

DESAFIOS DA LEI FEDERAL Nº 14.026/2020: A UNIVERSALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO

CHALLENGES OF FEDERAL LAW NO. 14,026/2020: THE UNIVERSALIZATION OF REGULATION

DOI: [HTTP://DX.DOI.ORG/10.13059/RACEF.V14I4.1136](http://dx.doi.org/10.13059/RACEF.V14I4.1136)

Carlos Roberto de Oliveira

daf@arespcj.com.br

ARES-PCJ e UNESP

Dalto Favero Brochi

dg@arespcj.com.br

ARES-PCJ

Data de envio do artigo: 07 de Julho de 2023.

Data de aceite: 11 de Setembro de 2023.

Resumo: O presente artigo apresenta os impactos do novo marco regulatório do saneamento básico (Lei Federal nº 14.026/2020) nas agências reguladoras infranacionais, com abordagem das novas perspectivas diante da padronização regulatória (através de normas de referência) e regionalização da prestação de serviços, por meio da estruturação de unidades regionais de água e esgoto, que visam ao ganho de escala na prestação dos serviços públicos e a indução ao modelo regionalizado de regulação. Recebem destaque, ainda, a importância do fortalecimento da regulação infranacional e o problema da universalização da regulação. Este último, tratado como problema regulatório a ser enfrentado, destaca dados de alto número de municípios que ainda não criaram ou delegaram funções a uma agência reguladora para os serviços de água, esgotamento sanitários, resíduos sólidos urbanos e drenagem.

Palavras-chave: Regulação; Saneamento Básico; Agências Reguladoras; Lei 14.026/2020.

Abstract: *This article presents the impacts of the new regulatory framework of basic sanitation (Federal Law No. 14,026/2020) on subnational regulatory agencies, addressing the new perspectives in the face of regulatory standardization (through reference standards) and regionalization of service delivery, through the structuring of regional water and sewage units, which aim to gain scale in the provision of public services and induce the regionalized model of regulation. The importance of strengthening subnational regulation and the problem of universalization of regulation are also highlighted. The latter, treated as a regulatory problem to be faced, highlights data from a high number of municipalities that have not yet created or delegated functions to a regulatory agency for water services, sanitary sewage, municipal solid waste and drainage.*

Keywords: *Regulation; Sanitation; Regulatory Agencies; Law 14,026/2020.*

1 INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, instituiu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política Federal de saneamento básico, representando importante instrumento de avanço jurídico e de tecnicidade para o setor de saneamento básico, criando regras objetivas para temas recorrentemente apontados como deficiências setoriais: planejamento, regulação e controle social.

No tocante ao planejamento da prestação de serviços de saneamento básico (art. 19), submete o município à obrigação de planejar suas ações no âmbito local (através do plano municipal de saneamento)¹ ou no âmbito regional (com o plano de desenvolvimento urbano integrado – PDUI)², em se tratando de regiões metropolitanas, aglomerados urbanos ou microrregiões. Em linhas gerais, o planejamento do saneamento básico, que sempre teve pouca atenção da Administração Pública, passou a figurar como elemento essencial para o processo de construção da universalização de acesso e do serviço adequado.

No tocante ao acompanhamento da qualidade dos serviços e regras tarifárias, que muitas das vezes estavam submetidas a decisões meramente políticas e sem estudos claros que avaliassem as reais necessidades de universalização de acesso e de melhorias, a norma Federal inova e subordina o prestador aos acompanhamentos técnicos e econômicos de uma agência reguladora independente³.

¹O conceito de plano municipal de saneamento básico pode ser extraído da Portaria nº 118, de 14 de fevereiro de 2012, da Fundação Nacional da Saúde – FUNASA que define como “O Plano Municipal de Saneamento Básico, nos termos da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 e Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, tem como diretrizes a promoção da equidade social, o estímulo à adequada regulação dos serviços, o planejamento com base em indicadores epidemiológicos e de desenvolvimento social, a qualidade de vida e o desenvolvimento urbano e regional dentre outros fatores focados na qualidade dos serviços, visando sua universalização”.

²Cf. art. 12 da Lei Federal nº 13.089/2015 – Estatuto da Metrópole.

³Cf. art. 21 e seguintes da Lei Federal nº 11.445/2007.

O modelo jurídico de regulação dos serviços públicos de saneamento básico difere da estruturação de outros mercados e serviços públicos regulados, em especial pela titularidade municipal para os serviços de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos e drenagem pluvial urbana.

Esse reconhecimento advém do próprio texto constitucional, por interpretação de interesse local para os serviços de saneamento básico (art. 30, I, da Constituição Federal), com exceção das hipóteses em que o Município integre região metropolitana, aglomerado urbano ou microrregião, o que transforma a titularidade local em titularidade compartilhada com os demais integrantes da região metropolitana e com o Estado⁴.

A titularidade municipal possibilita variadas formas jurídicas para os reguladores infranacionais⁵, como destaca Floriano de Azevedo Marques Neto⁶:

Importante lembrar que a Lei abre várias alternativas de configuração do ente que exercerá a regulação. A mais importante, pelo seu caráter inovador, talvez seja a delegação das competências regulatórias pelo titular do serviço para um ente de

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

Em que pese a regulação constar como obrigação atribuída aos municípios pela Lei Federal nº 11.445/2007, ainda são enfrentados muitos desafios para a sua consolidação, como se verá adiante.

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

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

O processo de ampla transparência

⁴Cf. ADI 1.842/RJ - Supremo Tribunal Federal, publicada em 16/09/2013.

⁵A nomenclatura infranacional tem sido adotada para designar as agências reguladoras que não foram criadas pela União. São as agências reguladoras de saneamento básico, que podem ser constituídas no âmbito do município (agências municipais), por união de municípios formando consórcios públicos (agências intermunicipais) ou no âmbito do Estado da Federação (agências estaduais). Essa particularidade na modelagem da agência decorre da titularidade municipal dos serviços públicos de saneamento básico e teve tratamento disciplinado pelo art. 31 do Decreto Federal nº 7.217/2010. A tese da titularidade municipal dos serviços de saneamento básico resulta de interpretação do art. 30, inc. V, da Constituição Federal, segundo o qual: “Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...]”

⁶MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, B. S. (coord.). Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos, vol. 1, Brasília: Editora, 2009, p. 179-180.

e a inserção dos usuários e dos cidadãos na discussão dos rumos do saneamento ainda carecem de aprimoramentos, porém, o curso e a rota das ações merecem elogios.

Com a Lei nº 11.445/2007 e o seu Decreto regulamentador tivemos o início de um ciclo virtuoso de mudanças no setor, com a busca pela profissionalização – em contraponto à anterior politização –, instrumentos para harmonia entre o planejamento e a regulação da prestação destes serviços públicos e o controle social para garantir a transparência das ações.

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

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

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

As alterações trazidas com a Lei trouxeram significativas mudanças em pilares já consolidados na Política Nacional de Saneamento, que podem ser divididas em três blocos de conteúdo normativo, entendidos como: i) Novas atribuições relativas a recursos hídricos para a Agência Nacional de Águas (que passa a ser nominada como Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico); ii) Delegação de competências para edição de normas de referência relativas à regulação do saneamento básico à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico; e iii) Regramentos referentes à contratualização da prestação de serviços de saneamento básico, com destaque para a formação de blocos regionais⁷ para ganho de escala⁸.

Nesse cenário ainda de grande acomodação dos novos conceitos jurídicos é gestado o presente artigo, com o propósito de aprofundar o debate em relação ao papel do ente regulador infranacional na nova formatação do setor, com especial ênfase para a universalização da regulação.

2 A REGULAÇÃO INDEPENDENTE COMO INDUTORA DE SEGURANÇA JURÍDICA, PREVISIBILIDADE E TECNICIDADE PARA O SANEAMENTO BÁSICO

A regulação chega tardiamente ao saneamento básico – ao contrário de outros serviços regulados, como energia elétrica e telecomunicações –, notadamente pela opção constitucional consagrada de reconhecer ao serviço de saneamento básico a titularidade local, com decisão municipal na escolha do prestador (art. 175 da Constituição Federal) e a definição do regulador que deve fazer o acompanhamento e fiscalização desses serviços (art. 31 do Decreto Federal nº 7.217/2010).

Mesmo diante de críticas direcionadas aos reguladores infranacionais, em especial pela falta de padronização regulatória⁹ – classificada como insegurança jurídica –, devemos destacar que a regulação do saneamento é instrumento absolutamente positivo. A regulação independente trouxe tecnicidade, transparência e controle social para um setor historicamente desregulamentado e pautado em decisões locais e políticas.

⁷Nesse sentido o Decreto Federal nº 10.588/2020: “Art. 2º. A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização”.

⁸A ideia de ganho de escala com agrupamento de município para prestação regionalizada tem sido incentivada e bastante estudada, sendo um dos fomentadores o Banco Mundial. Cf. WORLD BANK GROUP. 2017. Joining Forces for Better Services: when, why, and how water and sanitation utilities can benefit from working together. World Bank, Washington, DC. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28095>> Acesso em 13 mai 2021.

Nesse sentido, preocupou-se a Lei federal em assegurar garantias institucionais ao regulador infranacional, como independência decisória, autonomia financeira e mandato fixo aos seus dirigentes, com vistas a enfrentar temas sensíveis, notadamente nas políticas tarifárias e qualidade dos serviços públicos, que têm impacto direto nos usuários-consumidores.

Há de se destacar, ainda, que a obrigatoriedade de indicação de regulador para os contratos (art. 11, III, da Lei Federal nº 11.445/2007) ou para a prestação direta dos serviços, através de autarquia ou secretaria municipal (art. 8º, §5º, da Lei Federal nº 11.445/2007), serve para incrementar segurança jurídica e estabilidade às relações existentes nos serviços públicos de saneamento básico, que são prestados em regime de monopólio¹⁰ natural e prescindem de supervisão regulatória, independentemente do modelo jurídico de prestação – se pelo privado ou pelo poder público.

Por fim, a regulação incrementa previsibilidade e tecnicidade na medida em que, diante do seu poder normativo¹¹, reconhecido pelo art. 23 da Lei Federal nº 11.445/2007, cria regras setoriais e impõe padrões e regulamentações até então inexistentes.

3 A UNIVERSALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO

À primeira vista o tema da definição do ente regulador pode parecer uma discussão extemporânea, já que passada mais de uma década desde a edição da Lei das Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico. O tema, infelizmente é bastante atual, pois muitos municípios ainda não dispõem de agência reguladora infranacional independente e deixam

de atender ao comando da Lei Federal nº 11.445/2007, o que torna a discussão do assunto atual e obrigatória.

Os recentes debates que envolveram o novo marco regulatório do saneamento básico sempre destacaram a relevância de padronização das práticas normativas dos entes reguladores infranacionais, encarregando a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA dos esforços para a unidade normativa nacional, dotando a sociedade de segurança jurídica e previsibilidade.

Entretanto, tema de pouca visibilidade e negligenciado nos debates dos últimos anos foi a baixa adesão brasileira à regulação do saneamento básico.

Com base em dados de 2020, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, para atendimento às novas atividades delegadas com a Lei Federal nº 14.026, realizou detalhado levantamento e identificou 1.785 municípios

¹⁰Nos dizeres de Carlos Roberto de Oliveira: “Enquanto delegatária de atribuições inerentes ao poder público, a concessionária submete-se a um regime rígido de deveres, que devem ser pautados sempre pela continuidade dos serviços. Evidente que grande parte do atrativo para a empreitada das empresas em tais atividades é a interessante retribuição por atuar em ramo de atividade – na maioria dos casos –, acobertada pela exploração de atividades estatal em regime de monopólio natural, o que incentiva muitos a assumirem o risco de operação”. Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Contratos de concessão e terceirização: tensões entre o público e o privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 30.

¹¹Destacam Wladimir Antônio Ribeiro e Ivan César Ribeiro : “[...] a posição hoje hegemônica é a que reconhece o poder normativo das agências, entendendo que a Constituição permite à lei reconhecer essa competência. Não se confunde o poder regulamentar, do chefe do Poder Executivo, com a competência de editar normas, muitas delas de conteúdo técnico ou previstas em contratos ou outros instrumentos. A lei genérica e abstrata do constitucionalismo clássico é insuficiente para os desafios sociais e econômicos atuais, sendo natural que se reconheça a órgãos do Executivo o poder de editar normas que completem o seu sentido, inclusive garantindo que alcancem eficácia”. Cf. RIBEIRO, Wladimir Antônio; RIBEIRO, Ivan César. Análise de impacto regulatório no Brasil. Migalhas, 21 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI117582,31047-Analise+de+impacto+regulatorio+no+Brasil>> Acesso em 20 mai 2021.

⁹Nos dizeres de Carlos Motta Nunes, Alexandre Anderaos e Cíntia Leal Marinho de Araújo: “Some of the major challenges of the WSS in Brazil have been a lack of standardization and regulatory effectiveness, lack of competition and attractiveness for the private sector, and, as a result, a lack of private investments”. Cf. NUNES, Carlos Motta; ANDERAOs Alexandre; MARINHO DE ARAUJO, Cíntia Leal. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. BRICS Law Journal. 2021;8(2):66-88. Disponível em: <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88>. Acesso em: 27 fev. 2022.

sem regulação, ou seja, 32% do número de municípios brasileiros (correspondendo a 40,1 milhões de habitantes)¹² ainda não contam com um ente regulador para fiscalizar e normatizar a prestação de serviços de saneamento básico (água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem urbana¹³).

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

Ademais, a questão da baixa adesão à indicação da regulação não está ligada somente ao desinteresse pelo cumprimento de uma norma, e sempre existiu debate jurídico – a nosso ver de fácil superação –, que questionava a viabilidade de regulação para os casos de prestação dos serviços de forma direta (por Secretaria ou Departamento) ou por ente da Administração Indireta do próprio Poder Público (através de autarquia ou empresa pública)¹⁴.

Poressalógica, muitos seramos defensores de que a regulação pública somente caberia diante de uma delegação de uma atividade estatal, através de contrato, para uma empresa privada (concessionária). Nesse sentido, o Poder Público (Concedente) transfere e delega ao privado a prestação dos serviços públicos por determinado período (mediante contrato de concessão) e reserva para si a fiscalização da qualidade, das metas e requisitos financeiros, o que se faz por entidade reguladora, dotada de independência decisória e autonomia¹⁵.

Respeitadas as posições defendidas, a tese sempre nos pareceu equivocada, pois dá a impressão que a regulação do saneamento só deve ocorrer em contratos, desprezando que o

verdadeiro objetivo da Lei é instituir uma política pública para aprimoramento do saneamento básico¹⁶, com fiscalização dos serviços, metas a serem observadas e clara política tarifária, pensada para acesso aos mais pobres, porém com evidente eixo de sustentabilidade para os investimentos necessários à universalização e melhoria dos sistemas existentes¹⁷.

¹³Cf. art. 3º, da Lei Federal nº 11.445/2007.

¹⁴Ao discorrer sobre a hipótese de regulação de prestadores públicos de serviços públicos, destaca André Saddy: “É certo que tal modelo possui vantagens em relação àqueles em que o ente se autorregula sozinho, afinal, é uma pessoa externa em comparação com o prestador que impõe, restringe e permite determinadas condutas. Mas é bem verdade que esse tipo de regulação não costuma surtir efeito satisfatório à população. O problema dessa forma de regulação é que a Administração direta não possui a especialização técnica devida e, pior, é titularizada por agentes políticos, o que, em muitos casos, ocasiona uma grande instabilidade e pouca racionalidade ao setor regulado. E tal ocorrência costuma levar a uma incapacidade de prever cenários e de desenhar políticas e diretrizes. Em suma, o mercado regulado pela Administração direta, em geral, fica sem instrumentos de coordenação e de controle e, por isso, acaba por possibilitar abuso dos prestadores”. Cf. SADDY, André. Regulação do saneamento básico: obrigatoriedade da existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize os serviços de saneamento básico. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Coord.). Aspectos jurídicos do saneamento básico, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 140-141.

¹⁵Cf. art. 21, da Lei Federal nº 11.445/2007.

¹⁶Tais dificuldades são realçadas por Carlos Ari Sundfeld: “Em outra oportunidade, deixei registrada a complexidade da regulação do setor apontando para três aspectos: “(a) as enormes externalidades (positivas e negativas) dos serviços de saneamento ambiental, que tornam dificultoso seu tratamento como atividade meramente econômica; (b) o fato de estarem envolvidas atividades indivisíveis, dificultando a delegação da prestação diretamente ao usuário final; e (c) as peculiaridades na definição do ente público titular do serviço”. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental, In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 311.

¹⁷Na avaliação de Verônica Cruz: “A instauração de aparato regulatório capaz de prevalecer sobre os vícios detectados anteriormente na administração pública ganhou corpo e assim as agências se multiplicaram e, atualmente no Brasil, controlam os mais distintos setores, de audiovisual a vigilância sanitária, passando por telecomunicações, saúde, energia e transportes”. Cf. CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, PEDRO IVO SEBBA (Org.) Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório, Brasília: Anvisa, 2009. p. 56.

¹²O detalhamento desses dados pode ser consultado no artigo: NUNES, Carlos Motta; ANDERAO, Alexandre; MARINHO DE ARAUJO, Cíntia Leal. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. BRICS Law Journal. 2021;8(2):66-88. Disponível em: <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88>. Acesso em: 29 jul. 2021.

Pensar a regulação não apenas para os contratos, mas para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico – independentemente da modelagem jurídica adotada para a prestação dos serviços, se pública ou privada – pressupõe reconhecer uma unidade de atuação para todos os brasileiros, garantindo que os serviços sejam regulados e fiscalizados, com tarifas técnicas, e não decisões políticas e eleitoreiras, o que tanto se almeja. Nesse sentido, a expressão que cunhamos e tanto defendemos nos últimos anos, a chamada “universalização da regulação”, foi atendida pelo novo marco regulatório e inserida com a Lei Federal nº 14.026/2020, através do §5º do art. 8º:

Art. 8º [...]

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

Sob essa nova perspectiva, com vistas ao aprimoramento da política pública de regulação dos serviços públicos de saneamento básico, passa a ser obrigação de todo município brasileiro escolher¹⁸ o ente regulador para os seus serviços públicos de água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem urbana, independentemente da modelagem da prestação dos serviços – se gerenciados pelo público ou pelo privado.

O desafio para a universalização da regulação está posto, cabendo agora uma política de incentivos e de esclarecimentos sobre as benéficas ações que serão desencadeadas com a escolha de um órgão técnico e independente para acompanhamento dos serviços.

¹⁸Nos termos do art. 31 do Decreto Federal nº 7.217/2010, foi definido: “As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular: I - diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou, II - mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos”.

Espera-se, com a regionalização da prestação dos serviços públicos, que muitos municípios – sem qualquer espécie de regulação definida - busquem aderir à regulação, por meio de convênio de gestão associada com a agência reguladora estadual ou por meio de consórcio público de regulação formado por municípios pertencentes ao mesmo estado da federação, possibilitando a geração de ganhos de escala e a garantia da uniformização das funções administrativas da regulação e da fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico.

4 OS DESAFIOS REGULATÓRIOS DO NOVO MARCO DO SANEAMENTO

Como destacado, a prerrogativa de indicação do ente regulador infranacional por parte do Executivo Municipal se dá pelo comando constitucional¹⁹ que define o Município como titular (responsável) pelas políticas públicas locais vinculadas ao saneamento básico. Nesse sentido dispõe a Política Nacional de Saneamento Básico:

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

[...]

II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação.

Diante dessa modelagem de competências, cabe ao Município-Titular eleger

¹⁹A competência legislativa para instituir “diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo habitação, saneamento básico e transporte urbano” pertence à União, conforme art. 21, inc. XX, da Constituição Federal; já no tocante à titularidade e execução de serviços públicos de interesse local, conforme art. 30, inc. IV, da Carta Magna, é de competência o Município, notadamente para: “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

o modelo mais adequado²⁰ para a formatação jurídica do seu ente regulador²¹, podendo optar por uma autarquia municipal (autarquia integrante da administração indireta do Município), por integrar uma agência de atuação regional, com formato de consórcio público de direito público, configurando uma autarquia interfederativa (conforme Lei Federal nº 11.107/2005) ou através de convênio de cooperação com ente regulador estadual (também respaldado pela Lei Federal nº 11.107/2005).

Aliás, considera-se como entidade de regulação, qualquer órgão ou entidade de direito público que possua competências próprias de natureza regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados (inciso IV, art. 2º, do Decreto nº 7.217/2010)²².

²⁰Rememora, com precisão, Ricardo Dip: “Não há um tipo uniforme ou modelo de ente regulador no direito brasileiro vigente, e ausência de previsão da natureza jurídica do instituto empolgou ao ponto de pretender-se admiti-lo sob o regime de uma pessoa jurídica de direito privado, ou seja, ao modo de uma descentralização social ou até a privatização. A experiência foi repulsada pelo STF (no julgamento plenário da ADI 1.717), que, declarando a inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei 9.649/1998, assentou conclusão no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir”. Cf. DIP, Ricardo Henry Marques. Os entes reguladores estaduais e municipais no Brasil. In: FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da (coord.). Agências reguladoras no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 294.

²¹Preconiza o art. 31 do Decreto Federal nº 7.217/2010 (que regulamentou a Lei Federal nº 11.445/2007): “As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular: I - diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou, II - mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos”.

²²Logo, as entidades reguladoras continuam sendo criadas por lei, sob a forma de autarquia especial ou de associação pública, sendo que sua atuação, no território de cada município, dar-se-á por definição do titular dos serviços públicos de saneamento básico, no âmbito de sua política pública de saneamento básico (art. 9º, II da LNSB).

Portanto as entidades reguladoras continuam sendo definidas por legislação do titular, podendo inclusive o exercício da função reguladora e fiscalizadora da prestação do serviço público de saneamento básico ser delegada para entidade reguladora de outro ente da federação, e no caso de gestão associada ou prestação regionalizada dos serviços, os titulares poderão adotar os mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da associação ou da prestação (art. 24 da LNSB), razão pela qual poderão coexistir mais de uma agência reguladora atuando, no âmbito da mesma prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico.

Com o advento da Lei Federal nº 14.026/2020, a competência municipal para a escolha do ente regulador infranacional foi reforçada – apenas reservada a exceção da regional metropolitana, com titularidade compartilhada –, porém alguns cenários futuros podem ser projetados sob a perspectiva do novo marco.

O primeiro cenário é que os conceitos de ganho de escala e de regionalização para prestação dos serviços tendem a enfraquecer o modelo municipal de prestação e regulação, já que as leis ordinárias estaduais criaram unidades regionais (art. 8º, §2º, da Lei Federal nº 14.026/2020) e prestigiam planejamento e prestação de serviços com ganho de escala. A tendência natural será a consolidação das agências reguladoras estaduais e o crescimento significativo de consórcios públicos para atuação nas unidades regionais, em sua condição de autarquias interfederativas.

O segundo cenário é que os entes reguladores ainda em fase de estruturação terão uma pressão por parte dos prestadores e titulares para adequação às normas de referência editadas pela ANA²³, sob pena de prejuízo à fonte de financiamentos públicos federais para os investimentos de universalização²⁴. Nesse sentido, todas as agências com baixa normatização e com processos ainda incipientes de fiscalização e regulação dos serviços tendem

²³Cf. art. 23, caput, da Lei Federal nº 11.445/2007.

²⁴Cf. regras do Decreto Federal nº 10.588/2020.

a perder espaço. Essa adaptação não será tarefa fácil para as entidades reguladoras infranacionais, muitas em fase de amadurecimento institucional, porém, uma participação ativa na elaboração dessas normas facilitará o processo de integração.

O terceiro cenário envolve o futuro da regulação local diante das pressões legislativas para um novo modelo de prestação e regulação pautados no ganho de escala e regionalização. A tendência é buscar arranjos de regulação que satisfaçam o novo modelo de contratualização regionalizada, com vistas a garantir aos prestadores dos serviços a possibilidade de acesso a recursos federais²⁵.

Esse modelo de indução parece enfraquecer do cenário de possibilidades a criação de novas agências reguladoras municipais.

O quarto cenário, bastante controverso para a regulação infranacional, tem a ver com a possibilidade e atuação de um regulador em outro Estado de Federação (art. 23, §1º-A, da Lei Federal nº 11.445/2007). Ao nosso ver a norma apresenta muitos problemas jurídicos e poucos resultados práticos, já que a condicionante de adesão ao regulador de outro Estado depende da inexistência de regulador no Estado ou que não atenda à norma de referência. As agências reguladoras estaduais estão presentes em mais de 90% do território nacional, o que torna a norma pouco provável de produzir efeitos práticos.

Por fim, independentemente do modelo jurídico de formatação do regulador infranacional, percebemos um círculo virtuoso para segurança jurídica e padronização da regulação. Aliás, a própria ANA, tem agido com transparência e franco diálogo com as agências estaduais, regionais e municipais e todos estão convencidos da necessidade de apoiar a concretização da Agenda Regulatória (Resolução ANA nº 105, de 18 de outubro de 2021²⁶).

²⁵Cf. art. 50, § 1º, da Lei Federal nº 14.026/2020.

²⁶Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2021/0105-2021_Ato_Normativo_18102021_20211020085344.pdf?09:35:59>. Acesso em 15 mar 2022.

A participação da reguladora federal será decisiva nesse processo e aguardamos que as “normas de referência” estimulem a cooperação entre os entes federativos, a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços, bem como possibilite a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais, incentivem a regionalização da prestação dos serviços com o estabelecimento de metas de cobertura e do atendimento aos indicadores de qualidade, promovam a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, observados os princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços, estabeleça critérios limitadores da sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final, independentemente da configuração de subcontratações ou de subdelegações e assegure a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (art. 4-A, §3º, da Lei Federal nº 9.984/2000).

5 CONCLUSÕES

A proposta do artigo foi apresentar os impactos do novo marco regulatório do saneamento (Lei Federal nº 14.026/2020) nas agências reguladoras infranacionais setoriais.

As novas perspectivas almejadas de padronização regulatória (através de normas de referência), regionalização da prestação de serviços por meio de unidades regionais – com vistas ao ganho de escala na prestação dos serviços –, e a indução ao modelo regionalizado de regulação, tendem a ganhar espaço nos debates jurídicos a partir de agora.

Recebeu ênfase a importância do fortalecimento da regulação infranacional, pois mesmo diante do curto período de implantação da regulação do saneamento básico, pode-se perceber a indução de boas práticas, profissionalização

do setor, previsibilidade e tecnicidade para o saneamento básico.

Foi registrado, ainda, o problema ainda não solucionado da universalização da regulação, e se queremos padronização precisamos partir da premissa que a regulação é uma realidade presente em todos os municípios brasileiros, o que não ocorre atualmente. Nesse sentido a Lei nº 14.026/2020 deu passo decisivo e existindo instrumentos de incentivo, teremos um modelo regulatório uniforme para o saneamento brasileiro.

Pauta de grande relevância deve surgir, ainda, com a acomodação das múltiplas modelagens de entes reguladores infranacionais de saneamento (municipais, intermunicipais e estaduais) frente ao novo marco, que altera consideravelmente os conceitos históricos de decisões locais e prerrogativas municipais para os serviços. A nova legislação, ao apostar em regionalização e ganho de escala, propõe nova ordem de definição para as políticas públicas de saneamento básico (água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem pluvial urbana), o que traz reflexo direto na modelagem jurídica dos reguladores setoriais.

Por fim, é importante destacar que as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 14.026/2020, não retiram atribuições e tampouco buscam eliminar a regulação setorial. O que se espera é uma maior tecnicidade das agências setoriais, que incorporarão uma série de obrigações impostas e que implicam em mudanças na forma de atuação, sendo que muitas agências precisarão adequar sua organização administrativa e suas estruturas técnicas de pessoal, promovendo melhorias no aspecto da governança regulatória e na forma de fiscalizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

REFERÊNCIAS

CRUZ, Verônica. **Estado e regulação: fundamentos teóricos**. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.) Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório, Brasília: Anvisa, 2009.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Os entes reguladores estaduais e municipais no Brasil**. In: FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da (coord.). Agências reguladoras no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 285-300.

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

HEINEN, Juliano. Saneamento básico. In: Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados. HEINEN, Juliano (Org.), Salvador: JUSPODIVM, 2021, p. 457-527.

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

_____. **Procedimento para elaboração das normas de referência**. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.

_____. **Velocidade da construção das diretrizes e prazo para a implantação das Normas de Referência pelas agências**. Brasília: Associação Brasileira das Agências de Regulação, 2020.

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

NUNES, Carlos Motta; ANDERAO Alexandre; MARINHO DE ARAUJO, Cíntia Leal. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. **BRICS Law Journal**, v. 8, n. 2, p. 66-88, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88>. Acesso em: 29 jul. 2021.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **Contratos de Concessão e Terceirização: Tensões entre o Público e o Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **A regulação infranacional e o novo marco regulatório**. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). Novo marco do saneamento básico no Brasil. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 73-87.

POSNER, Richard. **Natural monopoly and its regulation**. Washington: Cato Institute, 1999.

RIBEIRO, Wladimir Antônio; RIBEIRO, Ivan César. Análise de impacto regulatório no Brasil. Migalhas, 21 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI117582,31047-Analise+de+impacto+regulatorio+no+Brasil>> Acesso em 20 mai 2021.

SADDY, André. **Regulação do saneamento básico: obrigatoriedade da existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize os serviços de saneamento básico**. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Coord.). Aspectos jurídicos do saneamento básico, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-152.

SUNDFELD, Carlos Ari. **As parcerias público-privadas no saneamento ambiental**, In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

WORLD BANK GROUP. 2017. **Joining Forces for Better Services: when, why, and how water and sanitation utilities can benefit from working together**. World Bank, Washington, DC. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28095>> Acesso em 13 mai 2021.