

CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA

**Novo marco regulatório para o saneamento básico: estratégias para
definição, capacitação e acompanhamento das normas de referência
emitidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA**

Programa Cátedras Brasil

Brasília/DF – 2021

DADOS DO AUTOR

Carlos Roberto de Oliveira

Doutor (2020) e Mestre (2012) pela Faculdade de Direito da USP, Pós-Doutorando (2021-2022) pela UNESP, Secretário-Executivo da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos, Institucionais, Governança e Controle Social – CTJI-GCS da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, Diretor da Agência Reguladora ARES-PCJ (SP), Procurador Jurídico da ARES-PCJ (licenciado) e Professor. E-mail: carlosroberto@alumni.usp.br

A presente pesquisa foi desenvolvida no âmbito do Projeto Cátedras Brasil, da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, com concessão de bolsa-pesquisa (Edital ENAP nº 125/2020 – Área Temática: I - Propostas de mudanças regulatórias que não envolvem orçamento).

RESUMO

As diretrizes nacionais para o saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007) foram alteradas significativamente pela Lei Federal nº 14.026/2020, chamada de “novo marco regulatório para o saneamento”. O propósito especial dessa mudança na legislação foi enfrentar os problemas estruturantes dos serviços públicos de saneamento básico (água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem), que apresentam persistentes e conhecidas ineficiências, tais como: baixos índices de tratamento de esgoto, prestação fragmentada e sem ganho de escala, ínfimos investimentos para a universalização dos serviços e ausência de padrão normativo para a regulação. Dentre as propostas trazidas com a lei, temos a delegação à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA das prerrogativas para emissão de diretrizes nacionais para uniformização da regulação dos serviços públicos de saneamento – denominadas de normas de referência. A presente pesquisa explora as bases conceituais da norma de referência e apresenta sugestões de estratégias para sua implementação, dentre elas: critérios e limites para a definição das normas de referência, modelo de capacitação para difusão dos novos conhecimentos e modelagem para o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento dessas normas. A tarefa delegada à ANA é bastante desafiadora, porém tende a ser um marco de segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade para a regulação setorial do saneamento básico no Brasil.

Palavras-chave: Lei Federal nº 14.026/2020. Norma de referência. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA. Regulação infranacional.

SUMÁRIO

1. Saneamento básico e sua regulação	06
1.1. Pressupostos da regulação do saneamento básico: independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira e poder normativo	09
1.1.1. Independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira.....	11
1.1.2. Poder normativo	13
1.2. Novo cenário do poder normativo com a edição da Lei federal nº 14.026/2020	18
1.2.1. A normatização através de recomendações (<i>soft law</i>).....	21
1.2.2. Premissas para exercício do poder normativo pela ANA.....	28
1.3. Cenário desejável e perspectivas para a normas de referência	31
2. Critérios para definição das normas de referência	37
2.1. Agenda regulatória da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA	38
2.2. A proposta da Associação Brasileira de Agências Reguladoras – ABAR	42
2.3. Racionalidade e propostas para uma adequada construção das normas de referência.....	47
2.3.1. Detalhamento do processo participativo na construção das normas	49
2.3.2. Conteúdo das normas: não-invasão de competências das reguladoras infranacionais...	51
2.3.3. Ritmo de produção das normas	54
2.4. Controle social e participação na construção das normas de referência	59
2.4.1. Constituição de grupos temporários de trabalho	62
2.4.2. Instrumentos de controle social	64
2.4.2.1. Análise de impacto regulatório – AIR	65
2.4.2.2. Consultas públicas	68
2.4.2.3. Audiências públicas.....	70
3. Capacitações dos reguladores infranacionais e da sociedade civil para as normas de referência	73
3.1. Atividades de capacitação desenvolvidas pela ANA	74
3.2. A capacitação como instrumento de orientação para a discussão prévia das normas	77
3.3. A capacitação para difusão das normas aprovadas	78
3.4. Agenda de capacitações proposta pela ANA	81
3.5. Contribuições para um processo de capacitação efetivo dos reguladores e da sociedade civil	84
3.5.1. Capacitação como instrumento de incentivo à universalização da regulação	85

4. Acompanhamento do cumprimento das normas de referência	87
4.1. Norma de referência como elemento de indução à política pública de universalização do saneamento básico	88
4.2. Norma de referência como relevante instrumento de segurança jurídica	90
4.2.1. Norma de referência como elemento de indução e não de coerção	93
4.2.2. Teoria do <i>spending power</i> como estratégia limitada	96
4.2.3. Progressividade na avaliação de cumprimento da norma	103
4.2.4. Contribuições ao modelo de avaliação de cumprimento da norma	105
4.2.4.1. Progressividade e periodicidade como parâmetros para a efetividade da norma	105
4.2.4.2. Aferição de conformidade dos reguladores infranacionais	108
4.2.4.3. Garantia de direito de defesa na avaliação de cumprimento da norma	111
4.3. Avaliação de cumprimento das normas mediante exposição dos reguladores	112
4.4. Análise de Resultado Regulatório – ARR	114
4.4.1. Análise de efetividade das normas de referência.....	116
5. Conclusões	117
Referências bibliográficas	120
Anexo I – Agenda Regulatória da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico	126

1. Saneamento básico e sua regulação

Os serviços públicos de saneamento básico são serviços essenciais à vida, com fortes impactos na saúde da população e no meio ambiente. Sua prestação é uma obrigação do Estado e tais serviços sempre foram vistos como uma questão de relevância nacional.

A evolução de implantação e níveis de atendimento sempre foram desafiados pelo grande processo migratório da população rural para as cidades, devido a fatores como a industrialização do século XX. Infelizmente, as políticas públicas de expansão não foram proporcionais à demanda criada, explicando, assim, o atraso de acesso a serviços básicos e de relevância como água tratada e esgoto coletado e devolvido ao meio ambiente com o tratamento adequado.

As primeiras mudanças contundentes e de abrangência nacional no saneamento básico só puderam ser encontradas a partir de 1967 com as políticas públicas que estruturariam, posteriormente, o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA). Neste período, o Banco Nacional da Habitação (BNH) ficou responsável pelo gerenciamento do Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), sendo este sistema e o Plano de Metas e Bases para Ação do Governo – criado em 1969 – bases do PLANASA.

A particularidade do PLANASA foi, através de grande modificação estrutural, ter expandido os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, tendo a União como ente responsável pela coordenação e apoio financeiro. Sua extinção, em 1992, deixou o sistema de saneamento básico à mercê de políticas públicas infrutíferas como o Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS), explicando os grandes embates jurídicos e o quadro confuso de competências em matéria de saneamento básico que conhecemos.

Mesmo diante da falta de perspectivas pela descontinuidade de políticas públicas de fomento, a participação privada no setor de saneamento básico sempre foi acanhada – em especial, pela forte opinião política para evitar a delegação aos particulares –, sendo que as primeiras iniciativas são datadas da década de 1990, com a criação do Programa de Assistência Técnica à Parceria Público-Privada em Saneamento (PROPAR) e o Programa de Financiamento a Concessionários Privados de Saneamento (FCP/SAN).

Dados recentes da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto – ABCON¹ apontavam para a atuação privada através de 178 (cento e setenta e oito) contratos, atendendo 291 (duzentos e noventa e um) municípios e população total atendida de aproximadamente 30,4 (trinta milhões e quatrocentos mil) pessoas.

Diante desse cenário de poucos incentivos públicos, inexistentes ou restritas políticas setoriais e participação bastante acanhada da iniciativa privada, demandas por uma legislação efetiva e com critérios claros para a atração de investimentos e segurança jurídica entraram na pauta do Legislativo brasileiro, ocasião em que se passou a discutir a regulamentação das diretrizes para o saneamento básico, nos exatos termos do art. 20, XX, da Constituição Federal.

Após anos de debate no Congresso Nacional, foi sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei Federal nº 11.445/2007, responsável por ditar as diretrizes nacionais para o saneamento básico e pela política federal de saneamento. A regulamentação da Lei, ainda que tardia, deu-se no ano de 2010, com o Decreto Federal nº 7.217.

A Lei Federal nº 11.445/2007 representa importante instrumento de avanço – jurídico e de tecnicidade – para o setor de saneamento básico, criando regras objetivas para temas recorrentemente apontados como falhas/deficiências no setor: planejamento, regulação e controle social.

No tocante ao planejamento da prestação de serviços de saneamento (nos termos do art. 19 da citada Lei), submete o município à obrigação de planejar suas ações no âmbito local (planos municipais de saneamento)²³ ou no âmbito regional (plano de desenvolvimento urbano

¹ Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. *Panorama da participação privada no saneamento*. 116p. 2020. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Panorama2020-baixa-FINAL.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

² Destaca Maria Luiza Machado Granziera: “É preciso planejar como será feita a prestação dos serviços, de acordo com as características e necessidades locais, com vistas a garantir resultados positivos, no que se refere à qualidade ambiental e da saúde pública. O planejamento também corresponde ao princípio da eficiência, pois direciona o uso dos recursos públicos de forma racional”. Cf. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 653-654.

³ O conceito de plano municipal de saneamento básico pode ser extraído da Portaria nº 118, de 14 de fevereiro de 2012, da Fundação Nacional da Saúde – FUNASA que define como “O Plano Municipal de Saneamento Básico, nos termos da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 e Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, tem como diretrizes a promoção da equidade social, o estímulo à adequada regulação dos serviços, o planejamento com base em indicadores epidemiológicos e de desenvolvimento social, a qualidade de vida e o desenvolvimento urbano e regional dentre outros fatores focados na qualidade dos serviços, visando sua universalização”.

integrado – PDUI)⁴, em se tratando de regiões metropolitanas, aglomerados urbanos ou microrregiões.

No tocante ao acompanhamento da qualidade dos serviços e regras tarifárias, que muitas vezes estavam submetidas a decisões meramente políticas e sem estudos claros que avaliassem as reais necessidades de universalização e de melhorias, a norma federal inova e subordina o prestador ao acompanhamento técnico de uma agência reguladora independente⁵.

O modelo de regulação no saneamento básico difere totalmente de outros mercados e serviços públicos regulados, em virtude das competências constitucionais⁶ relacionadas ao exercício da titularidade no saneamento, que é municipal⁷, o que será exaustivamente tratado no presente estudo.

Outro avanço foi a participação social no saneamento básico, nominada pela Lei como controle social, entendido como o acompanhamento e verificação das ações e metas da gestão pública na execução das políticas públicas, através da avaliação dos objetivos, processos e resultados. O modelo de acompanhamento da sociedade está exposto no art. 47 da Política Nacional de Saneamento Básico.

A proposta foi bastante elogiada desde o seu início, em virtude da tímida transparência para os atos de gestão no saneamento, dado que, historicamente, existe um déficit de participação social na formulação e fiscalização das políticas públicas de saneamento básico.

Com a Lei nº 11.445/2007 e o seu Decreto regulamentador, tivemos o início de uma profissionalização do setor, buscando a harmonia entre o planejamento, a regulação da prestação destes serviços públicos (como premissa para a padronização de metas e indicadores) e o controle social para garantir a transparência das ações.

Mesmo em processo de consolidação, a Política Nacional de Saneamento Básico foi alvo de uma grande campanha de revisão, com o propósito de revisitar muitos pontos da Lei Federal nº 11.445/2007, sendo denominado de “novo marco regulatório do saneamento básico”.

⁴ Cf. art. 12 da Lei federal nº 13.089/2015 – Estatuto da MetrÓpole.

⁵ Cf. art. 21 e seguintes da Lei federal nº 11.445/2007.

⁶ No caso do saneamento há uma peculiaridade: a Constituição Federal reconheceu à União, mesmo não sendo a titular dos serviços, competência para legislar sobre eles no âmbito das diretrizes (art. 21, XX). Por conta dessa particularidade temos disciplina legislativa em dois níveis: o das diretrizes como norma federal (Lei 11.445/2007) e as normas específicas e locais, estabelecidas pelos Municípios e Distrito Federal.

⁷ Cf. art. 30, I e V da Constituição Federal.

A ideia de revisão da norma fracassou em duas oportunidades: com a Medida Provisória nº 844, de 06 de julho de 2018 e, posteriormente, com a Medida Provisória nº 868, de 27 de dezembro de 2018, que perderam vigência por falta de consenso.

Após muitas negociações na Câmara dos Deputados e Senado Federal, o texto do Projeto de Lei – PL nº 4.162/2019 foi aprovado, com a decorrente sanção da Lei Federal nº 14.026/2020, que alterou significativamente a Lei Federal nº 11.445/2007.

As alterações trazidas com a Lei trouxeram significativas mudanças em pilares já consolidados na Política Nacional de Saneamento, e podem ser divididas em três blocos de conteúdo normativo, entendidos como: i) Novas atribuições relativas a recursos hídricos para a Agência Nacional de Águas (que passa a ser nominada como Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico); ii) Delegação de competências para a edição de normas de referência relativas à regulação do saneamento à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico; e iii) Regramentos referentes à contratualização da prestação de serviços de saneamento básico, com destaque para a formação de unidades regionais⁸, para ganho de escala⁹ e sustentabilidade¹⁰ na prestação dos serviços.

Nesse cenário ainda de grande acomodação dos novos conceitos jurídicos, é gestado o presente estudo, com recorte metodológico específico do item de competências para edição de normas de referência relativas à regulação do saneamento básico à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, que serão explorados a seguir.

1.1. Pressupostos da regulação do saneamento básico: independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira e poder normativo

⁸ Nesse sentido, o Decreto Federal nº 10.588/2020: “Art. 2º. A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização”.

⁹ A ideia de ganho de escala com agrupamento de município para prestação regionalizada tem sido incentivada e bastante estudada, sendo um dos fomentadores o Banco Mundial. Cf. WORLD BANK GROUP. 2017. *Joining Forces for Better Services: when, why, and how water and sanitation utilities can benefit from working together*. World Bank, Washington, DC. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28095>. Acesso em: 13 mai. 2021.

¹⁰ Nesse sentido, o Decreto Federal nº 10.710, de 31 de maio de 2021: “regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização”.

Para que possamos abordar as principais as questões relacionadas com a regulação do saneamento e os demais desdobramentos desse modelo, tanto a partir de sua gênese, com a Lei Federal nº 11.445/2007, quanto pela movimentação de rearranjos de estruturas normativas e jurídicas, com a Lei Federal nº 14.026/2020, temos de entender o processo de consolidação e a essência da função regulatória.

Vale tomar, como pano de fundo, a reforma administrativa do Estado brasileiro, ocorrida com maior intensidade a partir da década de 1990. Nesse período, houve um forte movimento de desestatização justificado por uma grave crise fiscal e pela incapacidade de endividamento estatal, o que, por sua vez, impossibilitava os investimentos em infraestrutura para uma adequada prestação direta dos serviços públicos pelo Estado¹¹.

Esse processo levou a uma forte tendência de prestação indireta de serviços públicos (por terceiros, mediante concessão), sendo mantida com o Estado a função regulatória. Convencionou-se nominar esse processo de transição do modelo de “Estado Prestador” para o “Estado Regulador”.

No conceito de Estado Regulador, o Poder Público deixa de ser o controlador, diretor, planejador e indutor do desenvolvimento e passa a atuar como regulador dessa atividade exercida pelo privado, balizando a concorrência e estimulando a oferta de serviços essenciais em um ambiente competitivo¹².

Nessa nova visão de atuação, a Administração Pública deixa de ocupar-se com a prestação dos serviços e reserva a si a prerrogativa de normatizar e fiscalizar as metas finalísticas e de interesse públicos dos serviços, tais como: universalidade de cobertura e acesso, segurança, qualidade, regularidade e gestão tarifária.

No caso específico do saneamento básico, a estruturação da função regulatória¹³ foi fundada em vários pilares, com destaque para dois: governança e poder normativo. O primeiro

¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Agências reguladoras intermunicipais de saneamento básico: atualidade, problemática e desafios. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essencial Idea Editora, 2016, p. 24.

¹² Nesse sentido: FARIA, José Eduardo. *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 8.

¹³ Nos dizeres de Graeme A. Hodge e Eric Windholz: “Inicialmente, a regulação era mais expressiva em setores econômicos tradicionais, como infraestrutura, comércio, corporações, finanças e garantia de equilíbrio de condições para enfrentar mercado competitivo. Atualmente, observa-se aumento substancial do volume de atividades reguladas e, portanto, da quantidade de autoridades reguladoras econômicas e sociais, a ponto de alcançar setores como saúde, segurança, proteção ao consumidor e meio ambiente, entre outros”. Cf. HODGE,

ponto, extremamente caro para a regulação, diz respeito à estruturação e garantias para que o regulador possa atuar de forma independente e com base em critérios técnicos. O segundo tem relação direta com a prerrogativa do regulador em normatizar e criar padrões e metas para o setor regulado, criando, assim, um ambiente de sinergia com o regulado em torno de pautas de interesse dos serviços, do prestador e da sociedade usuária.

1.1.1. Independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira

Em relação à governança, várias foram as preocupações do legislador para que existisse um ambiente independente e técnico para o exercício da função regulatória, o que foi destacado na Lei de Saneamento:

“Art. 21. A função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.”

Como se vê, houve atenta preocupação para que existisse clara blindagem do ente regulador contra eventuais ataques à sua autonomia, com destaque para o modelo autárquico¹⁴ – que assegura a autonomia nas decisões administrativas e financeiras – retirando hipóteses de submissão do regulador à Administração Pública titular dos serviços.

Pautas de tecnicidade e de transparência nas decisões são bastante reforçadas na Lei e foram reafirmadas no Decreto Federal nº 7.217/2010, que regulamentou a Política Nacional de Saneamento; vejamos: “art. 28. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios: I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e

Graeme A.; WINDHOLZ, Eric. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set/dez 2013.

¹⁴ Nas clássicas lições de Hely Lopes Meirelles: "A autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz *ínsita*, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico". Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 331.

financeira da entidade de regulação; e II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões”.

Além da atenção destacada para que a agência tenha autonomia decisória, atue com rigor técnico em suas decisões e dê ampla publicidade aos seus atos para a sociedade, há outras preocupações em relação à garantia de liberdade decisória para os agentes públicos que atuam na regulação, com destacado interesse do Poder Público para que os diretores e demais técnicos que atuam na regulação tenham garantias de estabilidade no emprego e sejam assegurados contra a captura ou represálias em decorrência do exercício de suas funções.

Com base nessas preocupações, outra característica foi incrementada às agências reguladoras para aumentar a autonomia da entidade em relação às autarquias comuns. Dentre esses privilégios legais, os mais comuns e bastante incentivados no ambiente da regulação são: mandatos fixos para os dirigentes e quarentena remunerada (autorizando atuação no mercado somente após o fim da reserva especial de prazo).

No primeiro caso, a defesa é de interesse pessoal, ou seja, o dirigente poderá decidir, com base em suas convicções técnicas, sem que haja possibilidade de perda de sua função por mera decisão política de exoneração sem justo motivo. No segundo caso, a defesa é da própria instituição, que será blindada de informações privilegiadas ao mercado por dirigente que deixa o posto ao final de seu mandato.

Esses privilégios legais especiais de reforço de autonomia justificam a classificação das agências reguladoras como autarquias em regime especial¹⁵, o que tem sido incentivado e apresentado resultados bastante interessantes, notadamente com a garantia de mandato para os dirigentes, o que reduz em grande escala a interferência política nas decisões do regulador.

O modelo de governança desejado para as agências reguladoras infranacionais tende ao padrão de consolidação dessas garantias institucionais e especiais, e será normatizado através de norma de referência (art. 4º-A, §1º, inc. VIII, da Lei 9.984/2000, na redação da Lei 14.026/2020).

A norma de referência terá grande valor de estabilidade jurídica se buscar replicar o modelo de governança definido na Lei Federal nº 13.848/2019 (que estabelece a gestão, a

¹⁵ Destaca Odete Medauar: “Por vezes, a diferença de regime está no modo de escolha ou nomeação do dirigente. Por vezes está na existência de mandato do dirigente, insuscetível de cessação por ato do Chefe do Executivo. Por vezes, no grau menos intenso dos controles. Por vezes no tocante à gestão financeira”. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82.

organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras federais) – não que essa Lei seja perfeita ou mais a adequada –, porém, teríamos uma padronização satisfatória em termos de governança para agências federais e infranacionais, cada qual com suas atribuições, mas com estruturas organizacionais e decisórias similares.

1.1.2. Poder normativo

O exercício do poder normativo das agências reguladoras é atividade típica de sua função regulatória. A expedição de normas com conteúdo técnico, econômico e social é indispensável para que a prestação indireta dos serviços públicos se suceda de acordo com o planejamento do ente detentor da titularidade desses serviços.

Críticas recorrentes levantam que o exercício do poder normativo é típico do Poder Legislativo, e não do Poder Executivo, Judiciário ou da Administração Pública indireta. Em um raciocínio apressado, esta constatação poderia trazer dúvidas sobre a efetiva natureza e alcance dos atos normativos emanados pelas agências reguladoras. Afinal, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, sendo que os preceptivos normativos emanados pelo Poder Legislativo, por meio do processo legislativo previsto na Constituição Federal, além dos próprios dispositivos constitucionais, representam a fonte de legitimidade dos seus atos administrativos. Sendo assim, uma conclusão equivocada levaria ao entendimento de que o poder normativo seria exclusivo do Poder Legislativo e, portanto, incompatível com as funções desempenhadas pela Administração Pública direta ou indireta.

Insista-se que é importante ressaltar a viabilidade do exercício do poder normativo da Administração Pública porque, não raramente, em direito administrativo, justamente, se sustenta ao Poder Legislativo toda a legitimidade para se determinar os caminhos de atuação da Administração Pública.

Nessa perspectiva, o Poder Legislativo representaria o único dos três poderes com competência para ditar as regras a serem seguidas pela Administração Pública. Aqueles que assim pensam defendem a equivalência da Administração Pública a um órgão executor de leis,

tal como um braço mecânico do legislador, ou seja, como se não houvesse função criadora na atividade administrativa¹⁶.

Trata-se do conceito estrito do dever de observância da legalidade, segundo o qual, na Administração Pública, não há liberdade. Ou seja, é a interpretação mais estreita do consagrado brocardo: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”¹⁷.

Contudo, não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico brasileiro, em variados graus, reconhece também à Administração Pública a competência para exercer o poder normativo – ou, em outras palavras, o exercício da “função normativa”. Isso quer dizer que, embora o poder normativo seja típico do Poder Legislativo, não existe exclusividade no seu exercício (assim como o Executivo não detém exclusividade sobre a função administrativa e o Judiciário não possui exclusividade sobre a função judicante).

Sem dúvidas, o exercício do poder normativo pela Administração Pública qualifica-se como uma atividade normativa secundária, sujeita ao princípio da legalidade e, assim, aos limites da lei e da Constituição Federal. Todavia, é necessário perceber que o poder normativo da Administração Pública se reveste de grande importância, seja no detalhamento de suas disposições, seja no preenchimento de significado e conteúdo que a disposição legal eventualmente exija.

Acontece que já não há mais como se minimizar a função técnica e criadora da atividade administrativa. A concepção de vínculo da Administração Pública à legalidade em sentido estrito encontra-se em xeque na atualidade, pois deve ser adotado um conceito mais amplo de legalidade¹⁸. Em outras palavras, a normatividade nem sempre se exaure no ato emanado pelo Poder Legislativo.

A função regulatória não pode se expressar somente a partir de uma mera reprodução analítica da lei. A regulamentação de uma lei pode ser muito mais que isso, uma vez que é possível “ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar”, como

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.137.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 82.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo, Editora Atlas, 2012, p. 6-7.

explica Caio Tácito¹⁹. Leia-se, em apoio ao que se sustenta, o comentário de Carlos Ari Sundfeld²⁰:

“A vinculação absoluta da Administração ao legislador foi a primeira grande técnica concebida para a direção sistemática da ação administrativa pelo Direito. Mas a experiência foi mostrando gargalos e insuficiências, o que levou ao paulatino enriquecimento do direito administrativo com outras técnicas. Elas alteraram aos poucos as características do sistema, inicialmente concebido como de legalismo formal (em que o legislador faria as escolhas, o administrador as executaria e os juízes corrigiriam as ilegalidades formais), tornando-o muito mais complexo. [...]

A orientação dos juristas que reserva toda deliberação pública relevante para o Legislativo supõe ser viável retirar a Política da administração, reduzir a mera técnica o papel dos dirigentes e funcionários públicos. Mas essa orientação despreza a experiência histórica e não faz sentido no mundo contemporâneo, em que o largo espectro de funções assumidas pelo Estado exige uma Administração Pública também de largo espectro.”

A rigor, portanto, ao produzir uma norma, a Administração Pública regulamenta a lei anteriormente promulgada pelo Poder Legislativo ou atua no espaço definido e permitido por ela. Para isso, a norma decorrente da Administração não terá necessariamente a função de detalhar e especificar o comando desta lei, pois deverá apenas guardar o limite da “não contradição” (não deve contradizer ou contrariar a lei) e da “não inovação” (não pode inovar completamente, sem fundamento legal de autorização, que, no entanto, pode ser genérica)²¹.

Assim, ao atribuir-se a um determinado órgão ou entidade da Administração Pública a competência para exercer o poder normativo sobre matéria de sua especialidade e âmbito de atuação, a lei deve fixar os respectivos limites ao exercício desta competência.

Portanto, o poder normativo atribuído às agências reguladoras possui limites bem-postos, sendo que a sua extensão se identifica com a sua origem legal, não podendo contradizer ou inovar completamente a legislação aplicável, assim como deve respeitar as competências estabelecidas em seus atos constitutivos.

Desse modo, para o que interessa à presente investigação, cumpre registrar que, desde que obediente aos limites desenhados pela lei e pelos seus atos constitutivos, o exercício da função regulatória pelas agências reguladoras encontra amparo no princípio da legalidade,

¹⁹ TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 510.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 137, 141.

²¹ MIRAGEM, Bruno. *A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70-71.

possuindo, portanto, caráter vinculante e sendo de observância obrigatória por parte dos agentes regulados. Afinal, "a fonte da regulação não é a norma reguladora, mas a lei"²².

Nesta linha de entendimento, é possível que a entidade responsável pela regulação, manifestando o seu poder normativo, disponha sobre matérias e elabore normas jurídicas que acolham fórmulas, regras ou definições técnicas e científicas próprias dos setores regulados.

A propósito e no mesmo sentido do que ora se sustenta, leia-se a opinião de Leila Cuéllar, em sua obra intitulada "As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo"²³:

"Os diplomas legais que recentemente instituíram agências reguladoras no Brasil atribuem a esses órgãos poder para expedir normas jurídicas. Trata-se de situação polêmica frente ao direito constitucional brasileiro, pois uma interpretação rígida dos princípios da separação dos poderes e da legalidade vedaria a possibilidade de detenção de poder normativo por parte das referidas agências.

Todavia, é preciso salientar que na própria noção de agência reguladora está implícita a ideia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa. Logo, não teria sentido criar tais entes sem que eles pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências. [...]

Importa destacar que a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter geral, veiculatórias de sua política econômica. Tampouco seriam úteis na hipótese de configurarem mera "reprodução", com denominação diversa, das tradicionais autarquias. Verifica-se, portanto, que as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhe foram outorgadas. [...]

A competência normativa conferida às agências reguladoras brasileiras pelos diplomas legais que as instituíram, além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível, para que tais entes possam desempenhar de maneira eficiente suas atribuições."

Em se tratando de saneamento básico, registre-se que a Lei federal nº 11.445/2007 outorga expressamente o poder normativo às entidades de regulação, conforme estabelecem expressamente os seus arts. 22 e 23, além do parágrafo 2º do art. 25. O Decreto federal nº 7.217/2010, por sua vez, também é categórico ao atribuir às agências reguladoras o seu necessário poder normativo.

²² SOUTO, Marcos Juruena Villela. As Agências Reguladoras e Entidades Similares. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1145.

²³ CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001, p. 107, 129, 141.

A doutrina especializada também se posiciona favoravelmente ao poder normativo das agências reguladoras, como exemplifica este excerto da lavra de Wladimir Antônio Ribeiro e Ivan César Ribeiro²⁴:

“Contudo, a posição hoje hegemônica é a que reconhece o poder normativo das agências, entendendo que a Constituição permite à lei reconhecer essa competência. Não se confunde o poder regulamentar, do chefe do Poder Executivo, com a competência de editar normas, muitas delas de conteúdo técnico ou previstas em contratos ou outros instrumentos. A lei genérica e abstrata do constitucionalismo clássico é insuficiente para os desafios sociais e econômicos atuais, sendo natural que se reconheça a órgãos do Executivo o poder de editar normas que completem o seu sentido, inclusive garantindo que alcancem eficácia.”

Na esfera internacional, especialmente nos Estados Unidos da América, que exerce grande influência sobre o modelo brasileiro, o poder normativo é amplamente reconhecido às agências reguladoras. Leia-se a doutrina internacional especializada²⁵:

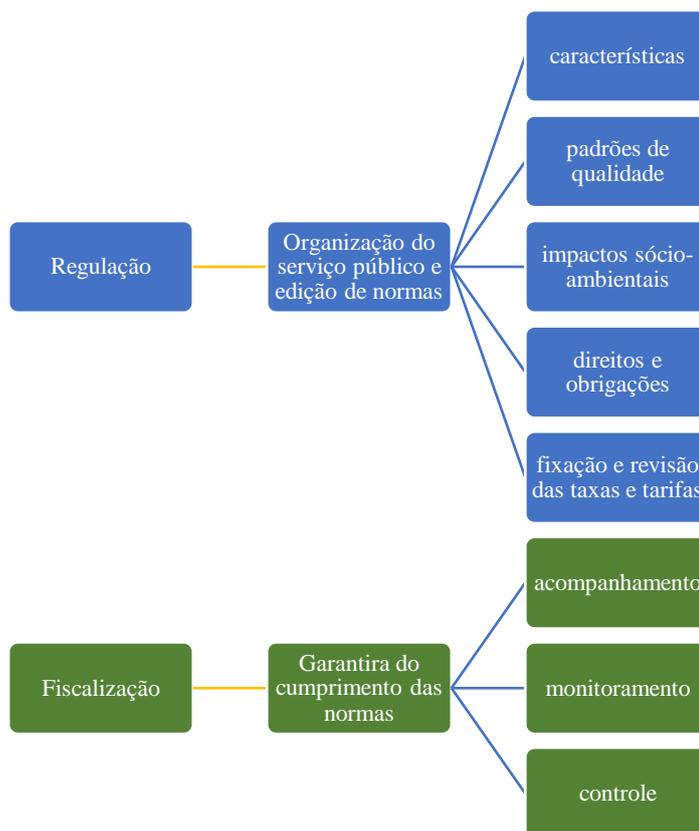
O *Administrative Procedure Act* (APA) aplica-se a todas as agências do Poder Executivo, incluindo-se as denominadas agências reguladoras independentes. O APA prescreve os procedimentos para a atuação da agência reguladora, como, por exemplo, para o exercício do *rulemaking* [criação de normas], assim como para as a revisão judicial dos seus atos. O *rulemaking* é o "processo para a formulação, alteração ou revogação de uma regra", enquanto uma regra é "uma declaração da agência, de aplicação geral ou especial, com efeito futuro, destinada a aplicar, interpretar ou prescrever lei ou política pública, ou descrever a sua organização, procedimentos, ou ainda, os requisitos práticos de uma agência." [Tradução livre]

Apesar do entendimento favorável ao poder normativo da Administração Pública, é necessário registrar, apenas, que os limites do exercício desse poder encontram-se na lei e na Constituição Federal. No caso das agências reguladoras de saneamento básico, as normas regulatórias por si expedidas devem obediência aos limites legais instituídos pela Lei federal nº 11.445/2007 que autoriza a delegação da função regulatória. Os limites normativos dos entes reguladores infranacionais podem ser resumidos no seguinte quadro (Figura 1).

²⁴ RIBEIRO, Wladimir Antônio; RIBEIRO, Ivan César. *Análise de impacto regulatório no Brasil*. Migalhas, 21 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI117582,31047-Analise+de+impacto+regulatorio+no+Brasil> Acesso em: 4 fev. 2021.

²⁵ BURROWS, Vanessa K.; GARVEY, Todd. A brief overview of rulemaking and judicial review. *Congressional Research Service*. Prepared for Members and Committees of Congress, United States, 2011.

Figura 1 – Organograma de funções regulatórias.



Fonte: elaboração própria.

1.2. Novo cenário do poder normativo com a edição da Lei federal nº 14.026/2020

Como se viu, o exercício do poder normativo é reconhecido como elemento essencial à função regulatória – não apenas no Brasil, mas também em outras nações com modelo regulatório inspirados na consagrada e consolidada experiência americana.

No tocante ao saneamento básico, as agências reguladoras têm compreendido a relevância dessa normatização e editam, nos limites do art. 23 da Lei federal nº 11.445/2007, normas com as mais variadas temáticas: condições gerais para prestação de serviços²⁶, critérios para reajustes e revisões em contratos de concessão e parcerias público-privadas²⁷, requisitos

²⁶ Sobre o tema, dentre inúmeros normativos produzidos, convidamos à leitura da Resolução nº 50/2014, da Agência Reguladora de Saneamento ARES-PCJ. Disponível em: http://www.arespcj.com.br/arquivos/40820_Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_50_2014_-_Condi%C3%A7%C3%B5es_Gerais_-_Alterada.pdf. Acesso em: 04 fev. 2021.

²⁷ Sobre o tema, dentre inúmeros normativos produzidos, convidamos à leitura da Resolução nº 303/2019, da Agência Reguladora de Saneamento ARES-PCJ. Disponível em:

para atendimento às regras de controle social²⁸, dentre muitas outras possíveis de serem extraídas do citado comando legal da Política Nacional de Saneamento Básico.

A liberdade de normatização sempre foi compreendida como uma prerrogativa do regulador, limitada somente pelo comando legal das diretrizes nacionais da Lei de Saneamento Básico, cabendo a cada entidade reguladora definir os pontos passíveis de regulamentação de acordo com as peculiaridades locais.

Em suma, o ponto central da normatização no saneamento sempre foi otimizar a regulamentação do setor com um olhar para a realidade local – papel incumbido às agências de cada Estado da Federação (absorvendo as práticas regionais), ou, até mesmo, pelas agências municipais (que refletem os interesses estritamente locais).

Ocorre que esse modelo regulatório – entendido como bastante acertado frente à competência constitucional do Município para temas de saneamento básico²⁹ –, passou a sofrer críticas e pedidos de alterações. Dentre as fragilidades apontadas, em relação à regulação e fiscalização dos serviços³⁰, citamos:

(i) Excessivo quadro de atores emitindo normas com conteúdo regulatório, dando origem a pluralidade de tratamentos jurídicos, técnicos e econômicos para a mesma atividade, ou seja, entendimentos diversos para assuntos idênticos;

(ii) Diferentes estágios de maturidade institucional e normativa dos reguladores infranacionais, criando assimetrias de tratamento e níveis de exigências diversos para serviços idênticos; e

(iii) Dificuldade de atendimento das normas por parte de prestadores que atuam sob a fiscalização de várias agências reguladoras infranacionais, gerando ineficiências nas situações

http://www.arespcj.com.br/arquivos/89943_Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_303_2019_-_Procedimentos_de_reajustes_e_revis%C3%B5es_para_as_Concess%C3%B5es_e_PPPs.pdf. Acesso em: 04 fev. 2021.

²⁸Sobre o tema, dentre inúmeros normativos produzidos, convidamos à leitura da Resolução nº 01/2011, da Agência Reguladora de Saneamento ARES-PCJ. Disponível em:

http://www.arespcj.com.br/arquivos/20794_Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_01_2011_-_Conselho_de_Regula%C3%A7%C3%A3o_-_Alterada_.pdf. Acesso em 04 fev. 2021.

²⁹ Cf. art. 30, I e V da Constituição Federal.

³⁰ No presente estudo atemo-nos aos impactos regulatórios da alteração legislativa e convidamos à leitura da íntegra da Lei federal nº 14.026/2020, que aborda outros pontos relevantes para o setor de saneamento básico, tais como: fomento aos ambiente de competição licitatória para a prestação dos serviços (fim da dispensa de licitação para os contratos de programa); obrigatoriedade de contratualização com indicadores de qualidade dos serviços e metas de investimentos (limite de 2033 para a universalização dos serviços) e ganho de escala através da formação de blocos regionais para prestação dos serviços.

em que prestadores com atuação regional ou nacional estão submetidos a regras diversas para temas idênticos³¹.

As críticas foram tomando argumentos técnicos e jurídicos com a experimentação da norma ao longo de sua vigência e pautas de eficiência, previsibilidade e segurança jurídica foram trazidas para os debates de aprovação da Lei federal nº 14.026/2020³². Nesse sentido, destaca Thiago Marrara³³:

“[...] o contexto atual se caracteriza por alta assimetria procedimental, material e organizacional, bem como por custos significativos de transação, já que os agentes econômicos interessados em transitar por diferentes Municípios terão que realizar investimentos significativos para compreender e dominar tecnicamente o arcabouço regulatório aplicável ao mesmo serviço nas diferentes localidades. Não raro, como consequência desses fatores, também aumenta a insegurança jurídica, aqui entendida como baixa previsibilidade de como o Estado agirá em cada situação.”

No tocante ao poder normativo e atuação dos entes reguladores infranacionais, a forma pensada para o aprimoramento da racionalidade e padronização das regras deu-se com o inovador conceito de diretrizes nacionais³⁴, emitidas através de normas de referência, delegadas à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA.

³¹ No escopo jurídico da regulação do saneamento básico, é bastante comum, por conta da titularidade municipal, depararmos com prestadores de serviços que atuam em diversas cidades e estejam submetidas a vários regimes normativos de regulação. Um exemplo dessa complexidade é o Estado de Santa Catarina, que possui a sua prestadora CASAN e esta, em razão dos arranjos jurídico-regulatórios, está submetida às regras de três agências reguladoras em seu limite territorial: ARESC, ARIS e AGIR. O problema do poder normativo regulatório, nesse tipo de caso, gera assimetrias e ineficiências, pois, para assuntos idênticos, temos tratamentos diversos por parte de cada uma das agências, como é o caso de regras de prestação de contas para reajuste anual das tarifas.

³² Lembra Carlos Roberto de Oliveira que: “A pauta foi gestada diante de intensos debates nos últimos anos, tanto é que sua ideia conceitual fracassou em duas outras oportunidades: nas Medidas Provisórias 844, de 06 de julho de 2018 e 868, de 27 de dezembro de 2018, que perderam vigência por falta de consenso”. Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 73.

³³ MARRARA, Thiago. “Mosaico Regulatório”: as normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 65.

³⁴ Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “Não custa lembrar que ‘instituir diretrizes’ não autoriza a União a exaurir o tema, de modo a esvaziar a autonomia dos entes federativos competentes para prestar os serviços”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan/mar 2002.

1.2.1. A normatização através de recomendações (*soft law*)

Diante do problema da falta de uniformidade das normas regulatórias setoriais de saneamento básico, passamos para reflexões sobre a natureza jurídica desses normativos e os destaques que devem ser ponderados na solução adotada através de normas de referência.

Como salientado, o modelo de normas de referência foi inserido pela Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, e conceituado no art. 3º do citado diploma legal:

“Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445.”

O tema foi circundado de debates e polêmicas, com destaque para a resistência corporativa de associações representativas de classes nacionais, que deram ênfase nos problemas jurídicos decorrentes dessa solução legal.

Superados alguns pontos, houve consenso na aprovação do texto, porém, ficou definido que o poder para edição das normas de referência deve ter limites materiais e seu conteúdo ser taxativamente descrito na Lei. A preocupação residia no potencial excessivo poder regulamentar concedido à ANA, o que caracterizaria um “cheque em branco” para normatizar temas por sua livre escolha. O rol do §1º, do art. 4º-A, detalha em 13 tópicos o limite material das normas, sendo:

(i) Padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico; (ii) Regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, incluindo os mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda; (iii) Padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário; (iv) Metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões; (v) Critérios para a contabilidade regulatória; (vi) Redução progressiva e controle da perda de água; (vii) Metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados; (viii) Governança das entidades reguladoras; (ix) Reúso dos efluentes sanitários tratados; (x) Parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico; (xi) Normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema

separador absoluto de tratamento de efluentes; (xii) Sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico; (xiii) Conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

Buscou-se, com o rol taxativo de limite material, criar barreiras objetivas aos poderes regulamentares delegados à ANA concernentes às normas de referência, exatamente para que não haja intrusão em temas afetos ao poder normativo remanescente dos entes reguladores infranacionais, garantido por força da titularidade municipal e pautados no art. 23 da Política Nacional de Saneamento Básico.

Como ilustrado por Rui Cunha Marques³⁵, o âmbito material de atuação normativa pode ser dividido, didaticamente, em quatro eixos regulatórios: regulação técnica, regulação econômica, regulação contratual e outros aspectos relevantes à política setorial (Figura 2).

Figura 2 – Divisão temática das normas de referência.

REGULAÇÃO TÉCNICA	REGULAÇÃO ECONÔMICA	REGULAÇÃO CONTRATUAL	DEMAIS ASPECTOS
<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Padrões de qualidade e de eficiência <input type="checkbox"/> Metas de Universalização <input type="checkbox"/> Sistema de avaliação metas Universalização <input type="checkbox"/> Redução e controle de perdas <input type="checkbox"/> Medidas de segurança, contingência e racionamento 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Regulação tarifária <input type="checkbox"/> Contabilidade regulatória <input type="checkbox"/> Metodologia indenização de ativos 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Padronização modelos de contrato <input type="checkbox"/> Parâmetros para determinação caducidade <input type="checkbox"/> Conteúdo mínimo para prestação universalizada <input type="checkbox"/> Procedimentos de fiscalização e sanções contratuais 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Governança Regulatória – Agências Reguladoras <input type="checkbox"/> Reuso <input type="checkbox"/> Substituição sistema unitário por separador

Fonte: MARQUES (2020, p. 6).

Além do detalhamento de conteúdo, as normas de referência serão instituídas de forma progressiva, com o propósito de atender princípios básicos de universalização, qualidade, sustentabilidade e integridade (de acordo com os incisos do art. 2º da Lei nº 11.445/2007).

Adicionalmente, o novo marco regulatório determina que as normas de referência estimulem a concorrência, incentivem a regionalização, reduzam custos de transação de modo

³⁵ MARQUES, Rui Cunha. Velocidade da construção das diretrizes e prazo para a implantação das Normas de Referência pelas agências. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020, p. 6.

a perseguir a tarifa módica, inclusive com previsão de meios de subsídio para populações de baixa renda (§§ 2º, 3º e 8º do art. 4º-A citado)³⁶.

O fundamento para a alteração incorporada pela Lei nº 14.026/2020, reforça, ainda, a importância da uniformidade. Inobstante a diversidade de normas emitidas pelas agências infranacionais seja capaz de gerar um rico espectro de experiências e de boas práticas regulatórias, ela reduz a desejada padronização, dificulta a compreensão do sistema de saneamento e eleva custos de transação e de aprendizado de agentes econômicos, bem como o grau de insegurança³⁷. Nesse sentido, o §7º do art. 4º-A delimita que “a ANA zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços”.

Diante desses argumentos, o debate teórico sobre a uniformidade normativa teve boa acolhida e os aspectos de segurança jurídica e previsibilidade foram bastante citados; porém, a nomenclatura jurídica adotada para o instituto – “norma de referência” – aponta para terminologia nova que deve ser mais bem compreendida e assimilada pelo direito regulatório brasileiro.

Não temos paradigmas na legislação brasileira de normas emitidas por uma agência reguladora que sirvam de “recomendações” a outros reguladores. Nesse sentido, estudiosos do tema têm levantado preocupações sobre a compreensão do instituto. Destaca Rodrigo Pagani de Souza³⁸:

“A expressão “normas de referência” é terminologia propensa a confusões. Não são normas – embora se lhes tenha emprestado o nome tão significativo, tão sagrado, para o Estado de Direito –, são proposições de futuras normas. São referências sem valor normativo, propostas pela agência federal para que os diretamente responsáveis por regular o saneamento básico (sejam Estados, sejam Municípios), aí sim, possam escolher entre adotá-las ou não. Fica a dúvida: se não são normas efetivamente, mas apenas normas em potência – que se traduzirão em normas, efetivamente, apenas se e quando forem adotadas, pelas autoridades competentes, na forma da lei e do Direito –, então por qual razão foram desde logo, por antecipação, qualificadas pelo que ainda não são? Por que a aposta – carrego o tom para argumentar aqui – numa meia-verdade, quero dizer, numa expressão que, se por um lado traduz a verdade de que são meras “referências” dotadas de especial legitimidade (porquanto propostas por autoridade

³⁶ CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: *soft law* federativo? *Revista Digital da ESA OABRJ*, vol. 3, ano 3, 2021, p. 93.

³⁷ MARRARA, Thiago. “Mosaico Regulatório”: as normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 66.

³⁸ SOUZA, Rodrigo Pagani. Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 90.

governamental), por outro promove o engano e a confusão ao ditar que sejam “normas” e assim sugerir, subliminarmente, que possam trazer em si desde logo a força e a legitimidade de normas jurídicas válidas, de cumprimento obrigatório?”

Em que pese a boa acolhida para as justificativas de criação das normas de referência como instrumentos de padronização e segurança jurídica, muito se questiona sobre aspectos de constitucionalidade dessa escolha.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6583, proposta pela Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento – ASSEMAE, levanta tese jurídica sobre a inconstitucionalidade da norma, notadamente pela burla da competência constitucional dos municípios para tratar de assuntos locais de saneamento (no caso, regulatórios) e dos Estados em regiões metropolitanas. Rodrigo Pagani Souza³⁹ apresenta, também, as suas preocupações em relação ao tema:

“São esses dois, portanto, os erros de partida da Lei 14.026/2020 em matéria de competência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico no País: ao confiá-la à ANA (ainda que indiretamente, como uma produtora de proposições referenciais), federaliza indiretamente uma atribuição articuladora que a Constituição confiou, antes, aos Estados (art. 25, § 3º); e ao dizer serem “normas de...” o produto da atuação da ANA, faz acreditar que a competência federal na matéria seja produzir normas jurídicas de regulação, quando tal competência simplesmente não existe (o máximo que a União ou uma entidade federal poderia fazer é propô-los, mas a confusão soa conveniente para um projeto que, no espírito, se apraz com a federalização pura e simples da competência). Dito ainda em poucas palavras, o novo marco peca de partida por uma “federalização branca” da competência regulatória, em menoscabo aos Estados; e por apostar na paulatina assimilação e acomodação da ideia de que à União, por sua agência reguladora, compete produzir normas de regulação, quando seu papel deveria ser inequivocamente orientativo.”

A discussão foi exaustivamente enfrentada e a redação das propostas foram sendo aprimoradas, tanto nas Medidas Provisórias nº 844, de 06 de julho de 2018, e nº 868, de 27 de dezembro de 2018, quanto no Projeto de Lei nº 4.162/2019 (aprovado e numerado como Lei nº 14.026/2020), deixando claro a natureza de diretriz dessas normas.

Como destaca André Cyrino⁴⁰, as normas de referência enquadram-se, juntamente com as leis federais sobre o tema, na competência da União para instituir diretrizes sobre

³⁹ SOUZA, Rodrigo Pagani. Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 92.

⁴⁰ CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo? *Revista Digital da ESA OABRJ*, vol. 3, ano 3, 2021, p. 93.

saneamento básico urbano (art. 22, XX, CF). Elas também têm supedâneo na competência da União (compartilhada com Estados e Municípios) para promoção de melhorias no saneamento básico da população (art. 23, IX, CF). Partindo-se de tais dispositivos constitucionais, tem-se que as normas de referência deverão ter conteúdo geral. Com as dificuldades inerentes a esse tipo de conceito aberto, as normas de referência, por esse ângulo, não poderão descer a especificidades regionais e locais. Afinal, o serviço público deve ser prestado, antes de tudo, pelos Municípios e pelas regiões metropolitanas, consoante o regime por eles instituídos. São, assim, normas gerais, tal como referido pelo art. 24, § 1º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, para justificar e acomodar a norma de referência nas peculiaridades constitucionais do saneamento básico, foram delimitados dois mecanismos:

1) *Delimitação material*. As normas de referências são orientações e esforços de padronização. Devem ser entendidas como diretrizes gerais e nacionais com conteúdo delimitado em Lei e que não invadem o campo de regulamentação local e específica sobre saneamento básico urbano, que segue à disposição das agências reguladoras infranacionais. Atende-se, com essa justificativa, a regra do art. 22, inc. XX, CF⁴¹; e

2) *Liberdade para adesão às normas de referência*. Não existe obrigação legal e nem compulsoriedade para atendimento às normas. Como existe um esforço desejável de uniformização por parte da União aos optantes pelas normas, haverá o incentivo econômico de acesso a recursos federais, nos termos do art. 50, III e §8º, da Lei Nacional de Saneamento⁴².

Diante dessas duas condicionantes inovadoras no sistema regulatório brasileiro, entendeu-se como viável juridicamente⁴³ a emissão de diretrizes gerais pelo regulador nacional e a liberdade de adesão – ou não – dessas referências para o arcabouço normativo do regulador infranacional.

⁴¹ Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (grifo nosso)

⁴² Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: [...]

III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA; [...]

§ 8º A manutenção das condições e do acesso aos recursos referidos no caput deste artigo dependerá da continuidade da observância dos atos normativos e da conformidade dos órgãos e das entidades reguladoras ao disposto no inciso III do caput deste artigo. (grifo nosso)

⁴³ Em que pese a avaliação do Legislativo pela legalidade e a sanção presidencial avalizando esse texto, há no Supremo Tribunal Federal, três ações diretas de inconstitucionalidade questionando a Lei, são elas: ADI nº 6492, ADI nº 6536 e ADI nº 6583.

Apesar das resistências e estranhamentos iniciais, o modelo de norma de referência como diretriz encontra o seu fundamento em instituto do direito internacional público que, apesar de desconhecido no direito regulatório, é bastante utilizado no âmbito internacional público: o instituto do *soft law*⁴⁴.

O princípio das normas de *soft law* é regido pela voluntariedade de adesão – a não obrigatoriedade –, sendo exatamente essa a ideia gestada para as normas de referência de saneamento básico. Pode parecer, em uma primeira análise, que a falta de obrigatoriedade levará o modelo proposto ao fracasso, porém, outras condicionantes e instrumentos de coerção podem emprestar força para o seu atendimento.

Essas táticas de coerção indireta são bastante comuns no direito internacional que, diante da ausência de regras vinculantes, impõem sanções comerciais ou restringem benefícios. Destacam Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet⁴⁵:

“Por mais que se destaque a falta de força obrigatória das recomendações não significa que não tenham qualquer alcance. Se fosse esse o caso, seria difícil explicar a obstinação dos debates que conduziram à sua adoção. O seu impacto político é muitas vezes fundamental e mesmo o seu valor jurídico não é de desprezar.”

Para emprestar efetividade às normas diretivas, vários instrumentos de indução – que podem ser econômicos ou outras vantagens – já são utilizados pela União para orientar condutas de outros entes da Federação. Esse mecanismo, bastante explorado na teoria regulatória, é chamado de teoria do *spending power*⁴⁶, que poderia ser traduzido livremente para o nosso contexto como a “a força do dinheiro”.

Diversos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) vedam a transferência voluntária da União para incentivar o cumprimento dos limites de despesas ou endividamento. É também previsto no art. 28 da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004) para estimular o respeito ao limite financeiro das

⁴⁴ Destaca Matusalém Gonçalves Pimenta: “Para a doutrina clássica, o termo *soft law* é posto em paralelo com a expressão *hard law*. Esta, para identificar as normas cogentes (tratados e costumes internacionais) e aquele, para indicar a espécie de norma flexível e, nessa visão, não obrigatória.” Cf. PIMENTA, Matusalém Gonçalves. Uma visão contemporânea da *soft law*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 385, fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law/2>. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁴⁵ DINH, Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução: Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 252-253.

⁴⁶ ENGDAHL, D. The Spending Power. *Duke Law J*, v. 44, n. 1, p. 1-109, Oct. 1994. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol44/iss1/1/>. Acesso em: 07 mai. 2021.

parcerias em curso. O art. 50 da Lei nº 11.445/2007 já previa mecanismos de *spending power* para efetividade da norma, mas a Lei Federal nº 14.026/2020 deu-lhe nova amplitude e aplicação⁴⁷.

No caso do saneamento básico, com a condicionante de acesso a recursos federais somente àqueles que atendam a norma de referência, acentua-se a relevância e a pressão para que essas normas – em sua condição de diretrizes voluntárias – sejam observadas pelos entes reguladores infranacionais, sob pena de restrição (ou punição) de acesso de recursos federais aos seus prestadores de serviços regulados. Nas palavras de André Cyrino⁴⁸:

“Sem embargo, até que ponto, *e.g.*, a padronização de instrumento negociais, a definição de política de subsídio cruzado, ou o conteúdo mínimo de universalização serão inseridos em atos normativos efetivamente gerais? Talvez ciente dessa dificuldade, o legislador, valeu-se de instrumento cada vez mais comum na relação entre os entes federativos: condicionar apoios financeiros da União ao atendimento das normas de referência; espécie de *soft law* federativo, entendido aqui como normas, em princípio, não vinculantes, mas que, na vida real, serão cogentes. É nesse sentido, que as normas de referência poderão ser muito mais que simples regras gerais para Estados e Municípios que precisem de recursos da União.”

Com visão mais otimista acerca dos propósitos da Lei, aponta César Pereira⁴⁹:

“A Lei nº 14.026 traduz uma opção da União, no exercício de suas próprias competências constitucionais, no sentido de destinar recursos de outorga voluntária aos entes políticos cuja atuação se compatibilize com as diretrizes estabelecidas na Lei nº 14.026 sobre como realizar as finalidades constitucionais relativas ao setor de saneamento básico. Não implica frustração dos deveres da União quanto à redução das desigualdades regionais ou violação do federalismo cooperativo, mas a racionalização da destinação de recursos federais a partir de premissas sistematizadas na Lei nº 14.026 e retratadas nas normas de referência da ANA. Nada disso impede o exercício individual ou cooperativo, por parte de Estados ou Municípios, de suas competências com o emprego de seus próprios meios.”

⁴⁷ Nesse sentido, conferir: PEREIRA, Cesar. Lei 14.026 e a efetividade da regulação nacional uniforme do saneamento. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em: <http://www.justen.com.br>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁴⁸ CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo? *Revista Digital da ESA OABRJ*, vol. 3, ano 3, 2021, p. 94.

⁴⁹ PEREIRA, César. A ANA - Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e as normas de referência nacionais. *Revista Digital da ESA OABRJ*, volume 3, ano 3, 2021, p. 293.

1.2.2. Premissas para exercício do poder normativo pela ANA

O exercício do poder normativo a ser exercitado pela ANA, nos moldes definidos na Lei Federal nº 14.026/2020, está cercado de regras jurídicas a serem seguidas e de anseios institucionais para sua efetividade. Em outras palavras, a Lei não concedeu ao regulador federal uma “carta em branco” e tampouco legitimou poderes de ingerência nos rumos da regulação infranacional brasileira. O que se espera é o acréscimo de mais um ator na política pública de saneamento com vistas à segurança jurídica e racionalidade técnica, que incentivem a alavancagem de investimentos, universalização dos serviços e tarifas adequadas para o cidadão-usuário⁵⁰.

Nessa perspectiva, várias são as diretrizes a serem observadas para a boa prática de normatização da ANA, das quais destacamos:

(i) É necessário vigilância e atenção aos limites regulamentares (rol taxativo) que foram entregues pela Lei Federal nº 14.026/2020, sob pena de incorrer em ilegal invasão de competências normativas. A discussão das Medidas Provisórias que não alcançaram o status de lei demonstram como o tema do rol taxativo foi enfatizado durante todo o processo legislativo, notadamente para assegurar a coexistência harmônica entre ente regulador federal e agências infranacionais.

(ii) A norma de referência deve buscar, sempre que possível, fundamento nas melhores práticas do setor. Essa lógica, inserida na Lei Federal nº 9.984/2000 (art. 4º-A, §4º), busca harmonizar o cenário regulatório aproveitando as boas práticas consolidadas e produzindo baixo impacto (custos regulatórios). Na medida em que inserimos um conceito novo para todos, requeremos esforços da totalidade de prestadores e reguladores, sendo que, preservando e apoiando as práticas consolidadas, teremos de trazer à conformidade somente a parcela ainda não-aderente ao modelo ideal de prestação de serviços. Em resumo, prestigiar as práticas já experimentadas e consolidadas irá requerer menor cenário de acomodação normativa e com maior eficiência.

⁵⁰ Nos dizeres de Carlos Motta Nunes, Alexandre Anderaos e Cíntia Leal Marinho de Araújo: “Some of the major challenges of the WSS in Brazil have been a lack of standardization and regulatory effectiveness, lack of competition and attractiveness for the private sector, and, as a result, a lack of private investments”. Cf. NUNES, Carlos Motta; ANDERAOS Alexandre; MARINHO DE ARAUJO, Cíntia Leal. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. *BRICS Law Journal*. 2021;8(2):66-88. Disponível em: <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88>. Acesso em: 27 jul. 2021.

(iii) A norma de referência deve ser sensível ao seu objetivo-fim (universalização e qualidade dos serviços públicos), perseguindo sempre o propósito de simplificação das ações e efetividade, sob pena de dar margem a críticas e fomentar intervenções legislativas oportunistas – pautadas em interesses meramente políticos –, erodindo ou alterando a norma e minando seus efeitos. O desafio da norma de referência é ser factível para atrair defensores, criando uma onda estimulante de adesão. Caso isso não ocorra, teremos, como no triste caso dos planos municipais de saneamento, alterações infundáveis na norma, modificando substancialmente prazos e conceitos, com a finalidade de inserir na legalidade aqueles que não conseguiram atendê-los.

(iv) As escolhas administrativas expressadas nas normas de referência devem ser justificadas previamente através de Análise de Impacto Regulatório – AIR, de acordo com a prática absorvida pela Administração Pública Federal acerca da motivação e tecnicidade regulatória das suas normas – até mesmo para que não produzam efeitos adversos nos setores regulados. As orientações da OCDE e a mais recente legislação federal (Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019) estimulam e obrigam o regulador federal a uma análise crítica e estruturada sobre as escolhas administrativas.

No tocante ao item da Análise de Impacto Regulatório, observamos que a ANA vem desenvolvendo interessante trabalho de fundamentação de suas escolhas administrativas, além de inovar com a realização de várias rodadas de conversas iniciais, precedendo aos debates de controle social (consulta e audiência pública), com vistas à identificação do problema regulatório e buscando delimitar as ações normativas necessárias para uniformizar regras, dentro dos limites conferidos pela Lei.

Essas premissas foram atentamente observadas na Norma de Referência nº 01, com a emissão de diretrizes para a cobrança pela prestação do serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos (Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 1/2021/GT Saneamento)⁵¹.

⁵¹ Relatório de Análise de Impacto Regulatório Nº 1/2021/GT SANEAMENTO (Documento nº 02500.001458/2021-11). Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/RELAToRIO_DE_ANaLISE_DE_IMPACTO_REGULAToRIO_N%C2%BA_1-2021_-_GT_SANEAMENTO-1615933777596.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

O citado Relatório desenvolveu metodologia alinhada com as orientações da OCDE a respeito de seu objeto de investigação e definição do problema regulatório e seguiu linhas do modelo consagrado pela Anvisa⁵², reguladora reconhecida pela robustez de suas AIRs.

Nessa linha de orientações, espera-se do regulador federal que desenvolva as AIRs com consistente definição do problema regulatório e com criteriosa análise de cenários para as suas escolhas administrativas, observando, ao menos, os seguintes tópicos:

(i) *Análise e definição de problema* – contextualização do problema regulatório; descrição do problema regulatório e suas consequências; identificação e consulta aos agentes afetados e descrição dos objetivos da atuação regulatória;

(ii) *Construção das opções regulatórias* – descrição da situação regulatória vigente e construção do cenário; levantamento das opções regulatórias e mapeamento das experiências internacionais (quando existentes); análise das opções regulatórias quanto à viabilidade e proporcionalidade e descrição das opções selecionadas;

(iii) *Identificação e comparação dos impactos das opções regulatórias* – identificação dos impactos e dos agentes afetados; seleção dos impactos mais relevantes; comparação dos impactos; métodos qualitativos e quantitativos por multicritério (modelo de custo padrão, análise de custo-efetividade, custo-benefício etc.) e identificação da opção ou da combinação de opções que se mostra mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos;

(iv) *Plano de implementação, fiscalização e monitoramento das ações*: estratégia de implementação; estratégias de fiscalização e estratégias de monitoramento;

(v) *Participação social*: quando consultar os agentes afetados; como consultar os agentes afetados; quem deve ser consultado? quais mecanismos de participação social podem ser utilizados? (grupos de trabalho, consulta dirigida, diálogos setoriais, audiência pública, tomada pública de subsídio, consultas públicas, consultas regionais etc.)

Tais elementos trarão maturidade para as escolhas regulatórias e já apresentam um cenário de perspectivas futuras, munindo de elementos técnicos os envolvidos desde a fase de construção da norma, sem deixar o debate sobre as viabilidades tão somente para as fases de consulta e audiências públicas.

⁵² AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Guia de Análise de Impacto Regulatório, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmed/air/arquivos/guia-de-analise-de-impacto-regulatorio>. Acesso em: 23 jun. 2021.

1.3. Cenário desejável e perspectivas para a normas de referência

Como conclusão parcial desse capítulo, podemos destacar que a definição de diretrizes gerais e nacionais, através de norma de referência, foi uma opção legislativa acertada, em especial por perseguir a padronização e a segurança jurídica da regulação do saneamento básico⁵³.

Não podemos deixar de ressaltar, entretanto, que elaborar convenientemente uma norma de referência não é algo muito simples, pois são necessários estudos aprofundados, com mensuração e escolhas, através de instrumento de Análise de Impacto Regulatório (AIR), além da realização de consultas e audiências públicas, entre outras ações. Posteriormente à edição da norma de referência, as agências reguladoras infranacionais poderão emitir seus próprios normativos à luz da norma de referência da ANA, razão pela qual a atenção às melhores práticas já implantadas no setor é condição para o sucesso da empreitada⁵⁴.

Surge uma primeira questão a ser superada: para que haja uma atividade com alto rigor técnico e qualidade incontestada, é necessário municiar a ANA de recursos financeiros para estruturar a contratações de pessoal, de consultorias de apoio e demais aparatos fundamentais para a boa execução dessas novas tarefas delegadas. Nesse sentido, alerta Roberto Cavalcante Dinardi⁵⁵, antevendo dificuldades a serem enfrentadas (em estudo finalizado antes mesmo da sanção da Lei federal nº 14.026/2020):

“A atuação da ANA poderá sanar dificuldades regulatórias que, desde a promulgação da Lei nº 11.445/2007, não foram resolvidas, porém é possível neste momento serem criadas expectativas elevadas, haja vista a falta de cultura e expertise dessa agência no setor de saneamento. Desta forma, se o PL for sancionado, a ANA terá grandes desafios pela frente, principalmente para adequar sua estrutura operacional e para lidar com a complexidade de criação dessas normas de referência. Uma das alternativas

⁵³ Nos dizeres de Sérgio Guerra: “Se, de um lado, é justo sustentar que a função normativa exercida pelas entidades reguladoras decorre do tecnicismo galopante e que vive a sociedade de riscos, de outro, o modelo regulatório vigente no Brasil deve-se assentar em solução jurídica que impeça que a grande quantidade de atos normativos editados pelas entidades autárquicas especiais (inflação normativa) venha a conduzir o subsistema regulado ao agravamento da imprevisibilidade e consequente insegurança jurídica inerente à sociedade pós-industrial”. Cf. GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 355.

⁵⁴ Nesse sentido, conferir: MARQUES, Rui Cunha. *Definição do conceito e estrutura das diretrizes das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020, p. 9.

⁵⁵ DINARDI, Roberto Cavalcante. As expectativas e desafios quanto a criação das Normas de Referência para saneamento básico pela Agência Nacional de Águas – ANA. *Trabalho de conclusão de curso para obtenção do MBA em Saneamento Ambiental*. Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP), São Paulo, 2020, p. 61.

para a ANA é se valer da estrutura já existente das agências reguladoras infranacionais por meio de cooperação técnica, porém essa possibilidade precisa ser bem coordenada, para não sobrecarregar algumas agências infranacionais.”

Ocorre que, atualmente, uma das maiores preocupações do setor de saneamento é a falta de provisão, por parte do Governo Federal – através do Ministério da Economia –, para que sejam feitas as dotações em orçamento e os repasses necessários à ANA. Ou seja, temos uma tarefa de alta complexidade delegada sem que haja qualquer perspectiva de aportes financeiros públicos para fazer frente a tais atividades.

Em defesa dessa desejável e necessária dotação e aporte de recursos financeiros, destacamos o promissor cenário positivo de equipes especializadas e treinadas, aptas a acompanhar o cumprimento das normas de referência e desenvolver avaliações e estudos sobre os impactos das diretrizes gerais (através do instrumento e Avaliação de Resultado Regulatório – ARR).

Na perspectiva de um cenário desejável para as normas de referência, fica, então, o desafio imposto à ANA de executar uma política pública de qualidade sem aporte financeiro extra ou permanecer em ritmo mais conservador de atividades até que haja consenso sobre o repasse de recursos à autarquia federal.

Segunda questão: ponto que trouxe conforto e dissipou críticas dos reguladores infranacionais foi o rol taxativo de temas passíveis de regulamentação por normas de referência da ANA (art. 4º-A, §1º, da Lei federal nº 9.984/2000), assegurando previsibilidade e segurança jurídica à sociedade acerca do conteúdo e limite material das normas, já que se espera, com a diretriz nacional, padronização de condutas e regramentos para o setor, sem que existam ataques às prerrogativas constitucionais de titularidade local e de poder normativo dos reguladores infranacionais.

A preocupação não é exagerada, pois o ineditismo e a falta de precedentes⁵⁶ desse modelo de normatização colocam pressão sobre a ANA para apresentar um modelo criativo e inovador, em um segmento da prestação de serviços públicos historicamente fragmentado pela

⁵⁶ Fruto de pesquisa bibliográfica, Rui Cunha Marques destaca normas que se assemelham ao conceito de norma de referência em outras regulações setoriais. Aponta que “[...] foram encontrados alguns exemplos nos quais o dispositivo federal foi adaptado no âmbito infranacional. No primeiro exemplo, é apresentada uma Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – RDC nº 52, de 22 de outubro de 2009 - Anvisa e, no segundo, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) – Resolução Conama 03/90”. Cf. MARQUES, Rui Cunha. *Definição do conceito e estrutura das diretrizes das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020, p. 9-10.

concepção de titularidade local e com decisões descentralizadas em relação à União. Acerca desse ponto, destaca Juliano Heinen⁵⁷:

“São dois pontos essenciais a serem avaliados pela sua relevância no setor, bem como pelo seu ineditismo. Neste último aspecto, pode-se dizer que as “normas de referência” são originais no setor regulatório brasileiro, porque os demais setores (v.g. elétrico, transportes, telecomunicações etc.) não possuem tal paradigma. Veja que, nesses casos, o agente regulador expede normas diretamente aos agentes, tendo por base imediata as leis formais (v.g. normas de primeiro grau). No setor de saneamento, pretende-se estabelecer, a par das leis formais, um “agente regulador central” a definir regras uniformes que deverão ser observadas pelas demais agências reguladoras regionais ou locais. A rigor, haverá duas esferas de regulação no âmbito do saneamento básico brasileiro, o que, como se disse, é por deveras original.”

Reforçam esse entendimento, José Vicente Santos de Mendonça e Luciana Janes de Carneiro⁵⁸, ao destacarem:

“O fato determinante para legitimar a competência da ANA para normatizar os serviços de saneamento básico é a subsidiariedade. A ANA possui ônus de demonstrar que a uniformização regulatória é mais apta a atingir o fim almejado pela regulação do que a descentralização normativa. A ANA tem o dever de motivar suficientemente sua decisão de estabelecer norma de referência sob determinado aspecto do serviço de saneamento, com emprego de fundamentos técnico-científicos verificáveis [...].”

Terceira questão: há perspectiva favorável de concretização dos comandos da Lei nº 14.026/2020, porém o sucesso da empreitada depende: (i) da implantação gradativa⁵⁹ e com olhar atento para as melhores práticas⁶⁰; (ii) do ritmo de sua implantação, até mesmo porque a adaptação de todo o conjunto de entes reguladores infranacionais pede tempo de negociações, recursos financeiros e trâmites legislativos; e (iii) da capacidade de refletir as práticas regionais exitosas que já estão sendo praticadas pelos reguladores de saneamento.

⁵⁷ HEINEN, Juliano. Saneamento básico. *In: Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. HEINEN, Juliano (Org.), Salvador: JUSPODIVM, 2021, p. 458-459.

⁵⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de; CARNEIRO, Luciana Janes de. Normas de referência da ANA e regulação do saneamento: limites e possibilidades à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: GUIMARÃES, Bernardo Stobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 146.

⁵⁹ Art. 4º-B. [...] § 1º A ANA disciplinará, por meio de ato normativo, 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, que poderá ser gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a adequada preparação das entidades reguladoras.

⁶⁰ Art. 4º-A. [...] § 4º No processo de instituição das normas de referência, a ANA: I - avaliará as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios; [...]

Nesse sentido, as preocupações de Rui Cunha Marques⁶¹, ao destacar que:

“Um dos aspectos-chave para a elaboração das Normas de Referência pela ANA diz respeito ao rito processual para a sua construção. A ANA é uma agência reguladora nova no setor de saneamento, que vai regular e desenvolver Normas de Referência, que serão implementadas pelas Agências Reguladoras Infranacionais, algumas delas que regulam o setor de saneamento há muitos anos. Muitas das Normas de Referência também já existem e são aplicadas, de forma bem-sucedida, por estas entidades subnacionais, pelo que o trabalho e experiência desenvolvidos devem ser aproveitados. Logo, o processo de governança, que envolverá todo o rito processual de construção das Normas de Referência e, em particular, o engajamento dos reguladores infranacionais, é fundamental para o sucesso da implementação das Normas de Referência.”

Com a mesma visão de construção coletiva em busca da padronização, espera-se que as normas sejam validadas e debatidas com a sociedade para uma adequada legitimação democrática de transparência e de controle social. Não à toa, o novo marco regulatório do saneamento incentiva a abertura para contribuições por meio de sugestões da sociedade. Nesse sentido, o art. 4º-A:

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

[...]

II - realizará consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e

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.”

Quarta questão: além da convergência dos reguladores para a padronização – e a esperada segurança jurídica –, a diretriz tende a ser boa na medida em que qualifica e aprimora o trabalho dos reguladores infranacionais ainda em fase inicial de estruturação. Ou seja, uma das expectativas é que a norma de referência não seja apenas orientadora para padronização dos reguladores consolidados, mas que seus comandos sejam relevantes para alavancar estruturação

⁶¹ MARQUES, Rui Cunha. A reforma do setor de saneamento no Brasil: o reforço da regulação e do papel da ANA. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 42.

e boa governança para os reguladores infranacionais ainda em fase de desenvolvimento. Nesse sentido, as expectativas de Charles Corrêa Schramm⁶²:

“O novo marco contribui significativamente ao promover a ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) como a agência competente para elaborar normas de referência sobre o serviço de saneamento no país. Isto acaba por apresentar um caminho aberto para um ambiente regulatório mais organizado e padronizado. Se há um ponto frequente de manifestação crítica, particularmente de investidores estrangeiros, quando se analisam as oportunidades no Brasil, é quanto à ausência de padrões nacionais para os investimentos em diferentes regiões do país. Não pretendo afirmar que deixaremos de ter nossas características regionais e suas peculiaridades observadas, mas passaremos a ter um ponto de partida comum para o planejamento de todos os envolvidos e para todas as fases seguintes.”

Quinta questão: não necessariamente ligada às normas de referência, mas que se espera ver incentivada com a atuação da ANA, que é a universalização da regulação⁶³.

Estatísticas apontam que aproximadamente 1.800 municípios brasileiros ainda não contam com uma agência reguladora para fiscalizar e normatizar a prestação de serviços de saneamento básico (água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem urbana⁶⁴), mesmo passada mais de uma década da sanção da Política Nacional de Saneamento Básico.

A falta de adesão à regulação não está ligada à desestruturação, tampouco à falta de recursos financeiros do Estado ou dos Municípios, pois temos casos emblemáticos, como ocorre com o Estado de São Paulo, que soma mais de 250 cidades que não têm entidade técnica para a regulação do saneamento, ou seja, quase 40% do Estado mais desenvolvido da nação sem agência reguladora⁶⁵.

Nesse sentido, a expressão que cunhamos e tanto defendemos nos últimos anos, a chamada “universalização da regulação”, foi atendida pelo novo marco regulatório e inserida com a Lei Federal nº 14.026/2020, através do §5º do art. 8º:

⁶² SCHRAMM, Charles Corrêa. Investimentos em saneamento: será o novo marco regulatório capaz de nos levar ao atingimento da meta de universalização do saneamento básico no Brasil? In: DAL POZZO, Augusto (Coord.). *O novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 100-101.

⁶³ Nesse sentido, conferir: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 75-77.

⁶⁴ Cf. art. 3º, da Lei federal nº 11.445/2007.

⁶⁵ Nesse sentido, conferir: SADDY, André. Regulação do saneamento básico: obrigatoriedade da existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize os serviços de saneamento básico. In: *Aspectos jurídicos do saneamento básico*, SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-151.

“Art. 8º [...]

§ 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. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).”

Com vistas ao aprimoramento das políticas públicas de regulação dos serviços de saneamento básico, há grande expectativa para que essa obrigação legal dos municípios⁶⁶ seja incentivada e cobrada, independente da modelagem da prestação dos serviços – se executados pelo público ou pelo privado. Adverte Floriano de Azevedo Marques Neto⁶⁷:

“Importante lembrar que a Lei abre várias alternativas de configuração do ente que exercerá a regulação. A mais importante, pelo seu caráter inovador, talvez seja a delegação das competências regulatórias pelo titular do serviço para um ente de administração indireta de outra esfera da federação. É o que vem previsto no § 1º do art. 23. Por este dispositivo, alguns requisitos devem ser observados. O primeiro requisito é que a entidade reguladora delegatária pertença à administração indireta de um ente situado dentro dos limites territoriais do estado. Isso significa que, sendo os serviços de saneamento municipais, o poder local poderá delegar a regulação para um ente de outro município do mesmo estado, para um consórcio de municípios situados nos lindes estaduais ou para ente regulador do respectivo estado. Remanesceria a dúvida quanto a saber se poderia haver delegação da regulação de um município para um ente da administração federal. Na minha opinião, isto não se põe conveniente ou legalmente possível. É inconveniente porque a regulação do saneamento pressupõe proximidade com as circunstâncias locais (urbanísticas, ambientais, sociais) que são incompatíveis com um ente de abrangência mais ampla. É legalmente inviável, pois, do ponto de vista legal, interpreto o art. 23, § 1º (“entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado”) de forma a excluir os entes da administração federal, pois ela é constituída com limites obviamente mais amplos do que os estaduais.”

O texto da Lei foi bastante assertivo e trouxe regra com a finalidade de obrigar e padronizar a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, situação absolutamente necessária diante das conhecidas dificuldades de profissionalização no saneamento. Porém, não há qualquer estratégia desenhada ou sanção aplicável, no sentido de cobrar a efetividade dessa universalização da regulação.

O propósito é que existam regras objetivas e claras, políticas públicas de incentivo de cobrança e sanções para a não-adesão, sob pena de existirem normas de referência para unificar regras regulatórias de uma parte do país e a outra parte seguindo sem regulação. Ou seja, não é tolerável imaginar uma nação dividida em dois extremos, uma com regulação técnica e a outra à sorte das decisões políticas locais.

⁶⁶ Cf. art. 31 do Decreto federal nº 7.217/2010.

⁶⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. *In*: CORDEIRO, B. S. (coord.). *Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos*, vol. 1, Brasília: Editora, 2009, p. 179-180.

Sexta questão: que os instrumentos econômicos de indução (*spending power*) sejam utilizados com limitações para que não se crie uma “federalização branca”, no sentido de não promovida aberta e diretamente, mas com coações indiretas e um tanto inconfessadas⁶⁸, que possam desincentivar ou até excluir do cenário nacional muitas das agências infranacionais e seus respectivos prestadores de serviços. O papel do regulador federal deve ser sempre de incentivar a melhoria e não aniquilar os órgãos reguladores locais e a autonomia municipal.

2. Critérios para definição das normas de referência

Compreendidas as premissas legais e os fundamentos para a criação das normas de referência, passamos a destacar critérios e métodos que se esperam ver implementados para a boa execução da política pública de uniformização regulatória delegada à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

Trataremos, inicialmente, da agenda regulatória proposta pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, com vistas a entender a dinâmica de previsibilidade que se pretende para a construção das normas, bem como discorreremos sobre a proposta da Associação Brasileira de Agências Reguladoras – ABAR para essa construção normativa.

Abordaremos aspectos de racionalidade e propostas para uma adequada construção das normas de referência, frisando a importância de atenção ao conteúdo das normas, com ênfase na preservação das competências dos entes reguladores infranacionais, além do ritmo de produção dos normativos e a participação dos reguladores e regulados (sociedade civil), nesse processo.

Serão reforçados, ainda, aspectos de controle social na construção das normas, em especial diante dos comandos da Lei Federal nº 14.026/2020, que reforçam a importância de comissões técnicas permanentes para discussão de pautas, constituição de grupos temporários de trabalho, instrumentos de controle social (Análise de Impacto Regulatório – AIR, consultas públicas e audiências públicas).

Por fim, a proposta e a racionalidade das normas de referência serão orientadas pela lógica da boa governança e da clara divisão de competências entre o poder para emitir diretrizes e o poder normativo das agências reguladoras infranacionais. Na visão de Joisa Dutra, Egon

⁶⁸ Nesse sentido, conferir: SOUZA, Rodrigo Pagani de. Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 91.

Bockmann Moreira e Gustavo Kaercher Loureiro⁶⁹, espera-se desse cenário de divisão de competências e tarefas:

“[...] que propicie certas qualidades formais, de estrutura, que pavimentem caminho ou terreno onde floresça segurança jurídica. São elas. Se presentes qualidades como clareza, coerência, completude e estabilidade, mitigam-se (ou pelo menos criam-se modos de resolver) problemas com os quais o setor de saneamento já se debateu. Lacunas (fruto de tarefa que “não tem dono”) e concorrências desregradadas ou sobrepostas (tarefa que é de responsabilidade de muitos ou de todos) levam a casuísmos e oportunismos; ou seja, a decisões e empoderamentos que são efêmeros e estabelecidos por critérios pouco racionais, de pura força (política).”

2.1. Agenda regulatória da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA

Passo inicial da ANA para o desenvolvimento das normas de referência foi priorizar temas e estabelecer cronograma temporal para as atividades, promovendo a transparência e a previsibilidade, tanto para os setores regulados envolvidos quanto para os cidadãos-usuários.

O instrumento consolidado na prática regulatória para a divulgação de calendário das atividades é a Agenda Regulatória. A Agenda pauta o planejamento da atuação do regulador sobre temas prioritários para um determinado período, sendo que, do desenvolvimento e discussão dos temas, podem resultar atos normativos (Resoluções que aprovam as normas de referência) ou instrumentos regulatórios não-normativos (guias de procedimentos, manuais orientativos, “perguntas e respostas” etc.).

Seguindo essa lógica, a Agenda Regulatória da ANA passou pelas seguintes fases:

(i) *reuniões prévias de esclarecimentos*, coleta de dados e sugestões⁷⁰;

(ii) *definição do processo de edição de atos normativos* da Agenda Regulatória (Resolução nº 45, de 22 de julho de 2019⁷¹), com vistas à clara delimitação dos procedimentos para elaboração, revisão, implementação e monitoramento destes atos normativos federais;

⁶⁹ DUTRA, Joisa; MOREIRA, Egon Bockmann; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Competência e governança no setor de saneamento: quem faz o que? Rio de Janeiro: FGV-CERI, *Texto para Discussão*, abril/2021, p. 9.

⁷⁰ Destaca a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico que: “Para que a proposta fosse formulada, a ANA realizou 15 reuniões com diferentes segmentos do setor de saneamento e para ouvir representantes de todas as agências reguladoras infranacionais do Brasil. Também foi feito um recorte regional para que a ANA pudesse levar em consideração as especificidades locais. Um total de 50 agências, bem como associações com atuação em saneamento, propuseram as prioridades para a elaboração das normas de referência. Na elaboração da proposta, a ANA também abriu consulta pública para obter contribuições da sociedade em geral”. Cf <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/noticias-e-eventos/noticias/ana-define-normas-de-referencia-que-devera-elaborar-para-setor-de-saneamento-ate-2022>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁷¹ Resolução nº 45, de 22 de julho de 2019. Estabelece o processo de edição de atos normativos da Agenda Regulatória da Agência Nacional de Águas. Diretoria Colegiada, julho de 2019. Disponível em:

(iii) *submissão da proposta ao controle social* (Consulta Pública nº 03/2020⁷²);

(iv) *aprovação do conteúdo na Diretoria Colegiada* (Resolução nº 64/2021 – que aprova Eixo Temático 5 – Normas de Referência para Saneamento)⁷³; e

(v) *publicação no Diário Oficial da União* (08/03/2021)⁷⁴.

A ANA destacou, nesse processo, que a edição de normativos derivados dos temas da Agenda Regulatória observará, como diretrizes, a melhoria da qualidade regulatória, a consolidação e simplificação do arcabouço normativo, o planejamento e a transparência da atuação da Agência federal e o fortalecimento da participação social⁷⁵.

A proposta aprovada pela Diretoria Colegiada da ANA evidenciou que o instrumento de planejamento regulatório será revisado anualmente e o ciclo atual das normas de referência contempla o horizonte de 2021-2022.

Foi destacado, ainda, que as normas de referência priorizarão diretrizes gerais sobre padrões de qualidade e eficiência nos serviços públicos de saneamento básico. Estão previstas as seguintes normas para o biênio:

1º SEMESTRE DE 2021
Procedimentos para a elaboração de normas
Reequilíbrio econômico-financeiro para água e esgoto nos contratos de concessão licitados
Instituição de taxa/tarifa para resíduos sólidos urbanos
Conteúdo mínimo de contratos de programa e de concessão para água e esgoto
Padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia

https://www.ana.gov.br/arquivos/resolucoes/2019/0045-2019_Ato_Normativo.pdf?164320. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁷² Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/82>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁷³ Anexo I do presente estudo.

⁷⁴ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/retificacao-307010471>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁷⁵ Cf. art. 2º, da Resolução nº 45, de 22 de julho de 2019.

2º SEMESTRE DE 2021
Indenização de ativos para água e esgoto
Modelo organizacional das agências reguladoras infranacionais, transparência e <i>accountability</i>
Procedimentos para mediação e arbitragem
Diretrizes para infrações e penalidades do prestador dos serviços de água e esgotos
Matriz de riscos de contratos para água e esgoto
Diretrizes para metas progressivas de cobertura para água e esgoto e sistema de avaliação
Procedimentos para comprovação da adoção das normas de referência
Diretrizes para definição do modelo de regulação para água e esgotos

1º SEMESTRE DE 2022
Parâmetros para a determinação da caducidade
Critérios para a contabilidade regulatória privada para os serviços de água e esgotos
Condições gerais prestação dos serviços, atendimento ao público e medição, faturamento e cobrança, dos serviços de água e esgotos
Procedimentos gerais de fiscalização para os serviços de água e esgotos

2º SEMESTRE DE 2022
Diretrizes para modelo de regulação de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas
Condições gerais de prestação dos serviços de resíduos sólidos urbanos
Definição de medidas de segurança, contingência e emergência, inclusive racionamento
Reajuste tarifário para água e esgoto
Revisão tarifária para água e esgoto
Diretrizes para redução progressiva e controle das perdas de água

A pauta de hierarquização e priorização das normas foi debatida intensamente com reguladores infranacionais e prestadores de serviços públicos e privados, uma vez que não existe na Lei Federal nº 14.026/2020 a ordem cronológica para edição das normas. Buscou-se o consenso mínimo, já que todos os temas são relevantes e aguardados pelo setor.

O que é mais urgente: definir regras para a indicadores de qualidade ou regras de governança para as agências? Devemos priorizar regras de reajuste de tarifas ou infrações e penalidades para os prestadores que não atendem às regras contratuais?

A tentativa de criar uma escala de prioridades mobilizou a ANA para promover diálogos com os reguladores infranacionais e outras associações representativas de segmentos do saneamento básico, dentre elas: ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação, ABCON – Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto, ASSEMAE – Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento, AESBE – Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento e ABDIB – Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base.

Dentre as contribuições e debates públicos, alguns pontos afloraram como consenso para uma maior efetividade da Agenda Regulatória, em especial: (i) a preocupação em fornecer condições financeiras para que a ANA possa superar o quadro atual de restrições de equipe e de orçamento, que poderão ser fortes entraves para a nova atribuição legal da entidade; (ii) que o primeiro item da Agenda – procedimentos pra elaboração de normas – seja amplamente debatido e consensado com os reguladores e sociedade civil, já que dessa norma sairá a “regra do jogo”, ou seja, como se dará a participação na construção da norma, em quais situações serão criados grupos de apoio, como se dará o controle social e a forma de capacitação desses conteúdos; e (iii) que o ritmo das normas possibilite que titulares, reguladores infranacionais e prestadores de serviços consigam ajustar e/ou pactuar seus instrumentos contratuais em tempo adequado e factível.

Além das contribuições escritas e pronunciamentos em reuniões virtuais, uma das mais robustas participações foi a da ABAR, que contratou consultoria internacional do Professor Rui Cunha Marques⁷⁶ para propor hierarquização das normas e trazer uma visão externa do modelo mais adequado para esse tipo de sistematização.

O estudo apresentado pelo consultor e professor Rui Cunha Marques, além de sua consistente base teórica, contou com valiosa pesquisa de opinião de reguladores infranacionais, o que ampliou a percepção do setor acerca das expectativas das normas de referência, não só em relação à hierarquização, mas também em relação ao conteúdo e ritmo.

⁷⁶ MARQUES, Rui Cunha. *Definição do conceito e estrutura das diretrizes das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.

O processo participativo e o amplo diálogo, desenvolvidos pela ANA desde a edição da Lei Federal nº 14.026/2020, criou um ambiente de confiança, de compartilhamento de experiências e dos desafios comuns, o que foi reafirmado com os propósitos da Resolução ANA nº 45/2019. Nesse sentido destaca o consultor⁷⁷:

“Com a Resolução nº 45/2019, a ANA deixa claro as diretrizes para o processo de edição de atos normativos que constem na Agenda Regulatória, baseiam-se em planejamento e transparência, com consolidação e simplificação normativa, visando o fortalecimento da participação social. Traz também especificações diretas sobre os elementos que a AIR deve contemplar.”

Em que pese a ponderação acima, entendemos que a Resolução ANA nº 45/2019 serve como sinalizadora do interesse no diálogo e boa governança regulatória, porém, carece de alguns aprimoramentos e pode receber maior detalhamento em seu conteúdo, como será enfrentado adiante (item 2.4.2.3).

2.2. A proposta da Associação Brasileira de Agências Reguladoras – ABAR⁷⁸

Com base nas novas disposições traçadas pela Lei Federal n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, que introduziram o art. 4º-A, §1º, à Lei Federal nº 9.984/2000, segundo a qual: “A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445”, a ABAR apresentou contribuições para a construção de uma agenda efetiva para a regulação infranacional.

Como diretriz inicial, as normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico devem contemplar os princípios e as boas práticas estabelecidos na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 e na Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020, além de buscar práticas inovadoras delimitadas na nova lei, como parâmetros e requisitos para investimentos, de forma a assegurar a manutenção dos níveis de serviços pactuados na vigência dos contratos.

⁷⁷ MARQUES, Rui Cunha. *Procedimento para elaboração das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020, p. 14.

⁷⁸ Apresentada à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, durante o período de consulta pública para definição das diretrizes da Agenda Regulatória. Disponível em: <https://abar.org.br/2020/10/23/abar-propoe-mudancas-na-agenda-regulatoria-da-ana-para-o-saneamento/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

É aguardado pelos reguladores infranacionais, ainda, o adequado atendimento às novas condicionantes de validade impostas aos reguladores federais, em especial:

(i) A análise de impacto regulatório para justificar o conteúdo e as opções apontadas nas normas, por força do art. 4º-A, §6º, da Lei Federal nº 9.984/2000⁷⁹, com o reforço do Decreto Federal nº 10.411, de 30 de junho de 2020 (regulamenta a análise de impacto regulatório no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional), devendo ser utilizada sempre que a proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados tenham impacto relevante. O estudo é conteúdo obrigatório desde 15 de abril de 2021 para as agências reguladoras federais (art. 24 do citado Decreto).

(ii) Aprimoramento dos mecanismos de controle social e de interação com entes reguladores infranacionais, nos termos da Lei Federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras), em especial pelos comandos do art. 16, que trata do controle social⁸⁰ e art. 34, que possibilita a interação operacional entre as agências reguladoras federais e as agências reguladoras ou órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais⁸¹.

Além dessas premissas baseadas nas recentes legislações federais – que certamente incrementam qualidade aos estudos, mas também colocam carga de atribuições para a ANA –, foram ofertadas as seguintes sugestões de fases de atuação para um processo eficiente:

FASE 1

A Fase 1 é caracterizada pela iniciativa de Projeto da Norma de Referência, em que há a constituição de um GT conhecedor do objeto/tema destinado à regulamentação, a fim de impulsionar o levantamento de informações que serão fundamentais para a elaboração da minuta de Norma de Referência. A Fase 1 compreenderá as seguintes atividades principais:

⁷⁹ Art. 4º-A [...] §6º A ANA avaliará o impacto regulatório e o cumprimento das normas de referência de que trata o § 1º deste artigo pelos órgãos e pelas entidades responsáveis pela regulação e pela fiscalização dos serviços.

⁸⁰ Art. 16. A agência reguladora deverá implementar, em cada exercício, plano de comunicação voltado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor regulado.

⁸¹ Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

I) **Constituição do GT – O Grupo de Trabalho (GT)** com 1/3 dos representantes advindos de agências reguladoras, 1/3 de entidades representativas dos municípios e 1/3 advindos da própria ANA. Nesta etapa, haverá a aprovação de um regimento interno do GT, viabilizando o encaminhamento das atividades.

II) **Levantamento de Informações** – Realizado por meio de eventos com a participação dos atores setoriais relevantes e sob coordenação do GT, destinados à pesquisa e levantamento de subsídios, como *workshops*, reuniões, consultas internas, *benchmarkings*, entre outros.

III) **Elaboração de minuta de Norma de Referência** – As entidades responsáveis pela regulação e as entidades representativas dos municípios elaborarão, em prazo aderente à Agenda Regulatória, minuta da Norma de Referência que, após aprovada pelo GT, é encaminhada à ANA, como recomendação. Importante ressaltar que o GT terá prazo fixado pela ANA na Agenda Regulatória para encaminhamento de sua minuta.

FASE 2

A Fase 2 é caracterizada pelo processo de elaboração da proposta até a sua publicação, envolvendo as análises de Impacto Regulatório e Jurídica. Inicia-se com um direcionamento do processo, analisando as alternativas regulatórias existentes, para, então, elaborar uma proposta normativa. Esta será avaliada pelo Diretor da ANA responsável e encaminhada à Avaliação de Impacto Regulatório, devendo a AIR verificar os impactos da proposta, nos âmbitos social, econômico e ambiental. A Procuradoria da ANA deve analisar os atos normativos a serem editados pela Agência que, se aprovados, serão pauta de Consulta e Audiência Públicas. Para finalizar, o regulamento é submetido à apreciação da Diretoria Colegiada, para decidir sobre sua publicação. A Fase 2 incluirá as seguintes atividades principais:

I) **Direcionamento e Elaboração da Proposta** – Neste momento, há um detalhamento do problema regulatório, com levantamento dos antecedentes e da legislação acerca do tema, para viabilizar a elaboração da proposta normativa e o levantamento prévio das principais vantagens e desvantagens da proposta. É imprescindível que a equipe de elaboração especifique, de início, os objetivos almejados com o regulamento e identifique os atores envolvidos e afetados, para, assim, obter sucesso nessa elaboração da proposta. É nesta etapa que serão analisadas e/ou incorporadas as contribuições à minuta do Grupo de Trabalho.

II) **Apresentação** – Após o recebimento do processo, o Diretor da ANA responsável verificará a conformidade da minuta de Norma de Referência com os objetivos da proposta e, se estiver de acordo, encaminhará a proposta para a Análise de Impacto Regulatório (AIR), ratificando a iniciação por meio da apresentação.

III) **Análise de Impacto Regulatório** – A análise de desempenho da Norma de Referência realizada *a priori* consiste na AIR, enquanto uma análise *a posteriori* consiste em avaliar os resultados alcançados pela norma. As AIRs podem contribuir agregando aspectos positivos ao regulamento, pois os esforços direcionam-se para avaliar os impactos da proposta para todos os grupos que serão afetados pela Norma de Referência, organizando os objetivos para alcançar as metas.

IV) **Análise Jurídica** – Nesse momento, a Procuradoria da ANA deve analisar as Normas de Referência a serem editadas pela Agência, formalizando a etapa por meio do Parecer Jurídico da Procuradoria. O parecer deve ser aprovado pelo Procurador-Geral e remetido ao Diretor para apreciação. Se houver necessidade de algum ajuste, o Diretor da ANA retornará o processo à equipe de elaboração para adequação; caso as alterações sejam relevantes, deverá submetê-la a uma nova AIR. Por fim, o Diretor deve enviar o processo para inclusão na pauta da reunião da Diretoria Colegiada para a aprovação dos demais Diretores, acompanhado da Síntese da Análise Jurídica e de Impacto Regulatório.

V) **Consulta Pública** – As minutas dos atos normativos podem ser submetidas a esta fase de consulta pública, com a finalidade de obter subsídios e informações da sociedade que auxiliem na tomada de decisões, orientando diversas ações no campo de saneamento básico em todo o País.

VI) **Audiência Pública** – A critério da Diretoria Colegiada, o processo decisório de edição de Normas de Referência ser precedido de Audiência Pública, conforme suas características e a relevância.

VII) **Parecer do GT** – O Grupo de Trabalho emitirá parecer acerca das contribuições da consulta e/ou audiência pública, enviando-o para subsidiar a Diretoria Colegiada na decisão.

VIII) **Decisão** – Nesta etapa, o regulamento é submetido à apreciação da Diretoria Colegiada, em que é examinada a opção regulatória quanto a conveniência e oportunidade, bem como o Parecer emitido pelo Grupo de Trabalho.

IX) Publicação – Após a deliberação da Diretoria Colegiada, segue-se para a etapa de publicação junto ao Registro e Publicidade de Normas. A publicação é condição de eficácia dos atos normativos e decisões da Agência e corresponde ao dever de publicidade e transparência inerente à Administração Pública.

FASE 3

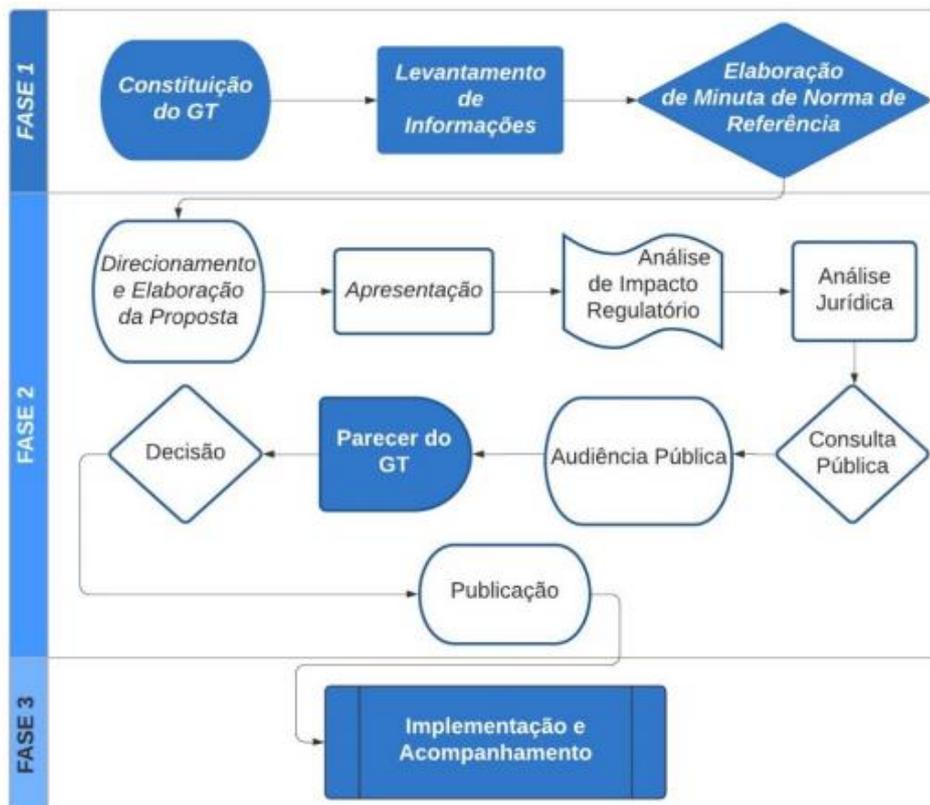
A Fase 3 tem uma grande importância no que diz respeito às boas práticas regulatórias, considerando que o acompanhamento da implementação de uma nova Norma de Referência é necessário para o cumprimento do regulamento. Vale lembrar que, nessa fase, também há o envolvimento do Grupo de Trabalho, sendo ele responsável por auxiliar no monitoramento da eficácia da Norma de Referência. A Fase 3 incluirá as seguintes atividades:

I) Implementação e Acompanhamento – Na etapa de implementação, há uma série de medidas voltadas à divulgação e acompanhamento da Norma de Referência, que já devem ter sido discutidas enquanto a norma está em elaboração. É importante definir o período para a implementação total da Norma de Referência, atentando-se para o prazo de adequação dos principais afetados pela regulamentação, assim como as providências que serão tomadas para tornar o regulamento acessível, visando seu cumprimento, e os instrumentos de monitoramento a serem utilizados para averiguar o cumprimento do regulamento. Como contribuição a esta etapa, o Grupo de Trabalho (GT) emitirá Parecer, em periodicidade a ser definida em regimento interno, acerca do cumprimento e eficácia das Normas de Referência.

Para melhor visualização das etapas de elaboração da Minuta de Normas da ANA⁸² (Figura 3):

⁸² MARQUES, Rui Cunha. *Procedimento para elaboração das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020, p. 24.

Figura 3 – Fluxograma da minuta de norma da ANA



Fonte: MARQUES (2020, p. 24)

2.3. Racionalidade e propostas para uma adequada construção das normas de referência

Diante do processo formal que vem sendo desenvolvido pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, e com a proposta de fases elencada pela Associação Brasileira de Agências de Regulação, temos, ainda, sugestões pontuais que podem servir para aprimorar o processo de construção democrática desse novo modelo regulatório proposto para o saneamento básico.

Os desafios para a uniformidade regulatória são imensos e conhecidos de todos os envolvidos no setor, como destaca o relatório emitido pelo Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas – CERI-FGV⁸³:

⁸³ Cf. CERI-FGV. Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil. *Texto para Discussão*. Atualização – julho 2020, p. 16. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

“A alteração proposta contribui para aumentar a uniformidade e transparência do processo regulatório do setor. O desafio posto com relação a este tema é a operacionalização por parte da ANA desta nova competência (supervisão regulatória dos serviços de saneamento). Cumpre ressaltar que o setor de saneamento não possui cultura de regulação bem desenvolvida. De qualquer forma, existem alguns casos de avanços na regulação do saneamento que devem ser considerados pela ANA. Nesse sentido, desde abril de 2019 foi firmado o compromisso entre ANA e a Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR) para compartilhar essas experiências e debater as normas de referência a serem estabelecidas.”

A fase atual das normas de referência é de discussão do rito e dos procedimentos, conforme Resolução ANA nº 45, de 22 de julho de 2019, que delimita critérios para elaboração, revisão, implementação e monitoramento dos normativos federais e a Agenda Regulatória, que aporta previsibilidade para os temas que serão debatidos no próximo biênio.

Não se trouxe à luz, ainda, três critérios de extrema relevância para o sucesso e a manutenção das competências normativas de cada ente regulador – nacional para as diretrizes e infranacional para regulamentação das atividades – que são: (i) a ausência de Resolução específica que detalhe a forma de atuação da ANA diante do novo comando legal do art. 4º-A, §4º, que poderíamos chamar de “*norma para criação de normas*”; (ii) a preocupação com o conteúdo das diretrizes nacionais, de modo a não existir invasão de competências das agências reguladoras infranacionais em seu poder normativo; e (iii) o ritmo de produção das normas, com vistas a garantir viabilidade para o cumprimento dos normativos da ANA.

Tais pontos devem ser enfrentados com clareza, já que diretrizes nacionais editadas por um regulador federal (ANA), que vinculem outras autarquias em regime especial⁸⁴ dotadas de autonomia e independência decisória⁸⁵ (reguladores infranacionais), representam inovações no cenário jurídico brasileiro sem precedentes em matéria regulatória. Não é demais afirmar

⁸⁴ Odete Medauar, ao esclarecer a natureza de autarquias em regime especial, destaca: “Por vezes, a diferença de regime está no modelo de escolha ou de nomeação do dirigente. Por vezes está na existência de mandato do dirigente, insuscetível de cessação por ato do Chefe do Executivo. Por vezes, no grau menos intenso dos controles. Por vezes, no tocante à gestão financeira”. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82.

⁸⁵ Em contraponto à ideia de independência decisória absoluta – e com acentuado grau de razão –, Carlos Ari Sundfeld, em trabalho acadêmico intitulado “Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação”, destaca: “A liberdade econômica não é incompatível com as finalidades verdadeiramente públicas que inspiram a regulação. O equilíbrio ambiental, a coesão social, a segurança das instalações e a qualidade da infraestrutura pública são fundamentais não só à sociedade, mas também ao mercado. O que não pode existir é regulação de pura retórica, cujos compromissos sejam consigo mesma, não com as finalidades públicas”. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/proposta_de_lei_nacional_de_liberdade_economica_-_sbdp_fgv_direito_sp.pdf. Acesso em: 01 jun. 2019.

que estamos diante de uma nova modelagem para o conceito de regulação do saneamento, que pressupunha, até então, liberdade para a normatização e regulamentação do setor⁸⁶.

2.3.1. Detalhamento do processo participativo na construção das normas

Em que pese uma boa dinâmica e exemplar transparência por parte da ANA na fase inicial das discussões, em especial, pelas muitas oportunidades de diálogo abertas para entender os anseios do setor, uma das principais solicitações foi a emissão de Resolução específica com o propósito de normatizar – e vincular todas as partes – a uma clara metodologia de trabalho a ser observada em todas as normas de referência emitidas.

A demanda decorre da falta de objetividade na redação do art. 4º-A, em seu §4º, quando trata da sistemática da criação da norma de referência, evidenciando a avaliação de melhores práticas, obrigando a realização de consultas e audiências públicas, mas limitando o diálogo para a construção das normas com os atores setoriais à conveniência do regulador federal (inc. III); vejamos:

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

I - avaliará as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios;

II - realizará consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e

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 redação apresentando a possibilidade facultativa de formação de grupos ou de comissões compostas por reguladores e entidades da sociedade tem causado desconfortos e não agradou aos setores regulados e associações profissionais do saneamento, pois cria margem para hierarquizar temas que serão e outros que não serão amplamente discutidos com a sociedade, o que não coaduna com os padrões de transparência e de controle social exigidos pela própria Lei federal nº 11.445/2007.

⁸⁶ Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 80-81.

Reforçamos que o texto da Lei delinea cenário indesejado e de incerteza, pois o comando “poderá” traz carga de conveniência que reputamos inadequada, já que abre caminho para a escolha dos temas que contarão com debates mais amplos através de grupos ou comissões, em detrimento de pontos específicos que não se apresentem interessantes para contribuições⁸⁷.

Nesse ponto, não estamos falando em norma de referência propriamente dita, mas de mecanismos e procedimentos claros que delimitem em quais momentos e em quais situações os reguladores infranacionais e a sociedade civil serão chamados a opinar na produção das normas, pois a norma de referência não tem como destinatário apenas o ente regulador infranacional; em última análise, estamos diante de um normativo com reflexos em políticas públicas de saneamento básico de interesse da coletividade⁸⁸.

A sugestão, nesse tópico, é que seja debatida e emitida Resolução específica da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA com detalhamento sobre o citado art. 4º-A, §4º, III, esclarecendo objetivamente em quais hipóteses teremos a exclusão⁸⁹ de grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios, uma vez que a regra seria sempre haver o debate e participação dos atores setoriais envolvidos – até mesmo para que se dê efetividade ao comando do art. 4º-A, §4º, I, que é avaliar as melhores práticas do setor.

Por fim, destacamos que os grupos ou comissões de trabalho, com a participação das entidades reguladoras e entidades representativas dos municípios, servirão para o propósito positivo de apoiar a ANA na elaboração das normas, em especial, diante dos imensos desafios lançados e que devem ser enfrentados pelo saudável caminho do diálogo institucional, troca de experiências e ampla e acessível participação da sociedade.

⁸⁷ Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 81.

⁸⁸ Nesse sentido, direciona a Resolução ANA nº 45, de 22 de julho de 2019: “Art. 5º A edição de atos normativos deverá incluir procedimentos que permitam a transparência e a participação social, como a realização de audiências públicas, reuniões participativas ou a tomada de subsídio por meio de consultas, entrevistas, pesquisas e outros métodos que envolvam as partes interessadas. § 1º Os procedimentos participativos serão instaurados pela UORG responsável pela proposta de forma a garantir que a regulação sirva ao interesse público e que considere as necessidades legítimas dos interessados e dos agentes afetados”. (grifou-se)

⁸⁹ Podemos utilizar como justificativa para essa afirmação a aplicação analógica da Lei de Acesso à Informação – Lei federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, segundo a qual: “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção”.

2.3.2. Conteúdo das normas: não-invasão de competências das reguladoras infranacionais

Em termos gerais, parece-nos claro o efeito positivo das normas de referência no ordenamento jurídico-regulatório nacional, notadamente pela proposta de coesão e segurança jurídica que se pretende atingir.

Como destacado por Juliano Heinen⁹⁰, “[...] o fim e a causa das normas de referência consistem em determinar racionalidade, harmonia, coesão, uniformidade ao sistema jurídico, sendo um instrumento necessário à organização do sistema”.

É bastante explorada também, como justificativa, a orientação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE⁹¹, que recomenda ser adequada e eficiente a regulação no setor de saneamento básico que: (i) atenda à supressão de competências regulatórias entre entidades administrativas; (ii) considere os limites das fronteiras hidrológicas e administrativas de prestação dos serviços públicos de saneamento; (iii) institua uma regulação tarifária que possibilite que os serviços sejam financiados por entidades locais e infranacionais.

Inobstante a coerência desses propósitos e argumentos, temos no Brasil um modelo constitucional de competências para o saneamento básico – e, por consequência de sua regulação – com configuração bastante peculiar. Como já destacado, a titularidade local atrai para o âmbito do Município decisões relevantes acerca desses serviços e cria restrições para uma centralização normativa federal.

O desafio levantado nesse tópico congrega preocupações de ordem estrutural de competências. Como desenvolver adequadas normas de referência, dando concretude aos anseios da Lei Federal nº 14.026/2020, garantindo estabilidade para a manutenção harmônica de duas matrizes normativas existentes: (i) da regulação infranacional para peculiaridades locais e (ii) da norma de referência nacional como diretriz de uniformidade?

Como já reforçado, a norma de referência não retira e tampouco deslegitima o poder normativo das agências reguladoras infranacionais. Somente traz balizas para moldar critérios de padronização nacional da regulação técnica do saneamento básico. Nesse sentido, o texto alterado da Lei Federal nº 11.445/2007:

⁹⁰ HEINEN, Juliano. Saneamento básico. In: *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. HEINEN, Juliano (Org.), Salvador: JUSPODIVM, 2021, p. 494.

⁹¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OCDE. Meeting the Water Reform Challenge. OECD Studies on Water, *OECD Publishing*, Paris. (2012).

“Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [...]” (grifou-se).

Desta forma, continua sob competência do regulador infranacional a normatização local de temas próprios da regulação do saneamento básico, tais como padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços, requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas, metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos, regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão, medição, faturamento e cobrança de serviços, monitoramento dos custos, avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados, plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação, subsídios tarifários e não tarifários, padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação, medidas de segurança, de contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento, procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular e diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água⁹².

A preocupação que se instala diz respeito ao nível de aprofundamento a ser adotado pela ANA em sua diretriz, para que não invada a competência legal e preserve a independência decisória dos entes reguladores infranacionais (cf. art. 21, da Lei nº 11.445/2007).

A linha que separa a norma de referência – enquanto diretriz – e o poder normativo conferido ao regulador infranacional, por conta da titularidade municipal dos serviços (com a nova redação dada ao art. 8º da Lei federal nº 11.445/2007), é tênue e deve conciliar a padronização nacional e a tecnicidade e as características locais e regionais⁹³. Como destaca César Pereira⁹⁴:

“A uniformidade regulatória pretende resolver uma dificuldade derivada da titularidade municipal dos serviços de saneamento, consistente na fragmentação de sua disciplina. O exercício legítimo da titularidade local pode conduzir a uma pluralidade de soluções, conforme os interesses de cada Município.”

⁹² Cf. art. 23 da Lei federal nº 11.445/2007.

⁹³ Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 83.

⁹⁴ PEREIRA, César. A ANA - Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e as normas de referência nacionais. *Revista Digital da ESA OABRJ*, volume 3, ano 3, 2021, p. 278.

Uma vez que esse delineamento não veio com a Lei Federal nº 14.026/2020, caberá à ANA descrever o nível de detalhamento de seus normativos, sob pena de arvorar sobre seara alheia à sua competência e dar margem a discussões judiciais sobre competência constitucional para exercício de seu poder normativo-regulatório.

A proposta apresentada como subsídio à Consulta Pública nº 03/2020, decorrente de estudo realizado por Rui Cunha Marques⁹⁵, elenca o padrão de normatividade desejável em 3 níveis, assim definidos:

“i) *Normatização afirmativa*. A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico estabelece taxativamente a regulamentação de referência para os reguladores infranacionais. Este nível justifica-se em função de legislações setoriais e/ou correlatas ao setor, de práticas já consolidadas e eficientes, de conceitos tecnicamente estabelecidos, de relevante interesse para os usuários e prestadores dos serviços que, de maneira geral, já estão aderentes a grande maioria das normas regulatórias infranacionais de abastecimento de água e de esgotamento sanitário editadas no país. Tal nível trará uniformidade à regulamentação setorial, sem prejuízos às particularidades regionais e locais.

ii) *Normatização complementar*. A agência ANA estabelece de forma genérica a regulamentação, devendo as agências reguladoras infranacionais complementarem a norma de acordo com estas regras gerais definidas. Tal nível justifica-se em função da impossibilidade de se estabelecer uma norma geral para o país considerando as diversidades regionais, bem como a necessidade de se estabelecer parâmetros locais, respeitadas as condições de eficiência na prestação dos serviços. Esta também pode ser uma situação bastante aplicável a situações que envolvam definição de prazos para a execução dos serviços, podendo a ANA fixar faixas de valores ou mesmo valores máximos, ficando o regulador infranacional responsável por determinar o prazo para a execução do serviço.

iii) *Normatização específica*. Cabe ao regulador infranacional normatizar as questões particulares de âmbito local, eventualmente estabelecidas em legislação do estado ou município, desde que apresente razoabilidade técnica e econômico-financeira e não extrapole a competência do próprio ente regulador. Tal nível justifica-se em função da impossibilidade de se estabelecer uma norma geral para o país considerando as diversidades regionais, bem como a necessidade de se estabelecer parâmetros locais, respeitadas as condições de eficiência na prestação dos serviços.”

Com base nessa proposta, temos uma distribuição racional de competências, entendendo que na normatização afirmativa o protagonismo é da ANA, sendo ela a responsável pela elaboração da norma de referência, ainda que com a participação e colaboração das agências de regulação infranacionais no grupo de trabalho e nas consultas e audiências públicas.

⁹⁵ MARQUES, Rui Cunha. *Definição do conceito e estrutura das diretrizes das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020, p. 12-13.

Exemplo de normatização afirmativa pode ser dado pela Norma de Referência nº 1 (Resolução ANA nº 79, de 14 de junho de 2021⁹⁶), que dispõe sobre o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias.

Nessa norma de referência, que inaugura o cenário de diretrizes da ANA, com base na Lei Federal nº 14.026/2020, há claro delineamento das regras vetoriais que o regulador nacional espera ver consolidadas no âmbito da regulação infranacional, inclusive com indução de ações por parte dos titulares e prestadores dos serviços.

Na hipótese de normatização complementar, as atribuições normativas para emissão de regras regulatórias são partilhadas entre a ANA e o ente regulador infranacional, sendo a importância de cada um dos entes reguladores maior ou menor em função do escopo objeto da norma de referência.

Por último, em se tratando de normatização específica, a responsabilidade da sua elaboração pertence na sua plenitude à agência reguladora infranacional, não existindo qualquer intervenção da ANA.

Reafirmando o entendimento destacado no item 2.3, esse detalhamento deve ser enfrentado em Resolução específica que detalhe a forma de atuação da ANA diante do novo comando legal do art. 4º-A, §4º, que chamamos de “norma para criação de normas”. Somente com regras claras e objetivas iremos atrair segurança jurídica para o cenário do saneamento e evitar contendas judiciais entre reguladores com vistas à preservação de competências legais para os serviços públicos de água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem urbana.

2.3.3. Ritmo de produção das normas

Outra preocupação recorrente nos debates é o ritmo de produção das normas de referência por parte da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

⁹⁶ Disponível em: https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2021/0079-2021_Ato_Normativo_14062021_20210615084026.pdf?12:38:10. Acesso em: 18 jun. 2021.

É sabido que o número de normas possíveis de serem editadas é bastante grande e a progressividade⁹⁷ favorecerá não somente os reguladores infranacionais, mas também a própria ANA, que deve buscar acomodar em sua rotina de trabalho o alto fluxo de tarefas que lhe foram delegadas pela Lei Federal nº 14.026/2020. Nos dizeres de Thiago Marrara⁹⁸:

“Na perspectiva temporal, merece destaque o mandamento contido no art. 4º-A, § 2º, que corretamente estabelece uma transição gradual, ou seja, que as normas de referência não sejam estabelecidas todas ao mesmo tempo pela ANA. A agência deve editar tais normas de “forma progressiva”, pouco a pouco, de modo que os destinatários dessas normas tenham o tempo necessário para interpretá-las e adaptar sua estrutura, seus processos e suas decisões ao novo contexto normativo.”

Ainda que a adesão às normas de referência seja voluntária, existe grande interesse dos reguladores infranacionais pelo tema e uma tendência ao atendimento dos normativos federais, considerando as implicações financeiras para os prestadores de serviços públicos regulados no ato de contraírem empréstimos ou na busca por apoio financeiro junto ao Governo Federal (art. 13 da Lei federal nº 14.026/2020).

Nesse sentido, para que haja cronograma passível de cumprimento, as normas devem ser editadas em ritmo compatível com a capacidade de absorção e de adaptação, sob pena de lançar no limbo de ilegalidade grande número de reguladores e afetar contratos vigentes e vindouros, dado que a regulação é condição de validade dos contratos (art. 11 da Lei federal nº 11.445/2007)⁹⁹.

Existem agências reguladoras infranacionais que, assim como a ANA, apresentam fatores limitantes para uma eventual aplicação imediata das normas de referência, os quais, geralmente, estão fora da governabilidade dos reguladores. Fatores exógenos, como alterações legislativas, não coincidência de mandatos de dirigentes, realização de concursos públicos e descontingenciamento de recursos são entraves externos que dependem de ações que estão fora do domínio do regulador, razão pela qual tais pontos devem ser ponderados¹⁰⁰.

⁹⁷ Cf. Art. 4º-A [...] §2º. As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico contemplarão os princípios estabelecidos no inciso I do caput do art. 2º da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e serão instituídas pela ANA de forma progressiva.

⁹⁸ Cf. MARRARA, Thiago. “Mosaico Regulatório”: as normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 69.

⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 82.

¹⁰⁰ Idem.

Uma hipótese prática que envolva uma agência reguladora instituída no âmbito de um Estado da Federação: uma norma de referência que trate sobre governança, por exemplo, pode requerer mudança na estrutura da agência, o que pede alteração através de Lei estadual. Essa alteração foge do domínio do regulador e deverá ser pleiteada junto ao Chefe do Poder Executivo para apreciação e aprovação do Poder Legislativo.

Como se vê, estamos diante de um conjunto de providências que requer o envolvimento de elevado número de atores sociais. Isto impede o imediato cumprimento da norma sem que se atenda a outros parâmetros legais próprios do ambiente democrático – no caso, o processo legislativo ordinário – para alterar a estrutura de governança do regulador.

O processo legislativo, em sua essência, com prazos, regras próprias, acompanhado das tratativas institucionais para a aprovação de tais alterações, são lógicas democráticas e legítimas que devem ser consideradas nas normas de referência.

Alinhado a esse entendimento e com base em estudo específico encomendado pela ABAR para subsídio à consulta pública da ANA, o professor e consultor Rui Cunha Marques¹⁰¹ esquematizou uma sequência de fatores limitantes às agências reguladoras infranacionais para implementação dos comandos emanados nas normas de referência (Figura 4). Vejamos:

Figura 4 – fatores limitantes às agências reguladoras infranacionais.

Fatores exógenos	Fatores endógenos
Alteração legislativa	Capacitação técnica
Não coincidência de mandatos	Transparência
Realização de concurso público	
Descontingenciamento de recursos	

Fonte: MARQUES (2021).

Pelo raciocínio desenvolvido pelo consultor, vários aspectos na organização de uma agência reguladora infranacional dependem de lei aprovada na Câmara de Vereadores ou na Assembleia Legislativa, a depender da natureza da agência, se municipal, intermunicipal (consórcio público) ou estadual.

¹⁰¹ MARQUES, Rui Cunha. *Velocidade da construção das diretrizes e prazo para a implantação das Normas de Referência pelas agências*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020, p. 7-9.

Com efeito, uma das normas prioritárias a ser editada pela ANA diz respeito à de governança regulatória, que poderá prescindir de alteração do escopo da lei de criação da agência reguladora. Provavelmente, o caso mais clássico seria a inexistência de mandatos para os dirigentes, condição basilar para a autonomia do ente regulador. Considerando ter uma agência infranacional aderente às normas de governança editadas pela ANA, ser uma condição para acesso a recursos da União, onerosos ou não, tem-se claramente um interesse de Estado envolvido, presumindo-se esperar uma célere tramitação no Poder Legislativo. Diante do exposto, esta adequação pode ser facilmente ajustada em prazo inferior a seis meses, suficiente para encaminhamento do projeto de lei ao Poder Legislativo, discussão e aprovação da matéria.

Outra pauta regulatória destacada é a não coincidência de mandatos dos dirigentes, pressuposto básico da estabilização das políticas regulatórias – embora com a ocorrência das naturais alternâncias no poder –, que garante continuidade no cumprimento das políticas públicas anteriormente formuladas, até que as novas orientações estejam amadurecidas.

Como este dispositivo não vem sendo observado em grande parte das agências reguladoras infranacionais, qualquer norma de referência da ANA neste sentido exigiria não só alteração legislativa, mas um tempo necessário para o ajuste temporal dos mandatos dos dirigentes, podendo demorar de dois a três anos para sua efetivação.

Outra questão que somente será consolidada com o tempo é a estruturação técnica das agências, com quadro técnico estável e composto por servidores concursados¹⁰². As agências reguladoras infranacionais deverão ter *expertise* no trato de assuntos de grande complexidade, ainda mais diante de um cenário onde as concessões e participação do setor privado deverão crescer exponencialmente. Assim, cada agência reguladora infranacional deverá ter seu quadro próprio e estável, o que requererá concurso público, o qual, além de depender de autorização legislativa no caso da criação de novos cargos, também necessitará da contratação de empresa para a realização do concurso, além de todo o trâmite legal e administrativo, até que se configure a posse dos servidores concursados. Processos desta

¹⁰² Conforme análise dos dados apresentados na Pesquisa ABAR, realizada em 2019, consolidando dados relativos aos anos de 2017/2018 de 32 agências reguladoras participantes, observou-se: (i) 65,6% das agências reguladoras infranacionais possuem quadro próprio de servidores concursados, enquanto 34,4% das Agências não possuem quadro de servidores concursados; (ii) 55,3% do total dos servidores concursados estão lotados em apenas 3 agências reguladoras infranacionais: ARSESP, ARSAE-MG e ADASA/DF; (iii) Das 32 agências reguladoras infranacionais participantes da pesquisa, foram identificados 262 servidores concursados, sendo que: 11 agências não possuem servidores concursados, 10 agências têm entre 1 e 5 servidores concursados e 11 agências tem mais que 5 servidores concursados. Cf. *Agências Reguladoras*. Disponível em: <http://abar.org.br/biblioteca/>. Acesso em: 18 mai. 2021.

natureza no serviço público brasileiro costumam ser demorados e podem levar dois anos até a posse dos novos servidores.

Ponto exógeno de destaque, ainda, é o necessário descontingenciamento¹⁰³ e acesso aos recursos financeiros provenientes de taxas de regulação e fiscalização dos entes reguladores infranacionais. Somente com o aprimoramento dos repasses desses recursos teremos uma melhoria nas condições de infraestruturas – tanto de recursos humanos como de materiais – para o atendimento das novas demandas decorrentes das normas de referência. Com a recente crise fiscal, esta situação tende a se agravar, devendo ser um grande desafio para a ANA contornar internamente e estabelecer externamente esta condição dentro da norma de referência relativa à governança regulatória. Nesse sentido, a preocupação levantada pelos pesquisadores do CERI-FGV¹⁰⁴:

“A autonomia financeira das agências reguladoras é objeto de debate desde a criação das mesmas, nos anos de 1990, até os dias de hoje. Por terem sido criadas como autarquias especiais, as agências reguladoras foram dotadas de autonomia de gestão, autonomia decisória e autonomia financeira (embora nem todas as leis de criação a prevejam expressamente), atributos necessários para o desempenho independente de suas funções essenciais.

Apesar da previsão legal e da racionalidade que orienta a criação das agências, o exercício dessa autonomia, em suas diversas dimensões, é objeto de tensões recorrentes, ameaçando a continuidade e a qualidade da regulação. Em relação à dimensão financeira, a situação descrita é causada em grande parte pelo contingenciamento de verbas, prática bastante comum no histórico dessas autarquias e que tende a se intensificar diante da crise financeira na qual o país se encontra.”

Em relação aos fatores endógenos destacados na tabela (Figura 4), tem-se a capacitação como essencial para que os reguladores infranacionais possam lidar com o novo ambiente normativo. Porém, é pré-requisito para essa empreitada a existência de quadro técnico

¹⁰³ Na visão do CERI-FGV: “Da perspectiva dos recursos arrecadados pela agência e que são alocados para a conta única do Tesouro, esse é um problema que merece atenção. Isso porque não se trata de uma impossibilidade de quantificar o montante arrecadado ou tampouco de conseguir rastreá-lo. Embora seja um ponto importante, inclusive para que a informação esteja mais facilmente acessível a todos, para que haja maior transparência, esta não é a principal barreira para que se tenha acesso aos recursos. É necessário (i) criar mecanismos endógenos para permitir que a agência consiga acessar os recursos e, (ii) em última instância, dotar os *stakeholders* setoriais de mecanismos de controle (principalmente no caso das taxas). [...] Portanto, a estratégia apresentada identifica alterações que visam a garantir, efetivamente, o acesso às dotações orçamentárias e às suas próprias arrecadações pelas agências federais de infraestrutura. Neste sentido, assegura a autonomia financeira dessas agências, garantindo a consecução de suas atividades essenciais de fundamental importância aos setores regulados.”. Cf. CERI-FGV. Autonomia Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil. *Texto para Discussão*. Julho 2016, p. 7 e 9. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/29_autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016-07-18.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

¹⁰⁴ Cf. CERI-FGV. Autonomia Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil. *Texto para Discussão*. Julho 2016, p. 1. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/29_autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016-07-18.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

estável e de recursos financeiros para suporte. Além disso, faz-se necessário que todas as agências infranacionais tornem públicos seus estudos e documentos técnicos produzidos, para que a sociedade seja esclarecida acerca das ações desenvolvidas por estas entidades. Ambos os fatores endógenos são de relativa fácil solução e podem ser realizados no curto prazo.

Por outro lado, além dos aspectos anteriormente listados, é preciso que também se observe os arranjos atuais da prestação dos serviços de saneamento básico no país, cientes que o ritmo da produção das normas de referência e a sua exigência futura, não podem desconsiderar que¹⁰⁵:

(i) Como já destacado, há cerca de 1.800 municípios no país cuja prestação dos serviços não é regulada, majoritariamente prestados por administração direta ou indireta (autarquias)¹⁰⁶. É preciso apoiar arranjos regulatórios para ampliar esta regulação e torná-la uniforme em todo o território nacional, notadamente a partir de ações das agências reguladoras infranacionais já existentes no âmbito de cada Estado, sejam estaduais, municipais e consorciadas;

(ii) Incentivar o início dos debates por temas de futuras normas de referência já consideradas práticas consolidadas, como a norma de condições para a prestação dos serviços, considerada uma norma basilar para qualquer serviço regulado, haja vista sua interface direta com o dia a dia do usuário. Desta forma, estabelecer uma norma desta natureza não trará necessidade de adaptação relevante por parte dos prestadores de serviços de saneamento;

(iii) Manter Agenda Regulatória com prioridade a normas associadas a contratos (de concessão e programa) que, devido aos prazos da nova Lei de Saneamento (Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020) e aos vários processos de licitação a iniciar, necessitam de regras pré-estabelecidas nos normativos de referência.

2.4. Controle social e participação na construção das normas de referência

Em que pese a incessante busca por um adequado modelo de boa governança para a regulação, com a existência de regras claras, instituições sólidas e segurança jurídica como

¹⁰⁵ Cf. MARQUES, Rui Cunha. *Velocidade da construção das diretrizes e prazo para a implantação das Normas de Referência pelas agências*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020, p. 7-9.

¹⁰⁶ Cf. CERI-FGV. Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil. *Texto para Discussão*. Atualização – julho 2020, p. 9. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

elementos essenciais e indispensáveis para que se tenha um processo regulatório virtuoso¹⁰⁷, não podemos relegar a segundo plano a participação da sociedade nesse processo de construção das diretrizes nacionais.

Com a teoria da democracia deliberativa, formulada por Habermas¹⁰⁸, passou-se a entender que a democracia não pode se restringir ao sistema de seleção dos dirigentes e governantes, no qual a participação política dos cidadãos está limitada ao voto pelo processo eleitoral. As decisões políticas do Estado não podem estar desancoradas das demandas advindas do mundo e, por isso, deve haver um lugar central ao processo discursivo de conformação das opiniões dos cidadãos em sua concepção de democracia¹⁰⁹.

Diante dessa expectativa de participação da sociedade na construção das políticas públicas – não apenas com a eleição direta dos mandatários, mas com direito de manifestação nas decisões estatais (por meio de decisões fundamentadas e consultas e audiências públicas) –, há consenso que a participação popular dispõe de assento privilegiado e permanente nos debates democráticos.

Os temas da transparência e controle social ganham destaque para a regulação estatal na medida em que são grandes os impactos sociais e econômicos das decisões proferidas pelos reguladores, pois impõem condições ou restrições de mercado, revisam contratos e tarifas, além de estabelecerem condições gerais para muitos serviços públicos essenciais.

Esse modelo de atuação regulatória ampla recebe inúmeras críticas, notadamente pelo “superpoder” conferido ao regulador – assegurado por leis e acobertado por muitas garantias institucionais –, sem que haja uma relação direta com a escolha política de governo democraticamente eleita. É o conhecido debate do déficit democrático do regulador que, nas palavras de Wladimir Antônio Ribeiro¹¹⁰:

“Como sabido, o regulador goza de autonomia reforçada, exercendo amplos poderes, inclusive de caráter normativo, porém não possui legitimidade democrática direta, porque os dirigentes do regulador não são eleitos diretamente pela população, e muitas vezes, não estão subordinados ou não respondem às autoridades que possuem vínculo

¹⁰⁷ Cf. CERI-FGV. Regulação e infraestrutura: em busca de uma nova arquitetura. *Texto para Discussão*. Maio 2018, p. 94. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/63_63_regulacao-e-infraestrutura-em-busca-de-uma-nova-arquitetura-2018.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

¹⁰⁸ Nesse sentido, conferir: HABERMAS, Jürgen. Concluding comments on empirical approaches to deliberative politics, *Acta Politica, International Journal of Political Science*, v. 40, n. 3, p. 384-392.

¹⁰⁹ Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de; FURLAN, Juliana Alcorta. A participação popular e o controle social no saneamento básico. In: TURA, Marco Antônio Ribeiro, *Agências reguladoras no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 37.

¹¹⁰ Cf. RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competências do regulador. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essencial Idea Editora, 2016. p. 60.

com o poder democraticamente eleito. Em uma situação dessa espécie, entender que cabe ao regulador definir aspectos da política pública significa dizer que o conteúdo das políticas públicas não é definido pela população ou por seus representantes [...].”

Uma forma efetiva de combater o crescente argumento do déficit democrático do regulador dá-se através da expansão dos mecanismos de tecnicidade, transparência e controle social das ações do regulador. O processo participativo fortalece a própria norma, minimizando a probabilidade de questionamentos judiciais de seu conteúdo.

Nesse sentido, considerando que o processo participativo tem relação direta com o sucesso da política pública regulatória, aconselhamos fortemente que instrumentos de indução à inclusão dos reguladores infranacionais e demais setores sociais interessados no saneamento na construção das normas de referência capitaneadas pela ANA. Na mesma linha de raciocínio, seguem as orientações do CERI-FGV¹¹¹:

“Incrementar a comunicação das agências reguladoras (federal e infranacionais) com a sociedade, a fim de proporcionar maior transparência ao processo decisório, garantir maior legitimidade às discussões e decisões normativas e democratizar o processo em si, incrementam chances de implementação e sustentabilidade das decisões tomadas.”

Reforçando o entendimento de transparência e publicidade, para inserir a sociedade civil e atores sociais relevantes na construção de uma política pública efetiva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹² destaca:

“É constitucionalmente inafastável a observância de um *processo aberto e participativo* para a tomada de *decisão administrativa*, sempre que, em razão dela, o administrador possa sofrer uma redução em seu *status libertatis* e em seus bens, dando-se dele prévio conhecimento e garantia de livre acesso a todos os interessados, de modo a que ele se desenvolva com *plena participação*, até mesmo, se necessário, com abertura de contraditório e da ampla defesa.”

Uma recomendação deve ser consignada: reconhecer o processo participativo como preceito constitucional, prestigiando a contribuição dos setores regulados e da sociedade civil na construção das normas de referência, obrigará a ANA a construir regras de *compliance* e instrumentos que minimizem as eventuais capturas dos membros dos conselhos e dos grupos de trabalho.

¹¹¹ Nesse sentido, conferir: CERI-FGV. Regulação e infraestrutura: em busca de uma nova arquitetura. *Texto para Discussão*. Maio 2018. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/63_63_regulacao-e-infraestrutura-em-busca-de-uma-nova-arquitetura-2018.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

¹¹² Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 183.

Nesse contexto, o objetivo do *compliance* é garantir que o papel institucional da ANA seja devidamente cumprido e que haja uma conduta ética por parte daqueles envolvidos nos debates das normas de referência. A postura mais adequada deve ser de normatizar regras de participação com identificação de riscos de captura e criação de mecanismos de controle preventivo.

Diante dessas perspectivas e com vistas à efetividade da garantia de participação das agências reguladoras infranacionais e da sociedade nos debates das normas de referência, apresentamos considerações e sugestões acerca das comissões técnicas permanentes para discussão de pautas; grupos temporários de trabalho e instrumentos de controle social, tais como: Análise de Impacto Regulatório – AIR, consultas públicas e audiências públicas.

2.4.1. Constituição de grupos temporários de trabalho

O controle social na produção das normas de referência deve ser entendido em um contexto maior que a mera disponibilização de documentos em consulta – muitas vezes dotados de áridos conteúdos técnicos de baixo entendimento para o usuário – e a sua apresentação em audiência pública formal, com dia e hora certa, para cumprir seu papel protocolar de exercício do direito constitucional de acesso à informação.

No caso das normas de referência, precisamos ir além, pois estamos tratando de escolhas da administração pública – refletidas em normas regulatórias – com alto impacto para a cadeia da prestação dos serviços, orientando ações dos titulares, prestadores, reguladores e usuários.

Nessa perspectiva, criar mecanismos de cooperação para produção de uma norma adequada será visto como avanço institucional encorajador por parte da ANA, pois inserirá no processo participativo mecanismos para minimizar as incertezas e imprevisibilidades regulatórias¹¹³. Nas oportunas palavras de Patrícia Baptista¹¹⁴:

“[...] para além do processo de produção das normas, a superação da hermenêutica sistêmica e a influência de sistemas exteriores ao direito (economia, moral, política etc.) trazem imprevisibilidade para a aplicação do direito. Isto é, urge no modelo

¹¹³ Nos Estados Unidos da América, há regras claras acerca desses mecanismos. Sobre o *Administrative Procedure Act* (APA), que regula os procedimentos normativos das agências reguladoras norte-americanas. Nesse sentido: SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o the new deal. In: MATTOS, Paulo (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

¹¹⁴ Cf. BAPTISTA, Patrícia. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374p. (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 18.

regulatório mecanismos para mitigar a incerteza decorrente da abertura de espaços para o exercício das escolhas administrativas por meio de certa previsibilidade técnica, somado a um sistema formal para a edição de normas regulatórias.”

A Lei Federal nº 14.026/2020, ao alterar a Lei nº 9.984/2000, por sua vez, caminhou timidamente, mas abriu portas para um inovador processo participativo na construção das normas de referência: a criação de grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios. Nesse sentido dispõe:

Art. 4º-A [...]

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

I - avaliará as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios;

II - realizará consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e

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.

Algumas reflexões devem ser feitas acerca desse comando:

(i) A redação do citado art. 4º-A, §4º, inc. III, não é clara e a ANA não regulamentou o tema. Em que pese a boa dinâmica e exemplar transparência por parte da ANA na fase inicial das discussões, uma das principais solicitações foi a emissão de Resolução específica com o propósito de normatizar, com clara metodologia, em quais hipóteses serão criados os grupos de trabalho, dado que o verbo “poderá”, com claro teor facultativo, cria participação seletiva – e não ativa – de um processo que deveria ser regra.

(ii) O atingimento do objetivo de evidenciar e valorizar as melhores práticas regulatórias do setor na produção da norma de referência passa pelo envolvimento e oitiva dos atores sociais envolvidos com a regulação infranacional, logo, por uma lógica de simplificação do processo e economicidade, a criação de grupos auxilia no fácil acesso aos dados e normas dos reguladores, titulares e entidades representativas. Nesse sentido, parece-nos que há uma conexão muito clara entre a formação dos grupos e a coleta de dados das melhores práticas, razão pela qual seguimos reiterando sua importância.

Reafirmamos, portanto, a relevância de abertura de debate e normatização das hipóteses de cabimento dos grupos ou comissões de trabalho, de modo que traga previsibilidade ao vago comando legal “poderá”, dotado de carga de conveniência que reputamos inadequada, já que abre caminho para a escolha dos temas que contarão com debates amplos.

2.4.2. Instrumentos de controle social

Apesar da baixa adesão da sociedade aos comandos de controle social, quer seja por falta de interesse, desconhecimento técnico acerca dos debates travados ou pelo simples descrédito nas instituições públicas, temos a oportunidade de trilhar, no saneamento básico, uma nova perspectiva de envolvimento participativo qualificado¹¹⁵.

Destaca em suas recomendações, a OCDE¹¹⁶, que a participação social é um dos pilares da política regulatória. Esta participação é fundamental e recomendada em todas as fases da construção da norma, pois um bom processo de consulta garante a transparência, reúne informações e, assim, melhora a eficiência e a eficácia da atuação regulatória.

Quando tratamos de normas de referência, estamos lidando com temas sensíveis e de alto impacto, não só para os reguladores e prestadores, mas também para a sociedade, que é destinatária final desse serviço público essencial.

O que se espera com essa dinâmica de transparência participativa nos atos da Administração Pública é uma orientação do Estado pela sociedade, colhendo ideias para o aumento da qualidade da ação estatal e disseminação da cultura de participação e controle da gestão.

Nos dizeres de Egon Bockmann Moreira¹¹⁷, o processo administrativo possibilita o intercâmbio de experiências e opiniões com a sociedade, minimizando problemas na criação e no acompanhamento das políticas públicas:

“Deixa de ser uma relação destinada a compor litígios e possibilitar o exercício de direitos em face de situações geradoras de gravames para transformar-se numa constante forma de relacionamento entre o cidadão e o Estado. Relacionamento esse que tem início desde o momento de formulação das regras até a sua implementação e aplicação.”

¹¹⁵ Acerca do processo participativo, aponta Patrícia Baptista: “Na verdade, os cidadãos, individualmente considerados, esbarram em alguns obstáculos que dificultam a sua participação ativa nos procedimentos decisórios da Administração Pública. Em regra, falta ao homem comum uma compreensão integral dos problemas decorrentes da vida em sociedade e, em consequência disso, ele não se sente estimulado para participar da discussão e da solução de tais problemas. Além do mais, há por parte dos cidadãos, um certo egoísmo nato, que os deixa geralmente preocupados apenas com as realizações de seus próprios interesses individuais, somente se sentido impelidos a participar quando alguns desses interesses são atingidos. E, finalmente, não se pode desprezar o empecilho que representa os custos da participação administrativa, em termos de tempo, de recursos financeiros e de disposição para buscar informações. Todos esses fatores conjugados, em suma, minam a possibilidade de uma efetiva participação dos indivíduos na vida administrativa”. Cf. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 162-163.

¹¹⁶ OCDE, 2015. *OECD Regulatory Policy Outlook 2015*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook2015_9789264238770-en. Acesso em: 25 de mai. 2021.

¹¹⁷ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. *Revista de Direito Público e Economia*, n. 2, p. 4 da edição digital, 2003.

Além disso, o processo de controle não pode ser resumido apenas às ações prévias, através de participação nas audiências abertas e em reuniões de planejamento das políticas, mas também, concomitante, por meio do acompanhamento, fiscalização e denúncias durante a execução dos programas e gastos governamentais. Nesse sentido, a ANA deverá pensar, após estruturadas todas as ações regulatórias referentes às normas de referência, em processo de Avaliação de Resultado Regulatório – ARR¹¹⁸ e outras ferramentas de gestão de aprimoramento, conforme veremos no Capítulo 4.

Nesse sentido, com vistas à busca de um processo participativo e qualificado das agências reguladoras infranacionais, titulares dos serviços, prestadores de serviços públicos de saneamento básico e entidades representativas, apresentamos contribuições e sugestões acerca da Análise de Impacto Regulatório, consultas e audiências públicas.

2.4.2.1. Análise de impacto regulatório – AIR¹¹⁹

A Análise de Impacto Regulatório – AIR é um instrumento voltado à melhoria da qualidade da regulação, e tem se tornado cada vez mais relevante no Brasil no âmbito das agências reguladoras federais e do Governo Federal como um todo.

Originariamente desenvolvida nos Estados Unidos da América há quase 30 anos¹²⁰, a AIR tem sido adotada por grande parte dos países integrantes da OCDE. Essa organização não só recomenda a adoção da análise de impacto regulatório, mas também defende que ela altera a maneira como as instituições pensam¹²¹. Nos dizeres de Patrícia Pessôa Valente¹²²:

¹¹⁸ A Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) é o processo sistemático de verificação de uma norma para averiguar se seus objetivos foram alcançados. Nos termos do Decreto nº 10.411/2020, a ARR é a “verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”. Esse instrumento busca responder não somente “o que” está acontecendo, mas também investigar “por que” algo tem ocorrido, “quem” foi afetado e o “quanto” mudou em consequência da ação regulatória (OCDE, 2015).

¹¹⁹ Em que pese a pertinência e relevância do tema de AIR, por questões metodológicas, a presente pesquisa faz abordagem bastante simplificada sobre o instituto, notadamente por integrar o conjunto de estudos da “Área Temática: I - Propostas de mudanças regulatórias que não envolvem orçamento”, do Edital ENAP nº 125/2020 – Programa Cátedras Brasil.

¹²⁰ Cass R. Sunstein afirma que o governo norte-americano caminha para um modelo de Estado do custo-benefício: “Gradually, and in fits and starts, American government is becoming a cost-benefit state. By this I mean that government regulation is increasingly assessed by asking whether the benefits of regulation justify the cost of regulation. The cost-benefit state remain in its initial stages. It continues to encounter resistance. But it is unquestionably emerging”. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost-Benefit State: the future of regulation protection*. Chicago: American Bar Association, 2002, p. 9.

¹²¹ Cf. VALENTE, Patrícia Pessôa. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 36.

¹²² Cf. VALENTE, Patrícia Pessôa. *Op. cit.*, p. 31.

“[...] pode-se considerar a *análise de impacto regulatório* como um procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória do Estado. Este procedimento baseia-se no uso sistemático de análises sobre os possíveis custos e benefícios de uma determinada decisão regulatória a partir de dados empíricos. Por isso, fala-se em um processo de tomada de decisão baseado em evidências observadas, quantificadas e sopesadas pelos agentes reguladores.”

Atenta a essa deficiência regulatória do Brasil, a OCDE recomendou a adoção de ferramentas de qualidade regulatória em sua gestão, dentre elas, o desenvolvimento de modelos de análise de impacto regulatório¹²³:

“É necessário que haja uma estratégia sistemática, com a estrutura de análise da regulação que assegure transparência, participação social e eficiência econômica, com responsabilidades explícitas e nível político e administrativo. A discussão sobre o processo padronizado de preparação de novas normas regulatórias que incluam a avaliação de impacto das mesmas está começando a acontecer. Existe, ainda, a necessidade de preparar capacidades regulatórias dentro da administração a médio e longo prazo.”

Leonardo Pereira Lamego¹²⁴, ao avaliar a análise de impacto regulatório no novo marco do saneamento básico, destaca:

“Considerando a nova competência da ANA para editar normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, bem como considerando que a agência deverá zelar pela uniformidade regulatória desse setor, segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços, bem como a articulação dos órgãos, a realização da AIR, com a identificação e definição clara dos problemas regulatórios a serem enfrentados, com transparência, oitiva e participação das partes interessadas, será fundamental para subsidiar estas tomadas de decisão [...]”

Diante de tais premissas e orientações, a obrigatoriedade da AIR no processo de construção das normas por parte das agências reguladoras federais, foi inserida pelo art. 6º da Lei Federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

O comando abrange todos os casos em que houver alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços. Essa mesma obrigatoriedade foi estendida a todos os órgãos ou entidades da administração pública federal,

¹²³ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Relatório sobre a reforma regulatória*, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 8.

¹²⁴ LAMEGO, Leonardo Pereira. *Análise de impacto regulatório no novo marco do saneamento básico*. In: FORTINI, Cristiana [et al.]. *Novo marco legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 386.

incluindo as autarquias e fundações públicas (art. 5º, da Lei nº 13.874/2019 – Lei de Liberdade Econômica)¹²⁵.

O conteúdo, requisitos mínimos, hipóteses de obrigatoriedade e de dispensa da análise de impacto regulatório, foram regulamentadas pelo Decreto Federal nº 10.411 de 30 de junho de 2020, o que deu efetividade aos comandos legais e já determina obrigatoriedade para as agências federais.

Os mecanismos jurídicos e a experiência teórica acumulada do Governo Federal (desde o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG¹²⁶) levam à boa perspectiva de uma AIR qualificada por parte da ANA, porém, cabem algumas observações relevantes para implementação desse instrumento de gestão à luz das normas de referência:

(i) Reafirmar a importância de emissão de normativo geral (Resolução ANA) para orientar o processo de produção das normas de referência (cf. tratado no item 2.3.1), detalhando, especificamente em relação ao estudo de AIR, qual será o rito e em qual momento do processo de construção de cada norma de referência ele será disponibilizado. O processo normativo deve ser pautado pela previsibilidade e segurança jurídica, delimitando claramente como se dará efetividade ao instrumento de AIR e quais as suas perspectivas para a norma de referência, já que se trata de processo absolutamente novo.

(ii) Considerando que a Lei disciplina rito de AIR apenas para os órgãos vinculados à Administração Pública Federal, que seja desenvolvido mecanismo normativo que obrigue os reguladores infranacionais à realização de estudos de AIR na produção das normas regulatórias

¹²⁵ Patrícia Pessoa Valente, ao comentar a AIR na Lei de Liberdade Econômica, destaca: “A previsão do artigo 5º da LLE deve ser lida não como uma nova imposição à administração pública federal de adotar um processo decisório dialético e baseado em evidências, pois esta já era uma obrigação quando da sua publicação. A leitura que fazemos desse dispositivo é principalmente de uma sinalização simbólica e estratégica do Legislativo e do Executivo (poder institucional que elaborou o projeto de lei) de apoio e reforço à necessidade de sua implementação na administração pública federal”. Cf. VALENTE, Patrícia Pessoa. *A Lei de liberdade econômica e a AIR*. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota, *Lei de Liberdade Econômica – Anotada – Vol. 2*. 2.ed., São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 79.

¹²⁶ O Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG foi criado por meio do Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, alterado pelo Decreto nº 8.760, de 2016.

O programa foi concebido a partir de uma parceria entre o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o Governo Federal, por intermédio da Casa Civil da Presidência da República. De 2008 a maio de 2013, o PRO-REG foi executado em parceria com o BID, sendo parcialmente financiado por meio de recursos do Contrato de Empréstimo 1811 OC/BR. A partir de maio de 2013, o programa passou a ser executado apenas com recursos do Orçamento Federal. Atualmente, o Programa não conta com orçamento específico na estrutura do Plano Plurianual. O objetivo geral do PRO-REG é melhorar a qualidade da regulação exercida no âmbito do Governo Federal por meio do fortalecimento do sistema regulatório, visando facilitar o pleno exercício das funções por parte de todos os atores e aprimorar a coordenação entre as instituições participantes, os mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/sistema-regulatorio-brasileiro/historico-do-pro-reg>. Acesso em 02 jun. 2021.

locais, criando ciclo virtuoso de boas práticas de fundamentação das escolhas administrativas consolidadas pelos reguladores estaduais, intermunicipais ou municipais. A proposta é inserir o comando na norma de referência sobre governança (art. 4º-A, inc. VIII, da Lei Federal nº 9.984/2000). A lógica dessa obrigatoriedade reside na expectativa de manutenção de padrão e de qualidade técnica de fundamentação em todas as normas regulatórias, inclusive dos reguladores infranacionais, que manterão o seu poder normativo em muitos temas de relevância local.

(iii) Optando por criar critério de governança para a AIR no processo normativo das agências reguladoras infranacionais, que estabeleça parâmetros mínimos de acordo com as práticas dos reguladores, dando efetividade ao comando do art. 4º-A, §4º, inc. I, da Lei Federal nº 9.984/2000 e não fazendo mera remissiva aos termos da Lei Federal no tocante aos critérios da AIR. É uma oportunidade de criar regras específicas e capturando as particularidades advindas das práticas exitosas no âmbito infranacional, em especial, pelas boas práticas desenvolvidas pelas agências: ADASA – Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento do Distrito Federal, ARSESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo e ARES-PCJ – Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá.

2.4.2.2. Consultas públicas

Em que pese contemplar uma proposta de desejável padronização normativa em temas regulatórios para o saneamento básico, as normas de referência dispõem de alto poder de alteração no cenário nacional, direcionando e alterando condutas públicas e empresariais do setor, instruindo configuração de contratos administrativos e, até mesmo, levando à inviabilidade e encerramento de atividades de agências reguladoras infranacionais que não atendam aos seus comandos.

Fomentar ambiente altamente participativo e transparente contribuirá para maior assertividade das normas de referência, seguindo o seu propósito de padronização e não de tensionamento com várias atividades já consolidadas e contratualizadas.

Chama a atenção, também, a preocupação com o limite de intrusão das normas, em especial, pela regra da Lei de Liberdade Econômica (Lei Federal nº 13.874/2019) no que tange

ao abuso do poder regulatório¹²⁷ que pode incorrer a ANA, mesmo na hipótese de norma de referência.

Nesse sentido, pela dimensão e impacto dessas normas, o nível de atenção com as consultas e audiências públicas deve tomar um novo patamar, totalmente diferente de processos meramente protocolares que são vistos todos os dias no Brasil.

No tocante às consultas públicas nos serviços regulados, temos críticas rotineiras acerca da complexidade das informações e da dificuldade de entendimento de seu conteúdo. Cabe uma observação importante: os documentos técnicos devem, sim, integrar as consultas e servem para amplo debate com o setor especializado e, como complemento, serve como meio de transparência e publicidade para o cidadão comum que deseja conhecer o processo.

Desprezar essa lógica formal pode ser fatal para o processo, pois a consulta muito simplificada e com tentativa de ser muito didática pode ser boa para o cidadão comum, mas ruim para os propósitos específicos e dificuldades pontuais que são áridas e preocupam os técnicos do setor (que irão operar a norma no dia a dia). Dessa forma, pensar a consulta é atender a esses dois destinatários, sem que um exclua o outro. Um debate o conteúdo em sua profundidade necessária e o outro toma conhecimento desse ato de publicidade e transparência e conhece os rumos da norma de referência.

São recomendações para boa prática de consulta pública das normas de referência, que:

(i) *Seja virtual e acessível a toda a sociedade brasileira*. Esse ponto merece pouco detalhamento, até mesmo por ser uma prática recorrente das ações de consulta da ANA em torno de seus temas já tratados em recursos hídricos nas últimas décadas;

(ii) *Sejam disponibilizados todos os documentos relevantes para o processo de construção da norma de referência e não apenas a minuta da Resolução*. Surge a preocupação real de reduzir o escopo de discussão em virtude da falta de elementos técnicos que embasaram

¹²⁷ Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

a minuta da norma. Orienta-se que, independentemente da norma de referência em discussão, seja aberto diálogo municiando a consulta com todos os documentos, inclusive aquele decorrente da escolha administrativa adotada (AIR);

(iii) *A audiência pública sempre ocorra durante a vigência de contribuições da consulta pública.* Importante entender que pontos da minuta e dos documentos podem ser alvo de dúvidas; nesse sentido, otimizar o processo de consulta, garantindo prazo posterior à apresentação em audiência, pode possibilitar novas contribuições ou indagações acerca de pontos não compreendidos;

(iv) *As sugestões – acatadas ou não – sejam sempre respondidas.* O processo consultivo deve ser conduzido com zelo e ganhará credibilidade se houver resposta justificando a negativa ou a inclusão das contribuições. Além de formalmente adequado, é modo eficiente de prestigiar e incentivar o regulador, associação de classe ou usuário que empreendeu esforços para estudar e aprimorar o documento;

(v) *A norma de referência de governança estabeleça a obrigatoriedade de consultas públicas para o processo normativo das agências infranacionais.* Considerando que os mecanismos de consultas públicas ainda não são aplicados por todos os entes reguladores infranacionais, parece bastante apropriado utilizar a norma de referência de governança (art. 4º-A, inc. VIII, da Lei Federal nº 9.984/2000) para criar ambiente de padronização e de incentivo à tecnicidade e transparência na normatização local;

(vi) *Optando pelo critério de governança para a consultas públicas no processo normativo das agências reguladoras infranacionais, que sejam observadas as práticas exitosas no âmbito infranacional.* A proposta segue linha com o texto da Lei, notadamente para avaliar as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios.

2.4.2.3. Audiências públicas

Ainda na sequência das propostas de controle social e participação ativa dos entes reguladores infranacionais na produção das normas de referência, registramos algumas breves observações ao ato formal de apresentação e esclarecimentos (audiência pública) das normas que serão inseridas no campo regulatório do saneamento básico.

Todas as observações feitas em relação ao item anterior (consulta pública) podem ser pensadas para a audiência pública, com destaque especial para as audiências virtuais, que

devem ser a regra, em razão das conhecidas dificuldades de logística e altos custos para o deslocamento até a sede da ANA, em Brasília/DF.

Fomentar audiências virtuais democratizará o ambiente de debates e possibilitará a maior participação de atores sociais do setor e sociedade civil. Tal constatação foi verificada com a exitosa experiência da primeira norma de referência (resíduos sólidos), contando com quase duas centenas de participantes *online* e simultaneamente.

São recomendações válidas, ainda, que:

(i) *Sejam apresentados todos os documentos relevantes* para o processo de construção da norma de referência e não apenas a minuta da Resolução;

(ii) *A audiência pública seja clara e sirva de subsídio* para as contribuições da consulta pública;

(iii) *As perguntas sejam sempre respondidas* – no momento da audiência ou posteriormente, através de formulário público e acessível a todos;

(iv) *A norma de referência de governança estabeleça a obrigatoriedade* de audiências públicas para o processo normativo das agências infranacionais;

(v) *Optando pelo critério de governança para a consultas públicas no processo normativo das agências reguladoras infranacionais*, sejam observadas as práticas exitosas no âmbito infranacional.

Inobstante as recomendações listadas, que são sugestões formais para a adequada participação social em relação aos normativos da ANA, temos de destacar que as premissas básicas já foram regulamentadas pela autarquia federal, através da Resolução ANA nº 45, de 22 de julho de 2019.

Em que pese a positiva e ampla ideia conceitual de “*transparência e a participação social, como a realização de audiências públicas, reuniões participativas ou a tomada de subsídio por meio de consultas, entrevistas, pesquisas e outros métodos que envolvam as partes interessadas*”, pouco evoluiu para definição de metodologia concreta acerca da materialização de tais conceitos. Nesse sentido, o art. 5º da citada Resolução:

“Art. 5º A edição de atos normativos deverá incluir procedimentos que permitam a transparência e a participação social, como a realização de audiências públicas, reuniões participativas ou a tomada de subsídio por meio de consultas, entrevistas, pesquisas e outros métodos que envolvam as partes interessadas.

§ 1º Os procedimentos participativos serão instaurados pela UORG responsável pela proposta de forma a garantir que a regulação sirva ao interesse público e que considere as necessidades legítimas dos interessados e dos agentes afetados.

§ 2º A avaliação técnica quanto à necessidade de realização de audiências ou consultas públicas será feita pela UORG responsável pela proposta, visando à posterior

anuência do seu Diretor supervisor e inclusão na pauta deliberativa da DIREC para decisão.

§ 3º As críticas e sugestões derivadas do processo de participação social e a análise técnica da respectiva UORG sobre as contribuições colhidas deverão constar do processo administrativo, assim como a proposta final de Resolução.”

A crítica que se faz acerca desse normativo está assentada em dois pontos: (i) falta de clareza e de definição objetiva da metodologia desse processo participativo, detalhando com nitidez os mecanismos e ritos próprios do processo democrático de escuta dos atores sociais¹²⁸; e (ii) preocupante definição do §2º, remetendo à “*avaliação técnica quanto à necessidade de realização de audiências ou consultas públicas será feita pela UORG responsável pela proposta*”.

O citado comando normativo precisa ser revisto com urgência, para integrar de forma coerente a sistemática do processo democrático e participativo constante da Constituição Federal de 1988, sob a qual se pressupõe a publicidade e o acesso como regra, sendo exceção a supressão de divulgação e de debate.

Pela mesma lógica, não parece acertada a posição de conceder à ANA a prerrogativa de definir qual norma de referência terá controle social. Tem-se, com a edição da Lei Federal nº 14.026/2020, a delegação de detalhamento das diretrizes (art. 4º-A, §1º, da Lei Federal nº 9.984/2000), mas não a liberdade para decidir sobre premissas de transparência, publicidade e controle social, uma vez que tais comandos advêm do princípio constitucional da legalidade, ou seja, hierarquicamente superiores e fora do limite de alçada do regulador federal. Nesse sentido, as precisas palavras de Thiago Marrara¹²⁹:

“Diferentemente da publicidade educativa, cuja raiz valorativa conduz ao princípio da eficiência tanto na execução de políticas públicas quanto na promoção de valores fundamentais da sociedade – conforme determinado pela Constituição –, a “publicidade transparência” está vinculada umbilicalmente ao princípio da legalidade (como supremacia da lei e do direito). Essa relação entre a publicidade e a legalidade ocorre na medida em que as informações fornecidas pelo Estado e obtidas pelos cidadãos mostram-se fundamentais para que estes: (1) exerçam seus direitos e

¹²⁸ Destaca Wallace Paiva Martins Junior: “É indevida a publicidade com preterição da forma legal, em razão da insegurança jurídica relativa à existência e ao conteúdo do ato e à garantia de sua eficácia. Embora prevaleça o princípio do formalismo moderado, a forma legal deve ser observada (arts. 2, VIII a X, 22 a 26, da Lei nº 9.784/1999). Somente se a lei não determinar a forma, o administrador tem liberdade para criá-la e desde que seja eficiente aos seus fins”. Cf. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 241.

¹²⁹ Cf. MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 288.

liberdades e/ou (2) controlem a prática de atos ilegais e abusivos praticados pelo Estado.”

Nesse sentido, para o caso específico das audiências públicas, a proposta lança o desafio de um melhor detalhamento do processo de participação social em audiências públicas, em especial, com o acolhimento das recomendações acima apresentadas e a revisão total da Resolução ANA nº 45/2019, não só para revogar o §2º do art. 5º, mas também para incrementar previsibilidade ao rito da participação social.

Nesse contexto de aprimoramento, não se pode perder de vista o pressuposto legal de controle social como regra e exclusão de publicidade e transparência – ainda que parcial – somente em situações específicas e absolutamente excepcionais. Aliás, situações essas de caracterização e enquadramento quase inexistentes nos serviços públicos de saneamento básico e na sua respectiva regulação técnica.

3. Capacitações dos reguladores infranacionais e da sociedade civil para as normas de referência

Dentre as inúmeras atribuições repassadas à ANA, surge a tarefa de criar programa de capacitação dos reguladores infranacionais e da sociedade civil, com abordagem dos temas vinculados às normas de referência. Nesse sentido, o comando do art. 4º-A, §11, na Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000, apontando que: “Caberá à ANA promover a capacitação de recursos humanos para a regulação adequada e eficiente do setor de saneamento básico”.

A alteração legislativa introduzida pela Lei Federal nº 14.026/2020 foi bastante assertiva, sendo elogiável a criação de mecanismos para interação com reguladores e sociedade civil acerca dos temas e pautas que são discutidas nas normas de referência, até mesmo pelo ineditismo do tema (diretrizes regulatórias para entes reguladores infranacionais).

Alinhados com a positiva postura da Lei acerca do processo de capacitação, discorreremos sobre algumas propostas em relação às expectativas depositadas na Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, em especial: atividades de capacitação desenvolvidas pela ANA; capacitação como instrumento de orientação para a discussão das normas (*a priori*); capacitação para difusão das normas aprovadas (*a posteriori*); agenda de capacitações proposta e contribuições para um processo de capacitação efetivo dos reguladores e da sociedade civil.

3.1. Atividades de capacitação desenvolvidas pela ANA

Em uma primeira e rápida avaliação, a nova tarefa delegada pela Lei não representa grande desafio à ANA, já que o regulador federal dispõe de estruturado e consistente programa de capacitações em recursos hídricos, notadamente diante das atribuições delegadas pela Lei Federal nº 9.433/1997.

Em seu reconhecido programa de capacitações¹³⁰, com diversificadas formas e áreas de treinamento, a ANA ofereceu, em 2020, cursos presenciais (convertidos em remotos por conta da pandemia), sendo: 6 turmas sobre Inspeção em Segurança de Barragens (turmas regionais); 2 turmas sobre Gestão de Conflitos (Bacia Piancó Piranhas-Açu e Bacia do Doce) e 1 turma sobre Direito das águas à luz da governança (8 países da América Latina), totalizando 402 capacitados.

No programa de Oficinas e Seminários, foram ofertados 6 eventos: (i) Oficina de cotas de referência – apoio ao Progestão; (ii) Oficina Progestão/Procomitês sobre Plano de Capacitação; (iii) Oficina do Plano do Paraguai – Capacitação sobre o Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Paraguai (4 edições); (iv) Seminário Nacional do Pró-Recursos Hídricos; (v) IV Simpósio Nacional de Integração da Rede PROFCIAMB e Oficinas do IV Simpósio Nacional de Integração da Rede PROFCIAMB e (vi) Seminário Sustentabilidade, Indicadores e Gestão de Recursos Hídricos, computando número de 1.326 pessoas capacitadas.

Em relação aos Cursos de ensino à distância – EAD, houve a oferta de 50 cursos, dos quais 4 novos, aumentando consideravelmente o número de capacitados em relação ao ano de 2019 (aumento de 43%) e com expressiva redução de evasão. Foram 27.745 as pessoas capacitadas por essa plataforma à distância, 94,13% do total de capacitados em 2020 (Figura 5).

¹³⁰Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *Relatório Anual 2020: ações de educação e capacitação*. Brasília, 2020. 8 p. Disponível em: https://capacitacao.ead.unesp.br/images/relatorios/Relatorio_Anual_2020_ANA_CCAPS.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

Figura 5 – Capacitações da ANA.



Fonte: ANA (2020, p. 3)

Outra aposta da ANA é na formação profissional de novos gestores para recursos hídricos e saneamento básico, sendo digno de nota o programa de pós-graduação em nível de Mestrado patrocinado pelo regulador federal. O Mestrado ProfÁgua¹³¹ já alcançou 60 defesas (com aditivo de mais 2 turmas para os anos 2021 e 2022) e o Programa Mestrado Profciamb¹³² obteve a marca de 92 defesas (com aditivo de mais 2 turmas para os anos 2021 e 2022)¹³³.

Diante da reconhecida experiência acumulada desde a sua criação, sempre com vistas à difusão de conhecimentos em relação à gestão de recursos hídricos, parece-nos que o único desafio à ANA, no tocante ao plano de capacitações em saneamento básico, é a falta de provisão de dotação orçamentária e de repasse de recursos financeiros para ampliar e implantar os cursos nas áreas de saneamento básico e regulação.

Inobstante o real e relevante desafio de adaptação e expansão de estrutura para as novas atividades – mesmo com restrições orçamentárias e inalterado quadro de pessoal –, a ANA já vem planejando algumas ações para promover a “capacitação de recursos humanos para a regulação adequada e eficiente do setor de saneamento básico”, nos termos da Lei.

¹³¹ O Mestrado Profissional em Rede Nacional em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos (ProfÁgua) é um programa de pós-graduação stricto sensu em Gestão e Regulação de Recursos hídricos recomendado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Ministério da Educação. Maiores informações podem ser acessadas em: <http://www.feis.unesp.br>. Acesso em: 21 jun. 2021.

¹³² O Profciamb tem como objetivo geral possibilitar a formação continuada em nível de mestrado profissional de professores da educação básica e também de profissionais que atuam em espaços não formais (museus, jardins botânicos, centros de ciências) e/ou não escolares, e aqueles envolvidos com divulgação e comunicação das ciências. Maiores informações podem ser acessadas em: <http://www.profciamb.eesc.usp.br/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

¹³³ Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *Relatório Anual 2020: ações de educação e capacitação*. Brasília, 2020. p. 3.

A Coordenação de Capacitação do SINGREH, através da Superintendência de Apoio ao Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, ao absorver a competência de desenvolver capacitação para o setor de saneamento básico, iniciou diagnóstico de demandas e necessidades e planejamento para as ações de educação e capacitação, tendo firmado parceria com Banco Mundial e GT Saneamento da ANA¹³⁴.

Dessa parceria firmada com o Banco Mundial, resultou a contratação do consultor português, Prof. Rui Cunha Marques, que apresentou Plano de Capacitação em Regulação do Saneamento Básico, o qual será detalhado a seguir (item 3.3).

Em paralelo ao estudo contratado, foram desenvolvidas as seguintes ações por parte da Coordenação de Capacitação do SINGREH:

- Diagnóstico de temas prioritários para a capacitação em regulação do saneamento básico mediante questionários e entrevistas às agências reguladoras infranacionais;
- Estruturação de trilha de aprendizagem sobre regulação no saneamento (com o mapeamento dos itens descritos como objeto da norma de referência);
- Apresentação das ações da CCAPS e proposta de estruturação do Plano para cerca de 100 representantes das Agências Infranacionais; e
- Webinar de capacitação da ANA - O Novo Marco Legal do Saneamento.

Após o bem-sucedido mapeamento dessas ações e com a abertura de diálogo com os entes reguladores infranacionais, a ANA projeta as suas ações futuras para tornar permanente o ciclo de capacitações, sendo elas:

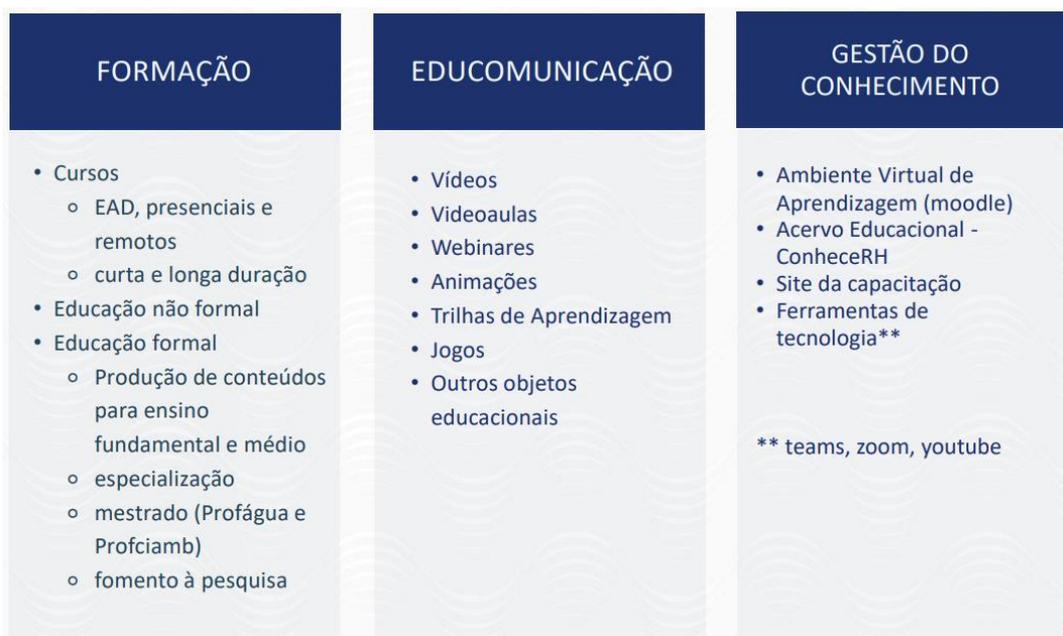
- Disponibilização do Plano de Capacitação em Regulação do Saneamento Básico para consulta às agências infranacionais de saneamento;
- Publicação do Plano; e
- Contratação e realização da agenda de cursos em regulação do saneamento.

De forma integrada, todas essas ações desenvolvidas e a metodologia pensada para o próximo ciclo são descritas na Figura 6¹³⁵.

¹³⁴ Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. *Relatório Anual 2020: ações de educação e capacitação*. Brasília, 2020. p. 6.

¹³⁵ Disponível em: https://progestao.ana.gov.br/destaque-superior/eventos/oficinas-de-intercambio-1/capacitacao/oficina-de-capacitacao-novembro-2020/oficina_capacitacao_2020_ccaps.pdf/view. Acesso em: 22 jun. 2021.

Figura 6 – Metodologia do ciclo de capacitações.



Fonte: ANA (2020).

Como se vê, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico dispõe de robusta estrutura de capacitação e vem se preparando para atender às novas demandas decorrentes da alteração legislativa, com forte potencial de melhoria da percepção da regulação através da capacitação dos agentes públicos e privados envolvidos com esses serviços essenciais.

A visão otimista é reforçada pela estrutura já instalada, sendo que a plataforma EAD e os cursos autoinstrucionais pensados já são rotineiros para temas de recursos hídricos e não demandarão grandes esforços criativos ou de adaptação em sua matriz.

O curso à distância, por sua vez, é democratizador do acesso amplo e ótimo para os fins a que se destinam: atender a todos os Estados da federação, alcançando reguladores infranacionais, prestadores de serviços, titulares dos serviços públicos e sociedade civil, sem os percalços dos custosos deslocamentos ou limitando acesso diante do restrito número de pessoas em cada sala de aula.

3.2. A capacitação como instrumento de orientação para a discussão prévia das normas

A despeito da ótima estrutura instalada por parte da ANA para cursos de capacitação, observamos, diante de uma leitura integrada da lei, que existe uma falta de sintonia cronológica entre a Agenda Regulatória e a proposta de Plano de Capacitação.

Acerta a Lei Federal nº 14.026/2020 quando estimula mecanismos de participação social e projeta na publicidade um forte instrumento para qualificar os cidadãos para o debate sobre o tema da regulação.

Pensando pela lógica do “conhecer para opinar”, o Plano de Capacitação da ANA tem a oportunidade de ser valioso instrumento de empoderamento do cidadão para discutir os temas da norma de referência.

Nesse sentido, pensar um ciclo de capacitações que anteceda a discussão da norma de referência, como, por exemplo, um curso que habilite a sociedade para discutir “diretrizes para definição de modelo de regulação de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas”, que terá norma de referência somente no 2º semestre de 2022, seria um ganho impressionante de qualidade para o debate.

Insistimos nessa opção por ser uma oportunidade única da ANA em criar modelo de capacitação *a priori* – o que se dá muito raramente, já que as capacitações são sempre com o intuito de informar ou orientar sobre conceito ou lei existente.

A capacitação, nessa perspectiva, ganha muito quando pensada em cenário anterior à norma, pois municia de elementos técnicos o usuário e o regulador infranacional, para que possam debater com clareza os temas nem sempre fáceis de serem assimilados.

Essa proposta parece ser interessante e desafiadora, na medida em que cria uma perspectiva de legitimação e conhecimento prévios dos atores sociais para um debate aberto e de alto conhecimento sobre o assunto em pauta, o que seria benéfico à ANA, principalmente por eliminar assimetrias e atecnias, colhendo as contribuições com maior precisão técnica.

Por fim, para que essa metodologia de difusão de conhecimento seja viável, é preciso repensar o cronograma do Plano de Capacitação que segue em fase de consolidação, principalmente dando-lhe sintonia com a Agenda Regulatória aprovada. As capacitações seriam realizadas nos semestres anteriores à discussão da norma de referência, sendo que a mesma sistemática pode ser aplicada para as futuras revisões dessas normas – que serão revistas com periodicidade a ser definida pelo regulador federal.

3.3. A capacitação para difusão das normas aprovadas

Como destacado, seguindo o planejamento da Coordenação de Capacitação do SINGREH, através da Superintendência de Apoio ao Sistema Nacional de Gerenciamento de

Recursos Hídricos, foi realizado diagnóstico de demandas para as ações de capacitações em temas vinculados às normas de referência.

Dessas ações, resultaram a parceria entre o Banco Mundial e o GT Saneamento da ANA, com a posterior contratação do consultor português Rui Cunha Marques, que apresentou proposta de Plano de Capacitação em Regulação do Saneamento Básico¹³⁶.

A proposta de Plano, com horizonte de implantação e desenvolvimento entre os anos de 2021 e 2024, é bastante detalhada e foi desenvolvida em 4 fases (Figura 7).

Figura 7 - Fases do projeto e produtos.

Fases	Descrição	Produtos
Fase 1	Apresentação de proposta contendo a metodologia e cronograma que serão adotados para a execução dos produtos e atividades previstos nos TdR	PRODUTO I – Plano de trabalho e proposta metodológica
Fase 2	Pesquisa para a coleta de dados que consolidará as informações levantadas sobre os temas prioritários de capacitação que devem integrar o Plano de Capacitação em regulação no saneamento e trilha formativa sobre o tema. Foram efetuadas entrevistas e questionários com as agências reguladoras de saneamento	PRODUTO II - Coleta de dados e sistematização das informações
Fase 3	Relatório com a avaliação de trilha formativa e soluções educacionais propostas pela ANA para a Regulação no Saneamento e proposição dos aperfeiçoamentos necessários para preencher as lacunas levantadas	PRODUTO III - Relatório com a proposição de trilha formativa e soluções educacionais
Fase 4	Elaboração de Plano de Capacitação em Regulação no Saneamento	PRODUTO IV – Plano de Capacitação

Fonte: MARQUES (2021)

Dentre as diretrizes traçadas no planejamento, foram sugeridas pelo consultor as seguintes providências:

- (i) Articulação institucional e parcerias para buscar atender as demandas de capacitação sobre regulação em saneamento;
- (ii) Diversificação e oferta de soluções educacionais buscando atender as necessidades dos diferentes perfis do público-alvo;
- (iii) Gratuidade das ações de capacitação;
- (iv) Desenvolvimento de ações de capacitação sobre regulação em saneamento de forma progressiva e continuada;
- (v) Ampliação da qualificação da gestão institucional e da capacidade gerencial e técnica no âmbito da regulação dos serviços de saneamento;

¹³⁶ A íntegra do estudo será publicada no site da ANA: <<https://www.gov.br/ana/pt-br>>.

- (vi) Priorização de soluções educacionais considerando as demandas do público interessado;
- (vii) Assegurar prioritariamente a participação das agências infranacionais nas ações de capacitação promovidas;
- (viii) Apoio à utilização de conteúdos e ferramentas digitais para ampliar a participação das partes interessadas em ações de capacitação;
- (ix) Elaboração de manuais para facilitar a implementação de normas de referência sobre regulação em saneamento;
- (x) Difusão de boas práticas em regulação no saneamento;
- (xi) Inclusão de conhecimentos dos quatro serviços de saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana e serviço de drenagem urbana) nos cursos de capacitação não específicos; e
- (xii) Priorização de capacitação dos servidores das agências reguladoras.

O estudo direciona o público-alvo das ações de capacitação e treinamentos, com ênfase no atendimento da própria Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, agências reguladoras infranacionais, titulares e prestadores de serviços públicos de saneamento, órgãos de controle público e órgãos colegiados de controle social.

Como meta de atendimento e cobertura, dimensiona a intenção de abranger 75% das agências reguladoras infranacionais, com frequência, ao menos, de um curso de capacitação dentre os cursos previstos para cada ano (a partir de 2022). Pretende-se, como meta de implementação, ainda, que o plano seja totalmente desenvolvido até ao final do último ano (até dezembro de 2024).

Dentre as estratégias de implementação, o estudo contratado destaca que serão necessários vários recursos, incluindo o envolvimento da equipe de técnicos da ANA, que são os representantes responsáveis pela criação e organização das diferentes soluções educacionais e sua disponibilização. A criação e o desenvolvimento das ações poderão ser conduzidos por meios próprios (internamente à estrutura do regulador federal) ou recorrer a entidades com experiência nas várias temáticas identificadas.

Em relação ao formato dos cursos e capacitações, existem várias possibilidades postas à disposição, dentre eles: o modelo presencial, EAD remoto (ensino à distância de interação virtual em tempo real), online (EAD autoinstrucional) ou misto (com módulo online

mais módulo presencial). Apesar da variedade de modelos, há uma forte recomendação para os modelos de interação virtual, com recomendação presencial somente para casos específicos e com justificada opção.

Foram propostas duas trilhas de aprendizagem, que podem ser entendidas como os caminhos para o desenvolvimento de pessoas, com capacitações e outras ações educativas, que buscam facilitar o acesso a conteúdos para o aprimoramento de competências. São elas:

(i) *Conhecimentos fundamentais*, dividida em noções de saneamento básico e noções de regulação; e

(ii) *Conhecimentos específicos*, dividida em governança regulatória, regulação técnica, regulação econômica e regulação contratual.

Por fim, há proposta com detalhamento para o monitoramento e avaliação do plano, sendo descritas estratégias de reação e de impacto, desenvolvidas de forma a aferir o nível de satisfação das expectativas dos cursistas e a aplicabilidade prevista dos conhecimentos que foram adquiridos.

As regras de frequência e critério de participação nos cursos, entre outras inerentes à gestão das ações de capacitação, a ser aplicadas, podem ser as atualmente adotadas pela ANA.

O monitoramento e a avaliação das ações de capacitação serão feitos por meio das avaliações realizadas pelos cursistas dos cursos, que servirão para subsidiar as decisões relativas às capacitações, no sentido de aperfeiçoar o que precisar ser modificado.

3.4. Agenda de capacitações proposta pela ANA

Com base no estudo realizado, após apresentação e contribuições dos reguladores infranacionais, a ANA desenhou sua agenda de capacitações para as primeiras atividades e as trilhas formativas para o período de 2021-2024.

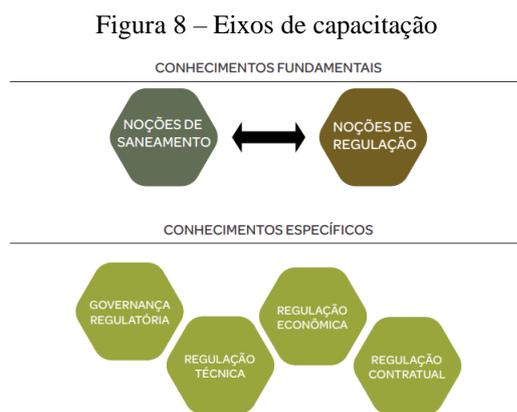
A versão final da agenda foi apresentada no dia 15 de julho de 2021, marcando a comemoração de um ano da edição da Lei Federal nº 14.026/2020, e serviu para apresentar a proposta e os desafios da ANA na implementação das políticas públicas de capacitação e de formação para os temas de regulação do saneamento básico.

Seguindo a linha de desafios iniciais decorrentes da delegação de competências à ANA, foram destacadas as preocupações orçamentárias e a ausência de incremento de equipe para a implementação integral do plano de capacitação, o que pedirá desdobramentos da agência

federal no tocante à busca por parcerias para consolidação das atividades. O primeiro parceiro inserido nesse desafio foi o Banco Mundial¹³⁷, responsável por custear os estudos iniciais.

O plano de capacitação está dependente de adoção e execução de um grupo de ações sequenciais, que permitam a análise crítica situacional, a identificação e definição das metas a alcançar, além das necessidades que podem ser supridas por ações de capacitação ajustadas às demandas das agências reguladoras infranacionais.

A Figura 8 resume os eixos de capacitação, que foram integralmente acatadas do estudo realizado pelo Professor Rui Cunha Marques:



Fonte: ANA (2021)

De acordo com o detalhamento do plano¹³⁸, são mantidos os eixos temáticos de conhecimentos fundamentais e conhecimentos específicos.

O primeiro conhecimento fundamental elencado é relativo às “Noções de Regulação”. Espera-se que o servidor ou ator da regulação, ao percorrer a trilha, possa compreender os fundamentos que promovem a instituição da regulação de serviços de saneamento básico, as principais questões jurídicas e institucionais da regulação, os diferentes modelos de regulação de serviços de saneamento básico, os princípios básicos sobre regulação técnica, regulação econômica e regulação contratual e, ainda, as boas práticas de governança e da regulação.

¹³⁷ Perante este desafio, desenvolveu-se uma parceria entre a ANA e o Banco Mundial, com o objetivo de ‘realizar um diagnóstico das demandas e lacunas de capacitação por meio de pesquisa e proposição de Plano de Capacitação em Regulação no Saneamento e de Trilha Formativa sobre o tema, com avaliação das soluções educacionais já propostas pela ANA. Desta forma, o Banco Mundial com o suporte de um consultor externo contratado, apoiaram a ANA nesta sua importante missão que o novo Marco do Saneamento lhe confere. Cf. ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Plano de capacitação em regulação no saneamento 2021-2024*. Brasília, 2021, p. 4.

¹³⁸ ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Plano de capacitação em regulação no saneamento 2021-2024*. Brasília, 2021, p. 15.

O segundo conhecimento fundamental da trilha de aprendizagem elencado foi referente a “Noções de Saneamento”. Este módulo visa formar os atores da regulação por meio do desenvolvimento de competências que levem à aprendizagem sobre aspectos básicos dos serviços de saneamento nas suas diferentes dimensões, incluindo a sua caracterização, prestação e sustentabilidade, e os principais instrumentos de gestão dos recursos hídricos e sua interação com o setor do saneamento.

Em relação aos temas específicos, espera-se que os atores da regulação que percorrem a trilha de aprendizagem da “Governança Regulatória” compreendam a abrangência da governança regulatória, podendo aperfeiçoar os seus conhecimentos sobre temáticas de análise de impacto regulatório, ouvidoria, resolução de conflitos, ética e controle social, riscos e *compliance*, comunicação e liderança, entre outros.

O eixo de ação relativo à “Regulação Técnica” foi desenhado de forma a permitir que os funcionários ou os atores da regulação possam desenvolver as suas competências específicas que lhes possibilitarão atuar na definição de parâmetros gerais para a avaliação da qualidade de serviço e da prestação de serviços de saneamento, incluindo a fiscalização direta e indireta da execução dos contratos, dos planos e da prestação dos serviços de saneamento básico, envolvendo tantos os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário como dos serviços de manejo de resíduos sólidos e de limpeza urbana, e dos serviços de drenagem urbana.

Os conhecimentos específicos da “Regulação Econômica” visam preparar os profissionais e atores da regulação para ações voltadas à elaboração de estudos econômicos e financeiros relativos à viabilização dos prestadores de saneamento básico, à determinação de taxas e tarifas dos serviços de saneamento básico adotadas pelo prestador, aos modelos de subsídio, à contabilidade regulatória, à base de ativos regulatória e ao custo de capital.

O eixo para a “Regulação Contratual” foi construído de forma a permitir o aprofundamento de conhecimento dos profissionais das agências reguladoras e outros atores da regulação em temáticas de relevo relacionadas com contratos, tais como a regulação híbrida, reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a gestão de contratos, licitação pública, matriz de risco, regulação híbrida, entre outros.

Em relação ao formato¹³⁹ das capacitações, em que pese a variada proposta trazida pelo estudo, optou a ANA, em um primeiro momento, por adotar o formato EAD, em especial o EAD autoinstrucional.

A solução parece bastante eficaz em relação à redução de custos, além da vantagem em termos da adesão de participantes. A solução EAD autoinstrucional difere do formato EAD remoto, uma vez que os cursos serão disponibilizados e frequentados *online* pelos interessados sem a presença de um professor para conduzir o curso e lecionar o conteúdo. Este tipo de curso não tem limite de vagas, podendo ser frequentado pelos cursistas a qualquer momento durante o período de sua disponibilização.

3.5. Contribuições para um processo de capacitação efetivo dos reguladores e da sociedade civil

A estrutura de capacitações existe e a qualificação dos atuais servidores da ANA garantem credibilidade à entidade na condução do processo de difusão das temáticas relativas aos serviços públicos de saneamento básico.

Em que pese a *expertise* aclamada pelas ações em temas de recursos hídricos, com quadro técnico dentre os mais capacitados da Administração Federal, as novas atribuições demandam acréscimo de pessoal e fontes orçamentárias consistentes para ampliação de ofertas e do portfólio de cursos¹⁴⁰.

O estudo realizado pelo Professor Rui Cunha Marques apresenta qualidade e pertinência incontestes e capta com objetividade as novas atribuições que foram delegadas pela lei e as necessidades e particularidades de nosso país, notadamente pela inserção da preferência por modelo de capacitação em modalidade remota.

Ocorre que, diante do cenário inicial que se visualiza, de restrições financeiras e de reduzido quadro de pessoal, deve a ANA buscar variadas formas de parcerias para viabilizar as ações propostas.

¹³⁹ ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Plano de capacitação em regulação no saneamento 2021-2024*. Brasília, 2021, p. 16.

¹⁴⁰ Preocupado com a excessiva burocratização das atividades e futura ociosidade de quadro de pessoal, Jerson Kelman e Paulo Canedo orientam: “Nessa fase de transição, a ANA deve recorrer sempre que possível à consultoria especializada para o desenvolvimento de normas e metodologias, evitando que se torne permanente o que pode ser conjuntural. Quando a força de trabalho de qualquer instituição pública supera a sua necessidade, o que se cria é burocracia. Por isso, é preciso moderação na convocação de novos servidores públicos para reforçar a ANA em suas novas atribuições”. Cf. KELMAN, Jerson; CANEDO, Paulo. ANA e a regulação do saneamento. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 135.

Nesse sentido, valer-se de experiências e de rede de contatos já ramificadas por outras entidades e associações representativas pode ser uma interessante estratégia.

Buscar parcerias em temas de regulação com a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR e explorar temas técnicos e operacionais com a Associação Brasileira de Engenharia Sanitária – ABES podem resultar em excelente troca de experiência e redução de custos para a produção de vídeos.

Parcerias com entidades dedicadas ao ensino e pesquisa, como a Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, para temas de governança e de AIR e ARR, além de aplicar práticas em resíduos sólidos consolidadas pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo – FESPSP, podem agregar qualidade teóricas à prática.

Outra sugestão é explorar a ramificação das ações de capacitação através de redes de aprendizado, com o incentivo da ANA para que os reguladores infranacionais possam replicar os conhecimentos para os seus prestadores, sociedade civil e titulares dos serviços, tornando a ação de capacitação democrática e ampla, chegando a toda a sociedade interessada, com baixo custo.

Por fim, como bem explicitam Edgar Perloti e André Luís Pinto da Silva¹⁴¹ diante das expectativas que estão sendo criadas:

“Entende-se que a capacitação dos reguladores será a principal variável a ser observada quando da formação das expectativas quanto à qualidade da futura regulação, em especial de novos agentes privados que passem a atuar no setor, e, conseqüentemente, dos serviços de saneamento prestados por estes. No limite, a própria capacidade de atingimento das metas de investimento para universalização do setor, previstas na lei, estará intimamente ligada às condições dos agentes reguladores locais de regular e fiscalizar os contratos.”

3.5.1. Capacitação como instrumento de incentivo à universalização da regulação

Conforme apresentado anteriormente, a regulação infranacional não padece apenas do problema de falta de uniformidade e padronização – temos o desafio da sua universalização, já que o número de municípios sem definição do ente regulador ainda é bastante elevado. A obrigação legal foi instituída no ano de 2007 e ainda enfrentamos a desinformação e resistências políticas por imaginária “perda de poder decisório sobre tarifas e destinos dos serviços locais”.

¹⁴¹ PERLOTTI, Edgar; SILVA, André Luís Pinto da. Novo marco regulatório do saneamento: qualidade regulatória e o desafio da capacitação das agências locais. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 109.

Com base em dados de 2020, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, para atendimento às novas atividades delegadas com a Lei Federal nº 14.026, realizou detalhado levantamento e identificou 1.785 municípios sem regulação, ou seja, 32% do número de municípios brasileiros (correspondendo a 40,1 milhões de habitantes)¹⁴².

Em que pese o esforço da legislação em emprestar coercitividade legal à obrigação de indicação do regulador para os serviços de saneamento, com a inserção do §5^o¹⁴³ ao art. 8º da Lei Federal nº 11.445/2007, não se percebe, com mais de um ano de vigência das alterações, movimentação para correção dessa distorção.

Várias são as ações possíveis para buscar efetividade à letra da Lei, sendo que uma delas é através de capacitações e conscientização para a relevância e benefícios da regulação técnica e independente.

O plano de capacitações aprovado, por sua vez, não traz abordagem nesse sentido, o que pode merecer aprimoramentos.

A proposta é dar visibilidade e debater o problema da falta de universalização da regulação, sob pena de subsistirem dois tipos de prestação de serviços no Brasil, o regulado e o não regulado. Buscar no poder de convencimento dos cursos de capacitação essa ferramenta de descoberta de temas desconhecidos e de apoio para tomada de decisão parece ser uma empreitada relevante.

A insistência com o tema justifica-se pela dificuldade em trazer os municípios à legalidade, pois as características das cidades ainda não atendidas – em sua grande maioria com prestação direta ou indireta (autarquia) da própria Municipalidade – limitam o alcance das ações de divulgação e de fiscalização dos controles externos e do Poder Judiciário.

Nesse sentido, especificamente no plano de capacitação, sugerimos que a ANA coloque luz nesse problema invisível dos debates da regulação, para que entendamos que a efetividade das políticas públicas que perseguimos passa por alcançar a todos, sob pena de falharmos na missão principal: os serviços públicos de saneamento adequados, contratualizados e com regulação técnica independente e fortalecida.

A abordagem do tema pode se dar por duas formas: através de cursos específicos com temática voltada para a obrigação da regulação e seus benefícios ou orientação aos cursos

¹⁴² O detalhamento desses dados pode ser consultado no artigo: NUNES, Carlos Motta; ANDERAO Alexandre; MARINHO DE ARAUJO, Cíntia Leal. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. *BRICS Law Journal*. 2021;8(2):66-88. Disponível em: <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88>. Acesso em: 29 jul. 2021.

¹⁴³ Dispõe o citado §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”.

aprovados, acrescentando tópicos à programação definida, solicitando aos tutores que sempre abordem essa temática, como forma de contribuição à solução de um problema relevante.

4. Acompanhamento do cumprimento das normas de referência

Em complemento à tarefa de definição das normas de referência, foram repassadas à ANA as atividades de monitoramento, avaliação de conformidade às diretrizes e o processo de reavaliação periódica dos normativos.

Como destaca Rui Cunha Marques¹⁴⁴, o escopo de atividade da ANA, relativamente ao saneamento básico, não se esgota na construção das normas de referência. A ANA tem ainda outras importantes atribuições, como a elaboração de estudos técnicos de boas práticas regulatórias, de guias e manuais para a sua aplicação e a ação mediadora ou arbitral nos conflitos, além de promover a capacitação de recursos humanos para a regulação adequada e eficiente do setor de saneamento básico.

Pensar a atuação da ANA no processo posterior à criação da norma de referência é crucial para consolidação do processo – em especial, diante das restrições que serão impostas às agências reguladoras infranacionais no caso de descumprimento dos normativos. Nesse sentido, foram balizadas as alterações introduzidas na Lei Federal nº 9.984/2000 pela Lei Federal nº 14.026/2020, no tocante ao processo de avaliação das normas:

“Art. 4º-B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

§ 1º A ANA disciplinará, por meio de ato normativo, 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, que poderá ser gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a adequada preparação das entidades reguladoras.

§ 2º A verificação da adoção das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA ocorrerá periodicamente e será obrigatória no momento da contratação dos

¹⁴⁴ MARQUES, Rui Cunha. A reforma do setor de saneamento no Brasil: o reforço da regulação e do papel da ANA. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 41.

financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal.”

Como se vê, o processo de definição das normas é apenas uma das fases do processo de padronização e segurança jurídica que se pretende para a regulação do saneamento básico, sendo fundamentais os demais pilares de consolidação dessa política pública setorial: a capacitação, o monitoramento, a avaliação de conformidade e a reavaliação das normas, em uma cadeia cíclica.

A pauta é desafiadora e a criação desses mecanismos – até então inexistentes na cultura regulatória nacional – agregarão tarefas complexas ao regulador nacional. Nas palavras de Rui Cunha Marques¹⁴⁵:

“[...] a ANA está a dar os primeiros passos no setor de saneamento e na sua regulação, está distante do teatro das operações (dos prestadores), precisa ainda de se capacitar e não tem ainda o patrimônio histórico que outras agências possuem neste setor. Por conseguinte, a sua atividade regulatória deverá ser gradativa, de aprendizagem, demandando consensos e sempre regida por princípios de boa governança.”

No presente capítulo, pretendemos lançar discussões acerca de relevantes pontos de discussão, tais como: norma de referência como elemento de indução à política pública de universalização do saneamento; norma de referência como instrumento de segurança jurídica; norma de referência como elemento de indução e não de coerção; teoria do *spending power* como estratégia limitada; progressividade na avaliação de cumprimento da norma; avaliação de cumprimento das normas mediante exposição dos reguladores infranacionais e Análise de Resultado Regulatório – ARR.

4.1. Norma de referência como elemento de indução à política pública de universalização do saneamento básico

Em relação ao modelo de monitoramento, avaliação de conformidade e reavaliação das normas em períodos pré-determinados, reafirmamos nossas expectativas positivas acerca do papel da norma de referência na melhoria do quadro regulatório e, por conseguinte, do

¹⁴⁵ MARQUES, Rui Cunha. A reforma do setor de saneamento no Brasil: o reforço da regulação e do papel da ANA. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 51.

cenário atual do saneamento básico, que apresenta baixos índices de investimentos e ineficiências técnicas crônicas dos prestadores¹⁴⁶.

É preciso reconhecer que a norma de referência é parte do sistema de soluções propostas para o setor e não terá condições de atrair, por si só e de forma isolada, todas as soluções que pretendemos ver implementadas nos serviços públicos de saneamento básico apenas com a edição da Lei Federal nº 14.026/2020. A situação é complexa e pede atuação concentrada de várias instâncias e atores sociais, como destaca Charles Corrêa Schramm¹⁴⁷:

“Convivemos em um ambiente administrativo complexo e, não raro, muito confuso. Por décadas, convivemos com uma regulação excessivamente descentralizada e, por vezes, contraditória entre diferentes localidades; os programas de investimentos não observados pelas companhias e, com frequência, tarifas orientadas politicamente, para citar somente alguns dos desafios. Difícil olhar para o setor e não enxergar um grande emaranhado de situações e soluções casuísticas, quando não um caos instalado por ineficiências escondidas no famoso “jogo de empurra”.”

Como afirmado anteriormente, a renovação da legislação brasileira de saneamento básico no ano de 2020 apresentou três diretrizes centrais muito evidentes: a uniformização da regulação, o incentivo à desestatização na prestação dos serviços e a regionalização¹⁴⁸, como técnica de cooperação e coordenação.

Nesse sentido, a norma de referência e a atuação tutelar de uniformidade da ANA terão o papel de atrair credibilidade ao sistema por meio da segurança jurídica e previsibilidade das ações futuras, otimizando as relações técnico-jurídicas entre prestadores, titulares e sociedade civil (como fiscal das políticas públicas setoriais).

¹⁴⁶ Para Charles Corrêa Schramm: “Há uma opinião corrente de que a infraestrutura tem papel fundamental na redução das desigualdades. Um crescimento sustentável alcançado por investimentos em estrutura física tem sido um dos pontos-chave das estratégias nacionais de desenvolvimento nos últimos anos. Mesmo com os esforços atuais, o próprio governo reconhece a existência de problemas estruturais no sistema de nacional de infraestrutura que resulta em grande ineficiência e precariedade de serviços”. Cf. SCHRAMM, Charles Corrêa. Investimentos em saneamento: será o novo marco regulatório capaz de nos levar ao atingimento da meta de universalização do saneamento básico no Brasil? In: DAL POZZO, Augusto (Coord.). *O novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 101.

¹⁴⁷ SCHRAMM, Charles Corrêa. *Op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁸ Patrícia Sampaio destaca que a regionalização deve promover maior coordenação entre os diferentes titulares, principalmente dentro da mesma bacia. Isso, por conseguinte, poderá evitar externalidades negativas decorrentes da atuação isolada, como a poluição e a consequente proliferação de vetores de doenças por gestões inadequadas. Outra vantagem da coordenação, a seu ver, reside na mitigação de falhas de mercado relativas à exploração dos bens comuns (ambiente e água), já que poderá reduzir a sobre-exploração e o subinvestimento nos bens comuns. Cf. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Reforma do Marco Legal e o incentivo à prestação regionalizada. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza (Org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 174.

Parece fundamental compreender, portanto, que as normas de referência terão um relevantíssimo papel de indução à política pública de universalização do saneamento básico, porém, de forma isolada, tendem a ser ineficazes no propósito de solucionar os problemas atacados com o novo marco regulatório para o saneamento básico¹⁴⁹.

4.2. Norma de referência como relevante instrumento de segurança jurídica

Diante dos argumentos lançados, a norma de referência tem papel desafiador e relevante no propósito de incrementar segurança jurídica¹⁵⁰ e previsibilidade aos processos regulatórios, desempenhando papel estratégico – porém, não exclusivo – para a consolidação dos esforços de universalização do acesso aos serviços de saneamento básico.

O primeiro ponto de segurança jurídica e de eficiência pública na normatização diz respeito às expectativas do mercado e da sociedade, dado que caberá à ANA o papel de supervisora regulatória e tomará frente no processo de padronização das normas e regras do setor. É bastante salutar a concentração das discussões de premissas no âmbito nacional, já que o modelo anterior prestigiava a discussão local (no âmbito do Estado, do Município ou de grupos de Municípios) e produzia ineficiências, assimetrias e pulverização de modelos regulatórios, na medida em que se dava ênfase à “realidade local”, em desprestígio de padrões nacionais e de referência para unificar o setor.

O segundo ponto de segurança jurídica está relacionado aos anseios das agências reguladoras infranacionais, que visualizam mecanismos de tecnicidade e barreiras objetivas nos limites legais para o exercício do novo comando da Lei Federal nº 14.026/2020. Um dos pontos de conforto é o rol taxativo de temas passíveis de abordagem por normas de referência, o que

¹⁴⁹ “Em qualquer cenário regulatório e de financiamento, no entanto, importa considerar que os *deficit* dos serviços de saneamento básico no país não são oriundos somente das lacunas do marco legal. Esses *deficit* resultam de descontinuidades de iniciativas e da não priorização da atividade na promoção da saúde e da qualidade de vida, conforme este texto procurou evidenciar. Nesse sentido, os doze anos da PNSB (2007-2019) estão ainda longe dos necessários trinta a quarenta anos que países como Alemanha, Portugal e Coreia do Sul, por exemplo, levaram para dar uma reviravolta positiva na gestão e nos indicadores do saneamento e da qualidade dos seus rios”. Cf. SANTOS, Gesmar Rosa dos; KUWAJIMA, Julio Issao; SANTANA, Adrielli Santos de. Regulação e investimento no setor de saneamento no Brasil: trajetórias, desafios e incertezas. Brasília: Ipea, 2020. (*Texto para Discussão* nº 2587), p. 57. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10222/1/td_2587.pdf. Acesso em: 16 ago. 2021.

¹⁵⁰ Dispõe a nova redação da Lei Federal nº 9.984/2000: “Art. 4º-A [...] §7º. No exercício das competências a que se refere este artigo, a ANA zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços, observado o disposto no inciso IV do § 3º deste artigo”.

traz previsibilidade e limitação clara aos assuntos que ainda são de competência exclusiva dos reguladores infranacionais. Outro tema diz respeito ao mecanismo de validação dessas normas, que estão blindadas de tecnicidade através de avaliação de AIR e discussões abertas (audiências públicas e consultas públicas). Essa sistemática tranquiliza reguladores (que estão subjugados a essas normas) e a própria sociedade, que anseia por um processo transparente e fundamentado.

Em que pese avançar com a sinalização da desejável segurança jurídica para o setor, como destacado anteriormente (item 3.5.1), o problema da falta de universalização da regulação desafia esse cenário desejável de harmonia regulatória que tanto almeja a Lei.

Nesse aspecto, o presente trabalho tem insistido, com veemência: para que haja uma adequada padronização, é necessário inserir todos os municípios no mesmo contexto, todos com reguladores preparados e com governança estruturada para depois, em ato seguinte, trazer todos à uniformidade de procedimentos e de regras, sob pena de mantermos a excelência em algumas regiões e o ostracismo regulatório em outras, criando, literalmente, dois extremos.

Essa pauta não passou despercebida pelo legislador e foi alvo de intenso debate quando das discussões das Medidas Provisórias antecedentes e do Projeto de Lei que originou a Lei Federal nº 14.026/2020. Foi inserido comando legal reafirmando a regulação obrigatória, com o acréscimo do §5º¹⁵¹ ao art. 8º da Lei Federal nº 11.445/2007.

Em que pese o adequado propósito da Lei, não há, por parte da ANA, qualquer ação coercitiva a ser tomada em relação à falta de adesão à regulação, dependendo de outros órgãos e instâncias de controle externo (Ministério Público e Tribunais de Contas) essa cobrança.

Outros atores relevantes para a cobrança de atendimento a essa política pública são os financiadores das obras e investimentos na área de saneamento, que devem condicionar a concessão de empréstimos à vinculação a uma entidade reguladora. Essa ação contribui para a expansão da regulação técnica e, ao mesmo tempo, protege o financiador do risco político, consubstanciado, muitas das vezes, pelo uso populista das tarifas. Essa lógica de mercado já ocorre com bancos públicos e instituições de fomento nas hipóteses de contratos de concessão, por força do art. 11, inc. III,¹⁵² da Lei Federal nº 11.445/2007.

¹⁵¹ Art. 8º [...] §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.

¹⁵² Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: [...] III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização.

O grande desafio segue para os municípios com prestação direta pelo próprio titular, quer seja através de Secretaria, Departamento Municipal ou por Autarquia local, nos quais os instrumentos de coerção ainda são bastante frágeis, basicamente concentrados na cobrança por parte do Ministério Público, diante dos comandos legais existentes. Pauta-se muito essa cobrança em termos de legalidade e pouco se argumenta sobre a relevância da regulação para o aprimoramento e melhoria dos serviços diante do apoio técnico do regulador independente.

Por fim, como sugestões para o enfrentamento da ausência de adesão à regulação e busca por uma efetiva e ampla segurança jurídica da regulação infranacional, apontamos as seguintes estratégias:

(i) Atuação da ANA com capacitações, treinamentos e conscientização acerca da importância da regulação independente e da padronização regulatória, além de estimular, através das normas de referência, a adesão à regulação¹⁵³;

(ii) Ministérios Públicos Estaduais e Tribunais de Contas dos Estados exigindo o cumprimento do comando legal;

(iii) Órgãos financiadores (bancos públicos e demais fontes públicas de aporte de recursos para os investimentos) enfatizando a necessidade de regulação como item necessário à validade dos contratos (art. 11, inc. III, da Lei Federal nº 11.445/2007);

(iv) Prestadores orientando os demais gestores detentores de poderes para tomada de decisão (Prefeito e Vereadores) acerca da importância da regulação técnica e dos benefícios para a sustentabilidade e qualidade dos serviços públicos;

(v) Estados fomentando a criação de Unidades Regionais de Água e Esgoto – URAEs, como forma de incentivo à regionalização e contratualização de metas dos serviços públicos e, como consequência, ampliando as chances de expansão da regulação para os agrupamentos de Municípios não atendidos por órgão técnico e independente¹⁵⁴; e

(vi) União reforçando a eficácia do comando do citado art. 8º, §5º, por meio de regulamentação específica em Decreto Federal, inserindo detalhamento no Decreto Federal nº

¹⁵³ Nesse sentido o novo comando da Lei Federal nº 14.06/2020: “Art. 4º-A [...] §3º. As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão: [...] III - estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária; [...] V - incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços.”

¹⁵⁴ Citamos, como exemplo de Unidades Regionais de Água e Esgoto – URAEs, que foram fomentadas pelo Estado, o caso São Paulo, que sancionou a Lei Estadual nº 17.383, de 05 de julho de 2021 (Dispõe sobre a criação de unidades regionais de saneamento básico, com fundamento nos artigos 2º, inciso XIV, e 3º, inciso VI, alínea "b", da Lei Federal nº 11.445/2007). Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2021/lei-17383-05.07.2021.html>. Acesso em: 10 ago. 2021.

7.217/2010 – que regulamenta a Lei Federal nº 11.445/2007 – ou editando novo Decreto que traga as balizas e regras que devem ser observadas para a implementação desse comando legal.

4.2.1. Norma de referência como elemento de indução e não de coerção

Outra reflexão que deve ser apresentada leva em consideração o efeito esperado em relação às normas de referência que serão editadas. A experiência ainda muito incipiente não pode pautar conclusões, já que, até o presente momento, tivemos apenas uma norma emitida, a NR nº 01, relativa a resíduos sólidos. Porém, podemos traçar algumas expectativas em relação à estratégia para um modelo adequado e que atenda, dentro de seu escopo limitado, uma eficaz contribuição ao processo de melhoria do setor.

Nessa discussão, dois pontos precisam ser evitados para assegurar um resultado satisfatório:

(i) *a norma não pode ser instrumento burocrático de complexo atendimento*, que crie externalidades negativas e falhas da regulação¹⁵⁵. Apesar das controvérsias conceituais da inovação trazida com a Lei e da linha tênue que separa atribuições do regulador nacional e dos reguladores infranacionais, há de se buscar clareza e baixo custo de implantação e/ou adaptação; e

(ii) *a política regulatória de padronização da ANA precisa ser gestada com viés de política pública de apoio e incentivo à melhoria da qualidade regulatória*, contribuindo para aprimoramento dos modelos consolidados, em atuação essencialmente de parceria. Essa relação de cooperação tende a ser fragilizada caso o poder normativo da ANA seja exercido de forma verticalizada e com foco na austeridade e sancionamento (ainda que indiretamente, através dos mecanismos de indução da teoria do *spending power*) àqueles que não se adaptem ao modelo sugerido, pautando sua ação no indesejado modelo clássico de comando e controle.

A preocupação é evitar uma cultura meramente sancionatória e punitiva que venha a agir na contramão do desejado avanço gradativo, sustentável e constante da regulação

¹⁵⁵ Nesse sentido: SUNSTEIN, Cass. *After rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

infranacional, causando, por conseguinte, efeito inverso ao desejado, com a redução do número de agências reguladoras em nível de conformidade.

Essa preocupação é absolutamente relevante para o ponto de partida da norma de referência, pois, como destacado no item anterior, o propósito da supervisão regulatória é trazer para padronização mínima os reguladores infranacionais existentes e incentivar os não-aderentes à regularidade. Entretanto, uma normatização rígida e voltada ao sancionamento tende a colocar muitos dos reguladores atuais fora do padrão e desincentivar a regularidade dos municípios ainda sem regulação.

Nesse cenário indesejado de normas austeras e com metas de difícil alcance, teremos, hipoteticamente, o retrocesso no número de agências em padrão de conformidade, dificuldades para a criação de novos reguladores e o conseqüente decréscimo no número de reguladores existentes. Restarão bolsões de excelência em localidades mais estruturadas e grandes vazios de cobertura nas regiões em estágio de desenvolvimento, o que não atende à política pública setorial planejada.

Diante de tais ponderações, uma intervenção regulatória progressiva e voltada para a realidade técnica das agências deve pautar o processo de criação normativa, em especial, com fundamentos teóricos dos estudos de Análise de Impacto Regulatório. Essa visão integrada com olhos para a realidade é destacada por Rafael Veras de Freitas e Felipe Salathé Rogoginsky¹⁵⁶:

“[...] em âmbito doutrinário, atualmente, uma das principais vertentes da análise qualitativa da intervenção regulatória diz, justamente, com uma avaliação dos custos regulatórios, como se extrai da Teoria da *Responsive Regulation*. De modo com uma de suas nuances, expostas por Ayres e Braithwaite, os reguladores não devem primar por intervenções coercitivas, considerando os altos custos impostos por uma regulação verticalizada, notadamente os de fiscalização.”

A teoria responsiva estabelece que as estratégias alinhadas para o alcance da conformidade regulatória devem ser moduladas a partir da análise do histórico comportamental dos entes regulados, ou seja, baseiam-se nas premissas de que diferentes agentes demandam diferentes respostas, devendo essas se apresentarem em ações combinadas de intervenções dissuasivas e persuasivas.

¹⁵⁶ FREITAS, Rafael Veras de; ROGOGINSKY, Felipe Salathé. Análise de Impacto Regulatório na Lei de Liberdade Econômica. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coords.), *Lei de Liberdade Econômica Anotada – Vol. 2 – 2. ed.*, São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 107.

De acordo com Ian Ayres e John Braithwaite¹⁵⁷, e diferentemente do que muitos acreditam, a estratégia mais efetiva para um acompanhamento adequado é aquela em que ações similares não obrigatoriamente são objeto de idêntica abordagem e tratamento, mas devem ser alvo de um comportamento regulatório que visa ao cumprimento de regras e atingimento de padrões, o que pode se dar através da utilização de um rol de diferentes ações: educação; orientação; obtenção e análise de dados; divulgação de informações e resultados de desempenho dos entes regulados e do setor como um todo.

Um dos documentos referenciais para essa mudança de paradigma é o “*Regulatory Enforcement and Inspections - Best Practice Principles for Regulatory Policy*”¹⁵⁸, editado pela OCDE no ano de 2014, que apresenta doze princípios de boas práticas: 1. Fiscalização com base em evidências; 2. Seletividade; 3. Foco em risco e proporcionalidade; 4. Regulação responsiva; 5. Visão de longo prazo; 6. Coordenação e consolidação; 7. Governança transparente; 8. Integração de informações; 9. Processos claros e justos; 10. Incentivo à conformidade; 11. Profissionalismo; e 12. Verificação de realidade.

Além de implementação dessa visão mais arrojada de modelo regulatório, que não exclui, mas também não toma como única opção o modelo de comando e controle, precisamos avaliar dois outros elementos que foram acolhidos pela Lei e que trarão impactos relevantes no êxito do acompanhamento das normas de referência emitidas pela ANA: o papel dos incentivos econômicos de indução à adesão às políticas públicas (*spending power*) e a forma de mensurar o modelo mais eficiente de progressividade das normas diante do cenário regulatório atual.

Não podemos deixar de considerar, também, a nova perspectiva para os acordos administrativos que foram incentivados com a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), com o acréscimo do art. 26, que autoriza e incentiva acordos da Administração para melhor resultado de metas e atividades do próprio poder público:

“Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só

¹⁵⁷ Nesse sentido: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹⁵⁸ OECD. *Regulatory Enforcement and Inspections*. OECD Publishing, Paris, 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-enforcement-and-inspections-9789264208117-en.htm>. Acesso em: 13 ago. 2021.

produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

A pauta dos acordos administrativos, na visão de Marçal Justen Filho¹⁵⁹, pressupõe:

“A ação administrativa estatal envolve um procedimento de “construção harmônica do interesse público no caso concreto”, em que o agente público pondera as diversas manifestações de interesses públicos envolvidos para buscar uma solução que preserve, na maior extensão possível, todos os fins a serem realizados pelo Estado.”

Nesse sentido, em contraponto ao modelo de comando e controle e de aplicação de sanção pelo não-cumprimento das metas das normas de referência, nos termos da Lei Federal nº 14.026/2020, há espaço para o caminho dialógico de acordos administrativos ou até mesmo Termo de Ajustamento de Conduta – TAC entre a ANA e o regulador infranacional, criando uma fase intermediária entre a avaliação de conformidade e a punição (com a publicação das agências que não atendem as diretrizes, nos termos do art. 4º-B, §2º).

Aponta Odete Medauar¹⁶⁰, ao comentar as novas perspectivas para a Administração Pública em seu relacionamento com a sociedade e com os usuários-administrados: “O ordenamento jurídico passou a incentivar a abertura da Administração para a processualidade, a discussão e a negociação e a restringir o uso de poderes jurídicos de imposição unilateral”.

4.2.2. Teoria do *spending power* como estratégia limitada

Como apresentado anteriormente, a teoria do *spending power* é concretizada através de instrumentos de indução (econômicos ou outros incentivos) que buscam orientar condutas de outros entes da Federação para o atendimento de determinadas políticas públicas elencadas como prioritárias. Em sua grande maioria, são ações da União Federal que buscam incentivar e padronizar condutas nacionais estruturantes.

No caso específico das alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.026/2020, que alterou a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, existe forte vetor de indução

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Coord.), São Paulo: Almedina, 2020, p. 57.

¹⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. Ed., São Paulo: RT, 2008, p. 65-66.

para a adequação da regulação às diretrizes emanadas das normas de referência, além de fomentar a regionalização, a desestatização e a contratualização de metas nos serviços públicos de saneamento básico.

A proposta dá um imenso revés no modelo jurídico anteriormente praticado, que sempre prestigiou pela titularidade municipal, com base no art. 175¹⁶¹ da Constituição Federal. A releitura do comando constitucional surge em decorrência das ineficiências históricas relatadas no setor e agrega à discussão o contexto das regiões metropolitanas e aglomerados urbanos¹⁶².

Acrescentemos a essa nova visão de prestação regionalizada o papel dos Estados na estruturação de Unidades Regionais de Água e Esgoto – URAEs¹⁶³, como política de indução de ganho de escala para prestação dos serviços no âmbito do Estado, o que aumenta a pressão sobre os titulares locais.

Os temas lançados com a Lei Federal nº 14.026/2020 são novos e questionamentos têm aflorado, desde a incredulidade de eficácia (diante da complexidade das regras e do cenário enraizado e coberto de péssimos exemplos de gestão) até as esperadas barreiras políticas e de convencimento que estão sendo mobilizadas e vêm politizando o tema.

Inobstante tais dificuldades apresentadas, registramos três observações que devem ser avaliadas no processo de implantação das normas:

(i) Norma de referência como entrave para o avanço e consolidação da regulação infranacional

Se os mecanismos de incentivo e indução forem aplicados de forma agressiva (com metas e condições muito audaciosas) e com verificação meramente burocrática, poderemos ter um efeito inverso ao esperado; ao invés de elevar a qualidade regulatória nacional, podemos assistir a um regresso no número de agências infranacionais, inserindo na ilegalidade parte dos municípios e agências reguladoras existentes.

O propósito de reconhecer na norma de referência as práticas exitosas consolidadas, o ritmo adequado e a progressividade na implantação tendem a incentivar os reguladores à

¹⁶¹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁶² Nos termos da Lei Federal nº 13.089/2015 – Estatuto da Metrópole e ADI nº 1842/RJ.

¹⁶³ Nos termos do Decreto Federal nº 10.588/2020, em seu art. 2º.

adequação. Essa lógica inserida na Lei Federal nº 9.984/2000 (art. 4º-A, §4º) busca harmonizar o cenário regulatório e produzir baixos impactos (custos regulatórios), tanto para o regulador, quanto para os prestadores.

Na medida em que inserimos uma prática ou uma regra nova para todo o setor, requeremos esforços integrais, sendo que, preservando e apoiando as práticas consolidadas, teremos de trazer à conformidade somente a parcela ainda não-aderente. Em resumo, prestigiar as práticas experimentadas e consolidadas requererá menor cenário de acomodação normativa e com maior eficiência (menor custo regulatório).

Outro ponto relevantíssimo é que a norma de referência deve ser sensível ao seu objetivo-fim (apoio à universalização e qualidade dos serviços públicos), perseguindo sempre o propósito de simplificação das ações e efetividade, sob pena de mergulhar na complexidade e burocracia excessivas todo o setor, não atendendo à sua finalidade.

Nesse sentido, conforme detalhado no item 2.3.2, sugerimos que as normas de referência, sempre que possível, atuem no âmbito da *normatização complementar*, entendidas como aquelas normas que estabelecem comandos genéricos, deixando para os reguladores infranacionais a sua complementação. Esse nível desejado prestigiará as diversidades de cada realidade regional e facilitará o atendimento por parte do regulador local. No mesmo sentido, essa menor complexidade trará maiores incentivos para a expansão da regulação, convidando aqueles que ainda não contam com ente regulador a buscar a conformidade.

(ii) Norma de referência e o acesso a fontes de financiamentos públicos

Ponto que precisa ser considerado em nosso cenário pretendido – de segurança jurídica e uniformidade da regulação para fomentar a universalização dos serviços – é o impacto de eventual austeridade burocrática nos financiamentos para garantia de investimentos do setor.

Há de se ter em mente que o não atendimento às normas traz reflexos na captação de recursos através de financiamentos e repasses públicos¹⁶⁴. Esse estreitamento de opções trará

¹⁶⁴ Dispõe o Decreto Federal nº 10.588/2020, em seu art. 5º: “Os recursos necessários ao apoio técnico e financeiro da União, a alocação de recursos públicos e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União de que trata este Decreto serão oriundos: I - do Orçamento Geral da União; II - de fundos de natureza pública; III - de fundos de natureza privada; IV - de doações de entidades nacionais e internacionais; V - de acordos de empréstimo com organismos financeiros internacionais; VI - de fontes próprias de entidades financeiras nacionais; e VII - de outras fontes de recursos que vierem a ser constituídas para essa finalidade”.

maior complexidade para um cenário que já sofre com severas restrições, apresentando inexpressivas linhas de crédito e raros êxitos na concessão de financiamentos públicos¹⁶⁵.

Somemos a essa conjuntura a baixa procura de muitos municípios por fontes de financiamentos públicos em virtude da falta de capacidade de endividamento de Municípios e de Estados da Federação¹⁶⁶. Como destacam Gesmar Rosa dos Santos, Julio Issao Kuwajima e Adrielli Santos de Santana¹⁶⁷, o cenário de alto grau de endividamento dos Municípios tem levado os titulares a buscarem fontes alternativas de recursos, em especial, emendas parlamentares e doações para resolverem os problemas de seus serviços locais:

“O alto grau de endividamento municipal registrado, por exemplo, pelo Índice Firjan de Gestão Fiscal (IFGF) é uma barreira preocupante, pois grande número de municípios se mantém por vários anos dependente de repasses, doações e iniciativas das empresas estaduais de saneamento, por incapacidade de contrair recursos para investimentos. Esse aspecto de endividamento tende a exercer papel fundamental em insucessos de ações estruturantes no saneamento, inclusive com frustrações de medidas regulatórias, ao induzir comportamentos não convergentes, a depender do grupo político no poder. Isso permite que as empresas alternem períodos de alta lucratividade com outros de *déficit* e, constantemente, recorrem a recursos do Estado com o objetivo de viabilizar parte dos componentes que deveriam ser custeados pela tarifa.”

Tais alternativas são bastante criticadas, pois não representam fontes perenes e duradouras para fazerem frente ao grande desafio da universalização colocado pela Lei Federal nº 14.026/2020 e pelo PLANSAB¹⁶⁸, com marco temporal de universalização para 2033.

¹⁶⁵ “Em razão das dificuldades financeiras, de pessoal e de infraestrutura dos municípios para acessar o crédito (público e privado), iniciativas de auxílio aos municípios na elaboração dos PMSBs partem, além da Funasa/MS e do MCidades/MDR, da Caixa, das companhias de saneamento, de consórcios e convênios intermunicipais e dos comitês de bacia hidrográfica (CBHs). A Funasa disponibilizou modelos e instruções para a elaboração do PMSB, além de capacitação de gestores das prefeituras em oficinas e cursos presenciais e *online*. Indo um pouco além, diversos CBHs, além de disponibilizar modelos e mobilizar os interessados, têm elaborado planos individuais ou em conjunto com centenas de prefeituras, em suas respectivas bacias hidrográficas”. Cf. SANTOS, Gesmar Rosa dos; KUWAJIMA, Julio Issao; SANTANA, Adrielli Santos de. Regulação e investimento no setor de saneamento no Brasil: trajetórias, desafios e incertezas. Brasília: Ipea, 2020. (*Texto para Discussão* nº 2587), p. 20. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10222/1/td_2587.pdf. Acesso em: 16 ago. 2021.

¹⁶⁶ “As prefeituras e as prestadoras mais carentes de investimentos e de melhorias pouco investem ou o fazem por meio de recursos onerosos, endividando ainda mais os municípios pobres e dificultando o cumprimento das metas do Plansab. Somada às disparidades socioeconômicas locais e regionais, tal situação gera uma condição na qual faltam serviços de qualidade e agravamento de aspectos socioeconômicos”. Cf. SANTOS, Gesmar Rosa; KUWAJIMA, Julio Issao; SANTANA, Adrielli Santos de. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁶⁷ SANTOS, Gesmar Rosa; KUWAJIMA, Julio Issao; SANTANA, Adrielli Santos de. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁸ “É histórica a dificuldade de manter investimentos continuamente e com valores adequados diante do desafio de universalizar os serviços de saneamento básico para um país tão grande e desigual social e economicamente como o Brasil. Os entraves de infraestrutura e gestão, como comentado anteriormente, exigem consenso político que garanta atenção ao planejamento e ao longo prazo. Consideram-se também os longos períodos para que se possa efetivamente mensurar os efeitos gerados pelas estruturas (os sistemas de água e esgoto) e para amortizar os custos de implementação e operação. Desse modo, a discussão a respeito das formas de financiar os serviços (por qual nível de combinação entre tarifas ou impostos) é o grande desafio colocado ao setor, no passado, no momento

A alternativa de financiamentos para municípios que não ingressarem na prestação regionalizada ou que contem com regulador que não atenda às normas de referência, será a busca por fontes alternativas de recursos, quer seja pelo autofinanciamento através de suas tarifas de água e esgoto ou por outras fontes de financiamentos (bancos privados, recursos estaduais, fundos estaduais para recursos hídricos¹⁶⁹, captação de recursos provenientes da cobrança pelo uso dos recursos hídricos de domínio dos Estados¹⁷⁰, entre outros).

Pensando que essas fontes alternativas podem existir ou serem intensificadas, os meios de indução à adesão podem perder força, na medida em que as condições de austeridade levem os setores econômicos privados a aceitarem o desafio do risco e passem a “competir” pela carteira de investimentos, neutralizando a ação estatal coercitiva.

Nesse sentido, as normas de referência a serem gestadas pela ANA precisam atuar na direção da convergência de interesses dos prestadores e reguladores, pautadas fortemente em comandos técnicos, fazendo com que sejam vistas como oportunidades de melhoria do setor, sob pena de não atenderem ao seu objetivo e fomentarem sistema paralelo de financiamentos à margem do modelo pensado pela Lei Federal nº 14.026/2020.

(iii) Norma de referência e o processo de erosão legislativa

O terceiro ponto de atenção é certamente o mais crítico, pois está fora do domínio de controle do regulador federal (ação exógena): a intrusão legislativa alterando os rumos da política pública através da modificação da lei.

Para enfrentar esse desafio, a norma de referência precisa mostrar sua robustez e tecnicidade de conteúdo, neutralizando ataques oportunistas daqueles que visualizam maiores facilidades em mudar e postergar a lei em detrimento de enredarem esforços para mudarem o cenário do saneamento.

e no futuro próximo. O modelo atual concebe à tarifa o papel de garantir a manutenção, a operação e todos os custos dos serviços, dos sistemas e outros custos operacionais, como os de financiamento. Por sua vez, o financiamento de obras e os custos vinculados têm tido como base o orçamento público (da União, estados/Distrito Federal e municípios) e os recursos tomados no mercado pelos prestadores de serviços”. Cf. SANTOS, Gesmar Rosa; KUWAJIMA, Julio Issao; SANTANA, Adrielli Santos de. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁹ Destacamos, como exemplo, a Lei Estadual nº 7.663, de 30 de dezembro de 1991, do Estado de São Paulo, que regulamenta o Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FEHIDRO, que tem por objetivo financiar programas e ações na área de recursos hídricos.

¹⁷⁰ Cf. arts. 19 a 22 da Lei Federal nº 9.433/1997.

A ANA deverá emprestar sua credibilidade técnica e contar com apoio robusto no desenho de sua Agenda Regulatória, evitando ao máximo descumprir suas metas e prazos, bem como tratar com seriedade as análises de impacto regulatório, os estudos de apoio e ações de monitoramento de cumprimento das regras, tudo isso aliado à transparência e apoio constante aos entes reguladores infranacionais.

A prática vigilante de qualidade e transparência mitigará os oportunismos na erosão dos mecanismos de incentivo e indução por ações políticas, que levam à alteração das leis e postergações de prazos. Infelizmente temos a péssima prática de alterar o prazo das exigências da lei quando a meta não é alcançada.

Vejam os casos da obrigatoriedade dos planos municipais de saneamento básico (art. 26, do Decreto Federal nº 7.217/2010), um caso idêntico de política de indução que sofreu erosão legislativa ao longo dos anos, com quatro prorrogações.

“Art. 26. A elaboração e a revisão dos planos de saneamento básico deverão efetivar-se, de forma a garantir a ampla participação das comunidades, dos movimentos e das entidades da sociedade civil, por meio de procedimento que, no mínimo, deverá prever fases de:

[...]

§2º. **A partir do exercício financeiro de 2014**, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico.”

“§2º. **Após 31 de dezembro de 2015**, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico. (Redação dada pelo Decreto nº 8.211, de 2014)”

“§2º. **Após 31 de dezembro de 2017**, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração Pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico. (Redação dada pelo Decreto nº 8.629, de 2015)”

“§2º. **Após 31 de dezembro de 2019**, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso aos recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico. (Redação dada pelo Decreto nº 9.254, de 2017)”

“§2º. **Após 31 de dezembro de 2022**, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso aos recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico. **(Redação dada pelo Decreto nº 10.203, de 2020)**” (grifou-se)

Como se vê, por ações reiteradas de interesses políticos ou de segmentos técnicos com influências políticas, tivemos quatro intervenções no Decreto Federal, retardando o prazo de exigência dos planos para acesso a recursos federais em nove anos!

É correta a afirmação que o mecanismo criado pela Lei nº 14.026/2020 foi aprovado por Lei, exigindo trâmite de alteração com maior complexidade; porém, existe no Brasil uma irracional prática política de pressionar pela postergação dos prazos e não pelo atendimento do comando legal.

Esse cenário causa incredulidade na política pública, passando o claro recado da falta de compromisso com metas e ações definidas pelo próprio poder público. Certamente não arriscaríamos dizer que o prazo para os planos de saneamento teve a sua última prorrogação.

Usando das lições dos planos municipais de saneamento, podemos afirmar que a ANA dispõe de instrumentos para desenhar um cenário diverso e promissor do vivenciado, e as ferramentas foram inseridas com o novo marco regulatório na Lei Federal nº 9.984/2000: tecnicidade através de estudos setoriais e análise de impacto, diálogo constante com o setor, busca pela valorização das melhores práticas e visão realista de prazos de implantação e aferição das normas de referência (progressividade).

Outro ponto fundamental para evitar a erosão legislativa das regras delimitadas em lei se dará através da legitimação e credibilidade das ações técnicas da ANA, em especial, pelo apoio dos reguladores infranacionais, prestadores de serviços de saneamento básico e órgãos técnicos do setor, o que ocorrerá naturalmente diante das boas práticas do regulador federal.

4.2.3. Progressividade na avaliação de cumprimento da norma

A forma progressiva de instituição¹⁷¹ das normas de referência tem louvável acerto e será um dos pilares para o êxito do cumprimento das diretrizes emanadas pela ANA. Tratamos sobre o tema no item 2.3.3, com ênfase na postura cautelosa para assegurar o sucesso da política pública de supervisão regulatória.

O diálogo para a construção da Lei nº 14.026/2020 foi assertivo e o legislador, atento aos imensos desafios nacionais, conseguiu captar o estágio de consolidação e de aprimoramentos que circundam a regulação infranacional de saneamento básico, razão pela qual entendeu pela gradatividade na inclusão das regras no setor de regulação do saneamento.

Porém, a preocupação com o ritmo de implantação da nova política regulatória não ficou adstrita apenas à criação das normas de referência, tendo repercussão, também, no processo de avaliação de cumprimento dessas normas emitidas.

Nesse sentido, o art. 4º-B, §1º, da Lei Federal nº 9.984/2000, acrescido no conjunto de alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020:

“Art. 4º-B. [...]”

§1º. A ANA disciplinará, por meio de ato normativo, 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, **que poderá ser gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a adequada preparação das entidades reguladoras.**” (grifou-se)

Pede atenção, no presente comando da Lei, que existem diferenças entre o procedimento para criação das normas de referência e o procedimento para a criação de regras para avaliação do cumprimento desses normativos.

O art. 4º-B, §1º, define que a ANA disciplinará **por meio de ato normativo** os procedimentos a serem adotados para comprovação da adoção das normas de referência. O art.

¹⁷¹ Dispõe a Lei Federal nº 9.984/2000, em seu art. 4º-A: §2º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico contemplarão os princípios estabelecidos no inciso I do *caput* do art. 2º da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e serão instituídas pela ANA de forma progressiva. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

4º-A, §1º, por sua vez, descreve, em treze incisos, os temas passíveis de norma de referência, **sendo que procedimentos para comprovação da adoção das normas não estão descritos.**

Pelo texto legal, não caberia edição de norma de referência para esse assunto, mas sim, uma Resolução específica da ANA, que é **ato normativo** emanado da Diretoria Colegiada.

Em entendimento diverso, a Agenda Regulatória (Resolução ANA nº 64, de 01 de março de 2021¹⁷²) incluiu **procedimentos para comprovação da adoção das normas** como norma de referência a ser emitida no segundo semestre de 2021.

Em uma análise bastante restritiva, a opção contraria a Lei, pois o rol de normas de referência encontra pauta taxativa, e o acréscimo desse novo componente amplia o campo de atuação para além da autorização legal.

Inobstante essa ponderação jurídica, não retiramos a avaliação prática da escolha, que pode, inclusive, ser mais benéfica aos reguladores infranacionais, uma vez que as normas de referência passam por processo mais participativo, fundamentado (AIR e estudos técnicos para sua justificativa) e transparente do que para a emissão de Resolução pela Diretoria Colegiada. Em última análise, pode ser uma decisão acertada.

Por fim, não poderíamos deixar de registrar a crítica à redação do citado inciso quando estabelece que o processo de comprovação “poderá ser gradual”. O verbo “poder” em textos jurídicos indica faculdade ou possibilidade, trazendo imprecisão técnica e incertezas acerca de sua utilização.

A progressividade é necessária, representa os anseios da regulação infranacional e servirá para aprimorar, gradativamente, o modelo institucional alterado pela Lei. A utilização distorcida desse mecanismo pode trazer dificuldades para a desejada padronização regulatória.

¹⁷² Resolução nº 64, de 1º de março de 2021. Aprova o Eixo Temático 5 - Normas de Referência para o Saneamento e atualiza a Agenda Regulatória da ANA, para o período 2020/2021. Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/0064-2021_Ato_Normativo_132021_20210310120802-1615399514365.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

4.2.4. Contribuições ao modelo de avaliação de cumprimento da norma

Com o propósito de apresentar sugestões ao modelo que será gestado para a futura avaliação da conformidade na adoção das normas de referência por parte dos reguladores infranacionais, agregamos as seguintes observações.

4.2.4.1. Progressividade e periodicidade como parâmetros para a efetividade da norma

Destacamos, no presente tópico, a preocupação com o ritmo progressivo a ser observado no processo de avaliação do cumprimento das normas de referência.

A regulação do saneamento básico surge no Brasil no ano de 2007, com a Lei Federal nº 11.445, razão pela qual, deverão ser pensadas regras de transição entre as normas dos entes reguladores existentes e as alterações que serão propostas. Há expectativa do setor por normas factíveis, consensadas e com prazos razoáveis de adaptações, já que prazos exíguos tendem a dificultar a capacidade de resposta eficiente dos reguladores.

Devemos enfatizar, ainda, que várias normas de referência têm como destinatários os prestadores de serviços, pedindo adaptações em contratos de concessão e rotinas das empresas concessionárias, além de adaptações em legislações para os casos de prestação direta pelo próprio poder público.

Algumas alterações necessitarão, como explicitado no item 2.3.3, de intervenções exógenas e não de providências endógenas, tais como alterações legislativas, não coincidência de mandatos, realização de concurso público, descontingenciamentos de recursos de orçamento, dentre outros. Tais providências exógenas, que estão fora do domínio e controle do regulador infranacional, devem ser consideradas no cronograma temporal de adaptações.

Nesse sentido, tão relevante quanto o ritmo e adequação na produção da norma é a progressividade de sua avaliação.

Nossa proposta é criar uma sistemática de prazos que estabeleça o contexto e o nível de complexidade das alterações, ponderando com prazos menores aquelas normas que pedem menor esforço de adaptação – em especial aquelas que dependem de gestão ou aprimoramento

internos – e prazos mais dilatados para as normas que peçam ações ou intervenções complexas ou envolvendo vários atores sociais, como aditamentos de contratos e aprovação de leis.

Aliada a essa preocupação com a progressividade na avaliação das normas, temos a nova obrigação repassada à ANA para verificar periodicamente a adoção de suas diretrizes, o que deve gerar uma demanda por ações constantes de fiscalização e contato com os reguladores infranacionais. Nesse sentido, o art. 4º-B, §2º, da Lei Federal nº 9.984/2000:

“§2º. A verificação da adoção das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA ocorrerá periodicamente e será obrigatória no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).”

Parece-nos a melhor leitura a junção de progressividade com periodicidade, dando vida a um ciclo de definição da regra, avaliação de cumprimento, revisão da regra e reavaliação constante, criando uma cultura regulatória de constante vigilância sobre as normas.

Nesse sentido, apresentamos enquadramento das normas de referência por natureza e complexidade, bem como modelo temporal de avaliação, que leva em conta particularidades de cada norma, sendo “gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e propiciar adequada preparação das entidades reguladoras¹⁷³”:

Progressividade nível 1:
Normas que requerem adaptações das agências reguladoras infranacionais em seus normativos ou rotinas (processos endógenos) – Proposta de 02 anos
<i>Normas de referência impactadas por essa metodologia:</i>
- Instituição de taxa/tarifa para resíduos sólidos urbanos
- Diretrizes para definição do modelo de regulação para água e esgotos
- Condições gerais prestação dos serviços, atendimento ao público e medição, faturamento e cobrança, dos serviços de água e esgotos
- Procedimentos gerais de fiscalização para os serviços de água e esgotos
- Condições gerais de prestação dos serviços de resíduos sólidos urbanos

¹⁷³ Cf. art. 4º-B, §1º, da Lei Federal nº 9.984/2000.

<p>Progressividade nível 2:</p> <p>Normas que requerem adaptações jurídicas e técnicas dos prestadores de serviços (concessionárias ou prestação direta) – Proposta de 04 anos</p>
<p><i>Normas de referência impactadas por essa metodologia:</i></p>
- Reequilíbrio econômico-financeiro para água e esgoto nos contratos de concessão licitados
- Conteúdo mínimo de contratos de programa e de concessão para água e esgoto
- Padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia
- Indenização de ativos para água e esgoto
- Procedimentos para mediação e arbitragem
- Diretrizes para infrações e penalidades do prestador dos serviços de água e esgotos
- Matriz de riscos de contratos para água e esgoto
- Diretrizes para metas progressivas de cobertura para água e esgoto e sistema de avaliação
- Parâmetros para a determinação da caducidade
- Critérios para a contabilidade regulatória privada para os serviços de água e esgotos
- Definição de medidas de segurança, contingência e emergência, inclusive racionamento
- Reajuste tarifário para água e esgoto
- Revisão tarifária para água e esgoto
- Diretrizes para redução progressiva e controle das perdas de água

<p>Progressividade nível 3:</p> <p>Normas que requerem adaptações jurídicas das agências reguladoras infranacionais em sua estrutura (processos exógenos) – Proposta de 05 anos</p>
<p><i>Normas de referência impactadas por essa metodologia:</i></p>
- Modelo organizacional das agências reguladoras infranacionais, transparência e <i>accountability</i>

Como vimos, a Agenda Regulatória da ANA detalhou seu plano de atuação para o intervalo de dois anos¹⁷⁴, sendo que a revisão da Agenda Regulatória pode seguir a proposta de progressividade aqui defendida. Sendo factível, ao final do ciclo da Agenda, haverá reavaliação e revisão das normas de *Progressividade Nível 1*, ao final do ciclo subsequente, análise e ponderações acerca de mudanças na *Progressividade Nível 2* e, assim, sucessivamente, criando um processo de reavaliação constante das diretrizes.

4.2.4.2. Aferição de conformidade dos reguladores infranacionais

Ultrapassadas as fases de definição das normas e escala progressiva de implantação, surgirá a demanda de avaliação (fiscalização) da conformidade dos reguladores infranacionais frente aos comandos emitidos pelas normas da ANA.

Caberá ao regulador federal, através de normativo próprio (Resolução), definir os requisitos e procedimentos a serem observados pelas entidades encarregadas da regulação e da fiscalização dos serviços de saneamento básico, para a comprovação da adoção das normas regulatórias de referência (Art. 4º-B, §1º).

Na definição dos requisitos, competirá estabelecer os parâmetros para definição de agência “aderente” e “não-aderente” às diretrizes. Apesar de aparentar simplicidade, o tema apresenta grau elevado de complexidade, pois o número de normas, a vastidão de temas e o elevado número de atores sociais envolvidos podem levar o regulador – ainda que contra a sua vontade – a não cumprir uma ou algumas das normas de referência.

Nessa perspectiva, surge a seguinte indagação: seria prudente ou justo, por exemplo, considerar como “não-aderente” uma agência que deixa de cumprir uma norma de referência dentre as 20 (vinte) normas propostas na Agenda Regulatória? E se apenas parte de uma das normas não for atendida, principalmente diante de decisões exógenas, como as dependentes de alterações legislativas, seria o suficiente para a “não-aderência” do regulador e a imputação de todos os graves reflexos conhecidos pela política regulatória da Lei Federal nº 14.026/2020?

¹⁷⁴ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/retificacao-307010471>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Certamente a resposta é no sentido negativo e fundamentamos a posição com o princípio da proporcionalidade¹⁷⁵. Nas palavras de Humberto Ávila¹⁷⁶, a proporcionalidade deve ser ponderada diante de situações que pedem fundamento para as escolhas administrativas:

“O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).”

Ou seja, parece-nos absolutamente desproporcional remeter à ilegalidade – assim entendida a não-aderência às diretrizes e sujeição às sanções previstas – aqueles que não atendem às normas de forma parcial ou por inércia de terceiros que, mesmo legitimados para decidirem, optam por não aprovar uma lei, por exemplo.

Nesse sentido, apresentamos proposta de criação de uma métrica de avaliação para pontuar o adequado e justo enquadramento das agências como aderentes ou não-aderentes. O mero descumprimento de uma norma ou parte de uma norma, por exemplo, seria critério muito desproporcional e pouco vocacionado a atender a um dos pilares da nova legislação: a expansão e melhoria regulatória.

Como sugestão, apresentamos ideias de critérios objetivos de avaliação, tomando por base o prazo inicial de implantação e as variáveis que podem trazer reflexos em sua alteração. Os critérios de avaliação devem constar, obrigatoriamente e de forma detalhada, na Resolução específica da ANA sobre procedimentos, com vistas a trazer previsibilidade aos reguladores infranacionais. São nossas sugestões para a métrica de pontuação:

Grupo progressividade	Prazos para implantação	Normas esperadas	Pontos em potencial
Nível 1	2 anos	5	10
Nível 2	4 anos	14	28
Nível 3	5 anos	1	2
			40

¹⁷⁵ Luís Roberto Barroso, ao destacar o princípio da proporcionalidade (ou princípio da razoabilidade), destaca: “O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi primeiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255.

¹⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 210.

Critério de pontuação para aferição da aderência:

Norma totalmente implementada = 2 pontos; Norma parcialmente implementada = 1 ponto; Norma não implementada = 0 ponto.

1º Ciclo de Avaliação – Após 2 (dois) anos, para aferir efetividade do Nível 1:

Pontos possíveis = 10

Aprovada = Nota 8 ou acima

Aprovada (condicionada a assinatura de TAC para evolução de nota) = Nota 6 ou acima

Reprovada = Nota inferior a 6.

2º Ciclo de Avaliação – Após 4 (quatro) anos, para aferir efetividade do Nível 2:

Pontos possíveis = 28

Aprovada = Nota 23 ou acima

Aprovada (condicionada a assinatura de TAC para evolução de nota) = Nota 18 ou acima

Reprovada = Nota inferior a 18.

3º Ciclo de Avaliação – Após 5 (cinco) anos, para aferir efetividade do Nível 3:

Pontos possíveis = 2

Aprovada = Nota 2

Aprovada (condicionada a assinatura de TAC para evolução de nota) = Nota 1

Reprovada = Nota inferior a 1.

4.2.4.3. Garantia de direito de defesa na avaliação de cumprimento da norma

Considerando que a ANA disciplinará, por meio de ato normativo, os requisitos e os procedimentos a serem observados pelos reguladores infranacionais para a comprovação da adoção das normas de referência (art. 4º-B, §1º) e que haverá avaliação periódica e obrigatória no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União (art. 4º-B, §2º), alguns procedimentos para assegurar o direito de contraditório e ampla defesa dos reguladores devem ser observados diante da gravosa imputação de não-atendimento às normas de referência.

Como reiterado, deixar de atender às normas traz reflexos jurídicos e econômicos, próprios da política de indução adotada pela Lei Federal nº 14.026/2020, razão pela qual é de extrema importância que o normativo traga capítulo específico detalhando o direito ao contraditório (com garantia de recursos administrativos), assegurando a manifestação técnica prévia dos reguladores infranacionais em caso de eventual comunicação de lançamento no rol das agências não aderentes às boas práticas regulatórias.

A criação de rito próprio está respaldada no art. 4º-B, §1º, ao detalhar que o normativo da ANA tratará dos “procedimentos” para aferição do atendimento às normas de referência. Nesse sentido, parece-nos que o citado normativo tem a função de criar regras de progressividade e, para as hipóteses de não-conformidade, explicar, em capítulo à parte, sobre as fases que levam ao ato derradeiro de lançamento do nome da agência no rol dos não-aderentes às práticas normatizadas pela ANA.

Advertimos, portanto, que será extremamente relevante a instauração de processo administrativo específico, com análises técnicas e motivação¹⁷⁷ das decisões, além de assegurar o direito de contraditório e ampla defesa¹⁷⁸ aos reguladores infranacionais. Somente diante de tais garantias processuais¹⁷⁹ – que devem ser observadas para o processo de não aderência às

¹⁷⁷ Dispõe a Lei Federal nº 9.784/1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal): Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (...)

¹⁷⁸ Dispõe o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁷⁹ Destacam Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara: “A motivação é fundamental numa democracia, em que o titular do poder exercido pelo Estado é, em essência, o povo. É por meio da justificação que se presta contas da atividade do Estado. Quanto mais transparentes forem as medidas estatais, do ponto de vista de suas justificativas, menos autoritárias serão. Ademais, conforme dito, a motivação se coaduna com a exigência de ampla defesa, pois as pessoas só podem impugnar um ato se tiverem conhecimento de suas razões”. Cf. NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 317.

normas – teremos um procedimento pautado na legitimidade processual de sancionamento reconhecida à ANA. No mesmo sentido, a posição de Cesar Pereira¹⁸⁰, destacando:

“Impõe-se à ANA que observe o devido processo legal regulatório, com a necessária oitiva do setor e a realização de consultas e audiências públicas (art. 4º-A, §4º), realize estudos técnicos (art. 4º-A, §10) e esteja disponível para, de modo voluntário e mediante concordância dos interessados, realizar atividades de prevenção ou solução administrativa de “conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico”.

4.3. Avaliação de cumprimento das normas mediante exposição dos reguladores

Outra ferramenta inserida pela Lei Federal nº 14.026/2020 no processo de avaliação do cumprimento das normas de referência é a estratégia de exposição dos reguladores, mediante divulgação de relação dos entes reguladores infracionais que adotam as normas de referência nas suas rotinas regulatórias. O comando legal consta do art. 4º-B da Lei Federal nº 9.984/2000:

“Art. 4º-B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

A proposta busca referência na prática adotada da regulação por exposição (do inglês, *sunshine regulation*), que tem por premissa a divulgação ao público de resultados de desempenho dos prestadores. Tais resultados evidenciam fragilidades e oportunidades de melhorias de cada prestador e permitem a comparação com os demais, estabelecendo, de forma subjetiva, patamares de referência para a qualidade da prestação dos serviços. Com a exposição, espera-se que prestadores com pior desempenho sejam pressionados pela sociedade, poder público e outros prestadores, a adotar ações para melhoria dos serviços.¹⁸¹

¹⁸⁰ PEREIRA, Cesar. Normas de referência da ANA e conflitos regulatórios. *In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARRUDA, Carmen Silvia Lima de; LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: estudos sobre a nova Lei nº 14.026/2020 – Vol. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 359.*

¹⁸¹ MARQUES, Rui Cunha; SIMÕES, Pedro. Does the sunshine regulatory approach work?: Governance and regulation model of the urban waste services in Portugal. *Resources, Conservation and Recycling*, Volume 52,

No Brasil, existem ao menos três experiências recentes de regulação por exposição, mais precisamente nos Estados do Ceará¹⁸², Santa Catarina¹⁸³ e no Distrito Federal¹⁸⁴, sendo avaliados como bons precedentes para o modelo e com boa aceitação técnica, o que torna a sua aplicação e entendimento mais palatáveis aos reguladores infranacionais¹⁸⁵.

A exposição dos reguladores será o ponto final do processo normativo das diretrizes emitidas pela ANA, devendo ser compreendida como a linha de chegada da cadeia regulatória pensada na Lei: do processo negocial de proposta da norma, passando pela discussão com os setores reguladores, avançando na implantação gradual e progressiva e com periodicidade de avaliação factível.

Sabendo que o desatendimento às normas constrange o regulador infranacional e impede o prestador de serviços de “acessar recursos públicos e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União”¹⁸⁶, nas fontes financeiras delimitadas no Decreto Federal nº 10.588/2020, deve haver cuidadosa avaliação para exclusão do regulador de sua relação de entidades pautadas nas boas práticas.

Aliás, a preocupação dessa exposição deve ser redobrada quando comparada ao modelo de *sunshine regulation*, pois, no modelo clássico, existe um constrangimento do agente prestador em relação ao seu desempenho, colocando luz sobre a sua atuação e afetando sua credibilidade junto ao mercado e sociedade; já no padrão proposto pela Lei nº 14.026/2020, há repercussão econômica e jurídica de reguladores e prestadores expostos, indo muito além da mera exposição de credibilidade e imagem.

Nesse sentido, considerando o gravame extra do modelo de exposição apresentado na Lei Federal nº 14.026/2020, reafirmamos a proposta do item 4.2.1, que apresenta modelo alternativo ao de comando e controle, possibilitando acordos administrativos ou TAC, como

Issues 8–9, July 2008, Pages 1040-1049. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2008.04.002>. Acesso em: 23 ago. 2021.

¹⁸² Resolução ARCE nº 222, de 31 de maio 2017.

¹⁸³ Resolução ARIS nº 08, de 11 de fevereiro de 2016.

¹⁸⁴ Resolução ADASA nº 08, de 04 de julho de 2016.

¹⁸⁵ COSTA, Samuel Alves Barbi; FONSECA, Gizele Araújo Barba da; LOPES, Luiza Vilela de Souza; OLIVEIRA, Misael Dieimes de; CASTRO, Ricardo Luiz Vilela de. *Projeto Sunshine: a regulação por exposição aplicada ao Estado de Minas Gerais*. In: X Congresso Brasileiro de Regulação, 2017, Florianópolis/SC. Disponível em: http://www.arsae.mg.gov.br/images/Img_Artigos/ABAR_2017_ProSun_Cart.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹⁸⁶ Art. 5º. Os recursos necessários ao apoio técnico e financeiro da União, a alocação de recursos públicos e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União de que trata este Decreto serão oriundos: I - do Orçamento Geral da União; II - de fundos de natureza pública; III - de fundos de natureza privada; IV - de doações de entidades nacionais e internacionais; V - de acordos de empréstimo com organismos financeiros internacionais; VI - de fontes próprias de entidades financeiras nacionais; e VII - de outras fontes de recursos que vierem a ser constituídas para essa finalidade.

formas paliativas junto ao regulador infranacional, antes de iniciar processo administrativo para a declaração de não aderência e penalizá-lo com a publicação na lista dos reguladores que não atendem às normas de referência.

4.4. Análise de Resultado Regulatório – ARR¹⁸⁷

Após desenvolvidos os procedimentos de construção, capacitação e aferição de conformidade das normas de referência, passamos à avaliação dos resultados aferidos no processo, com foco nas experiências práticas que foram acumuladas, dificuldades e alterações que devem nortear a revisão das normas e da Agenda Regulatória para os novos ciclos de avaliações.

Nesse contexto, dentre várias ferramentas e estratégias possíveis, surge a Análise de Resultado Regulatório – ARR, como um dos instrumentos hábeis a subsidiar a tomada de decisão do gestor público detentor de prerrogativas de reavaliação – no caso, a ANA.

Os resultados de ARR permitem entender o desempenho e os resultados de um instrumento regulatório. Assim, ajudam a avaliar se a decisão por adotar um instrumento regulatório específico foi realmente acertada, se o processo de implementação foi adequado ou se deve ser reformulado em ações futuras, se os objetivos esperados foram atingidos e se houve uma mudança positiva no ambiente regulado em decorrência desse instrumento, se o instrumento regulatório permanece necessário ou se deve ser revogado, se permanece adequado para tratar o problema ou precisa ser revisado e até mesmo se a medida adotada teve um custo-benefício favorável¹⁸⁸.

No Brasil, assim como em vários outros países, as atividades de ARR ainda são incipientes; no entanto, o Governo Federal tem adotado medidas para promover uma atuação mais racional e harmônica na Administração Pública, estimulando práticas e ferramentas que orientem a tomada de decisão com base em evidências e, ainda, que permitam o monitoramento e a avaliação dos impactos e resultados dos instrumentos regulatórios adotados.

¹⁸⁷ Em que pese a pertinência e relevância do tema de ARR, por questões metodológicas, a presente pesquisa faz abordagem bastante simplificada sobre o instituto, notadamente por integrar o conjunto de estudos da “*Área Temática: I - Propostas de mudanças regulatórias que não envolvem orçamento*”, do Edital ENAP nº 125/2020 – Programa Cátedras Brasil.

¹⁸⁸ ANVISA. Monitoramento e Avaliação de Resultado Regulatório. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/monitoramento-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio>. Acesso em: 25 ago. 2021.

Em 2018, avaliando as boas práticas regulatórias de diversos países, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontou que a adoção de práticas de ARR de maneira sistemática ainda é pouco desenvolvida, mas os países têm evoluído no sentido de integrar ARR em seu cenário regulatório, de forma a complementar a Análise de Impacto Regulatório – AIR.

Com base nessa perspectiva, a medida mais recente adotada pelo governo brasileiro foi a publicação do Decreto Federal nº 10.411, de 2020¹⁸⁹, que produziu efeitos para as agências reguladoras a partir de abril de 2021 e tornou a realização de ARR obrigatória no âmbito da Administração Pública Federal, para todos os casos em que seja publicado um ato normativo com impactos para os agentes econômicos ou usuários dos serviços prestados.

As práticas ainda pouco experimentadas¹⁹⁰ de ARR pedirão ações inovadoras e de vanguarda por parte da ANA, sendo que a nossa sugestão induz às soluções conservadoras e pragmáticas nessa fase inicial. As consequências jurídicas e econômicas provenientes da teoria do *spending power* regulatório irão muito além da mera exposição das agências reguladoras infracionais: elas têm impacto econômico nos investimentos de universalização e reverberam sobre estruturas de governança da regulação local.

Nesse sentido, um modelo simples, pragmático e conservador de aferição dos resultados e expectativas do regulador federal, fugindo do experimentalismo regulatório e de modelos altamente inovadores e pouco experimentados, como nas práticas atuais do *sandbox regulatório*¹⁹¹, fomentará a prudência técnica¹⁹² e a cautela jurídica, principalmente diante do risco da ineficácia do instrumento de avaliação frente à realidade da regulação infracional.

¹⁸⁹ Dispõe o art. 13: “Os órgãos e as entidades implementarão estratégias para integrar a ARR à atividade de elaboração normativa com vistas a, de forma isolada ou em conjunto, proceder à verificação dos efeitos obtidos pelos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados”.

¹⁹⁰ “Apenas metade dos países pesquisados tinha realizado processos de simplificação administrativa no nível regional ou municipal, tendo havido pouco progresso desde a última pesquisa. As regulações interagem, e níveis diferentes de qualidade entre elas podem ter efeitos adversos. Não é suficiente avaliar as regulações isoladamente, ou em um único nível do governo. Os países da ALC devem apoiar programas de avaliação no âmbito subnacional e melhorar a coordenação das avaliações ex-post entre os níveis nacional, regional e municipal.” Cf. OCDE. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Análisis ex post de la regulación: Prácticas y lecciones de países de la OCDE*. Paris: *OECD Publishing*, 2018, p. 63.

¹⁹¹ “A proposta do *sandbox regulatório* é permitir que empresas (tanto nacionais quanto estrangeiras), detentoras ou não de autorização permanente para atuar no mercado, possam, por um período pré-definido, testar projetos inovadores com consumidores reais, em um ambiente controlado, mediante a flexibilização de algumas regras regulatórias e sob o acompanhamento constante do órgão regulador, que assume tanto o papel de fiscalizador quanto de consultor para práticas inovadoras”. Cf. Columbia Business School. *Regulatory Sandboxes*. Disponível em: <https://dfsobservatory.com/content/regulatory-sandboxes>. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁹² O art. 3º das Resoluções BCB nº 29/2020 e da CMN 4.865/2020, define que: “Sandbox Regulatório é um ambiente em que entidades são autorizadas pelo Banco Central do Brasil para testar, por período determinado, projeto inovador na área financeira ou de pagamento, observando um conjunto específico de disposições regulamentares que amparam a realização controlada e delimitada de suas atividades”.

4.4.1. Análise de efetividade das normas de referência

A avaliação das estratégias da política pública setorial – para o nosso caso, as normas de referência para a regulação do saneamento básico – tem o seu escopo mínimo detalhado no art. 13, §3º, do Decreto Federal nº 10.411, de 2020, que assim dispõe:

“Art. 13. Os órgãos e as entidades implementarão estratégias para integrar a ARR à atividade de elaboração normativa com vistas a, de forma isolada ou em conjunto, proceder à verificação dos efeitos obtidos pelos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados.

[...]

§3º. A escolha dos atos normativos que integrarão a agenda de ARR a que se refere o § 2º observará, preferencialmente, um ou mais dos seguintes critérios:

I - ampla repercussão na economia ou no País;

II - existência de problemas decorrentes da aplicação do referido ato normativo;

III - impacto significativo em organizações ou grupos específicos;

IV - tratamento de matéria relevante para a agenda estratégica do órgão; ou

V - vigência há, no mínimo, cinco anos.”

Nesse sentido, uma proposta da agenda da ARR para a ANA¹⁹³, contemplando a dimensão efetividade das diretrizes nacionais para o saneamento básico (normas de referência), poderia abordar, ao menos, os seguintes tópicos:

(i) *nível de assertividade do ritmo progressivo de implantação das normas de referência* por parte da ANA. A progressividade consta da Lei e o escopo do item seria avaliar se o ritmo implantado com a Agenda Regulatória foi satisfatório ou se precisa de ajustes. No mesmo tópico, pode ser avaliado o ritmo de conformidade, conforme nossa proposta (tabela do item 4.2.4.1);

(ii) *avaliação quantitativa de adesão às normas de referência*, com vistas a aferir a repercussão na qualidade regulatória e o incentivo aos negócios do setor (inc. I);

(iii) *detalhamento acerca dos entraves e dificuldades* setoriais que foram detectadas com a implantação das normas das normas de referência, tanto em seu conteúdo, quanto na dinâmica gradativa de exigência (inc. II);

(iv) *investigação sobre as melhorias regulatórias induzidas pelas normas de referência*. Avaliação da efetividade das melhorias propostas nos contratos de concessão e de programa, no relacionamento com os titulares dos serviços e nas estruturas de governança e de qualidade regulatória dos reguladores infranacionais (inc. III);

¹⁹³ Dispõe o Decreto Federal nº 10.411, de 2020, em seu §4º: “Os órgãos e as entidades divulgarão, no primeiro ano de cada mandato presidencial, em seu sítio eletrônico, a agenda de ARR, que deverá ser concluída até o último ano daquele mandato e conter a relação de atos normativos submetidos à ARR, a justificativa para sua escolha e o seu cronograma para elaboração da ARR.”

(v) *impactos burocráticos e custos regulatórios* que foram acrescentados aos entes reguladores infranacionais para o atingimento da conformidade à norma de referência; e

(vi) *subsídios para avaliar a efetividade e pertinência da agenda regulatória para os novos ciclos*, extraindo elementos sobre a pertinência das ações que foram adotadas no quinquênio anterior e detalhar as ações que não produziram resultados relevantes para a política setorial (inc. IV e V).

Espera-se, com essa avaliação, um retrato fiel dos resultados regulatórios que foram produzidos a cada quinquênio de atividades da ANA, servindo como baliza para a avaliação os principais interesses da Lei Federal nº 14.026/2020, que são: contribuição para a uniformidade regulatória nacional como indutora da segurança jurídica e incentivo aos investimentos para a universalização do saneamento básico.

Com os resultados aferidos na ARR, poderemos classificar os resultados das avaliações em: (i) sugestão para revisão das normas e procedimentos com pequenos ajustes ou sem ajustes, (ii) sugestões de monitoramento e/ou revisão programada, (iii) revisão com ajustes significativos, e (iv) eliminação da regulação analisada.

De acordo com as propostas lançadas, vislumbramos algumas dificuldades de ordem prática, em especial, a adequada compatibilização dos diversos instrumentos de planejamento com prazos diferentes de implantação. Há de se buscar harmonia na avaliação da Agenda Regulatória (prazo de dois anos), o ritmo progressivo de implantação das normas (na nossa proposta, podendo variar entre dois, quatro e cinco anos) e a ARR que se fará a cada ciclo quinquenal (cinco anos).

Reafirmamos, diante dessa extensa e complexa ação de planejamento e avaliação, que dotar a ANA de quadro técnico e permanente será fundamental, não só pela complexidade das ações, mas também pela quantidade de trabalho que será exigida do regulador federal na busca pela efetividade das normas de referência.

5. Conclusões

As diretrizes nacionais para o saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007) foram alteradas significativamente pela Lei Federal nº 14.026/2020, chamada de “novo marco regulatório para o saneamento”. O propósito especial dessa mudança legislativa foi enfrentar os problemas estruturantes dos serviços públicos de saneamento básico (água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem), que apresentam persistentes e conhecidas ineficiências, tais como: baixos

índices de tratamento de esgoto, prestação local e fragmentada que não prestigia o ganho de escala operacional, insuficientes investimentos para a universalização dos serviços e ausência de padrão normativo para a regulação.

Dentre as inúmeras mudanças trazidas com a lei, temos a delegação à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA das prerrogativas para emissão de diretrizes nacionais para uniformização da regulação dos serviços públicos de saneamento – denominadas de normas de referência.

Com a edição das normas de referência, teremos uma reconfiguração do exercício do poder normativo atribuído às agências reguladoras infranacionais. As regulamentações atuais são pautadas em conteúdos técnico, econômico e social, com olhar exclusivo para a realidade local ou para o contrato regulado, sem qualquer compromisso de uniformidade regulatória nacional. Com o novo modelo, esse exercício normativo não deixa de existir, mas passa a ter limitações de conteúdo, devendo observar as diretrizes gerais nacionais.

Várias são as preocupações com a nova atribuição legal delegada à ANA, desde a racionalidade no detalhamento das normas, o ritmo da normatização, a tecnicidade que deve ser embasada em estudos motivados e a participação social (titulares, prestadores, reguladores e sociedade civil) no processo construtivo.

Nesse sentido, é crucial a participação de reguladores infranacionais e sociedade civil organizada, por meio de grupos temporários de trabalho e consultas e audiências públicas apoiadas em estudos detalhados (Análise de Impacto Regulatório – AIR).

Dentre as incumbências repassadas ao regulador federal consta, também, o papel de promoção de capacitações e cursos com conteúdo de regulação do saneamento básico. Essa atribuição vem sendo explorada na Agenda de Capacitações proposta pela ANA e tem grande potencial para impactar positivamente na difusão de conhecimentos

Destaque na temática das normas de referência, ainda, é o acompanhamento e a fiscalização do seu cumprimento por parte dos reguladores infranacionais. Caberá à ANA a construção e legitimação de um modelo inovador de aferição de diretrizes com caráter indutório das políticas públicas setoriais de saneamento. Nesse contexto, há expectativas para um modelo que fuja ao clássico padrão de coerção (comando e controle) e inaugure uma virtuosa relação de consensualismo na Administração Pública, com vistas ao atingimento das metas do novo

marco regulatório: universalização dos serviços públicos de saneamento básico, abertura para novos investimentos e uniformidade regulatória.

Para tanto, a prudência na avaliação das normas, com progressividade para aferição do seu cumprimento, bem como adequado e discutido modelo de aferição de conformidade dos reguladores infracionais, poderão trazer efetividade dentro dos limites esperados.

Por fim, a reavaliação do modelo, através de Análise de Resultado Regulatório – ARR deve primar pela simplificação das formas e retroalimentar a política pública setorial, que seguirá adaptada aos anseios da sociedade e em consonância com as práticas de mercado.

Referências Bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. *Pesquisa interna da ABAR sobre as Normas de Referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

BACH, S.; BLÖCHLIGER, H.; WALLAU, D. The Spending Power of Sub-central Governments: a pilot study. *OECD Economics Department Working Papers*. 20 p., 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/46456987_The_Spending_Power_of_Sub-Central_Governments_A_Pilot_Study. Acesso em: 07 mai. 2021.

BAPTISTA, P. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374p. (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006.

_____. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan/mar 2002.

BIRD, R. M. The Spending Power in Federal Countries. *SSRN*. DOI 10.2139/ssrn.1529322. 24 p. Sept. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1529322>. Acesso em: 07 mai. 2021.

BOLOGNESI, T.; PFLIEGER, G. In the shadow of sunshine regulation: Explaining disclosure biases. *In: Regulation and Governance*, 2019. doi: 10.1111/rego.12286.

CERI-FGV. *Autonomia Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil. Texto para Discussão*. Julho 2016. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/29_autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016-07-18.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil. Texto para Discussão. Atualização – Julho 2020*. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. *Regulação e infraestrutura: em busca de uma nova arquitetura. Texto para Discussão*. Maio 2018. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/63_63_regulacao-e-infraestrutura-em-busca-de-uma-nova-arquitetura-2018.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

CORREIA, MBruto da Costa. A regulação no setor de saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília 59 (3): 353-373 jul/set 2008.

COSTA, Samuel Alves Barbi; FONSECA, Gizele Araújo Barba da; LOPES, Luiza Vilela de Souza; OLIVEIRA, Misael Dieimes de; CASTRO, Ricardo Luiz Vilela de. *Projeto Sunshine: a regulação por exposição aplicada ao Estado de Minas Gerais*. In: X Congresso Brasileiro de Regulação, 2017, Florianópolis/SC. Disponível em: http://www.arsae.mg.gov.br/images/Img_Artigos/ABAR_2017_ProSun_Cart.pdf. Acesso em:

CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: *soft law* federativo? *Revista Digital da ESA OABRJ*, vol. 3, ano 3, 2021, p. 92-95.

DINARDI, Roberto Cavalcante. As expectativas e desafios quanto a criação das Normas de Referência para saneamento básico pela Agência Nacional de Águas – ANA. *Trabalho de conclusão de curso para obtenção do MBA em Saneamento Ambiental*. Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP), São Paulo, 2020.

DUTRA, Joisa; MOREIRA, Egon Bockmann; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Competência e governança no setor de saneamento: quem faz o que? Rio de Janeiro: FGV-CERI, *Texto para Discussão*, abril/2021.

ENGDAHL, D. The Spending Power. *Duke Law J*, v. 44, n. 1, p. 1-109, Oct. 1994. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol44/iss1/1/>. Acesso em: 07 mai. 2021.

FREITAS, Rafael Veras de; ROGOGINSKY, Felipe Salathé. Análise de Impacto Regulatório na Lei de Liberdade Econômica. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coord.), *Lei de Liberdade Econômica Anotada – Vol. 2 – 2. ed.*, São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 106-116.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Concluding comments on empirical approaches to deliberative politics, *Acta Politica*, *International Journal of Political Science*, v. 40, n. 3, p. 384-392.

HEINEN, Juliano. Saneamento básico. In: *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. HEINEN, Juliano (Org.), Salvador: JUSPODIVM, 2021, p. 457-527.

HODGE, Graeme A.; WINDHOLZ, Eric. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set/dez 2013.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR., Renato Toledo; BRUMATI, Luiza. O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 549-600, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.68568.

JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Coord.), São Paulo: Almedina, 2020.

KELMAN, Jerson; CANEDO, Paulo. ANA e a regulação do saneamento. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 125-135.

LAMEGO, Leonardo Pereira. Análise de impacto regulatório no novo marco do saneamento básico. In: FORTINI, Cristiana [et al.]. *Novo marco legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 359-387.

MARQUES, Rui Cunha. A reforma do setor de saneamento no Brasil: o reforço da regulação e do papel da ANA. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 37-53.

_____. *Definição do conceito e estrutura das diretrizes das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.

_____. *Metodologia de comprovação da capacidade econômico-financeira de prestadores de saneamento*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.

_____. *Procedimento para elaboração das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.

_____. *Velocidade da construção das diretrizes e prazo para a implantação das Normas de Referência pelas agências*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.

MARQUES, R. C.; PINTO, F. How to watch the watchmen? The role and measurement of regulatory governance. *Utilities Policy*, v. 51, p. 73-81, 2018.

MARQUES, R. C.; SIMÕES, P. Does the sunshine regulatory approach work? Governance and regulation model of the urban waste services in Portugal. *Resources, Conservation and Recycling*, Volume 52, Issues 8–9, July 2008, Pages 1040-1049. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2008.04.002>.

MARQUES NETO, F. A. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, B. S. (coord.). *Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos*, vol. 1, Brasília: Editora, 2009.

MARRARA, T. “Mosaico Regulatório”: as normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 57-71.

_____. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-300.

MARTINS JUNIOR, W. P. Princípio da publicidade. *In: Thiago Marrara (Org.). Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público.* São Paulo: Atlas, 2012, p. 233-258.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo.* 2. Ed., São Paulo: RT, 2008.

_____. *Direito administrativo moderno.* 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDONÇA, J.V. S.; CARNEIRO, L. J. Normas de referência da ANA e regulação do saneamento: limites e possibilidades à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento.* Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 137-146.

MOREIRA, E. B. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. *Revista de Direito Público e Economia*, n. 2, 2003 (edição digital).

NOHARA, I. P.; MARRARA, T. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada,* São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, C. M.; ANDERAOS, A.; MARINHO DE ARAUJO, C. L. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. *BRICS Law Journal.* 2021;8(2):66-88.

Disponível em: <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88>.

OCDE - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Análisis ex post de la regulación: Prácticas y lecciones de países de la OCDE. Paris: *OECD Publishing*, 2018a, Disponível em: [https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/OCDE%20\(2018\)%20An%C3%A1lisis%20Expost.pdf](https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/OCDE%20(2018)%20An%C3%A1lisis%20Expost.pdf). Acesso em: 25 ago. 2021.

_____. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Relatório sobre a reforma regulatória,* Casa Civil da Presidência da República, 2008.

_____. International Standard Cost Model Manual: measuring and reducing administrative burdens for businesses. *Directorate for Public Governance and Territorial Development*, 2004. Disponível em: www.oecd.org/gov/regulatory-policy/34227698.pdf. Acesso em: 06 mai. 2021.

_____. Meeting the Water Reform Challenge. *OECD Studies on Water, OECD Publishing*, Paris. (2012).

_____. Regulatory Enforcement and Inspections. *OECD Publishing*, Paris, 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-enforcement-and-inspections-9789264208117-en.htm>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____. Regulatory Policy Outlook 2015. Capítulo 5, *OECD Publishing*, Paris. 2015. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regulatory-policy-outlook2015_9789264238770-en#page120. Acesso em: 06 mai. 2021.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 73-87.

_____. Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARRUDA, Carmen Silvia Lima de; LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: estudos sobre a nova Lei nº 14.026/2020 – Vol. 2*, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 403-423.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (Org.). *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. São Paulo: Editora Essential Idea, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de; FURLAN, Juliana Alcorta. A participação popular e o controle social no saneamento básico. In: TURA, Marco Antônio Ribeiro, *Agências reguladoras no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 32-46.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021.

PEREIRA, César. A ANA - Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e as normas de referência nacionais. *Revista Digital da ESA OABRJ*, volume 3, ano 3, 2021, p. 278.

_____. Lei 14.026 e a efetividade da regulação nacional uniforme do saneamento. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em: <http://www.justen.com.br>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. Normas de referência da ANA e conflitos regulatórios. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARRUDA, Carmen Silvia Lima de; LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: estudos sobre a nova Lei nº 14.026/2020 – Vol. 2*, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 345-363.

PERLOTTI, Edgar; SILVA, André Luís Pinto da. Novo marco regulatório do saneamento: qualidade regulatória e o desafio da capacitação das agências locais. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 105-109.

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. Uma visão contemporânea da soft law. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 385, fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law/2>. Acesso em: 07 mar. 2021.

SADDY, André. Regulação do saneamento básico: obrigatoriedade da existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize os serviços de saneamento básico. In: *Aspectos jurídicos do saneamento básico*, SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-151.

SANTOS, Gesmar Rosa dos; KUWAJIMA, Julio Issao; SANTANA, Adrielli Santos de. Regulação e investimento no setor de saneamento no Brasil: trajetórias, desafios e incertezas.

Brasília: Ipea, 2020. (*Texto para Discussão* n° 2587). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10222/1/td_2587.pdf.

SCHRAMM, Charles Corrêa. Investimentos em saneamento: será o novo marco regulatório capaz de nos levar ao atingimento da meta de universalização do saneamento básico no Brasil? In: DAL POZZO, Augusto (Coord.). *O novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 97-102.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 89-102.

SUNSTEIN, Cass R. *The Cost-Benefit State: the future of regulation protection*. Chicago: American Bar Association, 2002.

VALENTE, Patrícia Pessoa. A Lei de liberdade econômica e a AIR. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota, *Lei de Liberdade Econômica – Anotada – Vol. 2*. 2.ed., São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 70-79.

_____. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WORLD BANK GROUP. 2017. *Joining Forces for Better Services: when, why, and how water and sanitation utilities can benefit from working together*. World Bank, Washington, DC. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28095>. Acesso em: 13 mai. 2021.

ZANOBINI, Guido. L'esercizio privato delle pubbliche funzione e l'organizzazione degli enti pubblici. In: *Scritti varii di diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, 1955, p. 87-125.

ANEXO I
AGENDA REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO
BÁSICO