

DESAFIOS REGULATÓRIOS NO ACOMPANHAMENTO DOS PROCESSOS DE ESTRUTURAÇÃO DE CONCESSÃO E PPP DE CONSÓRCIOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS – ESTUDO DE CASOS: CIRSOP E CONISUD

DOI: <http://dx.doi.org/10.55449/conresol.8.25.IV-030>

Regislany Maria Ribeiro

Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo de caso sobre os desafios regulatórios enfrentados pela ARSESP nos processos de estruturação de concessões e PPPs para serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos. Os casos analisados incluem o CIRSOP e o CONISUD, destacando aspectos como integração com políticas públicas, sustentabilidade econômico-financeira e adoção de normativos regulatórios. A análise também compara experiências com o Consórcio Comares-Cariri, evidenciando similaridades e diferenças nos desafios enfrentados. Conclui-se que a atuação das agências reguladoras é essencial para garantir segurança jurídica, eficiência e alinhamento com interesses públicos nos contratos de concessão.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação, ARSESP, Resíduos sólidos, Concessões, PPP.

ABSTRACT

This paper presents a case study on the regulatory challenges faced by ARSESP in structuring concessions and PPPs for urban solid waste management services. The cases analyzed include CIRSOP and CONISUD, highlighting aspects such as integration with public policies, economic-financial sustainability, and adoption of regulatory standards. The analysis also compares experiences with the Comares-Cariri Consortium, revealing similarities and differences in the challenges faced. It concludes that the role of regulatory agencies is essential to ensure legal security, efficiency, and alignment with public interests in concession contracts.

KEY WORDS: Regulation, ARSESP, Solid waste, Concessions, PPP.

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva apresentar um estudo de caso sobre os desafios regulatórios e experiências mapeados durante a atuação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (ARSESP) em sua recente participação nos processos de estruturação de duas concessões de serviços públicos envolvendo todas as etapas do manejo de resíduos sólidos urbanos até a disposição final, para o Consórcio Intermunicipal de Resíduos Sólidos do Oeste Paulista (CIRSOP), ou apenas as etapas de destinação e disposição final, como ocorreu no Consórcio Intermunicipal da Região Sudoeste da Grande São Paulo (CONISUD).

Para fins de análise das problemáticas levantadas, foi realizada entrevista com o Dr. Alceu de Castro Galvão Junior, Analista em Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), para verificar possível similaridade dos desafios, bem como comparar as soluções adotadas tanto pelas agências reguladoras, quanto pela consolidação dos aspectos regulatórios do termo contratual no âmbito do Convênio de Cooperação com o Consórcio Intermunicipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos da Região Metropolitana do Cariri (Comares-Cariri).

Historicamente a atuação de órgãos reguladores nos processos de estruturação de concessões inexistia e, pode-se considerar que, após o desenvolvimento do Projeto Regulares (2018), observou-se que o diálogo vêm ganhando um importante espaço, em especial para a prestação dos serviços no eixo “resíduos sólidos” no saneamento básico, envolvendo poder concedente (no caso os municípios, individualmente ou através de estrutura de prestação

regionalizada¹), consultorias, órgãos federais envolvidos no setor, bancos financiadores de projetos (em referência deste trabalho o Fundo de Apoio à Estruturação de Projetos de Concessão e PPP – FEP/CAIXA), e as agências reguladoras infranacionais.

O projeto Regulares surgiu de iniciativas advindas da Lei n.º 13.529/2017, que trata da participação da União em fundos de apoio a projetos de concessões e parcerias público-privadas (PPP), e criou o fundo específico de apoio à estruturação destes, visando fornecer aos entes subnacionais instrumentos de referência para promover condições técnicas e legais de forma a fomentar investimentos privados em infraestruturas passíveis de serem concedidas à iniciativa privada. O objetivo do projeto era elaborar estudos visando avaliar e propor modelos de regulação relativos ao manejo dos resíduos sólidos urbanos em PPP em diversos municípios brasileiros. O Projeto Regulares tinha como base o apoio aos estudos de modelagens de cinco projetos pilotos de manejo de resíduos sólidos, ambos apoiados pelo FEP, cuja atuação posteriormente foi ampliada, abrangendo outras estruturas do setor.

A participação das agências reguladoras infranacionais neste projeto, através da Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR), iniciou uma fase de maior atuação regulatória nos processos de estruturação de concessões e PPP, com grandes desafios enfrentados de 2018 até o momento. Especificamente os resultados da atuação da ARSESP nas estruturas dos consórcios acima referenciados contribuem para a ampliação do conhecimento das competências regulatórias, no atendimento das regulamentações vigentes (nacionais e infranacionais), e das positivas potencialidades diante da contribuição das agências para o desenvolvimento de contratos mais adequados, com consequência direta, especialmente, na qualidade da prestação dos serviços e na modicidade tarifária, evidentes diante dos aspectos que serão posteriormente apresentados.

Para atuar nos processos de estruturação, a ARSESP firmou Protocolo de Intenções com cada consórcio definindo as competências das partes e anexando ao termo o Plano de Trabalho com detalhamento da atuação da agência reguladora. Este documento visa firmar parceria para apoio técnico regulatório para esta fase especificamente, sem existência de contrapartida financeira ao regulador, sendo que, quando da assinatura dos contratos de concessão e PPP, deve-se iniciar efetivamente a atuação regulatória e fiscalizatória da agência, firmando nesta etapa um Convênio de Cooperação para a delegação das funções de regulação e fiscalização da prestação dos serviços, e, a partir desta formalização, inicia-se o pagamento da devida Taxa de Fiscalização, Controle e Regulação (TFRCR), conforme previsto na Lei Complementar n.º 1.413/20242.

Os objetivos do Protocolo de Intenções firmado pela ARSESP com os consórcios, ou mesmo com municípios individualmente, são (i) buscar o aprimoramento técnico-institucional entre os órgãos competentes, para balizamento das ações regulatórias; (ii) buscar a integração dos profissionais das instituições; (iii) compartilhar estudos, informações e conhecimento que sejam pertinentes ao objeto do convênio e ao tema manejo de resíduos sólidos urbanos; (iv) fomentar estudos técnicos, pesquisas, debates e a troca de conhecimento e experiências; (v) analisar e avaliar, conjuntamente, problemas, cenários e tendências sobre aspectos dos temas objeto do acordo, para melhor articulação das ações; e (vi) indicar representantes para compor grupo de trabalho visando o cumprimento das obrigações recíprocas acima relacionadas.

Durante a atuação da ARSESP nestes processos foram realizadas diversas interações, entre reuniões presenciais, reuniões virtuais, participações em eventos, roadshows, consultas e audiências públicas e, em especial, análises dos documentos produzidos, tanto pelos consórcios quanto pelas empresas de consultoria contratadas, visando a publicação do processo licitatório.

Dentre os aspectos considerados mais relevantes para debate, tem-se: atendimento às normas de referência da Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA); previsão de atendimento de normativos regulatórios infranacionais; hierarquia de leis e normativos; falta de integração com políticas nacionais, estaduais e municipais; descasamento do projeto com a sustentabilidade econômico-financeira municipal; indicadores para medição do desempenho da concessionária e qualidade da prestação dos serviços; matriz de riscos; investimentos; metodologias para

¹ Prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um município, podendo ser estruturada em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; unidade regional de saneamento básico, bloco de referência; ou por meio de consórcios públicos, na forma prevista na Lei nº 11.107/2005, ou por meio de gestão associada decorrente de acordo de cooperação, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços.

² Artigo 18 - Na ausência de especificação contratual nos termos do artigo 17 desta lei complementar, as agências reguladoras farão jus ao recebimento de taxa de fiscalização, controle e regulação, que tem como: - fato gerador, o desempenho da função de fiscalização, controle ou regulação de serviços e atividades abrangidos na sua esfera de atuação; II - sujeitos passivos, as pessoas físicas ou jurídicas que, em virtude de concessão, permissão, autorização ou qualquer outro tipo de delegação ou outorga, exercerem serviços e atividades abrangidos na sua esfera de atuação.

reversibilidade e cálculo de indenização de ativos não amortizados, alinhamento temporal para análise documental pelos envolvidos etc., os quais serão apresentados a seguir.

OBJETIVOS

Este trabalho possui como objetivos: identificar os principais desafios regulatórios enfrentados pela ARSESP nos processos de estruturação dos consórcios CIRSOP e CONISUD; analisar as soluções propostas para superar esses desafios no âmbito das concessões e PPPs; comparar as experiências da ARSESP com outros consórcios nacionais, como o Comares-Cariri; e propor recomendações para aprimorar a atuação regulatória em futuros projetos de concessão no setor de resíduos sólidos urbanos.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada neste trabalho inclui: estudo de caso: análise detalhada dos processos de estruturação dos consórcios CIRSOP e CONISUD, considerando documentos oficiais, entrevistas e normativos aplicáveis; entrevista: realização de entrevista com o Dr. Alceu Galvão Junior para comparar os desafios enfrentados pela ARSESP com experiências da ARCE no Ceará; análise documental: revisão dos normativos da ANA, legislação vigente e contratos relacionados aos consórcios estudados; comparação: avaliação comparativa entre os processos conduzidos pela ARSESP e outros consórcios nacionais, destacando boas práticas e lições aprendidas.

RESULTADOS

1) Desafios regulatórios identificados nos processos de estruturação – CIRSOP e CONISUD

CIRSOP é um consórcio integrado por 10 (dez) municípios – Álvares Machado, Caiabu, Martinópolis, Paraguaçu Paulista, Presidente Bernardes, Presidente Prudente, Rancharia, Regente Feijó, Santo Anastácio e Santo Expedito – e que objetiva conceder a prestação completa dos serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos por um prazo de 30 (trinta) anos, com valor do contrato estimado em R\$ 2.216.917.798 (dois bilhões, duzentos e dezesseis milhões, novecentos e setecentos e noventa e oito reais). Apenas o município de Presidente Prudente optou por manter seus serviços de coleta fora da concessão, comprometendo-se a compor a estruturação de forma regionalizada nas etapas de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos. Atualmente, o projeto está na fase de licitação³, com previsão de abertura dos envelopes no final de dezembro/2024.

O CONISUD é um consórcio integrado por 4 (quatro) municípios – Itapeverica da Serra, Juitituba, Embu-Guaçu e São Lourenço da Serra – e que objetiva conceder a prestação dos serviços de tratamento e disposição final dos resíduos sólidos urbanos, por um prazo de 35 (trinta e cinco) anos e valor do contrato estimado em R\$ 146.470.565,00 (cento e quarenta e seis milhões, quatrocentos e setenta mil e quinhentos e sessenta e cinco reais). O projeto está na fase de revisão do projeto após consulta e audiência pública, para posterior abertura do processo licitatório.

Os seguintes desafios regulatórios foram identificados nos processos de estruturação de concessão e PPP, sem o objetivo de especificar a qual processo dos processos se referem:

1.1) Integração com políticas públicas de saneamento

A integração entre as políticas públicas de saneamento básico e os processos de estruturação de concessões é fundamental para garantir eficiência, sustentabilidade e a universalização dos serviços, sendo essencial que o planejamento das concessões esteja de fato alinhado com as demandas locais, ainda que abranjam diversos municípios, cada um com suas particularidades.

Dos processos de estruturação de concessões em geral, observou-se uma falta de integração com as políticas públicas de saneamento existentes, nas três esferas de governo, o que ocorre em especial, quando a concessão abrange apenas a etapa de tratamento e disposição final de rejeitos. A ausência de contratos de interdependência também evidencia um risco não apenas para os objetivos e viabilidade econômico-financeira da concessão (com grau de impacto a depender da rota tecnológica), mas também para a eficácia da articulação entre os diferentes atores e etapas do gerenciamento integrado de resíduos sólidos.

³ <https://www.cirsop.sp.gov.br/publicacoes/511>

Outro aspecto regulatório importante que impacta na integração das concessões com as políticas públicas é a atual “estratificação” da regulação dos serviços. O regulador muitas vezes possui convênio para atuar no âmbito do consórcio, dentro do seu escopo, não sendo o regulador dos municípios individualmente. Portanto, incapaz de atuar para o fortalecimento dessa integração, uma vez que a definição de entidade reguladora é competência do poder concedente, prevista na Lei n.º 11.445/20074.

Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

(...)

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação.

1.2) Sustentabilidade econômico-financeira

A estruturação de concessões sem a integração do projeto com as adequadas políticas de cobrança pela prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos apresenta riscos significativos para a sustentabilidade econômico-financeira da concessão, para a execução e operação do contrato.

Nos contratos de concessão que não se referem à concessão comum, onde há obrigatoriamente cobrança de tarifa direta aos usuários do serviço público, observa-se um descasamento entre a receita requerida do projeto e a capacidade de obtenção de receita do poder concedente para custear a própria concessão ao longo de sua vigência. Ainda que haja cobrança específica, como previsto na Lei n.º 11.445/2007, independente da modalidade da concessão, é primordial que haja discussões em cada município integrante sobre os riscos de inadimplência ou insuficiência de receitas atualmente e ao longo do tempo, além da necessidade de tomadas de decisão adicionais sobre aspectos que podem impactar a sustentabilidade dos projetos e/ou metodologias atuais, como a definição de preços públicos, por exemplo.

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, e, quando necessário, por outras formas adicionais, como subsídios ou subvenções, vedada a cobrança em duplicidade de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário, nos seguintes serviços: (...)

II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, conforme o regime de prestação do serviço ou das suas atividades;

Desafios relacionados à sustentabilidade econômico-financeira poderão reduzir a atratividade do projeto para investidores, dificultar a ampliação dos serviços, trazendo enormes desafios para a própria implantação do modelo consorciado, gerando riscos de judicialização e levando ao comprometimento do atendimento à legislação e às metas ambientais.

1.3) Adoção de normativos regulatórios – ANA e ARSESP

Contratos de concessão que não prevejam o atendimento das diretrizes nacionais regulatórias da ANA poderão ser inviabilizados em termos técnicos, financeiros e econômicos. Importante que os contratos apresentem de forma clara a hierarquização das leis aplicáveis e vigentes, das disposições contratuais e normas regulatórias, pois o acompanhamento do cumprimento destes é de competência da entidade reguladora.

Observa-se que ainda há contratos que demandam pedido de revisão para que se preveja tal atendimento, seja para abarcar normativos regulatórios existentes⁵ ou avaliar a inserção de risco regulatório contratual diante da previsão de aplicação de normativos futuros da agência ao longo da concessão (matriz de riscos). Ainda, importante que as normas da entidade reguladora sejam consideradas como regras de regência dos documentos da concessão, para evitar que as deliberações tenham que ser citadas em cláusulas específicas, mesmo porque as deliberações podem ser substituídas, o que faria com que os documentos ficassem desatualizados.

Ademais, ressalta-se a importância em citar, no conjunto de normas, as Normas Brasileiras emitidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), por serem referência nacional para padrão de qualidade de materiais e serviços.

A não previsão de normativos regulatórios no contrato poderá trazer insegurança jurídica, risco de não acesso a recursos federais, falta de padronização e perda de eficiência, comprometimento da sustentabilidade econômico-financeira, não-

⁵ Atualmente, tanto a ANA quanto a ARSESP dispõem de normativos específicos para resíduos sólidos, a saber: ANA – Norma de Referência n.º 01/2021 (cobrança) e Norma de Referência n.º 07/2024 (condições gerais para a prestação dos serviços); ARSESP – Deliberação n.º 1.346/2022 (diretrizes tarifárias) e Deliberação n.º 1.304/2022 (condições gerais para a prestação dos serviços). Outros normativos do setor de saneamento básico da ARSESP poderão ser aplicados, tais como a Deliberação n.º 1.143/2021 (dados e prazos).

conformidade com metas de políticas públicas, prejuízos à sociedade e ao meio ambiente e, inclusive, dificuldades no monitoramento e fiscalização posteriores.

1.4) Disponibilização de dados e informações da prestação dos serviços

Para uma fiscalização mais eficaz, fundamental que a entidade reguladora tenha acesso (se possível instantânea e remotamente) aos sistemas de monitoramentos existentes da concessionária relacionados à prestação dos serviços, como por exemplo: execução das rotas de coleta, traslado de veículos, condições dos transbordos, bem como todos os dados disponíveis nos sistemas de controle operacionais.

Observa-se que alguns contratos preveem apenas a disponibilização de dados e informações da prestação dos serviços ao poder concedente. Entretanto, considerando as competências regulatórias, esse acesso deverá incluir também a entidade reguladora. Em relação aos ritos processuais, entende-se que os contratos poderão trazer ritos e procedimentos diferentes dos normativos regulatórios atuais da ARSESP, não sendo uma obrigatoriedade para que o contrato se adeque às normas de regulação, sendo neste caso mera liberalidade da estruturação da concessão. Entretanto, considerando a importância do princípio da eficiência regulatória, observamos o acatamento de tal recomendação da Agência nos processos até então, inclusive em relação aos ritos processuais fiscalizatórios e sancionatórios.

1.5) Cofaturamento

De acordo com a Norma de Referência n.º 01/2021 da ANA, cofaturamento é quando se utiliza documento de arrecadação de outro serviço público para a cobrança pela prestação do serviço de manejo de resíduos sólidos. O cofaturamento é uma importante ferramenta tanto para a gestão pública quanto para a sustentabilidade econômico-financeira do sistema de resíduos sólidos, pois pode significar expressiva redução da inadimplência, redução de custos administrativos, facilidades para o usuário com a emissão de fatura única, aumento da eficiência de arrecadação, permitindo a efetiva viabilização de políticas públicas.

Durante os atuais processos de estruturação de concessões de resíduos sólidos, vivenciou-se uma mudança de postura da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, a SABESP, que detém a prestação de serviços de saneamento da maioria dos municípios do estado. Durante o início dos processos, a prestadora não manifestava o interesse em realizar o cofaturamento. Entretanto, com o processo de desestatização ocorrido recentemente, provavelmente motivado pelo grande interesse dos municípios, ocorreu a abertura para o diálogo sobre a temática, o que se tornou viável, ainda que persistam pendentes discussões em âmbito regulatório sobre regulamentação do cofaturamento, inclusive sobre aspectos de sistema informatizado, proteção de dados e análise do valor cobrado pela prestação desse serviço.

Atualmente, é interesse da SABESP realizar o cofaturamento, entretanto, é necessário que haja a regulamentação deste serviço por parte da ARSESP, a qual se encontra em andamento. Destarte os estudos atuais, a Agência desenvolveu uma deliberação sobre disponibilização de dados e informações pela SABESP a ser aplicável no âmbito regulatório, para fornecer aos municípios em que presta serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário os dados necessários para que estes possam desenvolver estudos sobre cobrança pelos serviços de manejo de resíduos sólidos (adoção de proxy com o consumo de água), bem como viabilizar a adoção do cofaturamento.

1.6) Aprovação e homologação de receitas extraordinárias

A atuação da entidade reguladora na aprovação e/ou homologação dos serviços que geram receitas extraordinárias assegura transparência, equilíbrio econômico-financeiro, qualidade dos serviços e proteção do interesse público.

Observa-se em alguns contratos a autorização para que o concessionário possa prestar quaisquer serviços que visem auferir receitas adicionais às receitas diretas advindas da prestação do objeto do contrato de concessão. Ainda que possa visar a modicidade tarifária, prevendo percentual de compartilhamento de tais receitas, e melhorias nos serviços prestados, há um risco de impactar na prestação dos serviços principais. A entidade reguladora acompanha a origem das receitas extraordinárias, garantindo que não haja práticas irregulares, abusivas ou desproporcionais que prejudiquem a qualidade da prestação do serviço regular.

A atuação do regulador nesta temática promove o uso sustentável dos recursos, estimula a inovação e reduz conflitos contratuais, garantindo que os benefícios econômicos gerados por esses serviços sejam compartilhados e/ou reinvestidos no sistema de gestão de resíduos sólidos.

1.7) Indicadores de desempenho

A escolha dos indicadores deve objetivar de forma eficiente avaliar o cumprimento do contrato, através da medição da eficiência operacional, do uso dos recursos públicos e privados, do incentivo à melhoria contínua, podendo, inclusive, antecipadamente avaliar os riscos ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Observa-se uma inadequação no desenvolvimento de indicadores de desempenho contratuais, os quais podem não viabilizar a harmonização entre as metas e os demais instrumentos do contrato e das políticas públicas aplicáveis. Um aspecto importante mapeado se refere à capacidade dos indicadores refletirem efetivamente a qualidade da prestação dos serviços. Ainda, nota-se a predominância de indicadores quantitativos, e alguns se referindo ao atendimento específico de condicionantes de processos de licenciamento ambiental, não se aludindo à indicadores para medição da qualidade do serviço.

Ainda, há que se avaliar a aplicação de multa por não atendimento dos critérios de desempenho definidos em contraposição à utilização de redutores no cálculo de reajuste das tarifas ou contraprestação a ser paga pelos usuários ou ao concessionário, respectivamente. Ambas as soluções possuem características próprias, vantagens e desafios. A análise de sua aplicabilidade deve considerar o equilíbrio entre penalização, incentivo à melhoria e sustentabilidade econômico-financeira do contrato.

1.8) Delimitação de competências entre poder concedente e entidade reguladora

Em um contrato de concessão, a delimitação de competências entre os atores é fundamental para garantir transparência, eficiência e sustentabilidade na execução e fiscalização dos serviços. O poder concedente é o responsável pela contratação, planejamento e gestão geral do serviço concedido, devendo atuar como gestor do contrato, e, quando possível, desempenhar as atividades fiscalizatórias mais rotineiras, tais como pesagens de resíduos, aprovação de projetos e obras, dentre outras.

Observa-se que os instrumentos contratuais não apresentam de forma suficientemente clara tal distinção de competências. Desta forma, entende-se que esta poderá restar definida nos convênios de cooperação firmados entre poder concedente e entidade reguladora. Há situações em que, ainda que haja atribuição ao poder concedente, torna-se importante que seja ouvido o regulador (por exemplo nos casos de extinção da concessão, transferência de controle acionário etc.), considerando o impacto de tais decisões nas atividades de competência deste.

Uma divisão clara de responsabilidades amplia a transparência, o equilíbrio econômico-financeiro, a eficiência operacional, a proteção dos usuários, além de trazer redução de conflitos e judicialização entre as partes envolvidas.

1.9) Processos de reajuste e revisão de tarifas

A atuação da entidade reguladora nos processos de reajuste e revisão (periódica e extraordinária) dos contratos é essencial para garantir o equilíbrio econômico-financeiro, a transparência, a modicidade tarifária e a qualidade dos serviços prestados.

Um importante apontamento apresentado pela ARSESP nos processos de estruturação de concessões, inclusive previsto na NR 01/2021 da ANA, refere-se à definição de data base para conclusão dos processos de reajuste e revisão, ao invés de definir um prazo fixo para a condução destes, tendo em vista que, a depender da análise caso a caso, a agência reguladora poderá iniciar o processo com mais ou menos antecedência para que a data base seja cumprida (cronograma de trabalho), podendo até mesmo os prazos durarem mais que os atualmente estipulados nos contratos, visando atender, inclusive, a legislação quanto à realização de audiência e consulta públicas.

Outro destaque se refere à solicitação de inclusão da possibilidade de o procedimento de reequilíbrio ser solicitado também pela entidade reguladora, e não apenas pelo poder concedente e concessionária. O monitoramento dos dados da prestação dos serviços é de competência da agência, que poderá e deverá alertar sobre a necessidade de discussões sobre temáticas econômico-financeiras que podem inviabilizar a continuidade da concessão.

1.10) Verificador independente (VI)

A contratação da figura do verificador independente nos contratos de concessão de manejo de resíduos sólidos é uma prática crescente e relevante que deve garantir a transparência, a imparcialidade e efetividade na aferição do desempenho contratual. No entanto, essa medida apresenta nuances, potenciais conflitos e pontos de atenção que devem ser cuidadosamente considerados.

Observa-se que ainda há um importante debate a fazer sobre a atuação do verificador independente nos contratos, principalmente envolvendo a previsão de execução de atividades legalmente típicas de entidade reguladora, além de indefinição ou definição inadequada sobre os procedimentos de contratação do VI, que podem envolver altos custos e conflitos de interesses. Considerando que o verificador independente deverá colaborar e apoiar a atividade regulatória, não havendo previsão obrigatória de contratação deste, as atividades poderão ser delegadas pelo poder concedente ao regulador.

Deverá ser dada especial atenção à definição de critérios de seleção e contratação do VI, que deverá ser selecionado de forma transparente, através de critérios objetivos. As competências de atuação deverão ser claras, evitando sobreposição com a entidade reguladora e o poder concedente, além da necessária previsão de mecanismos de governança e validação dos seus atos.

1.11) *Mecanismos de solução de controvérsias*

Os mecanismos de solução de controvérsias são fundamentais para garantir a segurança jurídica, a eficiência na resolução de conflitos e a continuidade da prestação dos serviços, especialmente em setores complexos e não consolidados como resíduos sólidos. Entretanto, a relação entre esses mecanismos e as decisões das entidades reguladoras deve ser analisada com cautela para evitar conflitos de competência e perda de autoridade regulatória.

Importante que a adoção de procedimento arbitral nos contratos deverá ser adotada em última instância, não sendo encontrada solução amigável, mesmo após ser consultada a entidade reguladora e esgotadas todas as medidas administrativas possíveis para solução da controvérsia junto à mesma. Observa-se que há contratos que preveem que a palavra final é a do mecanismo de solução de controvérsias e não do regulador, entretanto, isso tem de estar adequado à Lei n.º 11.445/2007 e ao teor do Convênio de Cooperação para regulação. A ARSESP, de acordo com a Lei Complementar n.º 1.413/2024, dispõe de regras recursais próprias sobre suas decisões, definindo como competência da Diretoria Colegiada da ARSESP decidir em último grau administrativo sobre as matérias de sua competência, ressalvados os casos específicos previstos em decreto.

Artigo 24 - Não caberá recurso administrativo contra as decisões do Conselho Diretor das agências reguladoras, admitindo-se a apresentação de pedido de reconsideração perante o próprio colegiado, na forma prevista no respectivo regimento interno.

Ainda, em se prevendo a existência de Comissão Técnica para a solução de eventuais divergências/conflitos de interesse de natureza técnica, é importante que na designação de membros seja prevista um integrante da agência reguladora.

1.12) *Matriz de riscos*

A matriz de riscos é um instrumento fundamental nas concessões, pois deve estabelecer, de forma clara e objetiva, a alocação de responsabilidades entre o poder concedente e a concessionária diante dos riscos que podem impactar o contrato. Essa ferramenta traz segurança jurídica, equilíbrio econômico-financeiro e maior eficiência na gestão de riscos, à medida que distribui os riscos de forma equilibrada e eficiente.

Observa-se que alguns contratos apresentam a necessidade de adequação de riscos em sua matriz visando o melhor desempenho do contrato e a adequada alocação destes entre as partes. Por exemplo, podemos citar: ausência de definição clara da ilicitude quando se tratar de ações ou omissões ilícitas do poder concedente ou de quem o represente; indefinição de prazo limite para a constatação superveniente de erros ou omissões na proposta, de forma que possa findar tal responsabilidade; ausência de definição clara de variações de riscos para que, a partir dessas, possa ser prevista a alteração de responsabilidade sobre tal risco, com especial atenção à sustentabilidade econômico-financeira da concessão.

Outro aspecto muito relevante sobre matriz de riscos, principalmente considerando o aumento das ocorrências de desastres ambientais, advindos ou não de mudanças climáticas, é a necessidade de rediscussão das metodologias de definição e alocação de riscos envolvendo caso fortuito e força maior. Fundamental também especificar os excludentes de caso fortuito, quando houver. A matriz deve prever uma certa flexibilidade para permitir ajustes em razão de eventos extraordinários e imprevisíveis que impactem o equilíbrio do contrato.

Destaca-se que, ainda que versando sobre contratos de prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a ANA, em sua NR 05/2024 sobre Matriz de Risco, apresenta importantes conceitos e diretrizes que podem ser avaliados e extrapolados para o melhor desempenho da prestação dos serviços em resíduos sólidos.

1.13) *Bens vinculados – reversibilidade e indenização*

A previsão contratual de reversibilidade e indenização de ativos não amortizados nos contratos é essencial para garantir a continuidade dos serviços pactuados, a adequada propriedade dos bens da concessão, incentivos e investimentos.

Observa-se que há necessidade de se ampliar o conhecimento entre os atores sobre as competências e a importância da atuação da entidade reguladora nas temáticas de reversibilidade e indenização previstas nos contratos. A agência poderá definir normas específicas, metodologias ou procedimentos sobre monitoramento dos bens da concessão, bem como sobre o cálculo de indenização de investimentos não amortizados na vigência do contrato ou nos casos previstos de extinção antecipada.

Outros aspectos abordados nos processos de estruturação se referem a: definição periódica de atualização do inventário de bens; a possibilidade de contratação de empresa especializada pelo regulador para auxiliar nos processos de reversibilidade e indenização; previsão de autorização para cessão e alienação de bens, podendo esta passar por análise do regulador e, quando de responsabilidade do poder concedente, o concessionário deverá informar ao regulador sobre pedidos e decisões.

Em relação à definição sobre posse dos bens vinculados objeto da reversão, o contrato e demais documentações do processo licitatório deverão prever as situações em que estes reverterão ao poder concedente ou ficarão sob a propriedade da concessionária, inclusive eventuais obrigações assumidas e passivos, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

1.14) Procedimentos fiscalizatório e sancionatório

Os procedimentos fiscalizatórios e sancionatórios garantem o cumprimento contratual, protegem o interesse público, estimulam a transparência e a prestação de contas, além de garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e incentivar à melhoria contínua.

Observa-se que ainda há dúvidas sobre as competências do poder concedente e da entidade reguladora sobre tais procedimentos. A agência entende que o poder concedente auxiliará o regulador na fiscalização dos serviços, inclusive com o fornecimento de evidências e informações necessárias para apuração de irregularidades, o que não se confunde com as competências de específicas dos municípios ou consórcio apresentadas no item “h”. Sem prejuízo da atuação do regulador, as atribuições de fiscalização devem ser exercidas também pelo poder concedente, inclusive a de acompanhar a execução e cumprimento do contrato e fiscalizar o cumprimento da legislação, inclusive municipal.

Além do regulador, o poder concedente também possui o direito legal para aplicar as penalidades regulamentares e contratuais (art. 29 da Lei n.º 8.987/1995) advindas do exercício de sua competência como gestor do contrato. Ao regulador também compete a lavratura do Auto de Infração, o que ainda se observa ser atribuído ao poder concedente unicamente. Entende-se que as infrações previstas no contrato, porém não especificamente tipificadas, poderão ser enquadradas pelo regulador ou poder concedente em um dos grupos de infrações previstas.

Em relação à interface com órgão ambiental, legislações ambientais e licenciamentos, é essencial que haja coordenação e complementaridade das ações dos órgãos. A regulação poderá se valer de normativos ambientais para sua atuação, inclusive para fins de avaliação da qualidade da prestação dos serviços e atendimento de metas. Entretanto, não se confundem as competências do órgão ambiental estadual – CETESB (Companhia Ambiental do Estado de São Paulo) – com as da entidade reguladora, sendo a primeira responsável pelo licenciamento e fiscalização ambiental, estabelecimento de normas técnicas específicas de padrões e controle de poluição, além do monitoramento e controle ambiental.

Destaca-se também que, havendo identificação de falhas ou irregularidades na prestação dos serviços, e que não tenham sido corrigidas pela concessionária, seja pela obrigatoriedade de correção destas ou por determinação específica, poderá ser prevista a possibilidade de correção pelo poder concedente, e não pelo regulador, que não dispõe de responsabilidades e mecanismos para esse fim.

Ressalta-se que a aplicação de sanções deverá se dar, no mínimo, em observância às normas vigentes da entidade reguladora, visando também a segurança jurídica das concessões, restando evidente a importância da atuação do regulador nos processos de estruturação das concessões. Poderá haver discussões para prever ao regulador competência para definir novos tipos infracionais e penalidades adicionais às previsões contratuais, com a devida análise do risco regulatório, como apresentado no item “l”. Ainda, a reversão das importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas previstas no contrato deverá estar adequadamente definida.

1.15) Taxa de Fiscalização, Controle e Regulação – TFCR

De acordo com o Art. 18 da Lei Complementar n.º 1.413/2024, na ausência de especificação contratual nos termos do artigo 17 desta mesma lei, as agências reguladoras farão jus ao recebimento de taxa de fiscalização, controle e regulação. O parágrafo único do mesmo artigo define que a TFCR será de 0,50% (cinquenta centésimos por cento) do faturamento anual diretamente obtido com a prestação dos serviços e atividades abrangidos na esfera de atuação das agências reguladoras, subtraídos os valores dos tributos incidentes sobre o faturamento. Desta forma, os estudos de viabilidade deverão considerar a TFCR no cálculo da receita requerida do projeto, se considerado que o concessionário será o responsável por esse custo.

Importante que a minuta do contrato de concessão e demais documentos correlacionados façam referência à taxa devida, de acordo o estabelecido na lei referenciada, a qual dispõe sobre o regime jurídico das agências reguladoras do Estado de São Paulo, não devendo assim prever valor fixo ou percentual diferente do estabelecido na legislação.

2) ANÁLISE COMPARATIVA COM CONSÓRCIO DE OUTRO ESTADO DO BRASIL – COMARES

COMARES (Consórcio Intermunicipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos – Cariri) é um consórcio integrado por 9 (nove) municípios – Altaneira, Barbalha, Cariri, Crato, Farias Brito, Jardim, Missão Velha, Nova Olinda e Santana do Cariri – e que objetiva conceder a prestação integral dos serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos (coleta comum e seletiva, transporte, transbordo, tratamento e disposição final) por um prazo de 30 (trinta) anos, com valor do contrato estimado em R\$ 814.100.000,00 (oitocentos e quatorze milhões e cem mil reais). Demais municípios que venham a manifestar interesse na prestação dos serviços pela concessão serão considerados atendidos, porém, tratados como receitas acessórias.

Atualmente, o contrato de concessão encontra-se assinado, com previsão de início de operação em dezembro de 2024. Entretanto, devido ao questionamento jurídico do Estado do Ceará ocorrido em 2023 sobre alguns aspectos, com destaque para a constitucionalidade da cobrança pela prestação dos serviços no município de Fortaleza, ocasionando impedimento político para que a CAGECE (Companhia de Água e Esgoto do Ceará) realize o cofaturamento, há risco iminente de inviabilidade de a concessão prosseguir. Por conseguinte, outros municípios também questionaram juridicamente termos do contrato de concessão.

Destacam-se abaixo alguns aspectos comparativos principais em referência às temáticas anteriormente apresentadas e vivenciadas pela ARSESP nos processos de estruturação de concessões:

Em relação ao atendimento às normas de referência da ANA, o edital do contrato é anterior à publicação da NR n.º 07/224, que dispõe sobre as condições gerais para a prestação direta ou mediante concessão dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos. Desta forma, não foram inseridas as diretrizes federais para o saneamento básico no âmbito do contrato. Também houve o entendimento de que a regulação seria contratual, não podendo ser aplicados ao contrato vigentes normativos posteriores da ARCE.

Segundo Alceu Galvão, houve integração dos objetivos da concessão com a Política Estadual de Resíduos Sólidos, incluindo a integração com políticas e iniciativas envolvendo temáticas de reciclagem, associações e cooperativas, compostagem (centralizada), Planos de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD), dentre outras.

Em relação à sustentabilidade econômico-financeira, considerando que se trata de concessão comum, previu-se a cobrança direta de tarifa dos usuários dos serviços e, para fins de buscar tratamento da alta inadimplência característica da cobrança pela prestação dos serviços de resíduos sólidos, historicamente inserida no IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), foi estabelecida na modelagem da concessão a previsão de retenção de recursos da concessão advindos da cobrança para que estes suportem um nível pré-definido de inadimplência.

De acordo com Alceu Galvão, houve um bom alinhamento entre os estruturadores da concessão e a agência reguladora em relação aos indicadores de desempenho, em especial quanto àqueles que previam o monitoramento e demanda de uma presença física do regulador na operação dos serviços, o que seria inviável em termos de logística e disponibilidade da equipe, inclusive considerando que não há a figura do verificador independente no contrato. Em geral, a ARCE foi favorável às propostas apresentadas, também sobre a atuação regulatória diante dos contratos de interdependência. Da mesma forma, restou claro que o acompanhamento de projetos e obras é competência do poder concedente, o qual poderá contratar, a seus custos, empresa gerenciadora para assisti-lo.

No contrato a ser regulado pela ARCE, como citado anteriormente, entende-se haver uma regulação estritamente contratual e, dessa forma, os procedimentos fiscalizatórios e sancionatórios estão previstos integralmente no contrato. A agência vem desenvolvendo normativo sobre a temática, com base na Norma de Referência n.º 07/2024 da ANA, mas considerando as previsões contratuais existentes. Quanto aos mecanismos de solução de controvérsias, contém, inclusive, a previsão de contestar decisão da agência reguladora.

CONCLUSÕES

A atuação das agências reguladoras infranacionais nos processos de estruturação de concessões e PPP em resíduos sólidos é essencial para garantir que esses modelos sejam viáveis, sustentáveis e alinhados com os interesses públicos. As agências desempenham um papel fundamental ao atuar como entidades técnicas e imparciais, trazendo segurança jurídica, transparência e eficiência para a gestão integrada dos serviços.

A possibilidade de dialogar com diferentes atores também é de suma importância para o fortalecimento e maturidade regulatória, à medida que o corpo técnico também absorve conhecimento sobre a estruturação de concessões e o

⁶ <https://www.arce.ce.gov.br/comares/> e <https://www.arce.ce.gov.br/download/contrato/>

planejamento regional dos resíduos sólidos urbanos. Por parte da agência reguladora há demandas de melhorias, em especial para permitir maior eficiência e agilidade nas análises dos processos diante dos prazos curtos dos processos de estruturação e as possíveis revisões dos documentos. Fundamental também que a agência busque maior alinhamento e ampliação de sua atuação diante das políticas públicas nas três esferas governamentais.

Ressalta-se que para alguns estruturadores de concessões, tais considerações apresentadas podem ter sido superadas, entretanto, o que se espera demonstrar também é a variedade de condições em que a entidade reguladora se insere no acompanhamento de tais processos. Ao comparar com processo de estruturação de outro estado, é possível observar que há questões e problemas comuns a serem enfrentados a nível nacional, mas também permite reconhecer a existência de contratos e processos mais bem elaborados, que poderão servir de base para projetos futuros.

Há alguns pontos aqui apresentados que merecem discussões mais amplas visando trazer segurança jurídica e regulatória aos processos de estruturação de concessões. Outro ponto a destacar é a necessidade de interface mais direta com os órgãos de controle, como Ministério Público e Tribunais de Contas, para que haja maior entendimento de interesses comuns como o fortalecimento da governança, transparência e eficácia dos contratos de concessão. A interação com esses órgãos visa assegurar que as atividades da agência estejam em conformidade com a lei, garantindo também segurança jurídica aos próprios processos regulatórios.

A atuação da agência reguladora infranacional nos processos de estruturação de concessões e PPPs em resíduos sólidos é indispensável para assegurar segurança jurídica e regulatória, qualidade técnica na elaboração e fiscalização dos contratos, equilíbrio econômico-financeiro e modicidade tarifária, transparência e credibilidade no processo, promoção da sustentabilidade ambiental e cumprimento de políticas públicas.

Ao assumir um papel de garantia e fiscalização imparcial, a agência reguladora fortalece a governança, reduz riscos e incentiva a eficiência operacional, assegurando a entrega de serviços de qualidade e alinhados com o interesse público. Diante de análises e reflexões sobre sua atuação em tais processos, a ARSESP evidencia a importância de sua atuação e da necessidade de discussões sobre aspectos que possam interferir na atividade das entidades reguladoras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ANA, Agência Nacional de Águas e Saneamento. (2021). Resolução n.º 79, de 14 de junho de 2021. **Matriz de Riscos**. https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2021/0079-2021_Ato_Normativo_14062021_20210615084026.pdf?19:41:57
2. ANA, Agência Nacional de Águas e Saneamento. (2024). Resolução n.º 178, de 15 de janeiro de 2024. **Mecanismos de Cobrança**. https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2024/0178-2024_Ato_Normativo_15012024_20240116175803.pdf?20:17:09
3. ANA, Agência Nacional de Águas e Saneamento. (2024). Resolução n.º 187, de 19 de março de 2024. **Condições gerais para a prestação dos serviços**. https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2024/0187-2024_Ato_Normativo_19032024_20240321094540.pdf?20:17:09
4. BRASIL. (1995). **Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm
5. BRASIL. (2007). **Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm
6. Brasil. (2024). **Lei Complementar n.º 1.413, de 23 de setembro de 2024**. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2024/lei.complementar-1413-23.09.2024.html>
7. ARSESP. (2021). **Deliberação ARSESP n.º 1.143, de 11 de março de 2021**. Disponível em: <https://www.arsesp.sp.gov.br>
8. ARSESP. (2022). **Deliberação ARSESP n.º 1.346, de 03 de novembro de 2022**. Disponível em: <https://www.arsesp.sp.gov.br>
9. ARSESP. (2022). **Deliberação ARSESP n.º 1.304, de 05 de julho de 2022**. Disponível em: <https://www.arsesp.sp.gov.br>