



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Regulação do saneamento básico: do poder normativo à norma de referência

Regulation of water supply and sanitation services: from regulatory power to standard guidelines

Carlos Roberto de Oliveira

Resumo: O presente artigo aborda as particularidades do poder normativo concedido às agências reguladoras infranacionais de saneamento básico em seu papel institucional de regulamentação do setor. O cenário desenhado pela Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei 11.445/2007) nesse tema recebe significativas alterações propostas pela Lei 14.026/2020, notadamente diante da edição de normas de referência para a regulação do saneamento. Pretende-se, diante dessa perspectiva legal, apresentar as características do poder normativo e seu alcance, conjuntamente com a demonstração dos efeitos práticos da prerrogativa de uniformização regulatória concedida à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

Palavras-chave: Regulação infranacional; Saneamento Básico; Lei 11.445/2007; Lei 14.026/2020; Norma de referência.

Abstract: This article approaches particularities of the normative power granted to subnational regulatory agencies of water supply and sanitation services in their institutional role of sector regulation. The scenario designed by the Law of National Guidelines for Sanitation (Law 11,445/2007) on this topic has received significant changes proposed by Law 14,026/2020, notably due to publication of reference standards for sanitation regulation. This study aimed to investigate characteristics of the normative power and its scope in view of that legal perspective, together with demonstration of practical effects of the regulatory standardization prerogative granted to the National Water and Sanitation Agency.

Keywords: Subnational regulation; Sanitation; Law 11,445/2007; Law 14,026/2020; Standard guidelines.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p82-98>

REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO: DO PODER NORMATIVO À NORMA DE REFERÊNCIA¹

Carlos Roberto de OLIVEIRA*

Exemplo: Sumário: 1 Introdução; 2 Novo cenário do poder normativo com a edição da Lei Federal 14.026/2020; 3 A normatização através de recomendações (soft law); 4 Premissas para exercício do poder normativo pela ANA; 5 Cenário desejável e perspectivas para a normas de referência; 6 Conclusões; 7 Referências bibliográficas.

1. Introdução

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 (RIBEIRO, 2016, p. 60-67). Em um raciocínio apressado, esta constatação poderia trazer dúvidas sobre a efetiva natureza e alcance dos atos normativos emanados pelas agências reguladoras, pois 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.

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 administrativa (SUNDFELD, 2012, p. 137).

¹ O texto apresenta conclusões parciais da pesquisa realizada no âmbito do Programa Cátedras Brasil, com concessão de bolsa-pesquisa pela Escola Nacional de Administração Pública – ENAP/DF, integrando o grupo de estudos “Área Temática: I - Propostas de mudanças regulatórias que não envolvem orçamento” (Edital ENAP nº 125/2020).

*Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da USP (Largo São Francisco). Pós-doutorando na UNESP Franca. Secretário Executivo da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos, Institucionais e de Governança da Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR. Diretor da Agência Reguladora ARES-PCJ (SP).

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” (MEIRELLES, 1999, p. 82).

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” (OLIVEIRA, 2021, p. 104-107). 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).

O exercício do poder normativo pela Administração Pública, por sua vez, 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 legalidade (DI PIETRO, 2012, p. 6-7). 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” (TÁCITO, 1997, p. 510).

A rigor, portanto, ao produzir uma norma, a Administração 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) (MIRAGEM, 2013, p. 70-71).

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, 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" (SOUTO, 2011, p. 1145).

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.

Em se tratando de saneamento básico, registre-se que a Lei Federal 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 7.217/2010, por sua vez, também é categórico ao atribuir às agências reguladoras o seu necessário poder normativo.

Na esfera internacional, especialmente nos Estados Unidos da América, que exercem grande influência sobre o modelo brasileiro, o poder normativo é amplamente reconhecido às agências reguladoras. 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 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" (BURROWS; GARVEY, 2011).

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 pelo art. 23 da Lei Federal 11.445/2007, que delimita o conteúdo material da delegação da função regulatória.

2. Novo cenário do poder normativo com a edição da Lei Federal 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 11.445/2007, normas com as mais variadas temáticas: condições gerais para prestação de serviços, critérios para reajustes e revisões em contratos de concessão e parcerias público-privadas, requisitos para atendimento às regras de controle social, 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 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 (OLIVEIRA; CARAMORI, 2021, p. 69-71).

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), de acordo com a Lei 11.445/2007.

Ocorre que esse modelo regulatório – entendido como bastante acertado frente à competência constitucional do Município para temas de saneamento básico (art. 30, I e V da Constituição Federal), passou a sofrer críticas e pedidos de alterações. Dentre várias fragilidades apontadas, em relação à regulação e fiscalização dos serviços, 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 em que prestadores com atuação regional ou nacional estão submetidos a regras diversas para temas idênticos.

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 14.026/2020 (OLIVEIRA, 2021, p. 73).

No tocante ao poder normativo e atuação dos reguladores infranacionais, a forma pensada para o aprimoramento da racionalidade e padronização das regras deu-se com o inovador conceito de diretrizes nacionais, emitidas através de normas de referência, delegadas à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, por meio da Lei 14.026/2020.

3. 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 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 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 ao poder regulamentar delegado à ANA concernente 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.

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 1).



Figura 1 – Divisão temática das normas de referência.

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 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 a perseguir a tarifa módica, inclusive com previsão de meios de subsídio para populações de baixa renda, nos termos dos §§2º, 3º e 8º do art. 4º-A citado (CYRINO, 2021).

O fundamento para a alteração incorporada pela Lei 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 insegurança (MARRARA, 2021, p. 66). Nesse sentido, o §7º do art. 4º-A delimita que “a ANA zelar 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 (MARRARA, 2021); 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 foram encontrados paradigmas na legislação brasileira de normas emitidas por uma agência reguladora que sirvam de “recomendações” a outros reguladores.

A expressão “normas de referência” é terminologia propensa a confusões (PAGANI, 2021, p. 91). Não são normas – embora se lhes tenha emprestado o nome tão significativo 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 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? (SOUZA, 2021, p. 90).

Além dos questionamentos acerca da terminologia no campo doutrinário, as normas de referência como instrumentos de padronização e segurança jurídica foram questionadas em seu aspecto de constitucionalidade (ADI 6492, ADI 6536 e ADI 6583), que levantam teses jurídicas de burla da competência constitucional dos municípios para tratar de assuntos locais de saneamento (no caso, regulatórios) e dos Estados em regiões metropolitanas.

A discussão foi exaustivamente enfrentada nos debates parlamentares e a redação das propostas foram sendo aprimoradas, tanto nas Medidas Provisórias 844, de 06

de julho de 2018, e 868, de 27 de dezembro de 2018, quanto no Projeto de Lei 4.162/2019 (aprovado e numerado como Lei 14.026/2020), deixando clara a natureza de diretriz dessas normas.

Inobstante tais objeções as normas de referência se enquadram, juntamente com as leis federais sobre o tema, na competência da União para instituir diretrizes sobre 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 (CYRINO, 2021, p. 93).

Nesse sentido, propõe-se justificar e acomodar a norma de referência nas peculiaridades constitucionais do saneamento, 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 reguladoras infranacionais. Atende-se, com essa justificativa, a regra do art. 22, inc. XX, CF; 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 Saneamento.

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

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*.

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.

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*, que poderia ser traduzido livremente para o nosso contexto como a “a força do dinheiro” (ENGDAHL, 1994).

Diversos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 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 11.079/2004) para estimular o respeito ao limite financeiro das parcerias em curso. O art. 50 da Lei 11.445/2007 já previa mecanismos de *spending power* para efetividade da norma, mas a Lei Federal 14.026/2020 deu-lhe nova amplitude e aplicação.

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.

4. Premissas para exercício do poder normativo pela ANA

O exercício do poder normativo a ser exercido pela ANA, nos moldes definidos na Lei Federal 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-usuário.

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 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 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 requererá menor cenário de acomodação normativa e com maior eficiência.

(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 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei 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 desenvolve 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 01 – diretrizes para a cobrança pela prestação do serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos e Norma de Referência 02 – padronização dos aditivos aos contratos de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgotos.

Os Relatórios Técnicos desenvolvidos apresentam metodologia alinhada com as orientações da OCDE a respeito de seu objeto de investigação e definição do problema regulatório, seguindo modelo das melhores práticas nacionais de Análise de Impacto Regulatório – AIR (OCDE, 2008).

5. Cenário desejável e perspectivas para a normas de referência

Em uma primeira análise, podemos afirmar 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 básico.

Não podemos deixar de ressaltar, entretanto, que elaborar convenientemente uma norma de referência não é algo 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 empreitada (MARQUES, 2020, p. 9).

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.

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 (NUNES; ANDERAS; MARINHO DE ARAUJO, 2021). 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 financeiro, apontamos 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 entes reguladores infranacionais foi o rol taxativo de temas passíveis de regulamentação por normas de referência da ANA (art. 4º-A, §1º, da Lei Federal 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 precedentes 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 concepção de titularidade local e com decisões descentralizadas em relação à União.

Acerca desse ponto, 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-se 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” (HEINEN, 2021, p. 458-459).

Terceira questão: há perspectiva favorável de concretização dos comandos da Lei 14.026/2020, porém o sucesso da empreitada depende: (i) da implantação gradativa e com olhar atento para as melhores práticas; (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.

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, da Lei 9.984/2000.

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 e boa governança para os reguladores infranacionais ainda em fase de desenvolvimento.

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 regulação (OLIVEIRA, 2021, p. 75-77).

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 (NUNES *et al.*, 2021).

Nesse sentido, a expressão que cunhamos e defendemos nos últimos anos, a chamada “universalização da regulação”, foi atendida pelo novo marco regulatório e inserida com a Lei Federal 14.026/2020, através do §5º do art. 8º.

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

O texto da Lei 14.026/2020 foi bastante assertivo e trouxe regra com a finalidade de obrigar e padronizar a regulação dos serviços 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.

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 inconfessadas, 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 (SOUZA, 2021, p. 91).

6. Conclusões

A pesquisa realizada permitiu apresentar as principais características do novo marco legal e os efeitos práticos da uniformização regulatória concedida à ANA. Outro ponto evidenciado é a preocupação com os efeitos práticos e as dificuldades que essas novas regras trarão aos diferentes atores do saneamento básico: poder concedente, prestador de serviços e usuários.

As diretrizes nacionais para o saneamento básico (Lei 11.445/2007) foram alteradas significativamente pela Lei 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 aos reguladores infranacionais. A regulamentação atual segue pautada 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 de titulares, prestadores, reguladores e sociedade civil no processo construtivo.

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 infranacionais, poderão trazer efetividade dentro dos limites esperados.

Por fim, o modelo atende aos anseios por segurança jurídica e previsibilidade e servirá como instrumento de padronização, atendendo aos anseios da sociedade e em consonância com as práticas de mercado. Espera-se, com a prática das normas de referência, ainda, fortalecimento das melhores práticas e consolidação da regulação setorial do saneamento básico.

7. Referências bibliográficas

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.

- CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: *soft law* federativo? *Revista Digital da ESA OABRJ*, v. 3, ano 3, 2021, p. 93.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6-7.
- 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 maio 2021.
- HEINEN, Juliano. Saneamento básico. In: *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. HEINEN, Juliano (Org.), Salvador: JUSPODIVM, 2021, p. 458-459.
- MARQUES, Rui Cunha. *Definição do conceito e estrutura das diretrizes das normas de referência*. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.
- 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: Foco, 2021.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MIRAGEM, Bruno. *A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- NUNES, Carlos Motta; ANDERAS Alexandre; MARINHO DE ARAUJO, Cíntia Leal. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. *BRICS Law Journal*, v. 8, n. 2, p. 66-88, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88>. Acesso em: 29 jul. 2021.
- OCDE – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008.

- 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: Foco, 2021.
- OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Universalização da regulação e os desafios do novo marco do saneamento. In: FROTA, Leandro; AIETA, Vânia (Org.). *Marco regulatório do saneamento básico: Lei nº 14.026/2020*. Brasília: OAB Editora, 2021. p. 103-121.
- OLIVEIRA, Carlos Roberto de; CARAMORI, Magnus. Perspectivas para a regulação infranacional diante do novo marco do saneamento. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; VILARINHO, Cíntia Maria Ribeiro (Coord.). *A regulação de infra-estruturas no Brasil*. Santana de Parnaíba: ABAR e KPMG, 2021. p. 62-84.
- 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: Foco, 2021. p. 89-104.
- RIBEIRO, Wladimir António. A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competências do regulador. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (Org.). *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. São Paulo: Essencial Idea, 2016. p. 41-73.
- 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.
- 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: Foco, 2021. p. 90.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.