO

O setor de saneamento básico no Brasil foi disciplinado pela Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (Política Nacional de Saneamento Básico), e regulamentada pelo Decreto nº 7.217/2010. Em 15 de julho de 2020, foi promulgada a Lei nº 14.026 (“Novo Marco Legal do Saneamento”), que alterou de forma substancial as regras aplicáveis ao setor, sendo comumente denominada de “Novo Marco Legal do Saneamento”.

A nova Lei busca a universalização dos serviços de saneamento no Brasil, diante do cenário de desigualdades e déficits regionais. Para tanto, uma das principais intenções do legislador é gerar um ambiente de segurança jurídica e regulatória, com regras claras e uniformes em todo o país, atraindo

investimentos e contribuindo com a universalização dos serviços públicos. A participação de empresas privadas só ocorrerá com contrapartidas razoáveis se existir segurança jurídica, em particular estabilidade e previsibilidade regulatória, isso é assegurar que as regras do jogo não são alteradas e que os investimentos efetuados podem ser recuperados e remunerados (MARQUES, 2021).

A Lei nº 14.026/20 também modificou a Lei nº 11.445/07 para estabelecer mecanismos de definição concreta da titularidade dos serviços e da correspondente competência regulatória (art. 8º), segundo o interesse seja local (inc. I) ou comum (inc. II).

Insta ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu as competências administrativa e legislativa sobre os serviços de saneamento básico aos municípios, ao considerá-los serviços de interesse local (art. 30, I e V da CF), e quando instituída uma região metropolitana (na forma do art. 25, §3º., da CF), a titularidade do saneamento não passaria a ser do estado, mas do colegiado composto por estado e municípios¹.

Entretanto, a Lei n. 14.026/2020 conferiu à ANA competência para a edição das “normas de referência” sobre os serviços de saneamento básico, ainda que a União não seja titular desses serviços, com fundamento no dever deste ente de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive na área do saneamento básico (art. 21, XX da CF), com vistas a harmonizar a atuação das agências reguladoras estaduais e municipais².

No Brasil, a participação do setor público na gestão do saneamento ainda é preponderante. As companhias estaduais (públicas e de economia mista) respondem à 70% e o serviço municipal atende a 26% do abastecimento de água e esgoto dos municípios. O percentual de atendimento pelo setor privado tem crescido consideravelmente, passando de 3,4% da população atendida para 7% em 2019 (ABICON e SINDICON, 2021). Apesar de corresponder a apenas 7% dos municípios, as concessões privadas de saneamento alcançaram 33% do total investido pelos operadores no setor, e se concentram nos municípios com até 20 mil habitantes (42% do total de 389 Municípios).

De acordo com análises da Fundação Getúlio Vargas, alguns estudos mostram que a iniciativa privada pode trazer maior eficiência gerencial e operacional, além de melhorar a qualidade e expandir a cobertura dos serviços

¹“O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado.” (ADI n. 1.842, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 06.03.2013, DJe 16.09.2013)

²Parecer n. 71/2020, exarado pelo Sen. Tasso Jereissati, relator do projeto de lei (PL 4.162/2019) que deu origem à Lei n. 14.026/2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534>. Acesso em: 26/10/2021.

(SOARES et al., [s.d.]). No entanto, a modalidade e o desenho do contrato com o parceiro privado devem estar alinhados com os objetivos da política de estímulo à participação privada. Entendida a motivação da política, cabe garantir também que o processo de modelagem observe as necessidades locais, os riscos inerentes à prestação dos serviços e defina com clareza o arcabouço regulatório. A priorização do saneamento exige mais estabilidade de regras e sistemas de regulação e órgãos/agências reguladoras com orçamentos e infraestrutura consistentes, de forma a superar parte da interferência política desqualificada.

Para contribuir com uma maior uniformização da regulação em todo o país, o art. 4º-A, § 7º, da Lei nº 9.984/2000, que dispõe sobre a criação da ANA, também foi alterado pela Lei 14.026/2020, de forma a estabelecer que “a ANA zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços”. E o art. 48, III, da Lei nº 11.445/2007 prevê como diretrizes da política de saneamento básico da União, a “uniformização da regulação do setor e divulgação de melhores práticas”.

Segundo Pereira (2021, p. 2):

a solução adotada se alinha com uma perspectiva de concertação federativa ao incentivar a adesão dos Municípios e Distrito Federal e, nos casos de competência regionalizada, dos Estados à soft law estabelecida pela ANA. Não se trata de atribuir à União competências que invadam atribuições locais, mas de dar eficácia às competências constitucionais administrativas da União no setor – e, por meio de normas cujo atendimento condiciona a destinação de recursos federais, realizar a uniformidade regulatória indispensável para estimular investimentos que conjugam a abrangência local na prestação com exigências de escala regional ou nacional em sua estruturação técnica ou econômico-financeira.

O presente estudo examina as perspectivas da nova competência, os contornos e a transformação da ANA em um órgão de coordenação e de supervisão da regulação, por ocasião da criação da primeira norma de referência sobre resíduos sólidos. Neste sentido, o artigo pretende responder qual é o papel a ser desempenhado pelas normas de referência no sistema da Lei 14.026/2020, investigando como a NR1 pode contribuir para universalização dos serviços e para a uniformização regulatória em âmbito nacional, e em que medida poderá haver deferência de tais normas pelo Poder Judiciário.

Diante da experiência com a criação da NR1 pela ANA, almeja-se justificar a necessidade da criação das normas de referência no contexto

Fonte: elaboração própria

Conforme o marco regulatório, as agências reguladoras devem ser dotadas de independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira, além de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões, como demonstrado no art. 21, da Lei nº 11.445. Entretanto, o instituto da regulação sofre grande resistência por parte dos poderes executivo, legislativo e judiciário, gerando, assim, dificuldades no processo de avanço da regulação setorial.

Adicionalmente, as funções das agências reguladoras, tais quais as atinentes às competentes no setor de saneamento básico, ainda são objeto de incompreensão por parte da sociedade brasileira.

Nota-se, então, que ainda há um grande desafio a ser enfrentado pelas agências para ganharem a devida relevância na concretização da universalização do saneamento básico, especialmente na matéria de resíduos sólidos.

II. A NOVA COMPETÊNCIA DA ANA: SUPERVISÃO REGULATÓRIA, COORDENAÇÃO E COOPERAÇÃO

Nos termos do disposto no art. 4º-A da Lei nº 9.984/2000, com a nova redação ditada pela Lei nº 14.026/20, é competência da ANA estabelecer normas de referência sobre as matérias descritas nos incisos I a XIII, envolvendo aspectos técnicos, jurídicos e institucionais, econômico-financeiros e de governança das agências reguladoras infranacionais.

A agenda regulatória para o biênio 2021-2022³⁴ prevê a edição de normas de referência aplicadas aos 4 componentes do saneamento básico, cabendo ressaltar que há um conjunto de normas necessárias para aplicação à readequação dos contratos, conforme observado anteriormente.

As normas gerais deverão ser estipuladas mediante procedimentos participativos como consultas e audiências públicas. Todavia, o grande desafio da ANA está sendo determinar um conteúdo mínimo padrão dos contratos e

³Agenda regulatória alterada pela Resolução ANA 105/2021, que revogou a Resolução ANA 64/2021. Disponível em: https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2021/0105-2021_Ato_Normativo_18102021_20211020085344.pdf

⁴Resolução da ANA n. 105, de 18 de outubro de 2021. Disponível em: https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2021/0105-2021_Ato_Normativo_18102021_20211020085344.pdf?09:35:59. Acesso em: 16/11/2021.

garantir o *enforcement* deles, isto é, fazer com que as pactuações sejam cumpridas.

É importante esclarecer que a criação dessa competência para a ANA não exclui a competência regulatória exercida atualmente pelas agências regulatórias infranacionais. As normas de referência que serão editadas pela ANA não aniquilam a autonomia dos demais entes federativos, titulares do serviço público de saneamento básico.

Tais normas possuem natureza não impositiva e decorrem do exercício de competências administrativas próprias da União, cuja aceitação poderá conferir ao ente federativo acesso a recursos federais (SOUZA, 2021). Os poderes da ANA na edição de tais normas se referem à regulação e não a outros pilares da política de saneamento básico. André Cyrino (2020) define as “normas de referência” com um *soft law* federativo, vez que não impede o exercício individual ou cooperativo, por parte de Estados, Distrito Federal ou Municípios, de suas competências com o emprego de seus próprios meios.

Deste modo, a Lei n. 14.026/2020, por meio de *soft law*, busca estimular os reguladores a se aproximarem num sistema nacional mais harmônico, tornando a regulação mais previsível e semelhante, ainda que permaneça fragmentada nas mãos de agências locais e estaduais. Assim, temos que as normas de referência não são de adesão obrigatória, todavia o Novo Marco do Saneamento já sinaliza que a União utilizará seus vultosos recursos financeiros como ferramenta de indução à adesão das normas pelos demais entes federativos (*spending power*).

Como bem salientado no relatório de Análise de Impacto Regulatório da primeira norma de referência, sobre a instituição de cobrança pelo serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos pelos municípios brasileiros, os atos regulatórios da ANA para o setor não têm caráter impositivo, sendo sua adoção voluntária por parte dos agentes do setor.

“As normas de referência da ANA não têm caráter cogente, isto é, elas não são de atendimento obrigatório e não impõem penalidades estabelecidas em lei. Por outro lado, elas são pré-requisito para acesso a recursos federais para ações de saneamento básico, conforme explicitado na Lei 9.984/2000, Art.4-B e na Lei 11.445/07, art. 50, inciso III. Por isso, por não ser um ato normativo num ambiente de comando e controle, a definição da atividade não deve ser fiscalização, e sim de acompanhamento e divulgação. Por sua vez, a Lei 9.984/00, no parágrafo 1º, do artigo 4B, estabelece que a ANA disciplinará, por meio de ato normativo próprio, os requisitos e os procedimentos a serem observados pelas entidades encarregadas da regulação e da fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, para a comprovação da adoção das normas regulatórias de referência.”

Embora a aplicação dessas normas gerais não seja obrigatória por parte dos municípios, é pré-requisito para a contratação de financiamentos com recursos ou órgãos federais, nos termos do disposto no Decreto no 10.588/2020, de forma que se espera incentivar a maior adesão por parte dos entes locais. Desta forma, as agências reguladoras infranacionais, caso não atendam as normas de referência da ANA, seus titulares e prestadores estão impedidos de receber ou contatar recursos da União para o setor.

Com efeito, a introdução da ANA como supervisora da regulação infranacional pode ser um ponto de inflexão na qualidade da regulação do saneamento básico por intermédio da edição das normas de referência, cuja implementação exigirá estrutura técnica e expertise nas agências infranacionais.

Como visto, a elaboração de normas de referência pela Agência Nacional de Águas não afasta as atribuições das agências infranacionais, mas busca uniformizar a regulação do setor de modo a promover segurança jurídica e atrair os interesses de investimentos privados para as atividades de saneamento.

Trata-se da concentração de uma política de aperfeiçoamento da regulação, de modo que a supervisão regulatória a ser exercida pela Agência deve ser direcionada à maximização da eficiência das normas, incentivando a competitividade e redução de custos.

Enquanto entidade de supervisão, a ANA deve acompanhar e coordenar a atividade regulatória, bem como avaliar sua qualidade (especialmente através de Análises de Impacto Regulatório), visando a proteção das estratégias regulatórias a longo prazo e assessorando os demais entes de regulação (AMO e ENRIQUEZ, 2020).

Nesse sentido, o Marco Legal do Saneamento estabeleceu, dentre as novas competências da ANA, a de criação de normas de referência, dispondo sobre assuntos determinados nos incisos do §1º do art. 4º-A⁵, e que devem contar com “conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico”.

A edição de normas com conteúdo visa coordenar a regulação do setor entre as agências infranacionais (evitando conflitos regulatórios), mas, para além disso, busca formar um arcabouço normativo uniforme e detalhado para as matérias que se propõe a disciplinar.

Para atender essa finalidade, o processo de criação das normas de referência denota o caráter cooperativo do perfil regulatório a ser desempenhado pela ANA. De acordo com os incisos do §4º, do artigo 4º-A, da

⁵Conforme abordado no Capítulo II deste estudo.

Lei nº 9.984/2020, serão avaliadas as melhores práticas regulatórias ao setor, com a escuta de entidades regulatórias, fiscalizatórias e representativas dos Municípios por meio de consultas e audiências públicas.

A melhor alternativa para assegurar a participação das agências infranacionais, contudo, aparenta estar no inciso III do §4º do art. 4º-A: a formação de grupos ou comissões de trabalho com as entidades na construção das normas de referência do setor.

Outro fator que ressalta a importância da qualidade regulatória das normas de referência é o mecanismo estabelecido pela Lei nº 14.026/2020 para induzir a adesão das agências infranacionais às normas que, em tese, não possuem efeito vinculante. De acordo com o art.4º - B, a ANA viabilizará o acesso aos recursos públicos federais ou contratação de financiamentos com a União às entidades que comprovem a adoção das normas de referências nacionais.

Sabe-se que, considerando a relevância econômica dos empreendimentos ligados às atividades de saneamento, a utilização de recursos federais é determinante para o funcionamento das agências e efetiva prestação do serviço pelos titulares, de modo que atua o fenômeno do *spending power* (exercício do poder pecuniário da União para a adesão de políticas nacionais por indução) (PEREIRA, 2021).

Todavia, a despeito das discussões sobre as competências atribuídas à ANA, é negável que a experiência regulatória, bem como a *expertise* sobre as necessidades e realidades locais das agências infranacionais não podem ser ignoradas na elaboração das normas de referência pela ANA. A participação efetiva, isto é, a real análise das considerações apresentadas no procedimento de consulta pública e nos grupos ou comissões de trabalho, atendendo aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões, é indispensável para a criação de normativas eficientes ao setor.

Com isso, surge um grande desafio para a ANA, qual seja, estruturação do órgão para tal atribuição em plena crise fiscal em razão dos reflexos da pandemia de Covid-19 e das limitações impostas pela Lei Complementar n. 173/2020, que limita os gastos públicos com pessoal. Assim, há uma expectativa de que a ANA possa também dialogar com os demais *players* (agências reguladoras locais; representantes de órgão de defesa do consumidor; titulares do serviço público e usuários) no processo de elaboração das “normas de referência” com vistas a se obter um regramento mais democrático e pautado em bons estudos prévios de impacto regulatório (AIR), o que contribui para que haja uma maciça adesão aos seus termos.

Entretanto, pouca valia terá estudos e trabalhos técnicos contratados pela ANA para fins de edição das “normas de referência” se forem feitos sem a

legítima participação das Agências Subnacionais e o conhecimento de suas respectivas estruturas regulatórias. O modelo de regulação, ora proposto pela Lei n. 14.026/2020, se bem construído, poderá ensejar o atingimento das metas de universalização do saneamento básico. Entretanto, caberá a ANA atuar dentro dos limites de sua competência para definir as “normas de referência” a serem observadas pelas Agências Subnacionais que a elas, voluntariamente, fizeram adesão.

Imperioso ressaltar que não se pode confundir normas de referência com o conceito de “normas gerais”, que se inserem no âmbito da competência privativa da União com relação às diretrizes de saneamento básico. Normas gerais possuem em seu conteúdo um maior grau de abstração e que objetivam traçar diretrizes a partir das quais os demais entes federativos devem legislar no exercício de sua competência concorrente. Observe que a Lei n. 11.445/2007 apresenta diretrizes de saneamento, nas quais vinculam-se os demais entes, não podendo ser confundidas com as “normas de referência” que já são atreladas ao exercício da competência regulatória de cada ente.

Deste modo, ressalta-se que as normas de referência não objetivam ser gerais, isso é, dotadas de um nível maior de abstração e vedado o tratamento pormenorizado de um determinado tema, sob pena de violação da autonomia dos entes federados. Assim, tais normas se destinam a orientar como o poder normativo deve ser exercido pelas demais Agências Reguladoras que, voluntariamente, decidam por sua adoção em sua esfera de competência.

Tais normas não se destinam a traçar diretrizes e sua aderência é, como já dito, voluntária, o que leva a crer que a extensão de referida aderência igualmente poderá ser. Isso significa que, em havendo determinada norma cujo tema não seja compatível com as particularidades da prestação do serviço em determinada esfera, pode-se optar pela sua aplicação de forma parcial ou, ainda, subsidiária.

A própria Lei n. 14.026/2020 trouxe dispositivos que contemplam algumas formalidades que devem ser observadas pela Agência de Águas e de Saneamento Básico (ANA) para fins de edição das normas de referência e que poderão servir de parâmetros para delimitar os limites de sua função normativa. Inicialmente, destaca-se o disposto no art. 4º - A, § 7º., da Lei 9.984/2000, que impõe à ANA, no exercício de suas competências normativas, a uniformidade regulatória e a segurança jurídica na prestação e regulação dos serviços. Neste caso, tem-se que a ANA deverá promover uma justa ponderação de propósitos no momento da emissão, revisão ou mesmo exclusão de uma determinada norma. Inquestionável que a uniformidade regulatória confere uma maior estabilidade ao setor regulado, vez que poderá estabelecer parâmetros mínimos

de regulação dos serviços e preços, todavia jamais poderão ser tão substanciais a ponto de inviabilizar o sistema regulatório existente.

Nesse sentido, temos que esses parâmetros devem orientar não apenas a respeito da necessidade de se regular determinado tema, mas também para se fixar a extensão do conteúdo de uma determinada normatização, conforme preceitua o princípio da subsidiariedade, que orienta a intervenção estatal no domínio econômico como um todo e, no caso da ANA, é reforçado pelo fato de que o exercício de sua função normativa tem caráter referencial.

Ressalta-se que a Lei n. 14.026/2020 previu dois vetores fundamentais para que a função normativa da ANA seja exercida com vistas a se atingir a tão esperada uniformidade regulatória e segurança jurídica, são eles: participação e motivação adequada.

No que se refere à participação, houve um significativo avanço uma vez que previu, para a instituição das normas de referência, a realização de consultas e audiências públicas de forma a garantir a transparência e publicidade dos atos (art. 4º, -A, § 4º, II da Lei n. 9.984/2000). Importante ressaltar que a Lei n. 13.848/2019, conhecida como “Lei das Agências”, que disciplina o Regime Jurídico das Agências Reguladoras Federais, estabelece no art. 10 que a consulta pública é requisito obrigatório para fins de edição de atos normativos de interesse geral, todavia não faz menção expressa à audiência pública que remanesceria a critério da agência para decisões que, além do interesse geral, fossem consideradas relevantes. Assim, os dois instrumentos de participação social: consultas e audiências públicas passam a ser de utilização obrigatória pela ANA para fins de edição das normas de referência em matéria de saneamento básico.

Com isso, infere-se que caberá à ANA incentivar, promover e considerar os agentes setoriais no processo decisório. Cita-se a condição imposta à ANA de que, na avaliação das melhores práticas, se faça a oitiva das entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e das entidades representativas dos Municípios, e ainda, a possibilidade de criação de grupos e comissões de trabalho que poderão contar com a participação das referidas entidades para auxiliar na elaboração de referidas normas (arts. 4º. - A, § 4º., inc. I e III).

Destaca-se que após a edição da Lei n. 14.026/2020, a ANA já deflagrou processos de consultas públicas com o propósito de obter contribuições quanto aos eixos temáticos, conteúdo e prioridades de elaboração das normas de referência, como p. ex. para a elaboração da Agenda Regulatória (eixo 5) e edição da NF n. 01 que dispõe sobre Resíduos Sólidos (Resolução n. 79/2021).

Em 28 de setembro de 2021, a ANA abriu consulta pública para receber sugestões sobre a proposta de norma de referência de padronização dos aditivos para inserção de metas nos contratos para prestação de serviços públicos de

abastecimento de água e de esgotamento sanitário, que permaneceu aberta até o dia 17 de outubro de 2021. Muitos questionam tal iniciativa após a edição do Decreto Federal n. 10.710, de 31 de maio de 2021, que já foi utilizado de mote para a conclusão de aditivos já celebrados.

De acordo com Wladimir Antônio Ribeiro (2021), a proposta da citada norma de referência pretende exigir que as metas sejam estabelecidas de forma muito específica, o que impacta os contratos também firmados com prestadores privados vez que poderão já ter cumprido as metas ou pelo fato de que a previram de um outro modo. Aduz ainda que, houve uma inovação quanto ao formato do texto proposto, em relação a “Norma de Referência n. 01” já em vigor, vez que não teria um conteúdo de mera orientação. Vejamos:

“Quanto ao formato do texto, se vê uma inovação em relação à já em vigor Norma de Referência ANA 1 (NR 1) que cuida da remuneração pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos. Na NRI, a ANA optou por ter uma postura de respeito à autonomia dos reguladores e dos demais atores do setor, ou seja, possui conteúdo de orientação. O texto da NRI adotou o formato das normas técnicas, com títulos, itens e explicações – sendo acessível aos engenheiros e outros técnicos.

O texto submetido à consulta pública é muito diferente, a ponto de nem parecer um texto produzido pela ANA. Aponta a postura de instituir “comando e controle”, com o texto estruturado em artigos, afastando-se do padrão das normas técnicas para adotar o dos textos legais. Evidente que, neste momento, posturas intrusivas são equivocadas, porque é fundamental obter a adesão dos atores do saneamento básico aos objetivos do Novo Marco Regulatório, o que exige orientações e não comando-e-controle”. O caminho de orientar e esclarecer é o correto para o aumento da segurança jurídica, indispensável aos investimentos, neste momento de tantas inovações (RIBEIRO, 2021, n.p.).

Diante dos fatos, ressalta-se a necessidade de a ANA estabelecer um rito processual para a construção das normas de referência, tais mudanças de postura em curto espaço de tempo geram insegurança jurídica em todos os atores.

Assim, há necessidade de que a ANA implemente um espaço de diálogo com integrantes das agências reguladoras infranacionais para fins de compartilhamento de boas práticas no setor de saneamento básico, vistas melhorias na qualidade do serviço e atingidas as metas de universalidade de abastecimento de água e esgotamento sanitário, dentro dos prazos previstos na Lei n. 14.026/2020.

O processo de elaboração das normas de referência deverá contar com a participação e o engajamento das agências reguladoras infranacionais, aproveitando-se sua experiência e o seu conhecimento prático da realidade

regulatória para fins de adesão e efetiva implementação. Existe a convicção de que as “Normas de Referência” podem ser um contributo muito relevante para a melhoria da qualidade da regulação e para o seu impacto no setor de saneamento, mas acredita-se que tal só será possível se a sua implementação, até mais do que a substância das próprias Normas (o ‘quê’ das Normas de Referência), seguir um processo exímio de boa governança na sua construção (o ‘como’ das Normas de Referência) (MARQUES,2021).

A sistemática da criação da norma de referência prevista no art. 4º- A, § 4º., da Lei n. 14.026/2020, permite o diálogo para a construção das normas com os atores setoriais (inc. III). Vejamos:

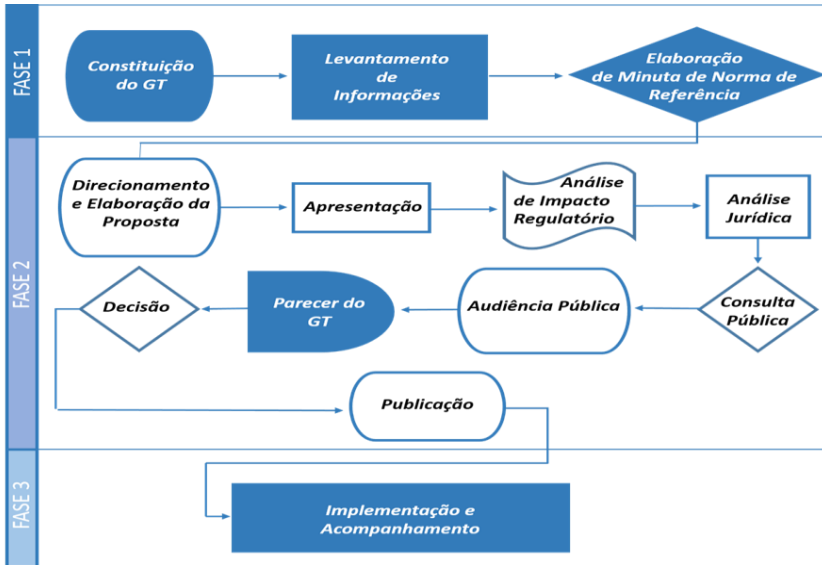
“§ 4º No processo de instituição das normas de referência, a ANA:

III - poderá constituir grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas.”

A citada redação causa perplexidade uma vez que a formação facultativa de grupos ou de comissões, composta por reguladores subnacionais e entidades da sociedade, não demonstra os padrões de transparência e de controle social almejados pela sociedade.

Rui Cunha Marques (2021) desenvolveu um fluxo de atividades para a elaboração das normas de referência pela ANA com fundamento na Lei n. 14.026/2020 e no rito processual utilizado para a construção das normativas das Agências de Regulação Federais do Brasil (p.ex. ANAC, ANEEL, ANP, ANVISA) constantes de regulamentos e da Lei Geral das Agências (Lei n. 13.848/2019).

Figura 2



Fonte: Rui Cunha Marques (2021)

De acordo com o modelo proposto, vislumbra-se uma forte participação do grupo de trabalho (GT) previsto na Lei n. 14.026/2020 nas 03 (três) fases de construção das “normas de referência”.

Destaca-se as atividades principais de todo o arranjo sugerido: 1) Fase I - a) Constituição do GT, b) Levantamento de Informações, e c) Elaboração de minuta de “Norma de Referência”; 2) Fase II - a) Direcionamento e Elaboração da Proposta; b) Apresentação; c) Análise de Impacto Regulatório; d) Análise Jurídica; e) Consulta Pública; f) Audiência Pública; g) Parecer do GT; h) Decisão; e i) Publicação; 3) Fase III – a) Implementação e b) Acompanhamento. Importante destacar que, o GT deverá ser conhecedor do tema destinado à regulamentação, a fim de impulsionar o levantamento de informações necessárias ao início das discussões com todos os atores setoriais e elaborar, em caráter opinativo, um parecer acerca das contribuições das consultas e audiências públicas, sendo também, responsável por auxiliar no monitoramento da eficácia da “norma de referência”.

Se abstrai da Lei n. 14.026/2020 que a ANA não tem a obrigação de constituir o mencionado GT; todavia mister sua criação para fins de obter informações qualificadas e uma maior adesão às suas normas de referência. Obviamente, que a ANA não ficará subordinada às recomendações do GT,

todavia ampliará o seu leque de caminhos para a adoção da melhor decisão possível. Assim, por meio de um GT qualificado será possível a elaboração de minutas de “normas de referências” mais técnicas e democráticas, que poderão ser discutidas amplamente com a sociedade em audiências e consultas públicas.

A função normativa da ANA tem também como vetor a “motivação” que deverá fundamentar as decisões administrativas. Deste modo, há necessidade de que uma decisão seja tomada a partir de uma adequada ponderação de todos os elementos que foram deduzidos em um processo transparente e democrático, cujo rito processual seja previamente conhecido por todos. Nesse sentido, dispõe a Lei n. 14.026/2020 que as normas de referência deverão ser instituídas sob a ótica da avaliação do impacto regulatório e, ainda, que a ANA deverá identificar as melhores práticas setoriais com base no desenvolvimento de estudos técnicos (art. 4º,- A, § 6º. e § 10º.).

Insta ressaltar que os citados estudos não se confundem uma vez que a avaliação de impacto regulatório visa a identificação e endereçamento das consequências de uma determinada norma no setor e, deste modo, possui uma finalidade muito mais ampla do que os estudos técnicos relacionados às melhores práticas. Entretanto, ambos os estudos se alinham na medida em que conferem elementos para o administrador promover uma tomada de decisão mais racional, contemplando integralmente a matéria regulada (SAVIOLI, 2021). É o que se espera da ANA.

III. NORMAS DE REFERÊNCIA E CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO EM SANEAMENTO

Se considerado à luz da atividade regulatória do Estado, o sistema de jurisdição una, consubstanciado na garantia constitucional de que “[a] lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV), gera impactos de ordens muito diversas.

Pesquisa realizada sob os auspícios do Conselho Nacional de Justiça revelou que, ao tempo que constitui uma barreira à captura das agências e contribui para o incremento de seu *enforcement*, a ampla revisão judicial traz efeitos deletérios aos setores regulados, em virtude de fatores como tempo de tramitação dos processos e insegurança jurídica (MARANHÃO et. al., 2014).

O levantamento constatou que, a despeito do expressivo índice de confirmação final dos atos praticados pelas agências regulatórias (tanto no aspecto da normatização quanto da adjudicação), o *tempo médio de tramitação* dos processos respectivos é de aproximadamente 36 (trinta e seis) meses, chegando a 69 (sessenta e nove) meses “nos casos em que o Judiciário *não* confirma a decisão administrativa (a anula ou reforma parcialmente)”, havendo

ainda inúmeras alterações do *status* processual “(de confirmação para revisão ou suspensão da decisão ou vice versa)” (MARANHÃO et. al, 2014, p. 17-18).

A análise das causas desse quadro foge ao âmbito deste trabalho, mas a constatação dos autores é de que a revisão judicial dos atos regulatórios gera custos de difícil mensuração ao Poder Judiciário, aos cidadãos e às empresas (relacionados à contratação de advogados, à dedicação de recursos internos à representação judicial e à “perda social por pendência de decisão”), trazendo ainda como efeito adverso o incentivo a condutas oportunistas, na medida em que torna “atraente a judicialização de questões regulatórias por aqueles litigantes que, embora não acreditem nas razões de mérito para a reversão das decisões administrativas, podem ter benefícios com o atraso da intervenção das agências.” (MARANHÃO et al., 2014, p. 16-19).

Se os achados do levantamento acrescentam um aspecto de imprevisibilidade à atuação regulatória, o panorama tende a revelar ainda mais grave no setor de saneamento, que, por força de nosso desenho constitucional (arts, 21, inc. XX; 23, inc. IX; 25, § 3º; 30, incs. I e V), está sujeito à atuação das agências subnacionais (estaduais ou municipais, de acordo com a compostura adotada).⁶

E, como apontado no relatório que encaminhou à sanção presidencial o projeto que resultou na Lei 14.026/2020, “[a] grande variabilidade de regras regulatórias se consolidou como um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços”, pois que são “mais de 49 agências reguladoras responsáveis pela regulação de 2.906 municípios dos 5.570 existentes, ou seja, 48% dos municípios não possuem nenhum tipo de regulação”, impactando negativamente a eficiência alocativa e aumentando significativamente os custos de transação aos prestadores públicos e privados, “obrigados a se adaptar a regras regulatórias potencialmente muito diferentes na prestação de um mesmo serviço.” (BRASIL, 2019)

Assim é que existe no setor de saneamento uma situação de intensa dispersão regulatória, potencializada pelo fato de que sua revisão judicial não é levada a efeito pelos cinco Tribunais Regionais Federais existentes, mas sim pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

⁶Nesse sentido, o art. 8º, incs. I e II, da Lei 11.445/2007 (com a redação dada pela Lei 14.026/2020) estabelece: “Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.” Sobre o tema, ver os seguintes julgados: STF, Pleno, ADI 1842, Red. p/ Ac. Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.2013; STF, Pleno, ADI 4454/PR, Rel.^a Cármen Lúcia, j. 05.08.2020.

Nesse contexto, avulta a importância do controle judicial dos atos regulatórios praticados no exercício da competência discricionária, que, como regra geral, vem sendo submetida ao mesmo tratamento dado à atividade administrativa em geral, com as habituais variações existentes sobre o tema, como a impossibilidade de sindicância do mérito administrativo⁷ ou a viabilidade de controle quando o ato violar direitos fundamentais.⁸

O indicativo de uma racionalidade diversa veio ainda em 2010, no julgamento do REsp 1.171.688/DF, quando o Superior Tribunal de Justiça, acenando com o princípio da “deferência técnico-administrativa”, reconheceu que “[e]m matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”.

Ainda que o conceito de deferência tenha sido invocado em outras oportunidades, no caso mencionado ele foi alçado ao patamar de princípio, sendo que um recente julgado do Supremo Tribunal Federal trouxe uma alteração do paradigma existente, ao reconhecer não mais um princípio, mas sim um “dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras”, que decorre da “(i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados” e da “(ii)

⁷A propósito, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu que “não há como impor à Municipalidade e a autarquia municipal responsável pela prestação de serviços de esgotamento sanitário as obrigações pleiteadas na petição inicial, sob pena de violação ao Princípio da Separação de Poderes”, destacando que “não cabe ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público fazer as vezes de administrador e, através de comandos judiciais, eleger prioridades sem ter o necessário conhecimento da situação do Município de modo a impor a realização ou adaptação de políticas públicas.” (5ª C. Cível, 0003772-67.2018.8.16.0050, Rel. Nilson Mizuta, j. 03.05.2021).

⁸“A Constituição Federal, em seus art. 196, 197 e 225, assegura a todos o direito à saúde e também ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, atribuindo ao Estado, lato sensu, o dever de implementar as políticas públicas imprescindíveis à sua instrumentalização. A instituição de programa de saneamento básico, medida essencial para a concretização de tais direitos, é obrigação de competência comum a todos os entes federativos, mas a organização e a prestação do serviço cabem aos Municípios, por se tratar de matéria de interesse local (CR/88, art. 23, IX, c/c art. 30, I). Evidenciada a omissão ilegal, está correta a sentença que ordenou ao Município que tome as medidas necessárias para a adequação de seu sistema de esgotamento, a fim de que os efluentes sanitários recolhidos tenham a destinação apropriada.” (TJMG, 3ª C. Cív., 1.0000.20.027819-0/001, Rel. Maurício Soares, j. 02.07.2020).

possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa”⁹.

Embora relacionada ao conceito de discricionariedade, a deferência não circunscreve uma área infensa ao exame do Poder Judiciário, sendo antes uma ferramenta para calibrar sua intensidade, “uma metodologia de trabalho judicial que, com fundamento em argumentos consequencialistas e razões institucionais, direciona a solução de controvérsias por meio da observância de aportes regularmente produzidos pelas agências reguladoras na seara administrativa, com vistas a garantir a eficiência e previsibilidade da atuação estatal” (DALLEDONE, 2021).

Ocorre que a operação dessa metodologia pressupõe a uniformidade do arranjo estrutural dos entes reguladores, o que se afigura na esfera federal em razão da unicidade da disciplina jurídica a que estão submetidos.

Nesse contexto, importa questionar como funcionaria um sistema orientado pela modulação da intensidade do controle judicial num contexto de tamanha fragmentação regulatória, nos quais atuam entes com capacidades institucionais muito diversas, num contexto marcado por “alta assimetria procedimental, material e organizacional, bem como custos significativos de transação” impostos aos agentes econômicos que transitam por municípios diversos com o intuito de prestar o mesmo serviço (MARRARA, 2021, p. 65). E ao menos parte da solução parece ter sido fornecida pela Lei 14.026/2020.

É porque referida lei, sobre atualizar o marco legal de saneamento básico, impôs uma significativa alteração estrutural ao panorama regulatório: atribuiu à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) a competência “para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico”, que deverão versar sobre um amplo rol de assuntos que englobam o planejamento, a gestão e a avaliação das atividades setoriais, com vistas à obtenção de resultados relacionados à universalização, à regionalização, à cooperação entre os entes federativos, ao estímulo da concorrência e à eficiência (arts. 3º, *caput*, e 4º-A, da Lei 9.884/2000; art. 25-A da Lei 11.445/2007).

As normas de referência funcionam, portanto, como “linhas básicas de todo o sistema de saneamento básico nacional, nada obstante as competências e interesses locais”, que servem de norte à atuação das agências subnacionais, tanto em temas procedimentais quanto substanciais (MOREIRA et al., 2018).

Ou seja, a ANA não substitui os reguladores locais, mas fornece diretrizes facultativas para sua atuação, “com o estabelecimento de padrões

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF. Recorrentes: Cascol Combustíveis Para Veículos Ltda. E outros. Recorrido: CADE. Reator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 28 mai. 2019.

técnicos que possam orientar e servir de recomendação aos reguladores com o correspondente apoio e capacitação àqueles que desejem implementá-las.” (SCAFF e GUIMARÃES, 2021)

Estamos diante de um caso de *soft law*, isto é, de normas que promovem incentivos para sua adoção, que procuram estimular os destinatários a adotarem determinados comportamentos por meio do “encorajamento”, da previsão de sanções premiais,¹⁰ identificadas com a alocação de recursos federais (art. 50, inc. III, da Lei 11.445/2007).

A previsão acabou por alterar sensivelmente o papel desempenhado pela ANA no cenário regulatório nacional, aproximando-o, em certa medida, do *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) no sistema norteamericano, que promove a coordenação entre as agências, a análise da conformidade das normas locais e a circulação de informações relevantes.

Dessa forma, porque produzidas num ambiente dialógico, consolidando “as melhores práticas regulatórias do setor” (art. 4º-A, inc. I, da Lei 9.984/2000), as normas de referência consolidam as regras de experiência técnica referentes aos serviços públicos de saneamento básico, devendo ser necessariamente levadas em consideração pelo decisor quando da análise da adequação das escolhas regulatórias, na forma do artigo 375 do Código de Processo Civil, sobretudo para fins das prognoses a que aludem os artigos 20 e 21 da LINDB.¹¹

IV. A EXPERIÊNCIA DA CONSTRUÇÃO DA PRIMEIRA NORMA DE REFERÊNCIA - RESÍDUOS SÓLIDOS

A Resolução nº 79 de 14, de junho de 2021, foi editada pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA em decorrência da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, que atualiza o marco legal do saneamento e atribui, à ANA, a competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento no Brasil. A primeira, então, tratou do regime, da estrutura e dos parâmetros da cobrança pela prestação dos serviços públicos de manejo de

¹⁰Conferir: BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria de direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 9, 11.; MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 117.

¹¹Sobre o tema: DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima; MOREIRA, Egon Bockmann. O Supremo Tribunal Federal, a LINDB e as regras de experiência técnica: considerações sobre prognoses judiciais no âmbito regulatório. *Revista de Processo*, 310, p. 343, São Paulo, dez. 2020.

resíduos sólidos urbanos – SMRSU, bem como sobre os procedimentos e prazos de fixação reajuste e revisões tarifárias.

O escopo para compor a referida “norma de referência” versou sobre os aspectos relacionados à cobrança pela prestação do SMRSU, tendo, como base, o artigo 35, §2º, da Lei nº 14.026/2020 e as reuniões com as instituições responsáveis pela regulação e prestação do SMRSU.

As reuniões para o estudo da primeira norma de referência contaram com a participação de 54 (cinquenta e quatro) instituições e 72 (setenta e dois) profissionais dos principais grupos de atores potencialmente afetados pela Norma, quais sejam, as Agências Reguladoras infranacionais, as entidades representantes dos Municípios, os Representantes dos prestadores de serviços e da ABES e do Governo e entidades de financiamento.

O problema regulatório identificado pelo grupo de trabalho de saneamento foi a baixa sustentabilidade financeira da prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos.

Nesse caso, a sustentabilidade financeira é entendida como a cobrança, arrecadação e efetiva disponibilização ao Prestador de Serviços de recursos financeiros suficientes para fazer frente aos custos eficientes de operação e manutenção – OPEX e de investimentos – CAPEX, assim como a justa remuneração do capital investido para a prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos no longo prazo.

De modo mais detido, as causas identificadas do problema regulatório foram a (i) ausência de cobrança; (ii) receita deficitária; (iii) baixa capacidade técnica e regulatória do poder público; e a (iv) baixa capacidade institucional do poder concedente.

A primeira causa, qual seja, a ausência de cobrança se deu em razão de muitos Municípios brasileiros terem os serviços públicos de manejo de resíduos sólidos custeados integralmente com os recursos do orçamento municipal, que muitas vezes são escassos, contingenciáveis e não suficientes para a prestação de qualidade dos serviços

A segunda, que diz respeito à receita deficitária, verificou-se que, nos muitos municípios em que há a instituição da cobrança, a receita obtida não é suficiente para cobrir as despesas, seja pelo baixo desempenho do instrumento aplicado, seja pela destinação dos recursos arrecadados para fins diversos, seja pelo próprio valor cobrado, que possivelmente foi estabelecido em patamares insuficientes.

A terceira, que versa sobre a baixa capacidade técnica e regulatória da Administração Pública, foi assim determinada em razão de que não foram designadas e estruturadas entidades para a adequada regulação técnica e

econômica dos serviços prestados nos municípios, não sendo possível afirmar, portanto, sequer o custo real da prestação dos serviços.

A quarta e última, que trata sobre a baixa capacidade institucional do poder concedente, foi assim verificada em razão de que muitos municípios não contam com uma estrutura administrativa adequada para a definição e acompanhamento dos projetos e investimentos necessários para a ampliação da cobertura e prestação eficiente dos serviços de resíduos sólidos urbanos, comumente denominados “RSU”.

Verificou-se, portanto, que a problemática enfrentada é importante para contribuir para o atingimento dos objetivos de políticas públicas, em aderência com o que estabelece o respectivo regramento, notadamente o artigo 2º, inciso VII e artigo 49, inciso VII, da Lei nº 11.445/07 e o artigo 7º, inciso X, da Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Sob outro enfoque, no que diz respeito aos impactos esperados pela ANA, cumpre ressaltar que a avaliação foi feita considerando que não é possível prever, de antemão, quantos municípios irão aderir ao modelo de taxa ou de tarifa para que ocorra a escorreita cobrança dos serviços públicos. Portanto, a análise apresentada pela ANA descreveu os impactos gerais da decisão do Congresso Nacional de obrigar a instituição de cobrança, sendo diferenciado, quando cabíveis, os impactos relativos à decisão de taxa ou de tarifa.

Dessa forma, os potenciais impactos apresentados abordam sobre a sociedade, o meio ambiente, o poder público municipal, os prestadores de serviço de coleta, as agências reguladoras, o organismo financiador, o estruturador de projetos de concessões e a cooperativa de Catadores, conforme melhor descrito a seguir.

IV.1. Dos potenciais impactos ante a elaboração da Norma de Referência nº 01 da ANA

Consoante brevemente salientado, a ANA dimensionou possíveis impactos¹² para os importantes atores envolvidos na atividade da adequada prestação dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos urbanos.

Considerando tratar-se de potenciais impactos, tendo em vista que os municípios que deveriam ter instituído a cobrança até o dia 15 de julho de 2021, é possível destacar, inicialmente, que cerca de 110.000.000,00 (cento e dez milhões) de pessoas passarão a arcar com o valor dos serviços de manejo de RSU, a um custo médio de R\$ 32,00 (trinta e dois reais), por mês, por domicílio,

¹²Conforme estudos constantes da consulta pública nº 004/2021. Disponível em: <<https://participacao-social.ana.gov.br/consulta/99>>.

por exemplo, consoante informações obtidas da Análise de Impacto Regulatório da ANA (BRASIL, 2021).

Há, também, a possibilidade de redirecionamento para outras políticas públicas de uma despesa anual total de, pelo menos, R\$ 7,5 bilhões oriundos de recursos fiscais para cobrir as despesas com manejo de RSU.

No caso dos prestadores de serviço de coleta, transbordo e destinação final, ocorrerá a redução de eventual risco de atraso ou não pagamento pelos serviços por parte do município, quando a solução for tarifa.

Com o potencial impacto, são somente 07 (sete) agências reguladoras que atuam na regulação de RSU. Essas agências, todavia, serão pouco impactadas. Entretanto, aquelas que ainda não tiverem e forem incorporando a regulação desses serviços precisarão se estruturar, com aumento do efetivo e capacitação.

Em um cenário um tanto quase inviável, mas para se imaginar a magnitude da prestação e cobrança dos serviços, caso todos os municípios passassem para o regime tarifário de cobrança, existiria um potencial da ordem de R\$ 8 bilhões em valores financiados até 2031 para com os Organismos Financiadores.

No que atine à estruturação de projetos de concessões, há de ter uma definição de regras claras para a instituição da tarifa e regulação tarifária, demonstrando, de acordo com a modelagem do projeto, que a instituição trará mais segurança jurídica, com viabilidade econômico-financeira para estruturação dos projetos de concessões.

Por fim, no caso das cooperativas de catadores, é de se dizer que, com o aumento da sustentabilidade financeira, ocorrerá o fim dos lixões, tal como já determinado em Lei. A consequência direta seria a necessidade de os municípios implementarem programas de incentivo à criação de cooperativas de reciclagens para realocação dos catadores.

IV.2. Da questão temporal para aplicação da NR nº 1 da ANA

Registra-se que, caso de prestação do SMRSU se dê por contrato de concessão firmado com a Administração Pública, a norma de referência 1 da ANA será aplicada aos celebrados a partir de 1º de janeiro de 2022.

No caso dos titulares, as estruturas de prestação regionalizada e as entidades e as entidades reguladoras do SMRSU que possuem legislação ou regulamentação incompatíveis com o disposto a norma de referência 1 da ANA terão até 31 de dezembro de 2022 para realizarem as referidas adequações.

IV.3. Da importância de um juízo retrospectivo acerca da Análise de Impacto Regulatório - AIR - impossibilidade de realização ante inexistência de tempo hábil

É certo que a análise de impacto regulatório exige um momento de reflexão, com a finalidade de assegurar que as escolhas realizadas pelo Administrador Público sejam, de fato, realizadas e implementadas pela sociedade após uma consideração apropriada das prováveis consequências ante a regulação proposta.

Todavia, há que se verificar que deverá existir o juízo retrospectivo de análise.

Em outras palavras, a avaliação retrospectiva do estoque regulatório ou também “*regulatory lookback*”, faz-se imprescindível para conter incerteza e imprevisibilidade regulatória, uniformizando ritos, formas e nomenclaturas atribuídas às normas, o que, até o presente momento, não é possível com as normas de referência da ANA.

Experiências internacionais bem-sucedidas de gestão do estoque regulatório privilegiam a avaliação de impacto retrospectiva para fins de revisão e revogação de normas.

No Brasil, também há experiências bem-sucedidas de agências reguladoras na gestão do seu estoque regulatório. A Agência Nacional do Petróleo – ANP e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, por exemplo, desenvolveram bem-sucedidos programas no decorrer dos últimos anos, promovendo verdadeiras “guilhotinas regulatórias”, mediante a revogação de normas em desuso e simplificação das normas existentes.

Essas agências, no entanto, não fizeram uso extensivo da AIR retrospectiva e de mecanismos de participação social, os quais demandam capacidades institucionais, recursos e incentivos ainda por serem criados.

Observa-se, assim, que uma revisão adequada do estoque regulatório da ANA pressuporá que o regulador faça uma análise não só prospectiva – alcançando novos atos -, mas, sobretudo, retrospectiva dos efeitos, incluindo os custos e benefícios, da norma que se pretende rever, o que, como dito, ainda não é possível, tendo em vista a insuficiência de tempo transcorrido entre a consulta pública da norma de referência 1, a formulação final da norma e a sua efetiva e necessária utilização.

V. O AMBIENTE REGULATÓRIO EM RESÍDUOS SÓLIDOS

A Lei Nacional do Saneamento Básico-LNSB incorporou os serviços públicos relativos aos Resíduos Sólidos e os de Drenagem Urbana ao escopo do Saneamento Básico e à Regulação Técnica e Econômico-Financeira.

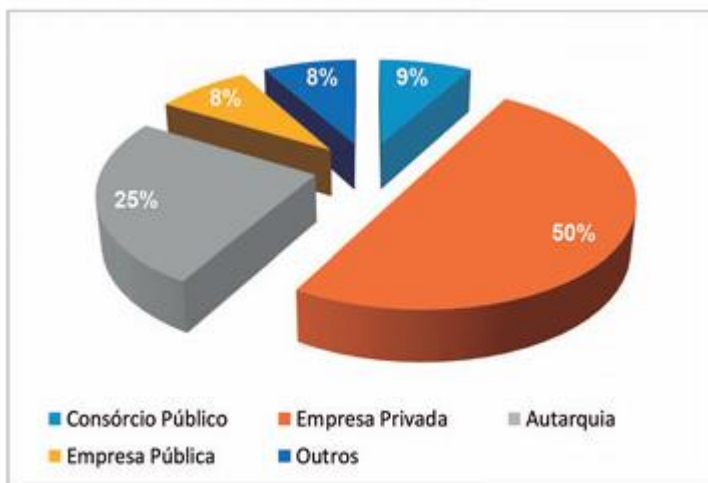
Embora estes serviços venham sendo prestados de alguma forma em todos os municípios brasileiros, há um número muito pequeno deles que já se adequou aos requisitos exigidos para a regulação.

A primeira Norma de Referência dispõe sobre o regime, a estrutura e parâmetros de cobrança pela prestação do SERVIÇO PÚBLICO DE MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS (SMRSU), bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias.

No âmbito da regulação dos resíduos sólidos, há poucas entidades reguladoras no país envolvidas com a temática, corroborando para o agravamento do problema regulatório; e pesquisa da ABAR aponta incapacidade atual de recepionamento das diretrizes regulatórias.

Dentre as 18 agências reguladoras que participaram de pesquisa conduzida pela ABAR 2017, apenas 3 já têm Municípios com a Regulação destes Serviços, sendo uma Distrital, e duas de Consórcios. Pode-se observar na Figura 3 abaixo que em relação aos tipos de órgãos concessionários dos serviços de resíduos sólidos e drenagem urbana, predomina a participação de Empresas Privadas (50%), seguido pelas autarquias municipais (25%).

Figura 3: prestadores de serviços de resíduos sólidos e drenagem urbana



Fonte: ABAR (2027)

Já a pesquisa realizada com dados de 2019, com participação de 30 agências infranacionais, verificou-se que apenas 2 regulam drenagem e oito regulam o serviço de manejo de resíduos sólidos, sendo uma Distrital, quatro de Consórcios, duas Estaduais e uma Municipal. Estas oito agências reguladoras regulam 83 prestadoras de serviços de resíduos sólidos.

Apesar da Lei 12.305 de 2010, que trata da Regulação do Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos e da Polícia Nacional de Resíduos Sólidos, ter optado pelo encorajamento às autoridades administrativas a realizarem consórcios públicos (art. 8, XIX), pode-se observar no Gráfico abaixo que, dentre as 83 prestadoras de serviço, há a predominância da participação de empresas privadas (43), seguida pelas autarquias ou departamento municipal/distrital (32) e consórcios públicos (4).

Figura 4: Natureza jurídica das prestadoras dos serviços de resíduos sólidos reguladas pelas ARSB



Fonte: ABAR (2020)

Conforme apontado pela ANA no relatório técnico da Audiência Pública da NR1, foram identificadas apenas sete agências com atuação consolidada na regulação da prestação do serviço de manejo de resíduos sólidos: Adasa, AGIR, ARESC, ARES-PCJ, ARIS, ARISB e SRJ-Jacareí, as quais regulam 31 municípios, sendo 19 situados em Santa Catarina.

“Essas agências realizam também fiscalizações diretas e indiretas, bem como o cálculo de revisões e reajustes tarifários, inclusive disponibilizando os relatórios, processos, pareceres e decisões na íntegra em seus sítios

oficiais (SCHMITT et. al, 2019) Além desse grupo em estágio mais consolidado de regulação dos serviços de RSU, foram identificadas outras entidades reguladoras que estão avançando na regulação dessa vertente, com diversas ações que envolvem alteração de legislação, assinatura de convênios, elaboração de estudos e eventos sobre a temática ou pelo início da regulação em situações específicas. Um exemplo é a atuação da ARSESP, que iniciou a regulação e fiscalização da Unidade de Recuperação Energética de Resíduos Sólidos (URE) de Barueri/SP (SCHMITT et. al, 2019). Apesar desses avanços, verifica-se que o quadro regulatório é bastante limitado frente aos objetivos estabelecidos pelo legislador. Mesmo no caso das agências mais consolidadas, é possível afirmar que serão necessários grandes esforços institucionais para adequação das capacidades regulatórias existentes, haja vista a determinação de universalização dos serviços e a necessidade de atrair novos investimentos.”

O diagnóstico realizado no *benchmark* nacional de regulação em resíduos sólidos realizado pela ANA durante o processo de criação da NR1 teve por base os regulamentos já publicados pelas agências reguladoras. ADASA (DF), ARESC (SC), AGIR (SC), ARIS (SC), AGEREG (Campo Grande/MS) e ARSAEG (Guaratingetá/SP).

Conforme definição constante da NR1, considera-se entidade reguladora do Sistema Municipal de Resíduos Sólidos Urbanos (SMRSU) o órgão ou entidade a que o TITULAR tenha atribuído competências relativas à REGULAÇÃO DO SMRSU, caso integrante de sua estrutura administrativa, ou para o qual tenha delegado o exercício destas competências, caso órgão ou entidade integrante da administração de outro ente da Federação.

No que tange aos instrumentos de cobrança pela prestação de serviços de manejo de resíduos sólidos, a ANA atribuiu às entidades reguladoras, na ausência de disposição em contrato ou por ato administrativo, a fixação do valor inicial da tarifa até 31 de dezembro de 2021.

CONCLUSÃO

Diante da fragmentação regulatória e da diversidade de agentes no setor de saneamento, a criação de normas de referência foi a solução escolhida pelo legislador na revisão do marco legal, para dar certo grau de uniformidade necessário ao desenvolvimento do setor, trazendo-lhe maior segurança jurídica.

Este artigo visou contribuir com recomendações voltadas ao processo de criação de tais normativas, de forma que lhes sejam conferidas legitimidade e grande adesão.

As normas de referência, ou normas gerais, deverão ser estipuladas segundo critérios técnicos e mediante procedimentos participativos dos agentes, como consultas e audiências públicas, e em grupos de trabalho (GT) conforme previsto na Lei n. 14.026/2020.

Muito há de ser feito pela ANA para a construção de normas de referência que estabeleçam padrões mínimos de funcionamento e boa governança das agências infranacionais, sem descartar o impacto financeiro que será gerado em razão de sua adoção gradual.

Sabe-se que, diante da fragmentação de agências no Brasil, é comum a atuação sem a independência e a tecnicidade esperadas. Este cenário traduz insegurança ao prestador do serviço de saneamento que, na maioria dos casos, estará totalmente à mercê da higidez daquele que representa o titular do serviço público (Município).

Por meio de uma padronização regulatória mínima, impulsionada pela União através de transferências voluntárias para fins de investimento no setor (*Spending Power*), busca-se melhorar a regulação destes agentes, que atuam isoladamente e sofrem com a falta de profissionais capacitados para a edição de normativas de acordo com as especificidades locais e fiscalizações adequadas da atividade regulada.

As normas de referência podem exercer um papel fundamental no sentido de consolidar as melhores práticas do setor de saneamento básico, mediante orientações que buscam o estabelecimento de padrões e normas adequadas à prestação e expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários.

Desta forma, é dever da ANA zelar pela uniformidade regulatória do setor de e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços, sem excessos que poderão ser facilmente vistos com a edição de regramentos maximalistas, antidemocráticos e inexecutáveis, sem observância das peculiaridades locais e regionais.

Considerando o conteúdo da NRI, estima-se que ela vai contribuir para universalização dos serviços e para a uniformização regulatória em âmbito nacional, sendo provável sua deferência pelo Poder Judiciário.

Assim, espera-se que a ANA possa instituir um procedimento mais participativo para criação das normas de referência, com vistas a prevenir conflitos regulatórios por meio do engajamento dos seus destinatários, já que o envolvimento dos entes reguladores locais favorece a adesão voluntária às soluções nelas consolidadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABICON, SINDCON, 2021. *Panorama da participação privada no saneamento no Brasil*. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/panoramas/#wpcf7-f9648-p24672-01>
- AMO, A. P.; ENRIQUEZ, D. R. Background Document on Oversight Bodies for Regulatory Reform.. In: AZUMENDI, S. et al. *Contribuições para a Melhoria da Qualidade da Regulação no Brasil*. Jadir Dias Proença (org) . Semear Editora / Presidência da República. Brasília, 2010.p. 141.
- BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria de direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 1-21.
- DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. O microssistema regulatório brasileiro como fundamento de uma revisão judicial deferente. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 19, n. 75, p. 201-248, Belo Horizonte, jul./set. 2021.
- _____; MOREIRA, Egon Bockmann. O Supremo Tribunal Federal, a LINDB e as regras de experiência técnica: considerações sobre prognoses judiciais no âmbito regulatório. *Revista de Processo*, 310, p. 333-346, São Paulo, dez. 2020.
- DUTRA, J., LOUREIRO, L.G.K. *Observações sobre a prorrogação de contratos de programa sob o Marco do Saneamento*. Disponível em: <<https://ceri.fgv.br/publicacoes/observacoes-sobre-prorrogacao-de-contratos-de-programa-sob-o-marco-do-saneamento>. Acesso em 12/10/2021.
- DUTRA, J., SMIRDELE, J., CAPODEFERRO, M., CYTRYN, P. Análise dos Contratos de Programa. FGV CERi, 2020. Disponível em: [https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-12/Contratos de Programa 2.pdf](https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-12/Contratos%20de%20Programa%202.pdf). Acesso em 11/10/2021.
- LINS, A. L. S. A regulação dos resíduos sólidos no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Universidade de Coimbra. Portugal. 2015.

- MACHADO, Antônio Pedro. O Spending Power da União e sua Utilização Legítima: uma Análise da Política Pública Nacional de Saneamento Básico e da Jurisprudência da Suprema Corte Americana. In: PEREZ, Marcos Augusto, SOUZA, Rodrigo Pagani de, TOJAL, Sebastião Botto de Barros, CUNHA FILHO (Coords.). *Desafios da Nova Regulação do Saneamento no Brasil*. Parte 1. Federalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2021.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. (Coord.). *Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.
- MARQUES, Rui Cunha. Regulação do Serviço de Saneamento Básico. In: GRAZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de (Coords.). *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2021.
- MARRARA, Thiago. Mosaico Regulatório: As Normas de Referência da ANA para a Regulação dos Serviços Públicos de Saneamento Básico à Luz da Lei n. 14.026/2020. In: GRAZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de (Coords.). *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2021.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Qual o futuro do direito da regulação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.
- _____; CAGGIANO, Heloisa Conrado; GOMES, Gabriel Jamur. O novo marco legal do saneamento básico (Os pontos mais importantes da Medida Provisória nº 844/2018). *Revista de Direito Público da Economia*, 63, p. 89-116, Belo Horizonte, jul./set. 2018.
- PEREIRA, C. *Normas de referência da ANA* (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) e conflitos regulatórios. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 175, set. 2021. Disponível em: <<https://justen.com.br/pdfs/IE175/Cesar-NormasANA.pdf>>. Acesso em 09/10/2021.
- RIBEIRO. Wladimir Antônio. *A Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico Mediante Contrato de Programa*. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; HOHMANN, Ana Carolina; VASCONCELOS, Andréa Costa de. (Coords.). *Novo Marco Legal do Saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SCAFF, Fernando Facury; GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. A edição de “normas de referência” pela ANA: autonomia municipal, orçamento republicano e controle. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, n. 18, p. 19-33, Belo Horizonte, set. 2020/fev. 2021.

SOARES, R., ALTAFIN, I., DUCLOSE, M.T., DIAS, S.A., Privatização de companhia estadual de saneamento: a experiência única do Tocantins. Lições para novos arranjos com a iniciativa privada. [s.d.] Disponível em: <[https:// https://ceri.fgv.br/publicacoes/privatizacao-de-companhia-estadual-de-saneamento-experiencia-unica-do-tocantins](https://ceri.fgv.br/publicacoes/privatizacao-de-companhia-estadual-de-saneamento-experiencia-unica-do-tocantins) licoes>. Acesso em 12/10/2021.

NORMAS E JULGADOS:

BRASIL. EMI nº 00184/2019 ME MDR, 8 jul. 2019. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1787462. Acesso: 11 out. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF. Recorrentes: Cascol Combustíveis Para Veículos Ltda. E outros. Recorrido: CADE. Reator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 28 mai. 2019.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>