

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA ANA (AGÊNCIA  
NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO) À LUZ DO NOVO MARCO  
LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO**

**LUCAS FERREIRA BARROS**

**RIO DE JANEIRO**

**2022**

**LUCAS FERREIRA BARROS**

**A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA ANA (AGÊNCIA  
NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO) À LUZ DO NOVO MARCO  
LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto P. N. Bolonha.**

**RIO DE JANEIRO**

**2022**

## CIP - Catalogação na Publicação

B277a      Barros, Lucas Ferreira  
A atuação institucional da ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) à luz do novo marco legal do saneamento básico / Lucas Ferreira Barros. -- Rio de Janeiro, 2022.  
76 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Administrativo. 2. Teoria Institucional. 3. Direito Regulatório. 4. Agência Reguladora. 5. Deferência Institucional. I. Bolonha, Carlos Alberto Pereira das Neves, orient. II. Título.

**LUCAS FERREIRA BARROS**

**A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA ANA (AGÊNCIA  
NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO) À LUZ DO NOVO MARCO  
LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto P. N. Bolonha.**

Data de aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**

**2022**

À Camille, Rozane e José, o caminho só foi pavimentado pelo apoio incondicional de vocês.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a perseverança de minha família, minha irmã e meus pais, tantos momentos difíceis foram superados para que esse momento chegasse. Essa conclusão da graduação no curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro é o resultado de uma soma de esforços, de uma determinação coletiva familiar, sem vocês, sem o firme suporte de vocês, não conseguiria alcançar voos tão altos.

Ademais, também preciso registrar meu agradecimento a todos os meus amigos da Faculdade Nacional de Direito (FND), a caminhada foi mais tranquila e leve por força do companheirismo de vocês, dos bons momentos compartilhados. Devo, igualmente, consignar meu mais sincero agradecimento a todo o corpo de Professores da FND/UFRJ, a experiência acadêmica nesta instituição pública de ensino superior foi extremamente gratificante.

Por fim, gostaria de agradecer, especialmente, ao Professor Carlos Bolonha e à Professora Luciana Silveira pelos conhecimentos transmitidos e pela oportunidade aberta com o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) e com os debates no LETACI (Laboratório de Estudos Institucionais).

## RESUMO

O novo marco legal do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020) remodelou consideravelmente o antigo arranjo institucional. Aprovado pelo Congresso Nacional e de iniciativa do Poder Executivo Federal, sua missão seria impactar positivamente o setor regulado que há anos é marcado pela ineficiência na prestação de serviços, prejudicando, sobretudo a população mais desfavorecida. Subsistem importantes discussões jurídicas acerca do papel, do conteúdo, e dos limites das normas de referência, no contexto da função normativa da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Ademais, dado o caráter complexo e multifacetado da área do saneamento, investiga-se a deferência institucional do Poder Legislativo e do Supremo Tribunal Federal ao novo paradigma regulatório, os desdobramentos institucionais tendo em vista o modelo federativo e a questão da participação social na elaboração das normas de referência à luz do princípio democrático.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Teoria Institucional; Direito Regulatório; Agência Reguladora; Deferência Institucional.

## ABSTRACT

The new legal framework for basic sanitation (Law 14.026/2020) considerably redesigned the old institutional arrangement. Approved by the National Congress and on the initiative of the Federal Executive Branch, its mission would be to positively impact the regulated sector, which for years has been marked by inefficiency in the provision of services, harming, above all, the most disadvantaged population. There are still important legal discussions about the role, content, and limits of reference standards, in the context of the normative function of the National Water and Basic Sanitation Agency (ANA). Furthermore, given the complex and multifaceted character of the sanitation area, the institutional deference of the Legislative Power and the Federal Supreme Court to the new regulatory paradigm, the institutional developments in view of the federative model and the issue of social participation in the elaboration of the norms of reference in the light of the democratic principle.

**Keywords:** Administrative Law; Institutional Theory; Regulatory Law; Regulatory Agency; Institutional Deference.



## **LISTA DE FIGURAS**

Figura 1 - Linha do tempo dos marcos regulatórios setoriais e da ANA.....	23
---	----

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Principais pontos de dissenso entre os municipalistas e os estadualistas na tramitação da Le do Saneamento de 2007.....	25
Quadro 2 – Consultas públicas da ANA.....	66
Quadro 3 – Audiências públicas da ANA.....	70

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES POLÍTICO-INSTITUCIONAIS DO COMPORTAMENTO DA ANA (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO)</b> .....	12
<b>1.1 Contextualização histórica sobre as agências reguladoras no Brasil</b> .....	12
<i>1.1.1 A Ascensão do Estado Regulador na década de 90</i> .....	12
<i>1.1.2 O surgimento da ANA e os desafios impostos pelo novo marco legal do saneamento básico – Lei nº 14.026/2020</i> .....	16
<b>1.2 O papel da regulação como fator de concretização de políticas públicas</b> .....	18
<b>CAPÍTULO 2 - AS CARACTERÍSTICAS DA DEFERÊNCIA INSTITUCIONAL</b> .....	28
<b>2.1. O paradigma do poder normativo da agência reguladora e a harmonização com o princípio da separação dos poderes à luz do novo marco legal do saneamento básico – Lei nº 14.026/2020</b> .....	28
<b>2.2 Os diálogos institucionais como meios para desenvolvimento da qualidade regulatória</b> .....	48
<b>CAPÍTULO 3 - ESTUDO DE CASOS CONCRETOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ATIVIDADE REGULATÓRIA</b> .....	57
<b>3.1 A verificação da deferência institucional pela análise de acórdãos</b> .....	57
<b>3.2 A questão das consultas públicas e audiências públicas da ANA</b> .....	63
<b>CONCLUSÃO</b> .....	71
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	73

## INTRODUÇÃO

No Brasil, não é novidade que os serviços públicos de saneamento básico - que contemplam uma gama de atividades - são caracterizados pela ineficiência e discrepância na execução, dependendo da localidade. A população mais desfavorecida acaba sendo a mais afetada, enfrentando adversidades para ter esgoto tratado ou até mesmo acesso à água potável encanada. Tendo em vista esse cenário negativo, o novo marco regulatório do saneamento básico, a Lei nº 14.026/2020, de iniciativa do Poder Executivo Federal e aprovado pelo Congresso Nacional, buscou reconfigurar o arranjo institucional estabelecido pela lei instituidora da ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico), a Lei nº 9.984/2000 e pela Lei Nacional do Saneamento, a Lei nº 11.445/2007.

Entre as modificações legislativas efetuadas, teve-se o ineditismo com a atribuição àquela agência reguladora para a elaboração de normas de referência ao setor. O objetivo dessas normatizações seria justamente de desenvolver os procedimentos regulatórios e, como consequência, melhorar a prestação do serviço público a favor da coletividade social. As normas de referência seriam orientações gerais com vistas à harmonização das condutas regulatórias de outros entes reguladores e dos agentes do setor. Nesse sentido, a dimensão de sua importância se associa, principalmente, à questão da função normativa - poder normativo - exercido pela agência reguladora.

Discute-se em âmbito doutrinário, quais seriam a natureza jurídica, os limites e características peculiares desse poder normativo. Nesse contexto, o cerne das contestações à função normativa da agência reguladora envolveria o princípio da legalidade, assim, questiona-se: será possível a Administração Pública editar normas regulatórias inovando na ordem jurídica, criando-se, assim, novos direitos e obrigações?. Ou, pelo contrário, a Administração teria que se conformar aos limites expostos na lei?. Dessa forma, serão analisados marcos teóricos nacionais a respeito do tema, bem como a teoria institucional norte-americana, que compreende os fenômenos por meio das atuações institucionais.

Em vista do Estado Democrático de Direito pela Constituição da República de 1988, é necessário investigar como se dispõe a participação social naquela agência federal. A permeabilidade das instituições a questionamentos do setor regulado, bem como da sociedade seria uma forma de ratificação da democracia. Portanto, busca-se entender como as normas de referência são abordadas pela ANA em consultas públicas e audiências públicas à luz do princípio democrático e seu corolário, o princípio constitucional da publicidade que se associa à transparência da Administração Pública.

## **CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES POLÍTICO-INSTITUCIONAIS DO COMPORTAMENTO DA ANA (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO)**

### **1.1 Contextualização histórica sobre as agências reguladoras no Brasil**

#### *1.1.1 A Ascensão do Estado Regulador na década de 90*

Inicialmente, antes que se faça uma descrição detalhada das razões de existência das agências reguladoras brasileiras, é necessário empreender uma análise contextual do cenário político-econômico antes da promulgação da Constituição de 1988. Nessa perspectiva, a manutenção de um Estado Liberal garantista apenas de liberdades individuais, de caráter absentéista, portanto, não foi o bastante para corresponder aos anseios da sociedade de diversos países ocidentais, inclusive o Brasil. Diante disso, após a Constituição de 1891, as Cartas promulgadas de 1934 e 1946 reuniram nos textos constitucionais valores próprios do Estado Social com vistas a conferir ao ente estatal uma maior ingerência na atividade econômica, e, sobretudo, uma maior atuação para a prestação dos denominados direitos sociais. Nesse sentido, buscou-se estipular, por estes direitos de segunda geração, uma liberdade autêntica aos membros da coletividade, mediante a atuação corretiva do Estado<sup>1</sup>.

Tal mudança de paradigma “refletiu-se também na sua engenharia institucional. A separação de poderes foi flexibilizada, para possibilitar uma atuação mais forte dos poderes públicos na seara social e econômica”<sup>2</sup>. Novos desenhos institucionais, dessa forma, foram delineados de forma a propiciar uma conduta mais livre da Administração Pública, logo, a produção normativa teve crescimento exponencial, para dar conta das demandas sociais - cada vez mais complexas - por regulação, assim, não se teria mais um monopólio pelo Poder Legislativo<sup>3</sup>.

Entretanto, com o decorrer do tempo, os valores do constitucionalismo social passaram por um processo de flexibilização, especialmente com a ascensão da ideologia neoliberal cujas premissas repousam na menor intervenção possível do ente estatal na economia e contenção das despesas públicas. Dessa maneira, “a partir da década de 1980, começam a se tornar

---

<sup>1</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 137.

<sup>2</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 83.

<sup>3</sup> Ibid., p. 83.

hegemônicas propostas de retorno ao modelo de Estado que praticamente não intervinha na esfera econômica”<sup>4</sup>. Dentro dessa conjuntura, o Estado neoliberal possui como norte a desregulação e flexibilização dos mercados de trabalho de modo abrupto, pois ao ente estatal apenas compete garantir a propriedade privada e os instrumentos contratuais<sup>5</sup>.

Contudo, ao invés de se ter o prevalecimento da estrita ideologia neoliberal, verificou-se um amalgamento das visões de Estado, ter-se-ia um Estado Social-Liberal, no qual tutelam-se direitos sociais e preconiza-se pelo desenvolvimento por meio de controles de mercado, e em menor grau, os controles pela Administração Pública<sup>6</sup>. Portanto, em uma perspectiva econômica, o Estado seria o arranjo burocrático que, através de transferências, complementa o mercado na coordenação da economia: enquanto o mercado atua através da trocas de equivalentes, o Estado o faz por meio de transferências financiadas pelos impostos<sup>7</sup>.

Desse modo, para que se compreenda a reforma na arquitetura estatal nos anos 90, é relevante destacar um dos elementos basilares para a superveniência do referido Estado Social-Liberal, qual seja:

A delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e "publicização" (este último processo implicando a transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta).<sup>8</sup>

Além disso, tendo em vista a necessidade de analisar institucionalmente os fenômenos de modificação das estruturais de Estado - no âmbito estatal propriamente dito - a precisa diferenciação entre secretarias formuladoras de políticas públicas, agências executivas e agências reguladoras dotadas de autonomia importa redesignação dos desenhos institucionais<sup>9</sup>. Com isso, por força da crise de Estado e da conjuntura fiscal brasileira vivenciada na década de 80 é que se pensou, assim, em uma Administração Pública encarregada de operar suas atividades exclusivas, permitindo a outros agentes econômicos ainda maior incursão em outras áreas, produção de bens e serviços, por exemplo. Ademais, no que tange à inviabilidade da atuação estatal na gestão de suas atividades, tem-se:

Existe governança em um Estado quando seu governo tem as condições financeiras e administrativas para transformar em realidade as decisões que toma. Um Estado em crise fiscal, com poupança pública negativa, sem recursos para realizar investimentos

<sup>4</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 85.

<sup>5</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos Anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova**, n. 45, p. 57, 1998, p. 57.

<sup>6</sup> Ibid., p. 59.

<sup>7</sup> Ibid., p. 63.

<sup>8</sup> Ibid., p. 60.

<sup>9</sup> Ibid., p. 61.

e manter em bom funcionamento as políticas públicas existentes, muito menos para introduzir novas políticas públicas, é um Estado imobilizado<sup>10</sup>.

Diante desse contexto, a Lei nº 9.491/1997 implementou o Plano Nacional de Desestatização – PND, com vistas, estrategicamente, a diminuir o déficit público e sanear as finanças governamentais, transferindo, dessa maneira, à iniciativa privada atividades custosas e indevidas outrora praticadas pelo Estado<sup>11</sup>. Ademais, por outro lado, sobre o interesse pela instituição de órgãos reguladores específicos para um setor econômico, “era preciso criar um ambiente onde os prestadores de serviços de utilidade pública tivessem a certeza de que não seriam expropriados administrativamente pelo governo, dando assim às empresas incentivos positivos para o investimento e produção”<sup>12</sup> “a suposição era de que o oportunismo político e preocupações associadas aos ciclos eleitorais poderiam afetar a aplicação do quadro regulatório e a interpretação dos estatutos e contratos, minando assim a confiança dos investidores”<sup>13</sup>.

Por conseguinte, qualquer ato do governo afetando o sistema regulatório, restringindo a capacidade das agências de se desviarem de seu interesse, reduziria o nível de credibilidade do sistema, levando à perda de confiança dos investidores e conseqüentemente pior desempenho econômico<sup>14</sup>. Com o passar dos anos, houve então a conversão da descentralização por delegação legal para descentralização negocial, as pessoas essencialmente de direito privado exerceriam suas atividades por meio de concessão de serviços públicos<sup>15</sup>.

Em seguida ao parâmetro normativo indicado, foram criadas as denominadas agências reguladoras cuja finalidade principal residiria no dever institucional de controlar e fiscalizar aquelas entidades de direito privado que prestam serviços públicos. Todavia, tal emergência dessas instituições não passou ilesa a críticas, porque teria sido um erro primeiro a desestatização ter acontecido e só depois se ter a organização dessas entidades reguladoras, não representaria uma postura administrativa lógica<sup>16</sup>.

Assim, inicialmente teve-se a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427/1996. Depois, surgiram a Agência Nacional de

---

<sup>10</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Op. cit., p. 78.

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 513.

<sup>12</sup> PRADO, Mariana Mota. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 41, n. 2, 2008, p. 438.

<sup>13</sup> Ibid., p. 443.

<sup>14</sup> MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 22, n. 3, pp. 449-472, jul./set. 2002, p. 453.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2020, p. 513.

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 9, fev./mar./abr. 2007, p. 11.

Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei nº 9.472/1997, e a Agência Nacional do Petróleo – ANP, com a sua norma correspondente, a Lei nº 4.478/1997.

Em outro momento, foram constituídas a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, pela Lei nº 9.782/1999, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, pela Lei nº 9.961/2000, em seguida, a agência objeto da presente análise, a ANA – Agência Nacional de Águas, com sua criação pela Lei nº 9.984/2000, a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, vide Lei nº 10.233/2001, a ANTAq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, pela Lei nº 10.233/2001, a ANCINE – Agência Nacional de Cinema pela MP nº 2.228-1/2001, a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, pela Lei nº 11.182/2005 e por último a ANM – Agência Nacional de Mineração, criada pela Lei nº 13.575/2017. Nesse âmbito, o Poder Executivo foi o principal proponente das agências no Brasil, ainda que não se saiba claramente de onde veio a proposta de instituição daquelas autarquias, ou mesmo se a proposta veio de uma única fonte ou de diferentes fontes do Poder Executivo<sup>17</sup>.

Mas, “antes da criação das agências, a regulação dos setores não estava ausente. Ministérios específicos, ou departamentos dentro dos ministérios, regulamentavam a sociedade civil e as empresas de cada setor”<sup>18</sup>. Tendo em vista a persecução pelo sucesso do PND com as respectivas privatizações, uma modificação significativa para agências autônomas traduziu uma alteração muito dramática na organização administrativa, com uma mudança expressiva no *locus* do poder<sup>19</sup>.

Cumpram destacar que o estabelecimento de órgãos reguladores, tais como as agências não é uma invenção institucional brasileira. Desse modo, “essas entidades encontram sua origem no regime norte-americano, que há muito contempla as figuras das ‘independent agencies’ e ‘independent regulatory agencies’ destinadas à regulação econômica e social”<sup>20</sup>. Assim, adotando o paradigma internacional, os proponentes das agências reguladoras no Brasil confiavam que uma decisão do Poder Executivo de colocar limites em seus poderes regulatórios, delegando-os às agências seria percebido como um sinal de compromisso e, logo, atrairia investidores<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> PRADO, Mariana Mota. Op. cit., p. 444.

<sup>18</sup> MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Op. cit., p. 452.

<sup>19</sup> Ibid., p. 452. Ademais, sobre a questão das características institucionais das agências brasileiras, tem-se que “a escolha do desenho institucional para cada uma dessas diferentes agências tem sido muito semelhante, apesar de cada setor ter distinções, sobretudo no que diz respeito ao tipo de empresa a regular, ao tipo de produto ou serviço, os grupos de interesse envolvidos, o nível de concorrência, a nível de especialização necessário, a taxa de mudança tecnológica e os potenciais custos e benefícios políticos.” Ibid., p. 452.

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2020, p. 514.

<sup>21</sup> PRADO, Mariana Mota. Op. cit., p. 444.



Contudo, sobre essa influência de configurações de Estado externa, “algumas características institucionais das agências americanas não foram implementadas ou totalmente transplantadas para o Brasil”<sup>22</sup>. Ademais, algumas características institucionais bem-sucedidas do sistema político-jurídico dos EUA foram mal sucedidos no Brasil. E, alguns aspectos problemáticos dos EUA foram transplantados para o Brasil, replicando muitos dos problemas que existem há muito tempo nos EUA<sup>23</sup>.

### *1.1.2 O surgimento da ANA e os desafios impostos pelo novo marco legal do saneamento básico – Lei nº 14.026/2020*

Conforme mencionado acima, a ANA foi instituída pela Lei nº 9.984/2000, uma agência reguladora com a incumbência de atender os objetivos e diretrizes estipulados na Lei de Águas do Brasil – Lei nº 9.433/1997, bem como os novos parâmetros aprovados pelo novo marco legal do saneamento básico – Lei nº 14.026/2020. Trata-se de uma autarquia de regime especial que goza de autonomia financeira e administrativa, e atualmente está associada ao Ministério do Desenvolvimento Regional. Com a informação disposta no website da agência, tem-se que a ANA regula o acesso e o uso dos recursos hídricos de domínio da União, os serviços públicos de irrigação e adução de água bruta. Ademais, fiscaliza o cumprimento de normas, sobretudo as outorgas, e também realiza a fiscalização da segurança de barragens outorgadas<sup>24</sup>.

E mais recentemente, com o novo marco legal do saneamento, a agência passa a editar normas de referência contendo diretrizes regulatórias dos serviços de saneamento básico, o que inclui abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais<sup>25</sup>. Por outro lado, a ANA coordena a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, com possíveis diálogos interinstitucionais perto de distintos atores da sociedade civil e do Estado<sup>26</sup>.

Além disso, por meio das mudanças de estruturas de relações institucionais, com a aprovação da Lei nº 14.026/2020, que atualizou o marco legal do saneamento básico, a relação regulatória entre a ANA e o âmbito de saneamento poderia mudar de nível, já que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico passaria a editar normas de referência<sup>27</sup>. Desse modo,

---

<sup>22</sup> PRADO, Mariana Mota. Op. cit., p. 441.

<sup>23</sup> Ibid., p. 441.

<sup>24</sup> BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Sítio oficial 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br>. Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

“estas regras de caráter geral deverão ser levadas em consideração pelas agências reguladoras de saneamento infranacionais (municipais, intermunicipais, distrital e estaduais) em sua atuação regulatória”<sup>28</sup>.

Nesse mesmo lado, com a exposição de motivos da referida norma, o legislador expôs que a Carta de 1988 atribui a titularidade dos serviços de saneamento básico aos Municípios, que faculta aos titulares regular diretamente ou delegar a regulação desse setor<sup>29</sup>. Além disso, “esse arranjo explicitou as diferentes capacidades regulatórias dos diferentes titulares, resultando numa miríade de situações”<sup>30</sup>. De acordo com outras razões apresentadas no projeto de lei,

Doze anos após a edição da Lei n. 11.445, de 2007, o país continua convivendo com um arranjo institucional de mais de 49 agências reguladoras responsáveis pela regulação de 2.906 municípios dos 5.570 existentes, ou seja, 48% dos municípios não possuem nenhum tipo de regulação e num ambiente em que cada município pode ter a sua agência reguladora<sup>31</sup>.

Desse modo, para o legislador, um problema derivado deste arranjo seria a suposta baixa capacidade regulatória dos titulares do serviço, o que afetaria de forma negativa a eficiência e desenvolvimento do setor de saneamento básico, e repercute na qualidade e preço dos serviços de forma inadequada<sup>32</sup>. Ademais, um segundo efeito da falta de padronização regulatória seriam os custos de transação relevantes aos prestadores, públicos e privados - que operam para diferentes titulares - tendo que se adaptar a regras regulatórias potencialmente muito diferentes na prestação de um mesmo serviço<sup>33</sup>.

Diante desse cenário, depreende-se das informações constantes do website institucional que, a ANA, por intermédio da Lei nº 14.026/2020, tem como incumbência emitir normas de referência sobre, por exemplo, padrões de qualidade na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento, metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico e conteúdo mínimo para a prestação universal e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Sítio oficial 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br>. Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>29</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4162 de 02/08/2019**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 01 nov. 2022

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Sítio oficial 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br>. Acesso em: 01 nov. 2022.

Nessa perspectiva, será importante analisar como está estabelecido o grau de deferência à agência, sobretudo, da interpretação do órgão judiciário supremo do país, o STF, sobre o conteúdo do novo marco legal do saneamento básico e suas reverberações pelos entes federativos dada a relevância nacional da temática. Em um primeiro momento, o legislador entendeu que a “grande variabilidade de regras regulatórias se consolidou como um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços”<sup>35</sup>, com isso, para enfrentar tal problemática, a nova lei buscou traçar novos arranjos institucionais decisórios, conferindo à ANA uma centralidade para determinar os parâmetros regulatórios, objetivando, assim, as melhores práticas dos reguladores além de uniformização regulatória doméstica.

Dessa maneira, percebe-se que o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, revelou uma postura de deferência à agência, confiando-lhe maior controle e responsabilidade na condução do procedimento regulatório. Frente ao comportamento deferente do legislador à ANA, será necessário investigar como o STF compreende tal mudança de paradigma, de modo a destacar as atuais configurações institucionais, mas isto será melhor ilustrado com a análise de jurisprudências da referida Corte no Capítulo 3 desta monografia.

## **1.2 O papel da regulação como fator de concretização de políticas públicas**

Primeiramente, cumpre asseverar que o Estado brasileiro lançou mão, ao longo das décadas, de uma série de políticas públicas, conforme será explanado, visando a regularizar a viciosa prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, uma mazela crônica que afeta negativamente milhões de brasileiros, sobretudo aqueles mais desfavorecidos economicamente.

Aliás, é importante destacar que houve uma nova compreensão sobre o que estaria abarcado em saneamento básico, assim, conforme informação prevista no website do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Regional, fariam parte de seu núcleo o abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, bem como limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4162 de 02/08/2019**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>36</sup> Ademais, com a nova redação dada pela Lei nº 14.026/2020, o art. 3º, I, da Lei nº 11.445/2007 (Lei Nacional do Saneamento) integrou o conceito mais amplo de saneamento básico. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento

Nessa perspectiva, com a entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, novas alterações se deram no marco normativo original e, com a modificação na Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, novas atribuições à ANA foram expressas como a competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento básico, como objetivo geral ter-se-ia a eficiência regulatória em benefício da coletividade.

Diante deste cenário, com a respectiva exposição de motivos da legislação, sobressai-se uma parte: o Brasil necessitará investir mais de R\$ 20 bilhões por ano até 2033, para universalizar a cobertura de água e esgoto em todo o território nacional e evitar a morte prematura de 15 mil pessoas por ano por doenças de veiculação hídrica ou causadas pela ausência de saneamento<sup>37</sup>. Dessa maneira, para enfrentar tal problemática, novos desenhos institucionais decisórios foram estabelecidos pelo novo marco legal do saneamento, a ANA passaria a ter uma posição institucional de relevo para precisar os parâmetros regulatórios – com a consecutiva padronização regulatória - objetivando, assim, as melhores práticas dos regulados.

Paralelamente a esse assunto, na exposição de motivos do projeto de lei - posteriormente aprovado na Lei nº 14.026/2020 - percebeu-se que o legislador procurou confiar à iniciativa privada maior parcela de ingerência e responsabilidade na prestação de serviços de saneamento básico e de limpeza urbana/manejo de resíduos, e a principal justificativa seria que o aparato estatal brasileiro estava saturado em termos orçamentários, com isso “ao Governo Federal só resta constituir sólidas parcerias com a iniciativa privada, com apoio imprescindível dos Estados e Municípios e com o interesse único de levar conforto, qualidade de vida e saúde aos brasileiros desassistidos”<sup>38</sup>.

Por força de circunstâncias históricas, “a expansão da oferta de serviços de saneamento básico no Brasil ocorreu com base na constituição de um modelo que se pretendia único e homogêneo para o território nacional”<sup>39</sup>. Ademais, embora tenha sido reconhecida a titularidade daquela prestação de serviços aos Entes Municipais, foi por meio de um programa federal (Plano Nacional de Saneamento PLANASA/1971) que ensejou a estabilização no país do

---

Regional. **Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS)**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snis>. Acesso em: 10 out. 2022.

<sup>37</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4162 de 02/08/2019**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> ARRETCHE, Marta T. S. **Política Nacional de Saneamento: A reestruturação das companhias estaduais**. In: Temas especiais — Infraestrutura. Perspectivas de reorganização. Brasília: Ipea, 1999, p. 80.

formato institucional de prestação de serviços, conferindo base a influentes companhias estaduais de saneamento em todos os estados da Federação<sup>40</sup>.

Em outro aspecto, os serviços de saneamento têm a natureza de monopólio natural devido à economia de escala, o que iria justificar a existência de um único prestador em certo mercado relevante<sup>41</sup>. À vista disso, “cabe ao governo garantir que o prestador não utilize o poder de monopólio para impor preços, restringir a qualidade e a quantidade dos serviços providos. Os serviços com características de monopólio natural são providos diretamente pelo governo ou regulados pelo Executivo”<sup>42</sup>.

Somado a essas características de mercado sobre a disposição e manutenção dos serviços, avalia-se também que:

As condições institucionais que viabilizaram o sucesso do PLANASA (monopólio do setor público, facilidade de captação de recursos, construção de grandes obras) permitiram que a oferta de serviços de saneamento básico no Brasil seja caracterizada simultaneamente por elevados indicadores de ineficiência e pela ausência de incentivos à introdução de padrões mais eficientes de gestão<sup>43</sup>.

Considerando essas informações, aquela posição do legislador provavelmente representou uma espécie de reação ao *status quo* no qual “boa parte das companhias estaduais de saneamento acabaram por constituir-se em grandes e poderosas empresas, dotadas de autonomia decisória em relação a quaisquer mecanismos de supervisão e controle de suas atividades”<sup>44</sup>. Nessa lógica, tal paradigma dificulta imensamente a execução do poder de regulação e, por conseguinte, a oportunidade de que práticas nocivas aos interesses do setor público e dos usuários, em geral, possam ser coibidas<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> ARRETCHE, Marta T. S. Op. cit., p. 80.

<sup>41</sup> SOUSA, Ana Cristina Augusto; COSTA, Nilson do Rosário. Incerteza e dissenso: os limites institucionais da política de saneamento brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 3, maio/jun. 2013, p. 590. Em uma análise mais aprofundada, percebe-se que “O Planasa incentivou a criação de 27 companhias estaduais, juridicamente constituídas como sociedades de economia mista. O mercado relevante dessas empresas foi definido por critérios políticos por compreender os territórios sob a jurisdição do Executivo municipal. Apesar de os municípios deterem a titularidade para a exploração dos serviços, as companhias assumiram os investimentos e custos fixos pertinentes à instalação e operação dos sistemas urbanos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, assim como recrutaram e formaram a força de trabalho do setor”. “(...) A sustentação econômica dessas empresas foi obtida por via tarifária, com base no mecanismo financeiro dos subsídios cruzados. Por esse mecanismo, estratos populacionais mais ricos subsidiaram a expansão dos serviços para os estratos mais pobres, via tarifação diferenciada”. “(...) As companhias estaduais ganharam amplo poder de alocação, tornando-se inteiramente responsáveis pela definição de prioridades, tecnologias e estratégias de expansão. Esse foi o início de uma relação assimétrica e conflitiva entre estados e municípios: a transferência da gestão verticalizada para os primeiros passou pela submissão política dos últimos”. Cf. *Ibid.*, p. 591.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 590.

<sup>43</sup> ARRETCHE, Marta T. S. Op. cit., p. 85.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 87.

Tendo em vista tal cenário político-institucional de predileção à atuação do setor privado, é relevante indicar certa consideração crítica acerca do papel do mercado na regulação de serviços públicos, porque “O mercado é o mecanismo de alocação eficiente de recursos por excelência, mas mesmo nesta tarefa sua ação deixa muitas vezes a desejar, dada não apenas a formação de monopólios, mas principalmente a existência de economias externas que escapam ao mecanismo dos preços”<sup>46</sup>.

Em convergência a esse ponto, Coutinho esclarece que tanto governos, como o mercado podem errar na condução de projetos redistributivos com o escopo de universalização, e ao discorrer sobre a temática, explica a possibilidade do capital privado, por meio de aplicação de distintas estratégias, se revelar incoercível para cumprir a tarefa redistributiva quando for obrigado a realizar custos cujos déficits se justificam<sup>47</sup>. Especificamente, no que tange aos direitos sociais, o modelo lhes sugerido também se amolda às formas de intervenção do Estado na economia, de maneira que não existe um modelo jurídico de políticas sociais diverso daquele para políticas públicas econômicas<sup>48</sup>.

Dessa forma, afirma-se que “com relação às políticas públicas redistributivas eventualmente levadas a cabo por intermédio da regulação, é essencial que não resultem regressivas (concentradoras) ou excessivamente custosas – fato que as transformaria em um paradoxo de fato”<sup>49</sup>. Ademais, Coutinho, de modo crítico, expressa nestes termos “Políticas públicas redistributivas reconhecidamente importantes para uma sociedade serão sempre desafiadoras do ponto de vista da aplicação de recursos públicos, e sempre haverá quem as considere ineficientes ou ‘caras demais’”<sup>50</sup>. Mas é válido pontuar que “apesar das alterações qualitativas dessa presença estatal, que foram realizadas em diversas ocasiões, a pretextos variados, ao longo desse período, o fato essencial é a indispensabilidade da presença do Estado, seja, como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico”<sup>51</sup>.

Outrossim, o novo desenho institucional brasileiro relacionado às agências reguladoras redimensionou as relações entre instituições e destas com a coletividade já existentes, com isso, afirma-se que a “formulação de políticas setoriais, antes restrita aos gabinetes ministeriais (...), e ao jogo de barganhas políticas com o Congresso, passou a adotar critérios técnicos e uma

---

<sup>46</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Op. cit., p. 51.

<sup>47</sup> COUTINHO, Diogo R. Regulação de Serviços Públicos e Justiça Distributiva: o desafio de universalização. *Revista de Estudos Universitários*, Sorocaba, v. 34, p. x-y, 2008, p. 92.

<sup>48</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

<sup>49</sup> COUTINHO, Diogo R. Op. cit., p. 93.

<sup>50</sup> Ibid., p. 93.

<sup>51</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., p. 5.

forma “negociada”, segundo procedimentos juridicamente institucionalizados, com o público afetado pelas normas editadas pelas agências”<sup>52</sup>. Nesse lado, é pertinente apontar que a regulação é um tema amplo, abrangendo diversas dimensões de análise. Embora a regulação não se esgote nas funções de comando-controle, em geral, operadas pelo Estado, definir o papel desempenhado pelos órgãos reguladores no espaço regulatório é de suma importância<sup>53</sup>.

No mesmo campo, “as instituições reguladoras estão sujeitas a sistemas de responsabilização e competências, os quais impactam, necessariamente, a forma como um determinado recurso ou serviço é regulado”<sup>54</sup>. Mas sobre a questão institucional de competências, foi pela Lei das Águas, Lei nº 9.433/1997 que se instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos no Brasil, o CNRH (Conselho Nacional de Recursos Hídricos) é o órgão responsável por formular a política nacional de recursos hídricos, ao passo que a ANA seria órgão implementador<sup>55</sup>. Embora a Lei de Águas e, em seguida, a lei de instituição da ANA tenham conferido competência para regulação setorial a esses dois órgãos, não houve balizamento normativo acerca dos perímetros de atuação de ambos<sup>56</sup>. Para ilustrar a cronologia do cenário institucional, tem-se a seguinte figura:

---

<sup>52</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador no Brasil. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, v. 96, 2006, p. 126.

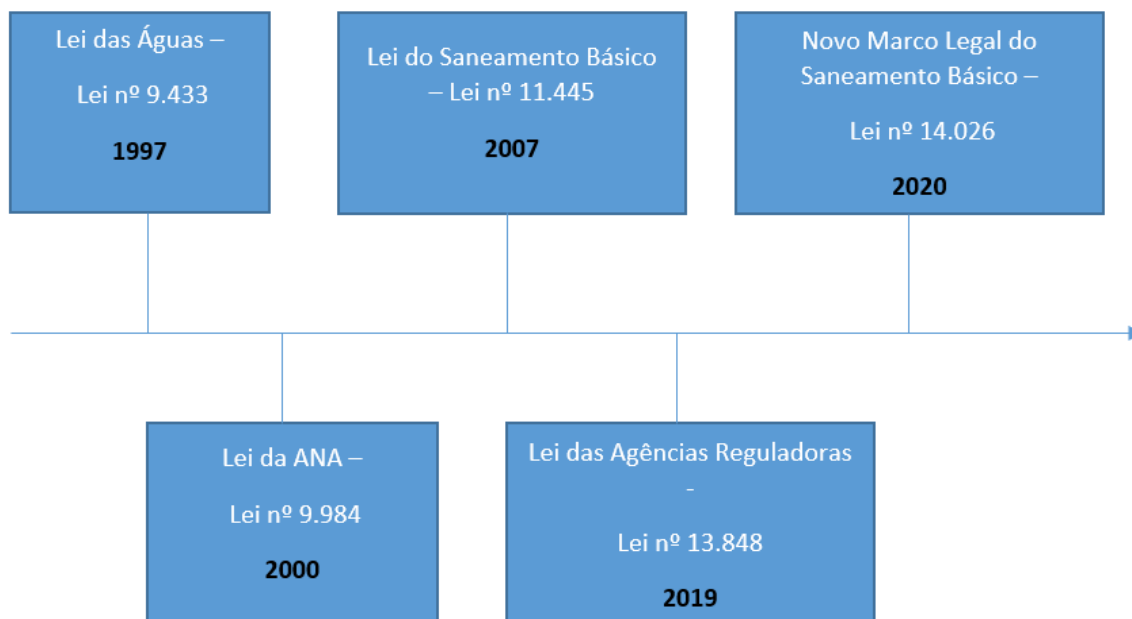
<sup>53</sup> PAVÃO, Bianca Borges Medeiros; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; VIGAR, Thauany do Nascimento. Regulação das águas: uma análise empírica da produção normativa dos órgãos reguladores federais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 1. p.319-341, 2021, p. 321.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 330.

Figura 1 - Linha do tempo dos marcos regulatórios setoriais e da ANA



Fonte: Autoria própria, 2022.

Por meio do mais recente marco legal do saneamento básico de 2020, novas competências foram atribuídas à ANA de modo que esta agência concentraria maior responsabilidade para edição de normas de referência. Todo esse panorama envolve o conceito de fragmentação regulatória, esta que é capaz de “derivar de leis diversas ou de uma única lei que rege um determinado espaço regulatório. Em ambos os casos, competências regulatórias são atribuídas a mais de uma organização por critérios variados, como matéria regulada, poder político etc”<sup>57</sup>.

Por outro aspecto, a fragmentação regulatória é percebida como problemática sobretudo quando há duplicidade de competências exercidas pelos agentes regulatórios. Isto ocorre quando dois ou mais órgãos da Administração exercem competências semelhantes ou que guardam relação entre si<sup>58</sup>. E sobre os desdobramentos possíveis, tem-se que:

Diversas são as implicações de tal duplicidade. Sobre suas consequências negativas, a literatura enfatiza os excessivos custos governamentais para coordenar ações de duas ou mais agências, inconsistência, inefetividade e ineficiência, bem como inércia regulatória. Entre os supostos benefícios da duplicidade estão a prevenção do risco de captura das agências, competição construtiva entre agências, seguro contra falhas regulatórias da agência concorrente, inovação regulatória, redução dos custos de monitoramento e controle e fortalecimento das demandas de grupos minoritários.

<sup>57</sup> PAVÃO, Bianca Borges Medeiros; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; VIGAR, Thauany do Nascimento. Op. cit., p. 323.

<sup>58</sup> Ibid., p. 324.



Tanto argumentos contrários quanto os favoráveis à duplicidade regulatória baseiam-se em modelos teóricos que demandam confirmação empírica<sup>59</sup>.

No que tange à duplicidade regulatória, subsistem estratégias dispostas ao Estado para enfrentar tal imbróglio, na esfera do Poder Legislativo, por exemplo, a superação das maléficas implicações pode acontecer com a revisão e estabilização da legislação que confere competências regulatórias<sup>60</sup>. Dessa maneira, o novo marco legal do saneamento básico de iniciativa do Governo Federal e aprovado pelo Congresso Nacional representou um mecanismo de atenuar a multiplicidade de regulamentações, demonstrou-se uma deferência institucional à atuação da ANA para padronizar as normas regulatórias.

Nesse sentido, a intenção do legislador de se revelar mais deferente à atuação institucional da ANA em conjunto com a já descrita oposição à variabilidade de regras regulatórias de distintas agências infranacionais pôde ter representado uma guinada para afastar a denominada fragmentação regulatória, isto em um contexto de complexidade de arranjo institucional, pois “o espaço regulatório da Política Nacional de Recursos Hídricos é compartilhado por organizações estatais (e.g. ANA), mas também por órgãos multisetoriais sem personalidade jurídica (e.g. conselhos de políticas públicas e comitês de bacias)”<sup>61</sup>.

Sob outra perspectiva, com os objetivos colocados pelo novo marco legal do saneamento básico, tem-se que “uma política pública ao iniciar uma trajetória de mudança pode sofrer a obstrução dos arranjos institucionais existentes”<sup>62</sup>, sobretudo no Brasil onde o marco regulatório daquele setor acaba por vezes sofrendo pressão de outros agentes estatais, como é o caso dos Municípios e Estados. Para elucidar esse ambiente de tensão institucional, o quadro a seguir expõe as divergências a respeito de importantes pontos regulatórios na edição da Lei do Saneamento - Lei nº 11.445/2007:

---

<sup>59</sup> PAVÃO, Bianca Borges Medeiros; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; VIGAR, Thauany do Nascimento. Op. cit., p. 323.

<sup>60</sup> Ibid., p. 325.

<sup>61</sup> Ibid., p. 324.

<sup>62</sup> SOUSA, Ana Cristina Augusto; COSTA, Nilson do Rosário. Op. cit., p. 588.

Quadro 1  
Principais pontos de dissenso entre os municipalistas e os estadualistas na tramitação da Lei do Saneamento de 2007

ITENS DE DISSENSO	AGENDA ESTADUALISTA	AGENDA MUNICIPALISTA
Titularidade	Estadual nas regiões metropolitanas	Municipal
Abrangência dos serviços	Água e esgoto	Água, esgoto, drenagem urbana e resíduos sólidos
Sisnasa	Contrário	Favorável
Financiamento da universalização	Subsídios cruzados	Fundos federativos
Órgãos colegiados de controle social	Facultativos e estritamente consultivos	Obrigatórios e fortalecidos em todos os níveis da federação

Fonte: COSTA; SOUSA, 2013, p. 595.

Pelo art. 3º, I, da Lei nº 11.445/2007, a noção expansiva dos serviços de saneamento assumida pelos municipalistas foi mantida<sup>63</sup>. Todavia, é necessário salientar que, embora inicialmente tenha se configurado como uma matéria de divergência entre grupos municipalistas e estadualistas, a percepção expandida de saneamento não afetava o *status quo* solidificado das empresas estaduais<sup>64</sup>.

Nesse lado, como já explicitado, a Lei nº 14.026/2020 buscou ressignificar a forma como são prestados os serviços de saneamento básico, permitindo maior atuação da iniciativa privada, ainda que “a arena decisória dividida entre interesses estadualistas e municipalistas tem dificultado o consenso sobre pontos cruciais para a expansão do setor”<sup>65</sup>. Dessa forma, “o exercício generalizado do veto político pelos dois principais grupos de interesse mantém a incerteza decisória por décadas, afetando negativamente os mecanismos de governança e o financiamento setorial”<sup>66</sup>.

Além desse panorama institucional estruturado pelos distintos marcos normativos, tem sido discutida a natureza jurídica do saneamento básico propriamente dito, ou seja, se se trata de um direito constitucional social, e a título de exemplo, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Congresso Nacional aprovou, por unanimidade, a Proposta de Emenda à Constituição

<sup>63</sup> SOUSA, Ana Cristina Augusto; COSTA, Nilson do Rosário. Op. cit., p. 595.

<sup>64</sup> Ibid., p. 595.

<sup>65</sup> Ibid., p. 588.

<sup>66</sup> Ibid., p. 588.

(PEC) 2/2016, que modifica o art. 6º da Carta de 1988 para tornar aquele serviço um direito social fundamental<sup>67</sup>.

Esta provável mudança de entendimento pelo legislador demonstra a relevância do tema para a sociedade brasileira, sem deixar de pontuar que isto se conecta profundamente com o desenvolvimento e manutenção de políticas públicas na área, uma relação com o Direito em si passou a ser mais estreita. Nesse contexto, a literatura especializada destaca que “a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”<sup>68</sup>.

Em outro âmbito, acerca das manifestações jurídicas de políticas públicas, “estas podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo”<sup>69</sup>. Dessa forma, a política pública pode ser entendida como um programa de ação governamental, e representaria uma reunião de medidas coordenadas cuja finalidade é conferir impulsão ao aparato estatal com vistas à realização de objetivos de ordem pública, ou na percepção jurídica, cristalizar um direito<sup>70</sup>. Por outro lado, é imprescindível que uma política pública disponha sobre os meios de concretização dos objetivos estipulados, indicando metas ou resultados<sup>71</sup>.

Dessa forma, o novo marco legal do saneamento básico - Lei nº 14.026/2020 estabeleceu uma mudança no art. 11-B da Lei nº 11.445/2007<sup>72</sup> que pode ser percebida sim no âmbito das políticas públicas tendo em vista a meta de universalização da cobertura dos serviços e a forma de atingir tal propósito, vide fortalecimento das competências regulatórias para a ANA. Dentre essas atribuições estão a definição de normas de referência de modo a uniformizar procedimentos, e a regulação para tarifas dos serviços públicos de saneamento básico; padronizar contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico, e atenuar de

---

<sup>67</sup> BRASIL. Senado Federal. **CCJ aprova saneamento básico como direito social na Constituição**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/06/ccj-aprova-saneamento-basico-como-direito-social-na-constituicao#:~:text=%E2%80%94%20direito%20social%20ao%20saneamento,ao%20meio%20ambiente%20ecologicamente%20equilibrado>. Acesso em: 10 out. 2022.

<sup>68</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., p. 3.

<sup>69</sup> Ibid., p. 11.

<sup>70</sup> Ibid., p. 14.

<sup>71</sup> Ibid., p. 11.

<sup>72</sup> Art. 11-B da Lei nº 11.445/2007: “Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)”.

forma progressiva e controle da perda de água<sup>73</sup>, indicando-se, portanto, uma deferência institucional à agência.

Uma consideração importante a ser feita é a questão dos diálogos institucionais como forma de potencialização de sucesso para políticas públicas, e pelo Panorama do Saneamento Básico no Brasil de 2021 elaborado pela Secretaria Nacional de Saneamento vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional, é ressaltado que a regulação deve estar em contínua evolução, abrangendo a fixação de metas e edição de regras regulatórias de âmbito local e regional, supervisão, monitoramento, fiscalização, inspeção, bem como a geração de incentivo à adesão, à regulação e, se necessário, à aplicação de penalidades<sup>74</sup>.

Por fim, mais notório é o reconhecimento, por aquele órgão da máquina governamental, da importância de atuação das agências reguladoras, pois estas instituições seriam basilares para conferir segurança setorial, viabilizando investimentos inéditos inclusive pela iniciativa privada, todavia isso só seria possível se atuarem de plena autonomia e independência<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS)**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snis>. Acesso em: 10 out. 2022, p. 209.

<sup>74</sup> Ibid., p. 208.

<sup>75</sup> Ibid., p. 208.

## CAPÍTULO 2 - AS CARACTERÍSTICAS DA DEFERÊNCIA INSTITUCIONAL

### 2.1. O paradigma do poder normativo da agência reguladora e a harmonização com o princípio da separação dos poderes à luz do novo marco legal do saneamento básico – Lei nº 14.026/2020

As agências reguladoras são consideradas autarquias de regime especial, assim, dispõem de particularidades institucionais que as diferem das autarquias comuns, por exemplo, seu regime jurídico atualmente consolidado na Lei nº 13.848/2019 expressa a possibilidade daqueles entes reguladores editarem normas com aspecto de generalidade, bem como indica a autonomia financeira e administrativa<sup>76</sup>. Além disso, em perspectiva analítica dessas instituições, “a maior novidade provavelmente está na instituição das agências reguladoras que vêm assumindo o papel que o Poder Público desempenha nas concessões e permissões de serviços públicos”<sup>77</sup>. Outrossim, sobre a sua natureza reguladora, depreende-se:

São autarquias que recebem por lei tal qualificação, quando de sua criação como órgãos administrativamente autônomos destinados a administrar certos setores econômicos e sociais em que são desenvolvidas atividades privadas de interesse público, como, entre outras, a dos serviços públicos de natureza econômica, exercidos por delegação (concessões e permissões e institutos afins), a das atividades, profissionais ou empresariais, que estejam legalmente submetidas a um regime especial de controle destinado a salvaguardar valores específicos, como ocorre com a moeda e o crédito, a vigilância sanitária, o regime do petróleo, o regime hídrico e de saneamento, os transportes públicos em geral e tantos outros, em listagem em expansão, na medida em que atividades privadas, em áreas econômicas ou sociais constitucionalmente definidas como de relevância coletiva se submetam a um específico ordenamento público regulador<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Mais especificamente, tem-se que as agências reguladoras “(...) foram sendo criadas como autarquias de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial, de início, era definido nas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, n.p.

<sup>77</sup> *Ibid.*, n.p. Ademais, sobre as atribuições das agências reguladoras, “no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatório, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização”. Cf. *Ibid.*, n.p.

<sup>78</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, n.p.

Tendo em vista a ascensão de um Estado regulador composto por aquelas agências, seria válido admitir que o distanciamento do Estado ou de suas pessoas descentralizadas do domínio de certos serviços públicos, agora transferidos para o setor privado, teria mesmo que acarretar o desenvolvimento de estruturas estatais de controle dos novos executantes dos serviços<sup>79</sup>. Cumpre asseverar também que, “anteriormente, o controle era basicamente interno, porquanto executado dentro da própria Administração, mesmo que por estruturas administrativas diversas (como é o caso da relação entre a Administração Direta e as pessoas da Administração Indireta)”<sup>80</sup>.

Mas para se ter a contextualização do seu poder normativo no âmbito nacional, cumpre explicar antes de tudo o conceito de agência, oriundo do direito norte-americano, com maior amplitude, incluindo qualquer autoridade do Governo dos EUA, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, excluindo o Congresso e os Tribunais”, conforme dispõe a Lei de Procedimento Administrativo<sup>81</sup>. Dessa maneira, nos Estados Unidos, tratar de Administração Pública constitui falar nas agências, afastando a própria Presidência da República, no Brasil, de forma diversa, o Chefe do Poder Executivo faz parte da Administração, conservando no seu ápice, conduzindo e guiando o seu funcionamento<sup>82</sup>.

No que diz respeito ao paradigma institucional, há vários tipos de agências nos EUA, a classificação principal avaliava duas espécies: as agências reguladoras e as não reguladoras, de acordo com a existência ou não de poderes normativos delegados pelo Congresso, para editar normas que afetassem os direitos, as liberdades<sup>83</sup>. Nesse sentido, “as agências norte-americanas exercem funções quase legislativas, porque editam normas; e funções quase judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los”<sup>84</sup>.

Por meio da literatura acadêmica especializada, tem-se percebido que a função quase legiferante vem sendo consideravelmente questionada, sobretudo devido à noção de indelegabilidade de poder, originária do princípio da separação de poderes, bastante estrito nos EUA; evitando que se delegue a função de legislar a órgãos de outros Poderes<sup>85</sup>.

Em outras palavras, “de acordo com o sistema clássico da separação de Poderes, não pode o legislador, fora dos casos expressos na Constituição, delegar integralmente seu poder

---

<sup>79</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2007, p. 5.

<sup>80</sup> Ibid., p. 5.

<sup>81</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., n.p.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Ibid.

legiferante aos órgãos administrativos”<sup>86</sup>. A base para essa delegação seria a inaptidão em regular certos assuntos de alta complexidade técnica, o Poder Legislativo, assim, delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função regulatória, recorrendo-se aos especialistas que podem melhor tratar daquelas matérias<sup>87</sup>.

Contudo, uma das maiores bases do sistema regulatório americano, qual seja a função normativa exercida pelas agências, indica que estas têm forte especialização nas maneiras de atuação e dispõem de neutralidade sobre questões políticas, deveriam ficar longe das influências políticas<sup>88</sup>. Em outro lado, diante do ambiente de dúvida e desconfiança frente ao poder normativo e, em paralelo, para conferir legitimidade à função normativa, foi criado um procedimento para tomada de decisões pelas agências, até mesmo para a edição de regulamentos. Após pluralidade de procedimentos, houve uma uniformização pela Lei de Procedimento Administrativo de 1946<sup>89</sup>.

Nesse pilar contextual, “não se pode afirmar que os poderes reconhecidos às agências tenham sempre a mesma natureza e extensão”<sup>90</sup>. Outrossim, como já apontado, as agências possuem a marca da tecnicidade como um dos pilares de sustentação de sua atuação na regulação de serviços públicos e das atividades econômicas, mas esse esquema funcional ainda não é percebido de maneira unânime, vez que “seus poderes vêm sendo grandemente limitados, especialmente no que diz respeito a sua função reguladora, devido à disputa entre Legislativo e Presidência da República em exercer controle sobre as mesmas”<sup>91</sup>.

Relacionando ao contexto do novo marco legal do saneamento básico, houve uma readequação regulatória de modo que a ANA passou a concentrar as principais competências normativas para edição de normas gerais sobre como o saneamento básico e abastecimento de água devem ser prestados. Desse modo, confluíam regulações advindas de agências estaduais e municipais com as editadas pela ANA, mas o Congresso Nacional por meio da Lei nº 14.026/2020 revelou uma postura de deferência institucional à atuação da agência federal.

Por dentro da conjuntura atual de plurinormatividade regulatória de distintos entes reguladores, “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

---

<sup>86</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 63.

<sup>87</sup> Ibid., p. 63.

<sup>88</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., n.p.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> Ibid.

ente detentor da titularidade desses serviços”<sup>92</sup>. Desse modo, “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”<sup>93</sup>.

Além disso, como será explicado adiante em maior minúcias, ainda que o poder normativo seja atribuição típica do Poder Legislativo, não subsiste monopólio no seu exercício; da mesma forma com o Executivo, este não exerce a função administrativa de forma exclusiva, e o Judiciário também não exerce a função judicial com exclusividade<sup>94</sup>. Nesse mesmo lado, seria indispensável entender que o poder normativo do Poder Executivo exprime grande relevância, tanto na definição de suas disposições, como na completção de significado e matéria exigido, por ventura, na lei<sup>95</sup>. Isto porque, “(...) a normatividade nem sempre se exaure no ato emanado pelo Poder Legislativo”<sup>96</sup>.

Aliás, o poder normativo das agências reguladoras tem limites bem colocados, e a sua amplitude se conforma com a lei, não podendo contrariar ou inovar totalmente a legislação adequada, do mesmo modo, deve cumprir as competências situadas em seus atos constitutivos<sup>97</sup>. Com isso, seria viável que a entidade com a incumbência pela regulação, exteriorizando o seu poder normativo, ordenasse acerca de matérias e editasse regras jurídicas que adotassem métodos, regras, bem como acepções técnico-científicas próprias dos setores regulados<sup>98</sup>.

No plano das agências reguladoras de saneamento básico, os regulamentos normativos emitidos devem observância aos perímetros legais estabelecidos no art. 23 da Lei nº 11.445/2007, esta legislação que demarca o teor material da delegação da função regulatória<sup>99</sup>. Além disto, com a atualização do marco regulatório, tem-se que:

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<sup>100</sup>.

---

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Regulação do saneamento básico: do poder normativo à norma de referência. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 83, 21 jul. 2022, p. 83.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 86.



Nesse sentido, tendo em vista a Lei nº 11.445/2007, a questão principal de editar normas regulatórias no saneamento concerne à otimização da regulação setorial, isto com um foco para a realidade local, e isto seria uma atribuição das agências reguladoras estaduais e municipais, analisando as experiências regionais<sup>101</sup>.

Mas esse esquema regulatório foi objeto de contestações, apesar de antes ser percebido como muito certo devido à competência constitucional do Município para matérias de saneamento básico<sup>102</sup>. Nesse âmbito, ter-se-ia “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”<sup>103</sup>, bem como “diferentes estágios de maturidade institucional e normativa dos reguladores infranacionais, criando assimetrias de tratamento e níveis de exigências diversos para serviços idênticos”<sup>104</sup>.

Por fim, existiria estorvo ao cumprimento das regras pelos prestadores que operam controlados por várias agências reguladoras infranacionais, causando disfunções nos casos em que aqueles com escopo regional ou nacional estão sujeitos a normas heterogêneas para assuntos semelhantes<sup>105</sup>. A própria proposição originária, mediante Projeto de Lei 4162/2019 que depois se concretizou na Lei nº 14.026/2020, é cristalina ao prezar prioritariamente pela segurança jurídica e harmonização regulatória no setor ao exprimir que:

O Projeto de Lei proposto atribui à Agência Natural de Águas (ANA) a competência de elaborar normas nacionais de referência regulatória para o setor de saneamento básico, que servirão como balizadores das melhores práticas para os normativos dos diferentes reguladores de saneamento básico do País. Espera-se assim uma elevação na qualidade das normas regulatórias para o setor de saneamento básico e uma maior uniformização regulatória em todo território nacional (...)<sup>106</sup>.

E com a remodelação do arranjo institucional pelo marco legal do saneamento básico, sobre o poder normativo e comportamento dos reguladores infranacionais, a maneira refletida para se ter maior racionalidade e unificação das regras teria se dado com o ousado conceito de diretrizes nacionais, proferidas via normas de referência, em delegação à ANA<sup>107</sup>. Aliás,

---

<sup>101</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 86.

<sup>102</sup> Ibid., p. 86.

<sup>103</sup> Ibid., p. 86.

<sup>104</sup> Ibid., p. 86.

<sup>105</sup> Ibid., p. 86.

<sup>106</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4162 de 02/08/2019**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., 86.

“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”<sup>108</sup>. Nesse sentido, é válido destacar que a novo marco regulatório do saneamento, Lei nº 14.026/2020, conferiu enfoque a tais normatizações, assim:

Art. 3º A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 1º Esta Lei cria a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, e estabelece regras para sua atuação, sua estrutura administrativa e suas fontes de recursos’<sup>109</sup>.

Com a entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, o poder normativo para elaborar as normas de referência apresentaria limites materiais e o conteúdo deveria ser atribuído apenas às hipóteses taxativas legalmente previstas<sup>110</sup>. Ademais, “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”<sup>111</sup>. No que tange aos assuntos que a ANA poderá emitir normas de referência, a lei dispõe o seguinte:

Art. 3º A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘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.

§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:

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, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico;

III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades;

IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos;

V - critérios para a contabilidade regulatória;

<sup>108</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., 86.

<sup>109</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 14.026 de 15/07/2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm). Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 87.

<sup>111</sup> Ibid., p. 87.

- 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, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 ;
- IX - reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública;
- 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 (...)<sup>112</sup>.

Com a taxatividade, almejou-se colocar óbices objetivos ao poder normativo da ANA atinente às normas de referência, sobretudo para não haver intrusão no poder normativo residual dos reguladores infranacionais, vide titularidade municipal e o art. 23 da Lei nº 11.445/2007<sup>113</sup>. Além dessa questão de reserva de competência normativa, tem-se à luz do art. 4º-A, §2º da Lei nº 9.984/2000 incluído pela Lei nº 14.026, de 2020, que haverá progressividade na elaboração das normas de referência por parte da ANA<sup>114</sup>. Em outra perspectiva, entende-se que:

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<sup>115</sup>.

E numa compreensão aprofundada, a terminologia jurídica empregada para o instituto da norma de referência traduziria ineditismo que necessitaria ser melhor assimilado e captado pelo direito regulatório nacional<sup>116</sup>. Nesse sentido, um ambiente de regulação permeado por

<sup>112</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados. **Lei nº 14.026 de 15/07/2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm)

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Regulação do saneamento básico: do poder normativo à norma de referência. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 88, 21 jul. 2022. Universidade de São Paulo, Agência USP de Gestão da Informação Acadêmica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p82-98>.

<sup>114</sup> Assim, “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. § 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)”. BRASIL, Câmara dos Deputados. **Lei nº 9.984 de 17/07/2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm). Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>115</sup> MARRARA, Thiago *apud* OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., 89.

<sup>116</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 89.

diálogos institucionais entre as distintas agências reguladoras estaduais, municipais com a ANA provavelmente será o caminho para a estabilidade e segurança jurídica, reduzindo-se eventuais conflitos derivados do plural poder normativo.

Na mesma temática das normas gerais de referência, não teriam sido identificados padrões no ordenamento legal pátrio de normas pronunciadas por uma agência reguladora que caberiam como espécie de “recomendações” a outras entidades regulatórias<sup>117</sup>. Aquelas não seriam normas, tão somente representariam proposições de vindouras normatizações<sup>118</sup>. Outrossim, “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”<sup>119</sup>.

Tendo em vista um cenário regulatório com atuação convergente de agências reguladoras, “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”<sup>120</sup>. Isso teria como justificativa que o serviço público precisaria ser proporcionado, de antemão, pelos entes municipais e pelas regiões metropolitanas em conformidade com o regime instituído<sup>121</sup>.

Ainda nessa conjuntura sobre as normas de referência, estas seriam compreendidas por uma delimitação material e liberdade para adesão às normas de referência<sup>122</sup>. A primeira significaria que “as normas de referências são orientações e esforços de padronização”<sup>123</sup>. Necessitariam ser percebidas como diretrizes gerais e nacionais com matéria balizada na lei e que não interferem no âmbito de regulação local e específica sobre saneamento básico urbano, que continuaria à disposição dos reguladores estaduais e municipais<sup>124</sup>. A segunda expressaria o sentido de que inexistiria obrigação legal e caráter compulsório para observância daquelas normas<sup>125</sup>. A União teria um empenho desejável de uniformização regulatória aos optantes por seguir as normas de referência, e isso teria relação com o estímulo econômico de acesso a recursos federais, na forma do art. 50, III e §8º, da Lei nº 11.445/2007<sup>126</sup>.

Embora tivessem relutâncias, o paradigma de normas de referência como diretrizes gerais teria seu firmamento em conceito do direito internacional público que, mesmo ignorado

---

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 89.

<sup>118</sup> Ibid., p. 89.

<sup>119</sup> Ibid., p. 89.

<sup>120</sup> Ibid., p. 90.

<sup>121</sup> Ibid., p. 90.

<sup>122</sup> Ibid., p. 90.

<sup>123</sup> Ibid., p. 90.

<sup>124</sup> Ibid., p. 90.

<sup>125</sup> Ibid., p. 90.

<sup>126</sup> Ibid., p. 90.

no direito regulatório, seria muito aplicado na seara internacional, o instituto do soft law<sup>127</sup>. Nesse tópico, “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”<sup>128</sup>. Pode-se elucubrar que a não existência de compulsoriedade implicaria fracasso do arranjo institucional proposto, todavia, subsistiriam outras condicionantes e mecanismos de imposição, os quais possivelmente emprestariam força para seu acatamento<sup>129</sup>.

Desse modo, sobre a questão da força normativa das normas de referência, tem-se que:

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<sup>130</sup>.

Assim sendo, a ANA ao exercer seu poder normativo teria de ser vigilante e cautelosa quanto às limitações regulatórias - as que dizem respeito ao rol taxativo de matérias – disciplinadas pela Lei nº 14.026/2020, do contrário simbolizaria intromissão ilegal nas atribuições de outros reguladores infranacionais. E aquela agência também teria que elaborar normas de referência alicerçadas nas mais adequadas práticas do setor regulado. Portanto, “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)”<sup>131</sup>.

Ainda nesse plano, aquelas normas precisariam se atentar ao seu fim (serviços públicos universais e de excelência), sempre buscando o fim de facilitação das ações e efetividade, sob pena de dar azo a juízos e promover ingerências legislativas oportunistas, transfigurando a norma e afligindo seus efeitos<sup>132</sup>. Por fim, as escolhas administrativas nas normas de referência teriam de ser fundadas de antemão na Análise de Impacto Regulatório (AIR), segundo os

---

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 90.

<sup>128</sup> Ibid., p. 90.

<sup>129</sup> Ibid., p. 90. Ademais, sobre os modos de serem cumpridas as normas de referência, tem-se que “O primeiro deles consiste na transferência de recursos federais. Dispõe o art. 50 da Lei nº 11.445/2007 que a alocação de recursos públicos federais e financiamentos com recursos da União ou, ainda, que sejam geridos ou operados por órgãos e entidades da União devem ser aplicados em conformidade com a Política Federal de Saneamento Básico, bem como devem observar, como novas condicionantes, “[...] as normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA” (art. 50, inciso III)”. “O segundo mecanismo de fomento adotado consiste na possibilidade de transferência da regulação, pelo ente titular, para agências reguladoras situadas em outros estados da Federação. Cf. RIBAS, Lúcia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. A Agência Nacional de Águas e a coordenação federativa no Novo Marco do Saneamento Básico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 281, n. 2, p. 112, ago. 2022.

<sup>130</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 91.

<sup>131</sup> Ibid., p. 91.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 91.

costumes agregados pela Administração Pública Federal sobre a justificação e expertise regulatória normativa<sup>133</sup>.

Questiona-se como esse novo desenho institucional irá impactar as relações entre as distintas agências, pois houve um fortalecimento da função normativa da ANA. Ainda nesse contexto, o poder normativo técnico traduz que essas entidades autárquicas, por meio da delegação, editam regras técnicas gerais de caráter complementar, expondo um amplo poder regulamentar, porque as novas regras criadas ingressam na ordem jurídica como direito inédito<sup>134</sup>. Com a possibilidade de existência de regulações novas, é relevante investigar como se dá a deferência institucional pelo STF, se a Corte Suprema chancela a vontade legislativa, esta que, por sua vez, conferiu respaldo ao aspecto técnico-especialista da agência reguladora em si.

Ainda nessa temática sobre o poder normativo das agências reguladoras, é necessário também investigar a sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, “as duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP, com a referência à expressão órgão regulador contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III”<sup>135</sup>. As outras não têm lastro na Carta de 1988, traduzindo que a lei instituidora da agência concebe a delegação. Assim, o poder normativo exercido não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que o exercido por exemplo, por outras entidades da Administração Indireta<sup>136</sup>.

Em princípio, o Legislativo, ao exercer a delegação, retém para si a competência para regular a base, com base nos critérios políticos e administrativos, atribuindo tão somente a competência para regulação de matéria técnica, em conformidade com as balizas previamente descritas na lei<sup>137</sup>.

Cumprir destacar que existem formas de conceber o poder normativo associado ao Poder Executivo, em especial das agências reguladoras, “eis algumas delas: (1) regulamento decorrente de delegação inominada; (2) regulamento autônomo; (3) deslegalização; (4) regulamento delegado ou autorizado; (5) capacidade normativa de conjuntura; (6) remissões normativas; 8 e até mesmo (7) discricionariedade técnica”<sup>138</sup>. Mas existiriam três mais seguidas em âmbito doutrinário e jurisprudencial<sup>139</sup>.

---

<sup>133</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 92.

<sup>134</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 517.

<sup>135</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., n. p.

<sup>136</sup> Ibid., n. p.

<sup>137</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 63.

<sup>138</sup> GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 141, 30 jun. 2011, p. 134.

<sup>139</sup> Ibid., p. 134.

A primeira delas é a tese da delegação normativa, diante de uma sociedade contemporânea complexa, reconheceu-se, ainda que de forma tácita, mesmo de encontro ao disposto na Carta de 1988, algum arranjo de delegação normativa por parte do Congresso Nacional a órgãos e entidades do Poder Executivo<sup>140</sup>. Assim, “esse movimento parte da ideia de que devem existir normas expedidas pelo Poder Executivo para fazer face à necessidade de suprir, de modo célere e adequado, as lacunas que frustram, por ausência normativa, a consecução de interesses dos cidadãos”<sup>141</sup>.

Além disso, “o argumento utilizado é o de que o instituto revelava-se uma necessidade do Estado Moderno, um expediente atenuador e de cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo, sempre reservada a via do Judiciário para discutir a juridicidade de todo e qualquer ato normativo”<sup>142</sup>. Ainda nesse lado, conceitualmente considerando:

Seria assim o repasse da competência constitucional para a edição de normas jurídicas por meio da desconcentração de competência institucional do Estado (a competência legiferante), isso em virtude da pleora de atribuições assumidas pelo Poder Executivo que reduziu por toda parte a suficiência do Poder Legislativo para reger juridicamente a miríade de aspectos e complexidades das dinâmicas relações sociais<sup>143</sup>.

Nesse sentido, a delegação seria representada por duas espécies: a nominada, que deriva da Constituição de 1988, vide art. 68<sup>144</sup>, e a inominada, que procede de norma aberta ou interpretação sistemática de artigos da Carta constitucional ou do ordenamento infraconstitucional<sup>145</sup>. A questão polêmica que abrange o assunto restringe-se à segunda espécie, a delegação inominada, porque a primeira, como já mencionado, tem disposição constitucional expressa<sup>146</sup>. Desse modo, nesta delegação, sem previsão constitucional expressa, os órgãos e entidades administrativos adquirem, fora as funções executivas de fato, competência

---

<sup>140</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 134.

<sup>141</sup> Ibid., p. 134.

<sup>142</sup> Ibid., p. 134.

<sup>143</sup> Ibid., p. 134.

<sup>144</sup> “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

<sup>145</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 134.

<sup>146</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 136.

normativa para regular, mediante resolução ou instrução normativa, o setor abarcado pelo serviço público assim descentralizado<sup>147</sup>.

Em contraposição à tese da delegação normativa, argumenta-se que “uma das razões para se vedar a delegação advém do fato de que para a teoria da separação dos poderes, em sua concepção tradicional, o poder é exercido em nome do povo e quem age por delegação não pode transferir o que não lhe pertence”<sup>148</sup>. Também se entende que só há delegação quando ao regulamento é possibilitado a total inovação como se fosse lei – o que não ocorreria. Apenas se delega o que se dispõe: a inédita categoria de escolha administrativa nomeada de “regulação” é seria nada mais que editar regras normativas<sup>149</sup>.

Outrossim, seria “preciso observar que, na medida em que a delegação é sempre precária e excepcional, caso o poder normativo das agências derivasse de delegação, poderia, em tese, ser cassado, o que acarretaria extinção das agências - ou frustração de sua natureza jurídica essencial”<sup>150</sup>.

Uma segunda forma de compreender o fenômeno do poder normativo das agências reguladoras é pela tese do regulamento autônomo. Com isso, “o debate acerca das funções normativas detidas pelas entidades reguladoras independentes volta-se, ainda, à competência privativa do chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos”<sup>151</sup>.

Por conseguinte, sobre o papel dos regulamentos autônomos, “tratam-se de atos administrativos normativos, não condicionados à lei ordinária, pelo qual órgãos e entidades do Poder Executivo editam normas com arrimo em suposta reserva regulamentar autônoma, que expressam genuíno poder legislativo governamental”<sup>152</sup>. Afiguram-se, afinal, normas elaboradas com fundamento na competência discricionária do Poder Executivo e designadas a regular esferas não tratadas pela legislação, mas não existiria reserva legal por força da Constituição àquelas áreas<sup>153</sup>.

Como lastro dessa segunda tese, afirma-se que se há a reserva legal como princípio, se existem assuntos que só a lei pode tratá-los, evidente que os exclusivos poderiam ser objeto de regulamentos, e o que estiver incluído no âmbito da reserva legal em sede constitucional,

---

<sup>147</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 136.

<sup>148</sup> CUÉLLAR, Leila. **O poder normativo das agências reguladoras brasileiras**. 2000. 347 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000, p. 165.

<sup>149</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 134.

<sup>150</sup> CUÉLLAR, Leila. Op. cit., p. p. 171.

<sup>151</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 134.

<sup>152</sup> Ibid., p. 138.

<sup>153</sup> Ibid., p. 138.



portanto, não poderá ser tratado por regulamentos<sup>154</sup>. Dessa maneira, não seria afronta ao princípio da legalidade até mesmo a prescrição, por regulamento, de que alguém faça ou deixe de fazer algo, contanto que derive da força da lei. Quando o Executivo edita regulamentos – ou, o Judiciário, regimentos -, não se teria exercício de delegação legislativa<sup>155</sup>.

Em contraponto, critica-se sobre o enquadramento na teoria do regulamento autônomo, pois parece direcionar o assunto para o campo da discricionariedade, isto é, o “cheque em branco” que se escora em bases axiológicas próprias do gestor público, hermético à atuação dos regulados e da sociedade<sup>156</sup>. Além disso, em outra ponderação, a teoria da delegação legislativa inominada e a teoria dos regulamentos autônomos não trariam saídas seguras para o confronto da regulação normativa mediante entes reguladores, dado que não se encaixam na modalidade piramidal, tradicional, de regulamentação secundária<sup>157</sup>.

É válido esclarecer que “no exame quanto à natureza da atividade desempenhada pelas agências reguladoras, alguns especialistas têm feito a distinção entre função regulamentar e função regulatória”<sup>158</sup>. Com isso, “a atividade regulatória não se confunde com a atividade regulamentar, pois enquanto a primeira é conferida no Brasil, por lei, às Agências Reguladoras, a atividade regulamentar é, por força de imperativo constitucional, privativa do Chefe do Poder Executivo”<sup>159</sup>.

Desse modo, as palavras “regular” e “regulamentar” seriam distintas em significado: a primeira indicaria amplitude, em normatização, não há necessidade de integração de outra norma, e a segunda teria o sentido de complementar uma norma de superior hierarquia já existente<sup>160</sup>. Além do mais, seria possível existir função regulatória sem que ocorresse a regulamentadora. Dessa forma, se toda função regulamentadora representa como reguladora, não seria menos verdadeiro nem sempre a função reguladora teria como objetivo regulamentar<sup>161</sup>.

Finalmente, a terceira tese de explicação da natureza jurídica da função normativa exercida pelas agências reguladoras - integradas ao Poder Executivo - denomina-se deslegalização. Assim, “a ideia dessa teoria, portanto, é que a normatização executiva pode ser

---

<sup>154</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 247.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>156</sup> GUERRA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 143.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>158</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 9, fev./mar./abr. 2007, p. 8.

<sup>159</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro *apud* CARVALHO FILHO, p. 8.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 9.

legitimada e conformada ao contexto jurídico-constitucional brasileiro por meio da deslegalização de matérias, a conviver com as regras constitucionais e com a primeira fonte normativa ordinária: a lei”<sup>162</sup>. Na mesma explicação, a deslegalização, ao ser pensada para conciliar a escolha regulatória ao vigente panorama jurídico-constitucional pátrio, não buscaria afastar a lei como base de sustentação de desempenho das entidades administrativas ao regular atividades de interesse público<sup>163</sup>.

Nesse ângulo, aquelas instituições exerceriam regulação outorgada pelo Congresso por meio da deslegalização parcial do assunto, sendo possível estabelecer um regime infralegal, derivado e autônomo para o setor, bem como administrá-lo e dirimir conflitos de interesses em sua atribuição<sup>164</sup>. Esse fenômeno da deslegalização, já percebido em outros ordenamentos jurídicos, expressa que a elaboração de regras gerais de natureza técnica é oportunizada por atos administrativos regulamentares fruto da delegação preceituada no diploma legislativo<sup>165</sup>.

Apesar disso, a questão da deslegalização é ponto de controvérsia entre teóricos do Direito Administrativo pátrio, um lado entende que não existe transferência da função legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas apenas o poder de definir regulações sobre assuntos especializados, que, por serem muito específicos, não poderiam mesmo estar pautados na lei<sup>166</sup>. Outrossim, editar atos normativos mediante deslegalização fariam expor a concretização de escolhas que busquem dirimir o problema a ser resolvido em face da Constituição e valores jurídicos que ali estariam colidindo, determinando-se qual dos valores em choque irá preponderar<sup>167</sup>.

Essa posição sustenta que “nenhuma ofensa estará sendo perpetrada ao princípio da reserva legal contemplado em âmbito constitucional”<sup>168</sup> e seria uma demanda da contemporaneidade, significando algo moderno<sup>169</sup>. Ademais, o fenômeno da deslegalização “torna a legalidade administrativa mais dócil ou adaptável aos propósitos da administração pública, encurtando, assim, os espaços de heterovinculação da legalidade”<sup>170</sup>. E, deslegalizar tem o sentido de não estarem integralmente assentados na lei os mecanismos para o desempenho

---

<sup>162</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 143.

<sup>163</sup> Ibid., p. 144.

<sup>164</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., n. p.

<sup>165</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 517.

<sup>166</sup> Ibid., p. 517.

<sup>167</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 143.

<sup>168</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 517.

<sup>169</sup> Ibid., p. 517.

<sup>170</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 143.

dos agentes do Estado com a incumbência de regular subsistemas sensíveis ao equilíbrio das ambivalências da sociedade<sup>171</sup>. Por fim, em outra perspectiva favorável, tem-se que:

Quanto à teoria da deslegalização, ela representa, a nosso sentir, um avanço na possibilidade de se acompanhar a necessária abertura e o crescimento dos espaços para a atuação do Poder Executivo na busca de soluções para o equilíbrio cíclico dos subsistemas e do exercício legítimo de políticas distributivas, com a redução da escolha discricionária, e inconclusivos debates acerca da impossibilidade ou limitação da sindicância dessas escolhas pelo Poder Judiciário<sup>172</sup>.

Em sentido oposto à deslegalização, fundamenta-se que “a circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos”<sup>173</sup>. Além disso, defende-se que “todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República”<sup>174</sup>.

No mesmo lado, argumenta-se que “não se admite que possa existir, no direito brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o status hierárquico da legislação anterior, permitindo a sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência”<sup>175</sup>. Por conseguinte, também é aduzido, sobre as normas oriundas do poder normativo, que “(...) deverão ser operacionais apenas, regras que, às vezes aparentemente autônomas, prendem-se a disposições legais efetivamente existentes. É o caso, por exemplo, das regras estabelecidas para licitações nos Editais”<sup>176</sup>.

Em outra perspectiva sobre o poder normativo das agências, embora se admita que as agências reguladoras brasileiras tenham competência regulamentar, até para elaborar regulamentos autônomos, destaca-se que a prática do poder regulamentar no direito pátrio nunca seria irrestrita, impelindo limitações ao seu exercício<sup>177</sup>.

Consensualmente analisando, “parece não haver dúvidas quanto à juridicidade de entidades reguladoras exercerem uma função normativa secundária, desde que observadas as normas hierarquicamente superiores, a exemplo de diversas outras autarquias, especiais ou não”<sup>178</sup>.

---

<sup>171</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 142.

<sup>172</sup> Ibid., p. 143.

<sup>173</sup> BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBRASIL**. [s. l], 2005, p. 237.

<sup>174</sup> Ibid., p. 237.

<sup>175</sup> Ibid., p. 237.

<sup>176</sup> SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. **Agências reguladoras: natureza jurídica e poder normativo**. E-book. São Paulo: [s.e], 2015, n. p.

<sup>177</sup> CUÉLLAR, Leila. Op. cit., p. 185.

<sup>178</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 132.

Diante desse cenário, “as normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica”<sup>179</sup>. “É o que no Direito americano se denomina delegação com parâmetros (delegation with standards). Daí poder afirmar-se que a delegação só pode conter a discricionariedade técnica”<sup>180</sup>.

Ainda nesse âmbito, “a deslegalização opera ampliação e flexibilização decisórias, de modo mais extenso do que o fazem as técnicas clássicas congêneres, como a do conceito jurídico indeterminado e a da discricionariedade”<sup>181</sup>, e, ligando-se às amplas possibilidades de gestão, que podem designar um mérito regulatório, não poderá ser revisto pelo Judiciário para efeito de comutar as decisões administrativas, que lhes são singulares, apesar da plena viabilidade de controle de juridicidade sobre a validade delas<sup>182</sup>.

Por outro prisma, cumpre esclarecer que “não se deve confundir agência executiva com agência reguladora independente”<sup>183</sup>. Desse modo, “no Direito brasileiro, Agência Executiva nada mais é que do que uma Autarquia ou Fundação Pública dotada de regime especial graças ao qual ela passa a ter maior autonomia de gestão do que a normalmente atribuída às autarquias e fundações públicas comuns”<sup>184</sup>.

Além disso, as agências executivas “são entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria, criadas por lei com a atribuição de gerenciar e conduzir, de forma especializada e destacada da Administração Central, um programa ou uma missão governamental específica”<sup>185</sup>. De outro lado, “a Agência Reguladora, é uma entidade administrativa autônoma e altamente descentralizada, com estrutura colegiada, sendo os seus membros nomeados para cumprir um mandato fixo do qual eles só podem ser exonerados em caso de falta grave”<sup>186</sup>.

---

<sup>179</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., n. p.

<sup>180</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 63.

<sup>181</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., n. p. Ademais, sobre a deslegalização, esta pode ser compreendida como “um setor confiado por lei a um determinado ente regulador, não apenas para nele realizar as escolhas pontuais tradicionais (as de determinação conceptual e de escolha discricionária), mas, sobretudo, para administrá-lo autonomamente, desempenhando uma vasta gama de decisões – normativas, executivas e parajudiciais – que deverão ser levadas a cabo para o cumprimento da missão legislativa que se enquadra no respectivo marco regulatório”. Ibid., n. p.

<sup>182</sup> Ibid., n. p.

<sup>183</sup> SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. Op. cit., n. p.

<sup>184</sup> Ibid., n. p.

<sup>185</sup> Ibid., n. p.

<sup>186</sup> Ibid., n. p.

Em outro aspecto, a regulação, tal como é percebida modernamente, significa um gênero inafastável de correção a dois procedimentos interligados. Primeiro, cuida-se de um remédio contra as distorções do capitalismo, e em outro lado, seria uma correção à forma de funcionar do Estado capitalista<sup>187</sup>.

Ademais, como já explanado, as agências reguladoras brasileiras foram institucionalizadas com uma inspiração no modelo existente nos Estados Unidos, este, por sua vez, não se amoldaria no padrão proposto por Locke ou Montesquieu<sup>188</sup>. Dessa forma, tendo em vista a questão do exercício do poder normativo daquelas entidades regulatórias, questiona-se como permanece a relação com o princípio da separação dos poderes, considerando o arranjo institucional brasileiro atual.

Primeiramente, “com relação à chamada função “quase executiva” pouco há que se dizer, eis que ela em quase nada se diferencia das atividades administrativas e executivas dos demais órgãos e entidades da administração tradicional”<sup>189</sup>. Ademais, “as agências são, primordialmente, estruturas administrativas inseridas no âmbito do Poder Executivo e com atribuições típicas desse Poder, que são a de executar as leis votadas pelo Legislativo e de conduzir e comandar as atividades governamentais”<sup>190</sup>.

Mas, “é na função propriamente reguladora ou “quase legislativa” que reside o cerne das atribuições das agências independentes americanas”<sup>191</sup>. Nesse âmbito, “o poder normativo das agências consiste em editar normas regulamentares das atividades incluídas no respectivo campo de especialidade, passando tais normas a ter força de lei, tanto para os agentes econômicos envolvidos quanto para os usuários dos respectivos serviços”<sup>192</sup>. Portanto, “tais normas revestem-se de características que as aproximam das leis”<sup>193</sup>.

Em caso de descumprimento, o violador submete-se aos mesmos efeitos jurídicos dispostos para o não respeito às leis aprovadas pelo Legislativo, a título de exemplo, tem-se o pagamento de rigorosas multas<sup>194</sup>. De outra perspectiva, estas normas teriam menor suscetibilidade a ofensivas na via jurisdicional, dado que é costumeiro na jurisprudência norte-americana a outorga de considerável deferência às entidades técnicas<sup>195</sup>.

---

<sup>187</sup> SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. Op. cit., n. p.

<sup>188</sup> Ibid., n. p.

<sup>189</sup> Ibid., n. p.

<sup>190</sup> Ibid., n. p.

<sup>191</sup> Ibid., n. p.

<sup>192</sup> Ibid., n. p.

<sup>193</sup> Ibid., n. p.

<sup>194</sup> Ibid., n. p.

<sup>195</sup> Ibid., n. p.

No Direito brasileiro, sobre o poder normativo das agências reguladoras, entende-se que “não inclui o poder de regulamentar leis e, sobretudo, não pode inovar no ordenamento jurídico ou contrariá-las. Desse modo, essa inovação constituiria legislar, de encontro aos princípios da legalidade (art.5º, III, da CRFB) e da separação dos poderes (art.2º, CRFB)”<sup>196</sup>. E, sobre o poder legiferante e o regulamentar, “o primeiro é primário, porque se origina diretamente da Constituição na escala hierárquica dos atos normativos; o segundo é secundário, porque tem como fonte os atos derivados do poder legiferante”<sup>197</sup>.

Dessa forma, em regra, alega-se que o primeiro causa a lei (ou ato equivalente com outra denominação) e o segundo gera o regulamento, percebido como ato administrativo, constantemente, conferido a denominações distintas (decretos, resoluções, portarias etc)<sup>198</sup>.

A fração do poder estatal confiado, na forma da lei, às agências reguladoras propõe-se à realização dos propósitos e obrigações lhes outorgado. Dessa forma, as normas regulatórias criadas pelas agências, de caráter regulamentar, não podem alterar, descontinuar, afastar ou revogar disposição legal, nem trazer inovações ao ordenamento jurídico. A CRFB/1988, na hierarquia, está no grau mais alto, todas as outras normas devem lhe conformar, como as leis complementares, as leis ordinárias, os decretos e os demais regulamentos e atos normativos. Abrangendo também as instruções, portarias e resoluções<sup>199</sup>.

Nesse contexto, “ainda assim, contudo, é preciso grande esforço interpretativo para identificar se esta ou aquela matéria só poderia ser tratada por lei, ou se, ao contrário, estamparia mera atividade de administração de caráter normativo”<sup>200</sup>. Além do mais, o motivo para essa dificuldade seria entendível: tanto uns quanto outros dispõem de normatividade, ou seja, contêm normas que incidem sobre agentes indeterminados com o caráter de generalidade, impessoalidade e abstração<sup>201</sup>.

Em outra visão sobre o poder normativo das agências reguladoras, “os regulamentos editados podem ser de natureza substantiva, interpretativa e procedimental”<sup>202</sup>. Nesse sentido, a primeira tem significativa potência jurídica por representar a própria delegação da competência normativa do Congresso e devido à deferência institucional pelo Judiciário, é raro este Poder interferir de forma deliberada nesta regulação<sup>203</sup>.

---

<sup>196</sup> SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. Op. cit., n. p.

<sup>197</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 2.

<sup>198</sup> Ibid., p. 2.

<sup>199</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 143.

<sup>200</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 4.

<sup>201</sup> Ibid., p. 4.

<sup>202</sup> SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. Op. cit., n. p.

<sup>203</sup> Ibid., n. p.

Por último lado, “quanto à chamada função “quase judicial”, ela repousa, primeiramente, no fato de que muitas agências reguladoras americanas adotam um procedimento decisório de tipo judicialiforme”<sup>204</sup>. Nesse contexto, sobre as características institucionais, compreende-se que:

(...) Ao invés de certas questões serem decididas pelo método clássico de exame burocrático através de diversos e sucessivos órgãos e agentes hierarquizados de forma mais ou menos lógica, elas são submetidas a um procedimento muito parecido com o que antecede as decisões judiciais, envolvendo audiências públicas, colheitas de depoimentos, intervenção de advogados representantes das partes envolvidas e final decisão por parte de um órgão colegiado<sup>205</sup>.

Diante do exposto sobre o poder normativo e a questão da separação dos poderes, a ideia basilar que orientou o surgimento das agências reguladoras apoia na criação de uma instituição altamente especializada, distante das imposições e oscilações do ambiente político, que interferem, sobretudo, na tomada de decisões de outros órgãos da Administração Federal<sup>206</sup>. Dessa maneira, foi estruturada uma entidade que, mesmo tendo, de alguma forma, uma ligação com a Administração Pública Central, dispõe de significativo nível de autonomia<sup>207</sup>. Mas, embora haja o imperativo do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras, o tema da incumbência da competência normativa daquelas entidades provoca diversas discussões tendo em vista o regime jurídico pátrio e a suposta inadequação ao modelo regulatório<sup>208</sup>.

Nessa conjuntura, “é plausível sustentar que a evolução das escolhas administrativas caminha para uma nova fase nos tempos atuais, que não nega a necessidade de se ampliar a atuação estatal executiva”<sup>209</sup>. Dessa forma, “há necessidade de que o Poder Executivo tenha, em muitas situações, de atuar sem uma conduta totalmente predeterminada por uma regra legal, sempre, porém, balizado por certos limites jurídicos”<sup>210</sup>. Aliás, as leis, em seu significado mais tradicional, não mais dariam conta de acompanhar a velocidade em que são processadas as modificações nos âmbitos social, político e econômico<sup>211</sup>. Além disso, sobre a característica sistemática do complexo de normas existentes, entende-se:

<sup>204</sup> SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. Op. cit., n. p.

<sup>205</sup> Ibid., n. p.

<sup>206</sup> Ibid., n. p.

<sup>207</sup> Ibid., n. p. Ademais, “mesmo nos EUA, onde o Congresso exerce com zelo implacável a atribuição hoje crucial de todo órgão legislativo (a fiscalização e o controle), e em que o sistema de “checks and balances” funciona com razoável eficiência, não são raras as críticas de que as agências, ao invés de atuarem em busca do cumprimento do interesse público, procuram preferencialmente atingir seus próprios interesses e os de lobbies eficazmente incrustados e com atuação concertada, tanto nos comitês do Congresso incumbido de supervisioná-las, quanto no âmbito das atividades privadas que lhes incumbe regulamentar e fiscalizar. Ibid., n. p.

<sup>208</sup> Ibid., n. p.

<sup>209</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 132.

<sup>210</sup> Ibid., p. 132.

<sup>211</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 8.

Ainda que se cogite a existência de diversos graus de vinculação do regulador público às regras legais, parece ser indisputável que, dada a tecnicidade encontrada em ambientes sistêmicos (aviação civil, telecomunicações, sistema financeiro, etc.), passa a ser missão do ente regulador encontrar, na autorreferência do sistema, uma solução de concordância prática entre as normas legais, em tese aplicáveis, e os efeitos prospectivos visando o equilíbrio e a sobrevivência do sistema<sup>212</sup>.

Por isso, “ao invés de simplesmente negar a atribuição de poderes normativos às agências reguladoras, o que acabaria por lhes retirar a própria essência, deve-se buscar os instrumentos legitimadores que expliquem a natureza jurídica desta função”<sup>213</sup>. Além disso, para que executem sua função regulatória, seria imperativo que as agências tivessem certo grau de independência - e esta não seria absoluta - em face aos Poderes basilares estatais, sobretudo o Executivo, que é o maior administrador dos interesses e das demandas da coletividade<sup>214</sup>.

Assim sendo, a legitimação da função normativa das agências reguladoras teria como origem os próprios objetivos a que se propõem, atuar de forma independente e imparcial e especializada e na maneira como arranjadas institucionalmente, de acordo com a lei ratificada pelo Congresso<sup>215</sup>.

Para mais, a polêmica da função normativa das agências reguladoras diria respeito a discussões aprofundadas, incluindo seu ajuste ao sistema tripartite oitocentista, inserto no princípio da separação e do equilíbrio entre os Poderes, impondo, logo, uma revisão da hierarquia normativa<sup>216</sup>. E, “sobre a atividade regulatória é justo reconhecer que o sistema, nos moldes como foi introduzido, em decorrência da reforma administrativa do Estado, não se situa dentro dos padrões clássicos de atuação de órgãos administrativos no exercício de poder normativo”<sup>217</sup>.

Contudo não teria acontecido nenhuma revolução na estrutura tradicional, porém, ao contrário, estamparia simples implicação fruto de uma evolução natural no processo atribuído ao ente estatal de administração dos interesses coletivos<sup>218</sup>. Aliás, não se poderia contestar que os fenômenos do mundo moderno, tais como a globalização, os avanços tecnológicos e a complexidade dos recentes serviços públicos, não poderiam mesmo ser tratados com as antigas e anacrônicas providências estatais<sup>219</sup>.

---

<sup>212</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 133.

<sup>213</sup> SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. Op. cit., n. p.

<sup>214</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 8.

<sup>215</sup> CUÉLLAR, Leila. Op. cit., p. 202.

<sup>216</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 144.

<sup>217</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 7.

<sup>218</sup> Ibid., p. 7.

<sup>219</sup> Ibid., p. 7.



Portanto, a situação na sociedade atual requer a atuação estatal através de escolhas administrativas que, além da supremacia do interesse público, de fato avaliem interesses, custos e benefícios à luz de questões técnicas, analisando os possíveis riscos ao meio social de acordo com a realidade<sup>220</sup>.

## **2.2 Os diálogos institucionais como meios para desenvolvimento da qualidade regulatória**

A aprovação do novo marco legal do saneamento básico representou, sobretudo, uma reconfiguração do arranjo institucional. Como se destacou acima, o poder normativo da ANA foi fortalecido no sentido de conferir a almejada uniformidade regulatória. Mas para se ter uma coesão de esforços com vistas à prestação universalizada dos serviços públicos de saneamento básico, seria razoável e necessária a ampliação dos diálogos entre aquela agência reguladora federal e as demais entidades reguladoras estaduais e municipais.

Nessa situação, a ANA dispõe de um papel significativo para a conjunção de esforços institucionais para fazer valer o cumprimento da Política Nacional do Saneamento Básico, atualizada pela Lei nº 14.026/2020. Desse modo, indaga-se como a aprovação desta legislação afetou o complexo panorama federativo pátrio. Em um ente estatal federal, “a competência dos entes federados denota tanto o campo da liberdade de seus titulares quanto os limites para a atuação dos outros membros”<sup>221</sup>. E mais especificamente, tem-se que “a estrutura do federalismo cooperativo impõe desafios inerentes a um sistema estruturado sobre duas colunas fundamentais: a necessidade de coordenação das ações dos entes na busca pelo interesse comum; e a garantia de autonomia de seus membros”<sup>222</sup>.

A título de exemplo, um dos desafios estaria relacionado à temática do controle das transferências interinstitucionais, recursos públicos atribuídos para serem empregados por outros entes federativos, segundo referências e critérios fixados pelo planejamento central<sup>223</sup>. Assim, “um dos traços mais sensíveis desse modelo de federalismo cooperativo está na atribuição de competências comuns a todos os entes federados, vide art. 23 da CRFB/1988 (...)”<sup>224</sup>.

Em outro lado, exatamente por adotar a relevância das políticas de proteção ambiental, incluindo-se o saneamento básico, os constituintes de 1988 entenderam por instituir

---

<sup>220</sup> GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 143.

<sup>221</sup> RIBAS, Lídia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. Op. cit., p. 112.

<sup>222</sup> Ibid., p. 114.

<sup>223</sup> Ibid., p. 114.

<sup>224</sup> Ibid., p. 114.

competência compartilhada para legislar sobre o tema com todos os entes federativos<sup>225</sup>. Em vista disso, “a competência para legislar sobre saneamento básico no Brasil integra uma estrutura constitucional complexa e a promoção da coordenação federativa nesse tema depende de instrumentos legislativos que estabeleçam os campos de atuação de cada esfera de governo”<sup>226</sup>.

Além disso, os artigos 21, XX e 23, IX, da Constituição da República que dispõem explicitamente sobre saneamento seriam inaptas para designar a titularidade do serviço público de saneamento básico<sup>227</sup>. Aliás, “a competência comum não define competência federativa para a prestação de serviços, mas apenas traduz intenções programáticas do constituinte por meio de recomendações dirigidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...)”<sup>228</sup>.

Diante da questão de competências e titularidades para a prestação de serviços públicos de saneamento, a lei dispõe, *in verbis*:

Art. 7º A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum (...)’<sup>229</sup>.

Nas políticas públicas de saneamento, a União atuaria em um papel coordenativo incumbida pela normatização geral. Mas, dependendo do entendimento da extensão do conceito de “normas gerais”, seria crível que houvesse uma centralização de poder na União Federal<sup>230</sup>. Nessa temática sobre a atuação do Poder Executivo Federal, sobretudo pela ANA, com o respectivo poder normativo, “(...) embora as normas gerais sejam um instrumento fundamental de cooperação federativa, é importante que sua utilização não sirva para alijar os entes subnacionais da participação na formulação e implementação das políticas públicas”<sup>231</sup>.

<sup>225</sup> RIBAS, Lúcia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. Op. cit., p. 115.

<sup>226</sup> Ibid., p. 115.

<sup>227</sup> Ibid., p. 116.

<sup>228</sup> Ibid., p. 117.

<sup>229</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 14.026 de 15/07/2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm). Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>230</sup> RIBAS, Lúcia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. Op. cit., p. 121. Ademais, “(...) o papel da União no planejamento da política de saneamento básico ficou mais acentuado com o novo marco do saneamento, que passou a prever a possibilidade de criação, de forma subsidiária aos estados, de blocos de referência para prestação regionalizada desses serviços (art. 52, § 3º, da Lei nº 11.445/2007)”. Ibid., p. 121.

<sup>231</sup> Ibid., p. 121.

Outrossim, a Lei nº 11.445/2007, atualizada pela Lei nº 14.026/2020, da mesma forma procurou confiar maior zelo pela cooperação federativa, quer pela restrição do uso dos mecanismos de gestão associada no setor, quer pelo encargo à ANA para estabelecer normas de referência<sup>232</sup>.

Com isso, apesar de oposições, as normas de referência da ANA estariam contidas, ao lado das leis federais sobre o assunto, na competência da União Federal para estabelecer diretrizes sobre saneamento básico urbano, vide art. 22, XX, CRFB/1988<sup>233</sup>. Além do mais, essas normas também teriam base na competência da União (comum a Estados e Municípios) para impulsionar progresso no saneamento básico da coletividade social, na forma do art. 23, IX, CRFB/1988<sup>234</sup>.

Seria inconteste que a criação de um órgão nacional com o fim de uniformização terá tendência a ajudar não só na efetivação da função legislativa previamente descrita atribuída à União, bem como a edificar um espaço de maior equilíbrio e segurança regulatória<sup>235</sup>. Ter-se-ia um imperativo de estreitamento dos laços entre os entes federativos, em dimensão cooperadora, por meio dos diálogos institucionais, de forma a realizar os objetivos primários expressos no novo marco legal do saneamento básico.

Em vista do esquema regulatório colocado pela Lei nº 14.026/2020, o fortalecimento de diálogos institucionais com lastro democrático será importante caminho para a qualidade regulatória, e afirma-se que “prestigiar as práticas já experimentadas e consolidadas requererá menor cenário de acomodação normativa e com maior eficiência”<sup>236</sup>.

Outrossim, como se depreende do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007 é imperativa a existência de metas com a finalidade de universalização que deverão ser atendidas pelos prestadores, incluindo nesses a iniciativa privada, assim:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de

---

<sup>232</sup> RIBAS, Lídia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. Op. cit., p. 122. Sobre a reconfiguração institucional da ANA, tem-se “A mudança é significativa. Até então, embora se conferisse um grande peso à existência de um poder regulador, elemento de validade para a celebração de contratos de saneamento básico, seu exercício era promovido integralmente pelos municípios (de forma direta ou mediante delegação) e, em determinadas situações, pelos estados e municípios, de modo conjugado, porém sem muita atenção quanto à necessidade, ou não, de sua uniformização para além das fronteiras do(s) ente(s) federado(s) ao(s) qual(is) os serviços se encontravam vinculados. Ibid., p. 123.

<sup>233</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 90.

<sup>234</sup> Ibid., p. 90.

<sup>235</sup> RIBAS, Lídia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. Op. cit., p. 124.

<sup>236</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 94.

perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)<sup>237</sup>.

Para a fiscalização e vigilância do cumprimento daquelas metas, será preciso, provavelmente, ter-se uma firme articulação entre distintas instituições, em uma ação interligada com vistas ao prevalectimento do interesse público. Nesse contexto, o Estado seria um espaço de movimentação de poder político nos quais agrupamentos de anseios se organizam em torno da demarcação do teor material da regulação de mercados<sup>238</sup>. Mais especificamente, entende-se que as agências reguladoras se converteram em uma inédita arena política com a participação de agentes da ‘sociedade civil’ na confecção da norma regulatória<sup>239</sup>. E é em razão desse cenário que vale ter a promoção de mecanismos dialógicos com o fim de preservação das justificações da Lei nº 14.026/2020.

Diante disso, as agências reguladoras, ao elaborarem normas regulatórias para o campo específico de atuação, além de seguir um procedimento internalizado, precisam também ser permeáveis à participação social. Mas também, a criação de um especial regime jurídico objetiva resguardar as agências de interferências impróprias, até mesmo do ente estatal e de seus agentes<sup>240</sup>. Tendo em vista tal conjuntura, buscou-se delimitar uma zona de discricionariade legítima relacionada ao prevalectimento de avaliações técnicas acerca das valorações políticas<sup>241</sup>.

E, percebida a necessidade de blindar essas entidades reguladoras de descabíveis intromissões exteriores, outorgou-se a autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira<sup>242</sup>. Dessa forma, é válido consignar que a atuação autônoma dessas autarquias de regime especial não poderia traduzir um completo distanciamento do setor regulado<sup>243</sup>.

---

<sup>237</sup> BRASIL. **Câmara dos Deputados. Lei nº 11.445 de 05/01/2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm). Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>238</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit., p. 124.

<sup>239</sup> Ibid., p. 126.

<sup>240</sup> BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2002, p. 296.

<sup>241</sup> Ibid., p. 296.

<sup>242</sup> Ibid., p. 296.

<sup>243</sup> Nesse mesmo panorama, entende-se que “o combate à autonomia das agências como argumento pela democratização da atuação estatal na economia é gravemente contraditório, visto que a consensualização preconizada pela atividade regulatória, visivelmente identificada com o debate e o necessário processo argumentativo de convencimento dos agentes regulados, é totalmente incompatível com a verticalização inerente ao Poder Hierárquico, no qual o crivo discricionário é mais acentuado”. Cf. MARTINS, Fernando Barbalho. A legitimidade democrática das agências reguladoras. **R. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro, v. 58, 2004, p. 80.

Outrossim, entende-se que existe um complexo equilíbrio entre diversas exigências sociais, abarcando valores opostos ou que contêm entre si tensão, como: eficiência administrativa, participação dos regulados e controle da Administração Pública e suas agências por outras instituições e a sociedade<sup>244</sup>. Nesse âmbito, a eclosão de núcleos de poder como os das agências cujos atributos são a de seus dirigentes não eleitos, o caráter técnico das funções exercidas e sua autonomia em face dos Poderes, faz acender o debate sobre a legitimidade política na execução de tais competências<sup>245</sup>.

Na mesma temática da legitimidade democrática de atuação institucional, em tempos de imprensa livre, de organização social e de presença de uma opinião pública aclarada e atuante, sobressai o relevo do dever de motivação apropriada, do dever de se demonstrar de forma justificada e racional o acerto das valorações de interesse e das escolhas feitas<sup>246</sup>. Além disso, acerca das normatizações fruto da atuação da ANA, “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”<sup>247</sup>.

Entretanto, cumpre asseverar que, ter-se-ia uma crítica de corrente em contraposição à legitimidade institucional das agências reguladoras, estas seriam usurpadoras de competência, pois o princípio democrático teria conferido a função normativa exclusivamente ao Legislativo<sup>248</sup>.

Em disposição a favor da atuação institucional daquelas entidades reguladoras, compreende-se “(...) o que parece ser antidemocrática é a concepção que calca a legitimidade política apenas num tipo de forma e aliena o poder deliberativo de tal setor a agentes nem sempre sintonizados ou minimamente identificáveis no que diz respeito aos valores cultivados por aquele grupo”<sup>249</sup>.

Ademais, a percepção da chancela legislativa como a única forma de legitimação democrática normativa não levaria em conta a pluralidade social hodierna, retendo-se, em conservadorismo, ou por medo da possível digressão, a tendência de egressão entre as esferas individual e estatal<sup>250</sup>. Por fim, argumenta-se que:

A aceitação das Agências Reguladoras como centro de competências relativas à coordenação de atividades inerentes a um ordenamento setorial, oriundo de determinado meio econômico, possibilita a criação de uma instância intermediária

<sup>244</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 309.

<sup>245</sup> Ibid., p. 309.

<sup>246</sup> Ibid., p. 309.

<sup>247</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 91.

<sup>248</sup> MARTINS, Fernando Barbalho. Op. cit., p. 77.

<sup>249</sup> Ibid., p. 78.

<sup>250</sup> Ibid., p. 78.

neste processo de formação das normas, de concretização dos valores consagrados genericamente pelo legislador<sup>251</sup>.

Por outra perspectiva, de acordo com a teoria institucional norte-americana, os fenômenos interpretativos constitucionais não são apenas considerados em uma noção formalista do direito, mas sim por avaliações institucionais.

Com isso, à luz desse marco teórico, seria muito mais promissor lançar luz sobre duas questões negligenciadas. A primeira diria respeito às capacidades institucionais<sup>252</sup>. Ademais, persiste-se que as discussões acerca da interpretação jurídica não poderiam ser dirimidas racionalmente sem atenção a essas capacidades<sup>253</sup>. Nesse sentido, para certos teóricos americanos, “a questão central não é ‘como, em princípio, um texto deve ser interpretado?’. A questão, ao contrário, é ‘como certas instituições, com suas habilidades e limitações distintas, devem interpretar certos textos?’”<sup>254</sup>. A segunda questão teria relação com os efeitos dinâmicos de qualquer peculiar perspectiva no que tange às implicações para diversos agentes privados e públicos<sup>255</sup>. Para aqueles acadêmicos, “ao chamar a atenção tanto para as capacidades institucionais quanto para os efeitos dinâmicos, estamos sugerindo a necessidade de uma espécie de virada institucional no pensamento sobre questões interpretativas”<sup>256</sup>.

A análise institucional seria satisfatória em certos âmbitos, pois poderia permitir intérpretes com distintas agendas afluírem em regras interpretativas, enquanto que colocariam em sintonia divergências sobre seus primeiros melhores relatos preferidos<sup>257</sup>. Sobre a característica institucional de expertise dos membros da agência, defende-se “(...) mesmo que os tribunais devam seguir o significado comum do texto, é razoável sugerir que as agências administrativas não precisam, em parte porque as agências são especialistas e não generalistas”<sup>258</sup>.

Dessa maneira, “em comparação com os tribunais, é provável que as agências tenham uma boa noção de que um afastamento do formalismo prejudicará seriamente um esquema

<sup>251</sup> MARTINS, Fernando Barbalho. Op. cit., p. 78.

<sup>252</sup> SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Chicago, n. 28, 2002, p. 2.

<sup>253</sup> Ibid., p. 2.

<sup>254</sup> Tradução livre. No original em inglês: “The central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?”. The question instead is “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?” Ibid., p. 2.

<sup>255</sup> Ibid., p. 2.

<sup>256</sup> Tradução livre. No original em inglês: “By drawing attention to both institutional capacities and dynamic effects, we are suggesting the need for a kind of institutional turn in thinking about interpretive issues”. Ibid., p. 2.

<sup>257</sup> SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Op. cit., p. 4.

<sup>258</sup> Tradução livre. No original em inglês: “(...) even if courts should follow the ordinary meaning of text, it is reasonable to suggest that administrative agencies need not, in part because agencies are specialists rather than generalists”. Ibid., p. 4.

regulatório; portanto, é apropriado permitir às agências um maior grau de flexibilidade interpretativa”<sup>259</sup>. Além disso, “(...) os tribunais são instruídos a decidir questões legais relevantes; mas sob os estatutos nos quais as agências estão exercendo autoridade delegada, talvez o significado da lei relevante seja o que as agências dizem que é”<sup>260</sup>.

Por conseguinte, para teóricos institucionalistas americanos, “em primeiro lugar, as agências provavelmente estarão em melhor posição para decidir se os desvios do texto realmente fazem sentido”<sup>261</sup>. Assim, “isso ocorre principalmente porque as agências têm um grau superior de competência técnica; mas não é irrelevante que as agências estejam sujeitas a um certo grau de supervisão democrática”<sup>262</sup>. E, “em segundo lugar, as agências provavelmente estarão em uma posição melhor para saber se os desvios do texto irão diminuir seriamente a previsibilidade ou de outra forma desestabilizar o esquema estatutário”<sup>263</sup>. Mas seria importante também destacar que os próprios distintivos do âmbito do saneamento básico priorizariam e incentivariam um modelo regionalizado de serviços, abrangendo as peculiaridades de cada localidade nas regulações<sup>264</sup>.

Por essa razão, a ANA dotada de independência e autonomia funcional terá uma missão estratégica de se atentar aos variados cenários regulatórios específicos levando-se em conta o federalismo pátrio e o cerne democrático. A agência federal terá, acima de tudo, de aprimorar seus mecanismos dialógicos de modo a sondar os questionamentos regulatórios de entidades reguladoras infranacionais com vistas à coesão do sistema regulatório.

Dessa maneira, “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”<sup>265</sup>.

---

<sup>259</sup> Tradução livre. No original em inglês: “*Compared to courts, agencies are likely to have a good sense of whether a departure from formalism will seriously damage a regulatory scheme; hence it is appropriate to allow agencies a higher degree of interpretive flexibility*”. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Op. cit., p. 4.

<sup>260</sup> Tradução livre. No original em inglês: “*(...) courts are told to decide relevant questions of law; but under statutes in which agencies are exercising delegated authority, perhaps the meaning of the relevant law is what agencies say that it is*”. Ibid., p. 31.

<sup>261</sup> Tradução livre. No original em inglês: “*First, agencies are likely to be in a better position to decide whether departures from the text actually makes sense*”. Ibid., p. 33.

<sup>262</sup> Tradução livre. No original em inglês: “*This is so mostly because agencies have a superior degree of technical competence; but it is not irrelevant that agencies are subject to a degree of democratic supervision*”. Ibid., p. 33. Tradução livre. No original em inglês: “*Second, agencies are likely to be in a better position to know whether departures from the text will seriously diminish predictability or otherwise unsettle the statutory scheme*”. Ibid., p. 33.

<sup>264</sup> RIBAS, Lídia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. Op. cit., p. 124.

<sup>265</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **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, p. 61. Disponível em: <https://abar.org.br/?mdocs-file=83848>.

Em outro aspecto, cabem às agências incumbências de grande importância, como cuidar pela efetivação dos contratos de concessão, fomentar a concorrência, levar à universalização dos serviços, deliberar políticas tarifárias e dirimir conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários<sup>266</sup>. Há acordo que a contribuição social tem registro distinto e constante nos debates democráticos face ao anseio de participação social na criação de políticas públicas, com o direito de expressão nas decisões estatais (decisões motivadas e consultas e audiências públicas)<sup>267</sup>. Portanto, ao atuar, a ANA, certamente não poderá empreender uma postura hermética, devendo considerar os aspectos próprios da realidade do setor na qual está inserida.

Nessa conjuntura, no que tange à função normativa da ANA e a participação social, conceber devidamente normas de referência não seria algo básico, pois são primordiais estudos aprofundados, com aferição e opções, mediante instrumento de Análise de Impacto Regulatório (AIR), bem como efetivação de consultas e audiências públicas, entre outros feitos<sup>268</sup>.

Por outro lado, infere-se “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”<sup>269</sup>. Nesse lado de aporte de recursos públicos, cumpre esclarecer que para a execução adequada de suas atribuições regulatórias e fiscalizatórias na forma como foi atualizada pelo novo marco legal do saneamento básico, a ANA muito provavelmente precisará promover diálogos mais contundentes com outras instituições do Estado.

Outrossim, o texto da Lei 14.026/2020 teria sido muito assertivo e possui norma visando a obrigar e unificar a regulação do saneamento, circunstância definitivamente necessária face aos notórios impasses de profissionalização no setor<sup>270</sup>. Todavia, não subsistiria qualquer desenho institucional de estratégia ou sanção prescritas na acepção de exigir a efetividade dessa universalização regulatória<sup>271</sup>.

Nesse sentido, tendo em vista o complexo paradigma de regulação, seguramente a ANA precisará concentrar esforços nos seus mecanismos de diálogos institucionais para que possa

---

<sup>266</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 310.

<sup>267</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 60. Ainda nesse tema, “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”. Ibid., p. 60.

<sup>268</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 93.

<sup>269</sup> Ibid., p. 93.

<sup>270</sup> Ibid., p. 95.

<sup>271</sup> Ibid., p. 95.



compreender as demandas técnicas dos regulados e da sociedade, isto com vistas à efetividade do novo marco legal do saneamento básico.

Com a alteração realizada pela Lei nº 14.026/2020, acerca da colaboração de grupos regulados na regulação, passou-se a dispor:

Art. 3º A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘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.

§ 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<sup>272</sup>.

Nessa perspectiva, o processo de participação popular conduziria ao fortalecimento da própria norma regulatória, diminuindo a probabilidade de contestações no Poder Judiciário a respeito do seu teor material<sup>273</sup>. Ainda nesse âmbito, defende-se adotar a participação social como dever constitucional, apreciando a contribuição dos regulados e da coletividade social na edição das normas de referência, compeli-la a ANA a erigir regras de compliance e mecanismos que diminuam as possíveis capturas dos membros da instituição<sup>274</sup>. Por fim, a Lei nº 14.026/2020, ao atribuir a competência à ANA para editar normas de referência, com os incentivos públicos, concedeu à agência um considerável papel de coordenação federativa, logo, não teriam sido feridas a autonomia e independência das entidades federativas<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 14.026 de 15/07/2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm). Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>273</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 61.

<sup>274</sup> Ibid., p. 61.

<sup>275</sup> RIBAS, Lúcia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. Op. cit., p. 129.

### **CAPÍTULO 3 - ESTUDO DE CASOS CONCRETOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ATIVIDADE REGULATÓRIA**

#### **3.1 A verificação da deferência institucional pela análise de acórdãos**

Anteriormente, foram analisados aspectos relacionados à deferência institucional, por parte do Poder Executivo e Poder Legislativo, à atuação da ANA no âmbito regulatório de seu setor. Ademais, características da função normativa da agência reguladora também foram objeto de investigação de modo a compreender o fenômeno institucional propriamente dito. Em outra perspectiva, cumpre esclarecer como a deferência institucional se verifica no Supremo Tribunal Federal (STF). Este órgão jurisdicional foi o escolhido para estudo por ser aquele máximo do Poder Judiciário do Estado brasileiro, destaca-se, igualmente, a importância dos efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões proferidas no domínio do controle abstrato de constitucionalidade.

Tendo em vista isso, serão avaliados quatro acórdãos, estas decisões colegiadas foram encontradas no sítio eletrônico (<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>) daquela Corte Suprema, além disso, a título metodológico, clicou-se na aba de jurisprudência e pesquisou-se por “AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO”. Foram descobertos os acórdãos associados aos seguintes processos: Agravo na Ação Cível Originária 2.550, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.868, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.492 e Agravo no Mandado de Segurança 38.539, em ordem cronológica de data de julgamento.

Nesse sentido, o primeiro acórdão trata-se de um agravo interno na Ação Cível Originária 2.550/RJ interposto pela União, sendo agravado o Ministério Público Federal em face de decisão que negou seguimento àquela ação, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do STF. Assim, a agravante aduziu “o fato de uma ação apresentar conteúdo de caráter técnico e demandar perícias específicas e complexas não impede que a lide tenha magnitude tal que possa afetar o pacto federativo e restringir a autonomia de um ou outro ente federado. É o que ocorre no presente caso”<sup>276</sup>. Também alegou “a matéria tratada nestes autos relaciona-se

---

<sup>276</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO nº 2550 AgR, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 07 de maio de 2018. p. 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14829282>. Acesso em: 22 nov. 2022.

com a autonomia hídrica dos entes subnacionais envolvidos, apresentando potencialidade ofensiva ao princípio federativo”<sup>277</sup>.

A Ação Cível Originária tinha como pano de fundo uma controvérsia a respeito do projeto de interligação do Rio Paraíba do Sul à Cantareira, e isto teria supostamente como implicação uma redução da vazão mínima afluyente da barragem de Santa Cecília, “(...) redução esta estabelecida por Resolução da Agência Nacional de Águas - ANA e contra a qual o Ministério Público Federal pela presente se opõe”. Em suma, objetivava-se a preservação da competência do STF para julgamento da lide.

Contudo, a Primeira Turma da Corte Suprema, por unanimidade, entendeu que o recurso não merecia prosperar, determinando-se a retorno dos autos ao juízo de 1º grau. Assim, no voto do Ministro Relator Luiz Fux concluiu-se pela incompetência originária do STF para julgar a Ação Cível Originária, porque a lide cuidaria de tema de caráter sobretudo técnico, sem ligação a qualquer questão político-institucional apto a ferir diretamente o equilíbrio federativo<sup>278</sup>. E ao interpretar o art. 102, I, “f”, da Constituição de 1988<sup>279</sup>, o Ministro Relator asseverou que “a jurisprudência desta Suprema Corte se firmou no sentido de que esta competência originária se circunscreve apenas aos casos em que se divisa potencial lesão à harmonia do pacto federativo”<sup>280</sup>.

Outrossim, finalizou-se argumentando “Com efeito, nesse modelo de atuação, não se deve agir como quem visa a uma substituição do Poder Executivo e/ou Legislativo pelo Poder Judiciário, de modo a transformar a discricionariedade administrativa em discricionariedade judicial”<sup>281</sup>.

O segundo acórdão a ser analisado trata da ADI 5.868<sup>282</sup>, ajuizada pelo Governador de Santa Catarina, em face da Lei estadual nº 17.108/2017, na qual as concessionárias de serviços públicos de água e luz ficariam compelidas a oferecer informações sobre dívidas vencidas e

<sup>277</sup> Ibid., p. 4.

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO nº 2550 AgR, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 07 de maio de 2018. p. 5. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14829282>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>279</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

<sup>280</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO nº 2550 AgR, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 07 de maio de 2018. p. 5. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14829282>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>281</sup> Ibid., p. 9.

<sup>282</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5868, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755445746>. Acesso em: 22 nov. 2022.

mecanismos para sua quitação nas contas ao consumidor. Entretanto, ao ser feita a leitura da decisão colegiada, observou-se que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) não foi mencionada em nenhum momento, portanto, acredita-se que o aparecimento desta jurisprudência na busca decorreu de um erro eletrônico de captação de dados no site do STF.

O terceiro acórdão objeto de investigação diz respeito à ADI 6.492<sup>283</sup>, com a relatoria do Ministro Luiz Fux, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra os arts. 3º, 5º, 7º, 11 e 13 da Lei nº 14.026/2020, que atualizam o marco legal do saneamento básico. Por uma questão metodológica far-se-á detidamente a análise do questionamento da constitucionalidade do art. 3º e 7º da Lei nº 14.026/2020, pois estes dispositivos em específico tratam das alterações no âmbito da função normativa da agência reguladora, a ANA.

Diante disso, a Corte Suprema, em Tribunal Pleno, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ADI, nos termos do voto do Ministro Relator, e foram vencidos parcialmente os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Edson Fachin. Dessa forma, declarou-se a validade do novo marco regulatório.

Como já foi explicado previamente, a Lei nº 14.026/2020 - novo marco legal do saneamento básico - representou uma reconfiguração institucional com alterações, vide seu art. 3º, passando a prever a possibilidade da ANA editar normas de referência à sua área de atuação. Desse modo, “no bojo da inicial, questiona-se o escopo temático das normas de referência, que passam a ser centralizadas pela ANA”<sup>284</sup>.

De acordo com o Ministro Relator, esta ação de controle concentrado diria respeito aos “limites da competência normativa central da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, notadamente quanto a sua participação na política tarifária (à luz dos arts. 21, inciso XX; 23, inciso IX; 29, caput, da CF/88”<sup>285</sup>.

Ademais, o Ministro Relator consignou que “(...) o Congresso Nacional dispôs sobre diretrizes para o saneamento básico e sobre normas gerais para a respectiva contratação pública. Ambas as matérias correspondem a competências privativas da União, nos termos do art. 21, inciso XX, e ao art. 22, XXVII, da CF”<sup>286</sup>. E que “(...) a competência legislativa da União para balizar as políticas sanitárias (CF/88, art. 21, XX) é apenas um dos pontos de contato entre a

---

<sup>283</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6492, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>284</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6492, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de dezembro de 2021. p. 3. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>285</sup> Ibid., p. 11.

<sup>286</sup> Ibid., p. 18.

organização formal dos Poderes e a dinâmica predominantemente cooperativa para a concretização do saneamento básico”<sup>287</sup>.

E sobre os objetivos da política pública consubstanciada no novo marco legal do saneamento básico, expressa o Ministro Relator que “Nesse ponto, por ausência de capacidade institucional, não compete ao Poder Judiciário proceder à valoração desse objetivo, para questionar se a métrica é precisa ou imprecisa, conveniente ou inconveniente”<sup>288</sup>.

Sobre as inovações trazidas pelo novo marco regulatório, o Ministro Relator também apontou “A organização das atividades continua sob a titularidade dos Municípios; ao passo que o planejamento é o resultado da deliberação democrática em dois níveis, o Plano Federal e o Plano Estadual ou Regional”<sup>289</sup>. No mesmo sentido, “apesar de questões referentes ao saneamento básico serem intrinsecamente de interesse local e de competência dos entes municipais, isso não impede a atuação conjunta e integrada entre todos os entes, o que se pretende com as alterações legais questionadas.

Especificamente quanto ao comportamento institucional da ANA e sua função normativa, o Ministro Relator destacou que “a atribuição de poderes normativos à Agência Nacional de Águas em face da titularidade municipal ou regional dos serviços é outra questão sensível para a conformação federalista de competências”<sup>290</sup>. E sobre a questão das transferências voluntárias do art. 50, III, da Lei nº 11.445/2007<sup>291</sup>, seria constitucional a estrutura de compliance regulatório, que distribui os recursos federais mediante observância das normas de referência da ANA<sup>292</sup>. Simboliza-se aí uma deferência institucional da Corte ao paradigma regulatório concebido por aquela agência reguladora.

No voto do Ministro Nunes Marques, argumenta-se também que a atribuição da nova função normativa à ANA não seria inconstitucionalidade, representaria um considerável

---

<sup>287</sup> Ibid., p. 18.

<sup>288</sup> Ibid., p. 30.

<sup>289</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6492, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de dezembro de 2021. p. 32. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>290</sup> Ibid., p. 38.

<sup>291</sup> “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; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)”. BRASIL, Câmara dos Deputados. Lei nº 11.445 de 05/01/2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm)

<sup>292</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6492, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de dezembro de 2021. p. 40. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 22 nov. 2022.

amadurecimento institucional do Congresso Nacional, que demonstraria não estar preocupado na concentração do poder de decisão, mas, sim, em que a regulação setorial seja a mais apropriada possível<sup>293</sup>. Outrossim, para aquele Ministro “(...) a expertise da ANA em matéria de regulação e fiscalização dos recursos hídricos sem dúvida contribuirá decisivamente para uma boa gestão do saneamento básico, dadas as íntimas conexões entre a água e a saúde pública”<sup>294</sup>.

De acordo com o voto do Ministro Alexandre de Moraes, seria natural que a titularidade dos serviços de saneamento básico e a atribuição para legislar sobre o assunto fossem condicionadas pelas demarcações e possibilidades que resultam da normatização geral feita pela agência federal<sup>295</sup>. Ademais, “(...) a edição de normas de referência pela ANA visa à difusão de boas práticas para o setor, de adoção facultativa, (...) ausente a previsão, no novo Marco Legal, de instrumentos de controle direto sobre a esfera jurídica dos Municípios”<sup>296</sup>.

Portanto, para o Ministro Alexandre de Moraes, o que se teria seria a disposição de suporte técnico especializado e mecanismos de referência para o exercício de competências que são dos Municípios e dos órgãos regulatórios locais<sup>297</sup>. Nesse lado, percebe-se o entendimento do intérprete sobre o papel de congregação e de coordenação da agência reguladora federal.

E no aspecto da deferência judicial às normatizações da ANA, o Ministro Alexandre de Moraes indica, quanto às transferências voluntárias, que “esse modelo de financiamento complementar, que é uma das bases do federalismo cooperativo brasileiro, ganha em qualidade, previsibilidade e efetividade, quando regido por regras gerais técnicas e impessoais, como ocorre com as normas de referência editadas pela ANA”<sup>298</sup>. Nesse mesmo âmbito, o Ministro pontua “(...) justifica a construção de um papel regulatório mais sólido para a ANA, o que foi observado pelo legislador, em vista da percepção a respeito da baixa capacidade regulatória dos Municípios”. Nesse sentido, vislumbra-se a duplicidade da deferência institucional, tanto do Poder Legislativo, como do Poder Judiciário face às atribuições da agência.

Por fim, para o Ministro Alexandre de Moraes, a apreciação do acerto ou erro das medidas associadas à Lei nº 14.026/2020, fugiria à capacidade institucional do Judiciário, pois

---

<sup>293</sup> Ibid., p. 80.

<sup>294</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6492, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de dezembro de 2021. p. 80. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>295</sup> Ibid., p. 151.

<sup>296</sup> Ibid., p. 164.

<sup>297</sup> Ibid., p. 165.

<sup>298</sup> Ibid., p. 167.

abrange a percepção e análise de um contexto não aferível só pelo cotejo direto entre a lei impugnada e o projeto normativo constitucional<sup>299</sup>.

Segundo o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, as modificações trazidas pelo novo marco legal do saneamento básico foram efetivadas pela União Federal no exercício da sua competência legislativa para estabelecer diretrizes para o saneamento, vide art. 21, XX, da CRFB/88<sup>300</sup>. Além disso, “a Lei 14.026/2020 quis endereçar um problema de baixa capacidade institucional das entidades hoje responsáveis pela regulação dos serviços de saneamento básico a nível subnacional”<sup>301</sup>.

Aliás, o Ministro Gilmar Mendes expõe que “hoje existem, no Brasil, 52 (cinquenta e duas) agências reguladoras dos serviços de saneamento básico, sendo 25 (vinte e cinco) delas estaduais, 21 (vinte e uma) municipais e 5 (cinco) consorciadas”<sup>302</sup>. Com isso, indica “essa multiplicidade de entidades reguladoras, com diferentes níveis de capacidade institucional e expertise técnica, foi identificada pelo Poder Executivo Federal como um entrave à adoção de melhores práticas regulatórias no país”<sup>303</sup>.

Assim, Gilmar Mendes dispõe que o design regulatório do Novo Marco do Saneamento Básico não violaria a autonomia dos entes federativos, na medida em que a Lei nº 14.026/2020 não atribui à ANA a competência de impor diretamente aos prestadores dos serviços públicos as suas normas de referência<sup>304</sup>. Por fim, o referido Ministro esclareceu a finalidade institucional da agência, ressaltando o seu papel coordenador “a função atribuída à ANA passa a ser, na realidade, a de uma agência de coordenação do planejamento regulatório a nível nacional”<sup>305</sup>.

No voto do Ministro Luís Roberto Barroso, extrai-se o argumento de que a criação de quadro técnico habilitado na estrutura da ANA, e a sua atribuição de competência normativa para a edição de diretrizes para os titulares dos serviços são medidas tendentes a atenuar as mazelas causadas pela pulverização regulatória do setor<sup>306</sup>. Para a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, o papel da agência reguladora é justamente o de regular a prestação dos serviços; dessa forma, não se teria esvaziamento de autonomia dos Municípios<sup>307</sup>.

---

<sup>299</sup> Ibid., p. 168.

<sup>300</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6492, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de dezembro de 2021. p. 282. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>301</sup> Ibid., p. 282.

<sup>302</sup> Ibid., p. 283.

<sup>303</sup> Ibid., p. 283.

<sup>304</sup> Ibid., p. 290.

<sup>305</sup> Ibid., p. 294.

<sup>306</sup> Ibid., p. 313.

<sup>307</sup> Ibid., p. 362.

Tendo em vista a apresentação das justificações dos votos dos Ministros que julgaram improcedente a ADI 6492, para validar o novo marco regulatório do saneamento básico, percebe-se que houve evidente dúplice deferência institucional. A primeira seria justamente a Suprema Corte chancelando a vontade expressada pelo Parlamento. E a segunda teria relação com o marco teórico institucionalista americano sobre capacidades institucionais, pois a atribuição da função normativa à ANA para editar normas de referência foi considerada constitucional, e a motivação seria a sua capacidade institucional em termos de expertise regulatória para atender os objetivos colimados na Lei nº 14.026/2020.

Por último, existe o acórdão associado ao MS 38539 AGR, Associação dos Servidores da Agência Nacional de Águas – ASAGUAS é a parte agravante e o Presidente da República e Mesa Diretora do Senado Federal são agravados. O objeto seriam os atos de indicação, pelo Presidente da República, e os de aprovação, pelo Plenário do Senado Federal, de Ana Carolina Argolo Nascimento de Castro e Filipe de Mello Sampaio Cunha, para exercício do cargo de Diretor da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA<sup>308</sup>.

Nesse sentido, a Ministra Relatora Cármen Lúcia negou provimento ao recurso pois “Ainda que se pudesse acolher a alegação de ser ‘impossível dissociar a atuação da Diretoria Colegiada e a atuação dos servidores da ANA’, não se constata, no caso, ofensa a algum direito líquido e certo atribuído aos associados da impetrante”<sup>309</sup>. Assim, o titular do direito supostamente lesado pelos atos registrados coatores seria a ANA, não seus servidores<sup>310</sup>.

### **3.2 A questão das consultas públicas e audiências públicas da ANA**

Tendo em conta que a função normativa da ANA para elaborar normas de referência foi declarada constitucional pelo STF, tem-se correlatamente a relevante questão da participação social no momento de confecção das normas regulatórias. Desse modo, sobre os fenômenos institucionais “a ordem constitucional não se resume ao que se encontra estabelecido normativamente em seu texto ou em emendas aprovadas posteriormente. Muito ao contrário. É o fenômeno da atividade institucional que vai efetivar a promoção dos direitos básicos da sociedade”<sup>311</sup>. Assim, “o amadurecimento da democracia depende de ritos e formas de

---

<sup>308</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 38539 AgR, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 21 de junho de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761645852>. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>309</sup> Ibid., p. 5.

<sup>310</sup> Ibid., p. 13.

<sup>311</sup> BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de; ALMEIDA, Maíra. Alternativas Democráticas Para O Problema Da Baixa Confiança Na Ação Governamental. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de



participação popular no interior das instituições curadores do interesse público, sob o risco de produção de resultados completamente deslocados do que se espera de uma gestão de interesses coletivos e antagônicos”<sup>312</sup>.

Nesse sentido, será importante perquirir sobre o andamento de consultas públicas e audiências públicas na ANA, e se estes mecanismos de participação da sociedade de alguma forma dialogam com questões atinentes ao novo marco legal do saneamento básico. Como já apontado, o fortalecimento de diálogos institucionais representaria um remédio para eventuais anomalias e estranhamentos regulatórios. Assim, “deve-se, pois, realçar o plano do desempenho das instituições, de suas capacidades, de seus agentes e dos efeitos sistêmicos que eles provocam e sofrem em dimensão reflexiva, para que se possa cogitar alternativas de superação de defeitos”<sup>313</sup>.

Uma atuação da agência permeável aos questionamentos da coletividade e do setor regulado seria o norte fundamental, “embora, por exemplo, haja a previsão de realização de audiências públicas em inúmeras leis setoriais, o fato é que o expediente ainda é sujeito a critérios de conveniência e oportunidade por parte das autoridades competentes em levar a efeito programas e políticas públicas”<sup>314</sup>. Ademais, “quando essa discricionariedade é utilizada em favor da consulta popular, não há uma processualidade definida para dar andamento aos trabalhos”<sup>315</sup>. Portanto, “a institucionalização de uma processualidade mais participativa no âmbito da administração extroversa pode ser um caminho para se lograr uma maior legitimação na ação governamental”<sup>316</sup>.

Dessa forma, fortificar uma processualidade administrativa - não se cuida do processo administrativo de órgãos públicos da Administração - como um imperativo modo dialógico com a cidadania, teria potencialidade a reduzir a distância entre o Estado e o povo, fomentando uma agenda pública<sup>317</sup>. Com isso, “além da transparência, isso permite a chance de um maior preparo por parte dos atores envolvidos como forma de cunhar melhores argumentos na arena de discussão”<sup>318</sup>. Outrossim, “com a realização de audiências, oitivas e decisões finais formalizadas e motivadas, reduz-se o risco de captura dos órgãos executivos, dado o ganho em

---

Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1339, 05 fev. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2017.23645>.

<sup>312</sup> Ibid., p. 1342.

<sup>313</sup> Ibid., p. 1338.

<sup>314</sup> Ibid., p. 1340.

<sup>315</sup> Ibid., p. 1340.

<sup>316</sup> Ibid., p. 1340.

<sup>317</sup> Ibid., p. 1340.

<sup>318</sup> Ibid., p. 1340.

transparência que tais conjuntos de atos administrativos proporcionam”<sup>319</sup>. E sobre a produção regulatória, quando se abordam as normas de referência, estar-se-ia lidando com assuntos importantes e de elevado impacto, não somente para os entes reguladores e prestadores, mas também para a coletividade social, que seria a recebedora final do serviço público essencial de saneamento<sup>320</sup>.

Ademais, “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”<sup>321</sup>. Por conseguinte, sobre as consultas públicas e audiências públicas, “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”<sup>322</sup>. Nesse sentido, argumenta-se, nestes termos, “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”.

Nesse mesmo domínio, sobre as consultas públicas nos serviços públicos regulados, ter-se-iam críticas costumeiras acerca do grau de complexidade dos dados e de óbices de entendimento do seu teor<sup>323</sup>. Em vista disso, argumenta-se “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”. Assim, pensar a consulta seria acolher tanto o cidadão, como o corpo técnico, sem que um afaste o outro. Um debateria a matéria em sua profundidade necessária e o outro demonstraria ciência desse ato transparente e público, percebendo as direções da norma de referência<sup>324</sup>.

---

<sup>319</sup> BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de; ALMEIDA, Maíra. Alternativas Democráticas Para O Problema Da Baixa Confiança Na Ação Governamental. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1343, 05 fev. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2017.23645>.

<sup>320</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. 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 - Escola Nacional de Administração Pública – Enap**, Brasília, p. 64, 2021.

<sup>321</sup> Ibid., p. 64.

<sup>322</sup> Ibid., p. 68.

<sup>323</sup> Ibid., p. 68.

<sup>324</sup> Ibid., p. 69.

Em outro lado, sobre as audiências públicas, “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”<sup>325</sup>. Assim, promover audiências virtuais implicaria a democratização do espaço de discussões e permitiria a maior participação de agentes sociais do setor regulado e sociedade civil<sup>326</sup>.

Tendo em vista a importância da participação social no processo regulatório da agência reguladora, investigou-se a conjuntura das consultas públicas e audiências públicas no âmbito da ANA, desse modo, realizou-se busca pelo site oficial (<https://participacao-social.ana.gov.br/>) desta autarquia federal. As decisões do STF que abrangeram a ANA datam do intervalo de ano entre 2018 e 2022. Por questão de simetria metodológica, nas duas tabelas seguintes, analisaram-se as consultas públicas e audiências públicas de 2018 até o ano corrente de 2022.

Nesse sentido, percebeu-se, pela temática das consultas públicas, que a agência tem dialogado com os conteúdos do novo marco legal do saneamento básico, especialmente sobre a edição de normas de referência e suas características particulares, vejam-se, na tabela a seguir, os assuntos das Consultas Públicas nº 003/ 2020; 004/ 2021; 001/ 2022, 005/ 2022 e 008/ 2022. Mas naquele lapso temporal, também se verificou que apenas uma audiência pública foi realizada pela agência, o que pode dar margem a futuros questionamentos sobre o motivo dessa diferença na condução dos mecanismos de participação social.

Quadro 2 – Consultas públicas da ANA

CONSULTAS PÚBLICAS	ASSUNTO
001 / 2018	Obter contribuições e subsídios para a minuta de Resolução que trata da implementação de indicadores de avaliação da prestação do serviço de adução de água bruta, pela Operadora Federal, no âmbito do Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional - PISF.
001 / 2019	Obter contribuições e subsídios para minuta de Resolução que trata dos procedimentos operacionais para a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União.

<sup>325</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto de. 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 - Escola Nacional de Administração Pública – Enap**, Brasília, p. 70, 2021.

<sup>326</sup> Ibid., p. 71.

002 / 2019	Obter contribuições e subsídios para a minuta de alteração da Resolução nº 2.333/2017, que dispõe sobre as condições gerais da prestação do serviço público de adução de água bruta pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - Codevasf, no âmbito do Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional - PISF.
003 / 2019	Obter contribuições e subsídios para minuta de resolução que trata dos procedimentos para compras e contratação de obras e serviços pelas entidades delegatárias nas funções de Agência de Água.
004 / 2019	Obter contribuições e subsídios para a minuta de resolução que propõe alterar a Resolução ANA nº 603/2015, que define critérios para monitoramento e envio da Declaração de Uso e de Recursos Hídricos - DAURH, em corpos de água de domínio da União.
005 / 2019	Obter contribuições e subsídios para a minuta de Resolução que trata dos procedimentos de fiscalização de uso de recursos hídricos e de segurança de barragens em corpos hídricos de domínio da União.
006 / 2019	Obter contribuições e subsídios para minuta de resolução que dispõe sobre o enquadramento das despesas a ser observado pelas entidades delegatárias das funções de Agências de Água, referentes à aplicação dos valores arrecadados com a cobrança pelos usos de recursos hídricos de domínio da União, no âmbito dos contratos de gestão firmados nos termos da Lei nº 10.881, de 9 de junho de 2004.
007 / 2019	Obter contribuições e subsídios para minuta de resolução que estabelece os procedimentos a serem adotados pelas entidades delegatárias das funções de Agências de Água para a seleção e recrutamento de pessoal, com a utilização de recursos públicos repassados pela Agência Nacional de Águas - ANA, por meio de contrato gestão, nos termos da Lei nº 10.881, de 9 de junho de 2004.
001 / 2020	Obter contribuições e subsídios para minuta de resolução que dispõe sobre condições de uso dos recursos hídricos no Sistema Hídrico Mucuri, localizado nos Estados da Bahia e de Minas Gerais.
002/ 2020	Obter contribuições e subsídios para minuta de resolução que regulamenta a modalidade Chamamento Público de Projetos, prevista no art. 7º da Resolução ANA nº 122, de 16 de dezembro de 2019, para financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos.
003/ 2020	Proposta de agenda regulatória para normas de referência para o saneamento básico (eixo 5).
	Obter contribuições e subsídios para minuta de resolução conjunta que estabelece procedimentos entre a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente

004/ 2020	e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama para fins de cooperação visando ao intercâmbio de informações, à padronização de exigências e procedimentos para o licenciamento ambiental de novos aproveitamentos hidrelétricos em cursos d'água de domínio da União, e define critérios para a delimitação do reservatório, proteção ou realocação de áreas urbanas ou rurais, infraestruturas e demais áreas sob o efeito de remanso de reservatórios.
005/ 2020	Obter contribuições e subsídios para revisão do marco regulatório para o uso de recursos hídricos na bacia do rio São Marcos, objeto da Resolução ANA n. 562, de 25 de outubro de 2010, de que abrange os territórios dos Estados de Goiás e de Minas Gerais e do Distrito Federal, pactuado entre os órgãos gestores de recursos hídricos dessas unidades federativas e a ANA.
006/ 2020	Colher contribuições para edição de Resolução ANA aprovando as projeções futuras (2020 a 2030) de vazões mensais para usos consuntivos na área de drenagem a montante de aproveitamentos hidrelétricos, para fins de estudos de planejamento e gestão de recursos hídricos.
007/ 2020	Colher contribuições para edição de Resolução ANA aprovando as séries históricas mensais (1931 a 2019) de vazões para usos consuntivos na área de drenagem a montante de aproveitamentos hidrelétricos, para fins de reconstituição de séries de vazões e estudos de planejamento.
008/ 2020	Proposta de novas condições de operação para o Sistema Hídrico do Rio Tocantins
001/ 2021	Dispõe sobre condições de uso dos recursos hídricos no sistema hídrico Jaburu/Jenipapo, localizado nos Estados do Ceará e do Piauí.
002/ 2021	Dispõe sobre a capacidade de armazenamento de reservatórios e condições para a entrega de água entre os Estados do Ceará e do Piauí na bacia hidrográfica do rio Poti.
003/ 2021	Mínuta de Resolução para estabelecimento de parâmetros para fins de exigência de monitoramento e envio de DAURH de captações de recursos hídricos e de lançamento de efluentes em corpos d'água de domínio da União na bacia do rio Paraíba do Sul
004/ 2021	Norma de Referência nº 1 para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, 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.
005/ 2021	Obter contribuições e subsídios para revisão do marco regulatório para o uso de recursos hídricos na bacia do rio São Marcos, objeto da Resolução ANA n. 562, de 25 de outubro de 2010, de que abrange

	os territórios dos Estados de Goiás e de Minas Gerais e do Distrito Federal, pactuado entre os órgãos gestores de recursos hídricos dessas unidades federativas e a ANA.
006/ 2021	Alteração da Resolução ANA nº 236/2017, que trata sobre a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência, conforme estabelecido na Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB.
007/ 2021	Proposta de revisão da Resolução Conjunta ANA/ANEEL nº 3/2010, que trata das condições e os procedimentos para a instalação e operação de estações hidrológicas visando ao monitoramento pluviométrico, limnimétrico, defluência, fluviométrico, sedimentométrico e de qualidade da água associadas a empreendimentos hidrelétricos.
001/ 2022	Proposta de Norma de Referência sobre indicadores e padrões de qualidade, eficiência e eficácia para avaliação da prestação, da manutenção e da operação de sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.
002/ 2022	Proposta de temas relativos aos recursos hídricos que comporão a Agenda Regulatória da ANA para o biênio 2022-2023.
003/ 2022	Dispõe sobre a revisão e atualização da tarifa da prestação do serviço de adução da água bruta do Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF).
004/ 2022	Processo regulatório relativo à definição de condições de operação do Sistema Hídrico do Rio Paranapanema
005/ 2022	Normativo de Procedimento Geral para Comprovação da Adoção das Normas de Referência
006/ 2022	Procedimentos para suspensão de outorgas de direito de uso de recursos hídricos.
007/ 2022	Proposta de temas para revisão da Agenda Regulatória para 2022/2024.
008/ 2022	Elaboração da norma de referência de indenização de ativos para os segmentos de água e esgoto prevista na agenda regulatória da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA

Fonte: Autoria própria, 2022.

Quadro 3 – Audiências públicas da ANA

<b>AUDIÊNCIA PÚBLICA</b>	<b>ASSUNTO</b>
001/2021	Obter contribuições para definição do escopo do instrumento regulatório que oriente a adaptação, para o novo Marco Legal do Saneamento, dos contratos de programa para prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Fonte: Autoria própria, 2022.

## CONCLUSÃO

Diante do cenário desafiador de universalização de prestação do serviço público de saneamento básico à sociedade brasileira, o Congresso Nacional, em uma postura deferente à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), aprovou o novo marco legal do saneamento, a Lei nº 14.026/2020, a qual implicou consideráveis alterações no arranjo institucional antes estabelecido.

Tal atualização normativa foi uma manifestação do Legislativo que teve como desígnio principal a uniformização regulatória do setor. Nesse sentido, a justificativa para essa reconfiguração institucional seria a existência de uma plurinormatividade heterogênea fruto de um número expressivo de agências reguladoras estaduais e municipais expedindo resoluções e normas regulatórias sobre um mesmo assunto. Assim, esse panorama seria deletério para a tão desejada coesão de um sistema regulatório.

Nesse contexto, o Parlamento brasileiro entendeu que atribuir à ANA a competência para elaborar normas de referência seria o caminho mais adequado para a consecução dos objetivos institucionais. Ainda nesse âmbito, tanto o Legislativo, como o Poder Judiciário, representado pelo seu órgão jurisdicional máximo, o Supremo Tribunal Federal, firmaram um entendimento, em deferência institucional, que aquela agência reguladora teria maior capacidade técnica e expertise funcional para a harmonização normativa do setor.

Diante do marco teórico exposto sobre o poder normativo das agências reguladoras, tem-se considerado que estas autarquias de regime especial teriam legitimidade para elaborar regulações no domínio de sua área de atuação, contanto que seja observada os parâmetros estipulados na lei. Entretanto, no que tange às normas de referência da ANA, estas teriam uma maior carga de generalização e abstração, pois se fossem muito específicas, provavelmente frustrariam o modelo de prestação regionalizado do serviço de saneamento básico, as peculiaridades de certas regiões e localidades necessitariam ser observadas.

Em outro aspecto, o caráter de voluntariedade para o atendimento às normas de referência terá como consequência a necessidade de desenvolvimento e fortificação dos diálogos institucionais por parte da ANA de modo que o esquema regulatório inédito seja bem sucedido. Nesse lado, tal modo dialógico seria na prática robustecido com o aprimoramento dos mecanismos de participação social mediante, por exemplo, consultas públicas e audiências públicas, com vistas à democratização do procedimento regulatório. Apesar da frequência de realização de consultas públicas sobre normas de referência, percebeu-se que a ANA não



realizou no mesmo patamar para as audiências públicas, o que faz levantar questões acerca de possíveis dificuldades para estabelecer relações interinstitucionais.

## REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta T. S. **Política Nacional de Saneamento**: A reestruturação das companhias estaduais. In: Temas especiais — Infraestrutura. Perspectivas de reorganização. Brasília: Ipea, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBRASIL**. [s. l], p. 237, 2005.

BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de; ALMEIDA, Maíra. Alternativas Democráticas Para O Problema Da Baixa Confiança Na Ação Governamental. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1332-1348, 05 fev. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2017.23645>.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Sítio oficial 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 11.445 de 05/01/2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm). Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 14.026 de 15/07/2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm). Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 9.984 de 17 de julho de 2000**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm). Acesso em: 01 nov. 2022

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4162 de 02/08/2019**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS)**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snis>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **CCJ aprova saneamento básico como direito social na Constituição**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/06/ccj-aprova-saneamento-basico-como-direito-social-na-constituicao#:~:text=%E2%80%94%20direito%20social%20ao%20saneamento,ao%20meio%20ambiente%20ecologicamente%20equilibrado>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO nº 2550 AgR, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 07 de maio de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14829282>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5868, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755445746>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6492, Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 38539 AgR, Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 21 de junho de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761645852>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos Anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova**, n. 45, p. 57, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 9, fev./mar./abr. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COUTINHO, Diogo R. Regulação de Serviços Públicos e Justiça Distributiva: o desafio de universalização. **Revista de Estudos Universitários**, Sorocaba, v. 34, p. x-y, 2008.

CUÉLLAR, Leila. **O poder normativo das agências reguladoras brasileiras**. 2000. 347 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 141, 30 jun. 2011.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Imprensa: Rio de Janeiro, 2006.

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. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

MARTINS, Fernando Barbalho. A legitimidade democrática das agências reguladoras. **R. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro, v.58, p. 80, 2004.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador no Brasil. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, v. 96, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 22, n. 3, pp. 449-472, jul./set. 2002.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **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. Disponível em: <https://abar.org.br/?mdocs-file=83848>. Acesso em: 10 out. 2022.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Regulação do saneamento básico: do poder normativo à norma de referência. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 83, 21 jul. 2022.

PAVÃO, Bianca Borges Medeiros; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; VIGAR, Thauany do Nascimento. Regulação das águas: uma análise empírica da produção normativa dos órgãos reguladores federais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 1. p.319-341, 2021.

PRADO, Mariana Mota. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 41, n. 2, 2008.

RIBAS, Lúcia Maria; SAVIOLI, Anna Beatriz; PINHEIRO, Hendrick. A Agência Nacional de Águas e a coordenação federativa no Novo Marco do Saneamento Básico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 281, n. 2, p. 112, ago. 2022.

SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. **Agências reguladoras**: natureza jurídica e poder normativo. E-book. São Paulo: [s.e], 2015, n. p.

SOUSA, Ana Cristina Augusto; COSTA, Nilson do Rosário. Incerteza e dissenso: os limites institucionais da política de saneamento brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 3, p. 587-599, maio/jun. 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Chicago, n. 28, 2002.