

Resumo

Este artigo tem o objetivo de discutir os avanços introduzidos pelo Novo Marco Legal do Saneamento (NMLS) para a regulação do setor ao atribuir novas competências à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), bem como elencar desafios para o sucesso de sua implementação. As hipóteses discutidas são as seguintes: as novas atribuições da ANA – relativas à edição de normas de referência (NR) – constituem melhorias na regulação do setor, pois promovem maior homogeneização nas regras, e a implementação das NRs pode ser limitada pela incipiente capacitação e institucionalidade das entidades reguladoras infranacionais. Portanto, embora as alterações regulatórias introduzidas pelo NMLS contribuam para um ambiente normativo mais homogêneo e estável, o fortalecimento institucional das entidades reguladoras infranacionais e sua capacitação são críticos para seu sucesso.

Palavras-chave: Estratégia regulatória. Regulação setorial de saneamento. Normas de referência da ANA. Marco legal do saneamento.

Abstract

This article aims to discuss the advances introduced by the New Sanitation Legal Framework (NMLS) for regulating the sector by assigning new powers to the National Water and Sanitation Agency (ANA), as well the challenges for the success of its implementation. The hypotheses discussed are the following: ANA's new attributions – related to the publication of reference standards (RS) – represent improvements in the regulation of the sector, as they promote greater homogenization in the rules, and the implementation of RS may be limited by incipient technical skills and institutionality of subnational regulatory entities. Therefore, although the regulatory changes introduced by the NMLS contribute to a more homogeneous and stable regulatory environment, the institutional strengthening of subnational regulatory entities and their capacity building are critical to their success.

Keywords: Regulatory strategy. Sanitation regulation. ANA reference standards. Sanitation legal framework.

Introdução

O conceito de serviços públicos de saneamento básico no Brasil¹ contempla quatro modalidades: água, esgoto, resíduos sólidos urbanos e drenagem de águas pluviais. Ainda que o ideal seja a integração dessas modalidades, na prática, os serviços de água e esgoto costumam ser tratados conjuntamente e segregados das demais modalidades. Isso decorre de características técnicas, operacionais e econômicas que indicam forte sinergia entre água e esgoto, ao passo que entre as demais modalidades a relação estabelecida é mais fraca, ainda que relevante do ponto de vista do impacto cruzado.

Do ponto de vista normativo, tanto a Constituição quanto as leis setoriais optaram por tratar o saneamento básico como uma unidade, ainda que dispositivos específicos busquem endereçar questões particulares de cada modalidade.

O Brasil ainda enfrenta o desafio de universalizar o acesso aos serviços de água e esgotamento sanitário, visto que ainda há cerca de 32 milhões de brasileiros sem serviços de abastecimento de água e 90 milhões sem esgoto coletado e tratado (Brasil, 2022).

Com o intuito de promover condições legais e regulatórias favoráveis à universalização dos serviços de saneamento, foi editada a Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, conhecida como Novo Marco Legal do Saneamento. Essa lei, entre outras medidas, estabeleceu que a Agência Nacional de Águas (ANA) assumiria o papel de editar as normas de referência (NR) para o setor, além de promover sua coordenação regulatória.

1 Conforme art. 3º da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (Lei do Saneamento).

Nesse contexto, as questões a que este artigo pretende responder por meio de uma análise descritiva teórica, tomando por base pesquisa bibliográfica nacional, são: a adoção das NRs, editadas pela ANA, pelas agências infranacionais é relevante para o sucesso da lei federal na consecução do seu objetivo de promover um ambiente regulatório mais estável e homogêneo?; o condicionamento de acesso a recursos federais para investimentos em saneamento é condição suficiente para garantir a implementação das NRs?; há entraves que precisam ser superados para que essa adoção aconteça?

As hipóteses de pesquisa são: (i) o novo papel da ANA contribui para um modelo regulatório de saneamento mais homogêneo, transparente e estável que proporciona maior segurança jurídica para os investimentos necessários à universalização dos serviços públicos de saneamento no Brasil; (ii) a baixa capacitação e a fraca institucionalidade de boa parte das agências infranacionais são deficiências que precisam ser superadas para o sucesso da implementação das NRs e para o atingimento de seus objetivos; e (iii) há indícios de que os mecanismos de incentivo introduzidos no art. 50 da Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007 para que as entidades reguladoras infranacionais adotem as NRs sejam insuficientes.

Além desta introdução, este artigo foi organizado em cinco seções. A primeira tem o objetivo de apresentar um levantamento histórico do movimento de mudanças institucionais que levou à criação das agências reguladoras brasileiras ao fim da década de 1990 e início dos anos 2000, com destaque para a criação das agências nacionais, especialmente a ANA, seguida da criação das agências infranacionais, que atuam no setor de saneamento em decorrência de suas características federativas. A segunda exibe um breve histórico recente da evolução institucional da regulação dos serviços públicos de saneamento

básico no Brasil, culminando no diagnóstico que motivou o legislativo a estabelecer uma coordenação regulatória federal, na tentativa de criar um ambiente mais transparente, homogêneo e estável para novos investimentos no setor. A terceira descreve as novas atribuições da ANA – que consistem em editar normas de referência para o setor de saneamento – e as controvérsias que surgiram em um primeiro momento e que foram superadas por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como discute os benefícios gerados para o setor. Já a quarta apresenta um panorama da baixa capacitação e da institucionalidade incipiente das agências infranacionais que regulam os serviços de saneamento pelo país, as quais podem constituir obstáculo para o sucesso da implementação das NRs. A seção expõe, ainda, um levantamento dos municípios que tiveram acesso a recursos onerosos e não onerosos no período de 2013 a 2022, com vistas a debater a suficiência do incentivo legal de acesso a recursos federais como motivação para que as entidades reguladoras infranacionais (ERI) adotem as NRs. Por fim, são apresentadas as conclusões.

Regulação por agência no contexto de ampliação da delegação de serviços de saneamento ao setor privado

Com o aumento das demandas sociais, com o progresso tecnológico e com a insuficiência dos resultados sociais do modelo de intervenção estatal direta nas atividades econômicas, a partir da década de 1970 houve uma intensificação do debate sobre o papel do Estado a nível global. Como resposta, prevaleceram as teorias econômicas

neoliberais e muitos países começaram a rever seu modelo de Estado sob essa influência, reforçada pelo Banco Mundial e pelo Consenso de Washington, já no fim da década de 1980 (Batista, 1994). O Brasil foi um dos países que seguiu essa tendência.

Na década de 1990, com a mudança de estratégia da atuação do Estado brasileiro, cujo papel de interventor direto na atividade econômica começou a ser substituído pelo de regulador, teve início um processo de redução da atuação do Estado e ampliação da participação privada – com a gradativa substituição de estatais que prestavam serviços públicos por instituições privadas por meio de concessões e de parcerias público-privadas (PPP).

Esse movimento foi reforçado na legislação pela edição da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei das Concessões, e, quase dez anos depois, pela publicação da Lei de PPPs, Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Com isso, naquele momento houve a necessidade de segregar competências entre a administração pública direta e indireta para a regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas, conforme identificado por Guerra (2021a, p. 39-40).

É possível inferir que essas entidades, ainda que apresentando diferentes níveis de autonomia em relação à administração central, foram inspiradas nos influxos britânicos do *New Public Management* e estruturadas com características próximas ao sistema de agencificação estadunidense.

Foram então criadas agências reguladoras independentes, na forma de autarquias de regime especial, dotadas de autonomia perante a administração centralizada (Guerra, 2021a), com a função

de promover um equilíbrio entre os direitos e interesses das partes afetadas pela prestação dos serviços públicos, que são, no mínimo, o poder concedente, o concessionário e os usuários (Sundfeld, 2013) e, em uma visão mais sistêmica,² a sociedade e os agentes de outros setores que possam ser afetados.

Para que o direito administrativo dos negócios atinja seus fins, certas virtudes gerais precisam estar presentes em suas normas: racionalidade, simplicidade, previsibilidade, estabilidade e adaptabilidade. Especificamente quanto à administração reguladora, as medidas de autoridade e os instrumentos devem servir para desenvolver (incentivar, proteger e calibrar) os negócios, além de propiciar a realização de outros valores institucionais, como a justiça social, a proteção dos consumidores, a preservação ambiental e da saúde etc. (Sundfeld, 2013, p. 117).

Buscou-se com essa institucionalidade promover escolhas preponderantemente técnicas e fundamentadas na lei setorial e a separação entre formulação e execução de políticas públicas (Guerra, 2021a). Aqui vale ressaltar que a independência técnica dos dirigentes é uma das premissas que fundamentam o conceito de escolha regulatória.³

2 “A escolha regulatória, de forma transparente, deve perseguir o equilíbrio sistêmico, adotando os mecanismos que permitam, sempre que necessário, a efetiva participação popular” (Guerra, 2021b, p. 153).

3 Sobre a autonomia reforçada das agências reguladoras, postula Guerra (2021a, p. 33): “[...] entes de Estado poderiam atuar num ambiente de maior estabilidade, segurança jurídica, *accountability* e ficar insensíveis ou, ao menos ter instrumentos para reduzir pressões ilegítimas, com fins e interesses político-partidários”. Ainda sobre a criação das agências reguladoras independentes no Brasil, Aragão (2002, p. 219) afirma que “procurou-se, todavia, fazer com que a regulação de tais atividades não ficasse sujeita à variação dos humores político-partidários, dotando-se as entidades dela incumbidas de uma especial autonomia em relação ao Poder Executivo central, autonomia esta cuja principal nota é a nomeação dos seus dirigentes por mandato determinado, durante o qual é vedada a exoneração *ad nutum*”.

Uma das agências reguladoras independentes criadas na década de 2000 na esfera federal foi a ANA. Instituída pela Lei 9.984, de 17 de julho de 2000, e regulamentada pelo Decreto 3.692, de 19 de dezembro de 2000, a ANA tinha, originalmente, atribuição nacional relacionada à implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e competência estritamente federal de outorga de uso de águas da União (Aragão, 2002; Guerra, 2021a).

A agência é dirigida por uma diretoria colegiada composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não coincidentes de cinco anos, vedada a recondução. Ela conta ainda com uma procuradoria, uma ouvidoria, uma corregedoria e uma auditoria,⁴ além de comitês de governança e de ética (Guerra, 2021a).

Como no setor de saneamento ainda prevalece a interpretação de titularidade municipal, ao mesmo tempo que predomina a prestação de serviços por companhias estaduais, há diversas configurações de agências reguladoras infranacionais que regulam o setor: municipais, plurimunicipais e estaduais. Cabe ressaltar que as agências plurimunicipais surgem como resposta a um contexto de alto custo operacional envolvido na manutenção da regulação por meio de agências municipais, especialmente em municípios de menor porte e renda.

Assim, também a partir da década de 1990, foram criadas as agências reguladoras estaduais, que viriam a ter atribuições de regulação do setor de saneamento e que, em seus traços fundamentais, adotam o mesmo modelo da União, com a diferença de sua abrangência multisetorial (Guerra, 2021a). Já na esfera municipal, a

4 Foi consultado o organograma vigente da ANA em julho de 2023, disponível em: https://www.gov.br/ana/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/organograma/Organograma_19062023.pdf. Acesso em: 22 jul. 2023.

Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim (Agersa) foi a primeira agência municipal de regulação criada no Brasil, por meio da Lei 4.798, de 14 de julho de 1999, inicialmente com o objetivo de regular os serviços de saneamento.⁵ Alguns municípios, motivados pelo alto custo de manter entidades municipais de regulação, optaram por se consorciar e criar agências reguladoras intermunicipais (como são os casos de ARES-PCJ, ARIS CE, ARISB-MG, Agesan-RS, entre outras).

Um limitador da qualidade da regulação no setor de saneamento decorre do elevado conhecimento técnico exigido para a normatização desses serviços diante de estruturas de pessoal insuficientes, com capacitação incipiente e alta rotatividade nas agências reguladoras infranacionais.⁶

Em complemento, estudo realizado por Santos, Kuwajima e Santana (2020) apresenta exemplos das dificuldades de viabilização da universalização dos serviços de saneamento que sinalizam a importância de regras, sistemas de regulação e agências reguladoras com orçamento e infraestrutura que permitam superar parte da interferência política que vem prejudicando o setor.

Como será discutido mais adiante, há uma significativa heterogeneidade na governança e nos mecanismos usuais de proteção da

5 Tornou-se multisetorial pela Lei 5.807, de 29 de dezembro de 2005, passando a regular ainda o transporte, os espaços públicos, o lixo e os resíduos sólidos, a iluminação pública e a propaganda e publicidade. Disponível em: <https://agersa.es.gov.br/agersa/quem-somos/>. Acesso em: 15 jul. 2023.

6 Conforme Corrêa, Prado e Costa (2023, p. 78): “Disciplinar rotineiramente questões técnicas, econômicas, financeiras, jurídicas e, até mesmo, consumeristas, exige um conhecimento extremamente especializado por parte das agências subnacionais que, muitas vezes, não contam sequer com servidores em número ou qualificação adequadas para tanto”.

autonomia das agências infranacionais que atuam na regulação dos serviços públicos de saneamento.

Panorama da regulação setorial de saneamento no Brasil

Um relevante passo para a regulação do saneamento no Brasil foi dado em 2007, com a publicação da Lei 11.445/2007, conhecida como Marco Legal do Saneamento, regulamentada pelo Decreto 7.217, de 21 de junho de 2010.

A Lei 11.445/2007 promoveu importantes avanços no tratamento normativo do setor, entre os quais destacam-se: (i) instituição de princípios fundamentais; (ii) atribuição dada ao Ministério das Cidades de coordenar a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab), que estabelece metas nacionais e regionais para a universalização dos serviços de saneamento; (iii) permissão para o titular delegar, por meio de contrato, a prestação dos serviços de saneamento básico; (iv) condicionantes para validade desses contratos; (v) obrigatoriedade de previsão de normas de regulação, inclusive como condição de validade dos contratos; (vi) obrigação de o titular elaborar planos municipais de saneamento; e (vii) instauração de controle social.

No entanto, a implementação dos princípios regulatórios introduzidos pela lei de 2007 não se deu de forma completa e homogênea. Os avanços normativos, embora importantes, não foram suficientes

para criar o ambiente necessário para a efetivação dos investimentos compatíveis com as metas de universalização previstas no Plansab.⁷

No tema da regulação do setor, destaca-se o art. 30 do Decreto 7.217/2010, que delimita as competências para edição de normas regulatórias, estabelecendo os campos de reserva legal e de reserva de regulação.

Nos termos da legislação setorial, os municípios (titulares dos serviços) podem definir se criarão agência reguladora própria (autarquia municipal em regime especial), se delegarão as atribuições para outra entidade constituída (a exemplo das agências reguladoras estaduais) ou se exercerão o dever-poder regulatório mediante a criação de agência reguladora intermunicipal (consórcio público de direito público) (Brasil, 2018). Dada a diversidade e heterogeneidade da qualificação institucional dos entes federativos subnacionais e de suas agências reguladoras, não é viável estabelecer um único modelo ideal que sirva para todos. No entanto, alguns aspectos merecem ser avaliados para que seja possível identificar, tendo em vista suas especificidades, o modelo mais adequado a determinada localidade, como a população do município, sua renda e o tipo de prestador dos serviços de saneamento (municipal, estadual ou privado). Para exemplificar, corre-se maior risco de captura político-partidária quando o prestador e a agência reguladora compõem

7 Segundo o Ministério das Cidades, conforme Plansab publicado em 2014: “As metas de curto, médio e longo prazo – 2018, 2023 e 2033 – estabelecidas no Plansab foram definidas a partir da evolução histórica e da situação atual dos indicadores, com base na análise situacional do déficit, sendo em alguns casos necessário operar com estimativas, em vista de fragilidades dos dados atuais. Tendo presente a evolução mais recente dos indicadores, 80 especialistas foram consultados, em duas rodadas, empregando a técnica do Método Delphi, apresentando suas expectativas para o setor em 2030, com o Cenário 1 como referência para a política de saneamento básico no País”. As metas podem ser consultadas em: <https://antigo.mdr.gov.br/component/content/article/163-secretaria-nacional-de-saneamento/plansab/2615-6-metas-de-curto-medio-e-longo-prazos>. Acesso em: 18 jan. 2024.

a administração direta ou indireta de um mesmo ente subnacional. Já a dispersão excessiva de agências reguladoras frágeis institucionalmente, que tende a ocorrer na opção por agências municipais, especialmente em municípios de pequeno porte e baixa renda, facilita a captura pelo regulado.

Assim, antes de abordar a alteração institucional na regulação setorial de saneamento no Brasil introduzida pelo Novo Marco Legal do Saneamento (NMLS), Lei 14.026/2020, é importante apresentar um panorama da estrutura regulatória do setor naquele ano.

Desde 2009, a Associação Brasileira de Agências Reguladoras (Abar) conduz uma pesquisa anual com suas associadas sobre regulação em saneamento. Com base na pesquisa mais recente, publicada em 2021, havia 54 agências associadas que atuavam nos serviços de água e esgoto: seis em consórcios de municípios, uma distrital, 23 estaduais e 24 municipais (Abar, 2021). Essas agências abrangem cerca de três mil municípios, de um total de 5.570 existentes no país.

Como consequência do arranjo federativo constitucionalmente previsto, especialmente da titularidade do serviço, confrontado com um contexto de grandes desigualdades econômicas e institucionais, verificam-se falta de padronização regulatória e relevantes custos de transação aos prestadores públicos e privados. Os prestadores, muitas vezes, são regulados por diferentes entidades, em diferentes localidades, devendo se adaptar a regras regulatórias potencialmente diversas na prestação de um mesmo serviço.

As informações apresentadas no estudo da Abar apontam a diversidade das características institucionais dessas entidades e destacam alguns pontos de alerta.

Um primeiro aspecto a ser observado são as medidas adotadas pelas agências infranacionais para garantir a independência de seus dirigentes. O relatório da Abar apresenta as exigências para os cargos de direção nas agências infranacionais. A formação universitária, que deveria ser um critério considerado fundamental para a seleção de um dirigente de agência reguladora, é o nível de conhecimento técnico exigido em 25 das 35 agências que responderam a essa pergunta. Já o notório saber consta das exigências de 11 das respondentes, ainda que seja de difícil comprovação. A experiência comprovada por atestados aparece em 11 das respondentes. Além disso, seis das agências participantes declararam não ter exigências para os cargos de direção.

Ainda no tema da independência, o relatório apresenta informações sobre o processo de escolha dos dirigentes. Entre os 110 dirigentes analisados (34 agências responderam esse tópico), 89 são indicados e escolhidos pelo Poder Executivo. Destes, 30 dos dirigentes candidatos são sabatinados pelo Poder Legislativo e 4 são indicações corporativas (representação dos servidores, de consumidores, de delegatários, do sistema de defesa dos consumidores etc.). Além disso, 17 passaram por outro processo. Outra característica observada é a estabilidade dos dirigentes. Entre as 36 agências participantes, em 72% pode haver renovação do mandato do dirigente, uma não respondeu e em outra a lei não especifica esse ponto.

Outro ponto a salientar é a possibilidade de demissão do dirigente a qualquer tempo e sem motivo, que se contrapõe à existência de mandato para o cargo e que ocorre em 14% das agências respondentes. Esse aspecto tem forte relação com a possibilidade de interferência político-partidária na agência, o que contraria uma das principais justificativas de sua própria existência, a autonomia. Ainda, em 78% das agências as decisões são colegiadas.

Por fim, 75% das agências exigem que o dirigente, ao deixar seu cargo, permaneça por determinado período de quarentena, durante o qual continua recebendo salário, sem poder prestar qualquer serviço ligado a assuntos pertinentes ao seu cargo em outro órgão ou no prestador de serviços. Essa restrição mitiga o risco de captura pelos próprios agentes regulados.

Passando-se a examinar os resultados do relatório em termos de características do quadro gerencial e técnico das agências, há indícios de alta rotatividade, o que dificulta a efetividade das iniciativas de capacitação. No quadro gerencial, o vínculo que predomina é o de cargos comissionados (42,9%), seguido de 30,6% de servidores próprios e/ou concursados e de 26,5% de servidores cedidos de outras entidades. Se somarmos os cedidos com os comissionados chega-se a 69,4% de cargos gerenciais com ocupação que tende a maior rotatividade e menor independência. No mesmo sentido, na vinculação dos demais agentes públicos não investidos de funções de natureza gerencial, predominam relações que tendem a ser menos estáveis: 29,7% de comissionados, 20,2% de terceirizados, 10,3% de servidores cedidos e 2,1% de contratos temporários. Considerando, especialmente, a incipiência do desenvolvimento institucional das agências, a alta rotatividade implica maior dificuldade de capacitação técnica e institucional das equipes. Outro indicador da capacitação técnica é a produção acadêmica. Em 2020, foram publicados 117 artigos pelas agências que participaram da pesquisa, dos quais 70% foram concentrados em duas agências reguladoras estaduais.

Por fim, o relatório exhibe um levantamento da atividade regulatória das agências, no qual destaca-se que:

i) das 36 respondentes, oito agências declararam não ter feito no ano de 2020 a fiscalização de investimentos realizados, amortizados

ou depreciados, que deveria ser anual. Além disso, apesar de as agências participantes regularem mais de 2.400 municípios, apenas 265 tiveram seus investimentos fiscalizados;

ii) ao se analisar a quantidade de processos em aberto e concluídos durante o ano de análise, no início de 2020, as agências participantes da pesquisa contavam com 5.044 processos em aberto, 2.260 processos iniciados e 1.348 finalizados.

Contrapondo-se as informações constantes no relatório da Abar com as características de governança desejáveis nas agências reguladoras subnacionais, percebe-se que ainda há um caminho a ser percorrido para o atingimento das melhores práticas. Identifica-se a necessidade de melhorias na governança no sentido de mitigar riscos de captura política ou pelos regulados. Para combater o primeiro risco, são fundamentais a qualificação, o processo de indicação convalidado pelo legislativo e os mandatos descasados da diretoria da agência. Já para o segundo risco, além da independência financeira, são essenciais a implementação de quarentena para evitar que funcionários migrem para outras posições no setor e a constituição de equipes próprias das agências com capacitação técnica para lidar com questões e controvérsias cada vez mais complexas do setor. O número de fiscalizações realizadas e processos em aberto nas agências respondentes pode indicar que suas equipes estão subdimensionadas perante as necessidades de fiscalização, ou que há necessidade de consolidação das agências subnacionais.

A ANA, após receber a atribuição de coordenação regulatória do setor de saneamento em 2020, que será mais bem discutida na próxima seção, tem feito esforços para mapear as ERIs atuando no setor de saneamento, e, em 2023, havia identificado 89 instituições, sendo 47 municipais, 16 intermunicipais e 26 estaduais (ANA, 2020).

Ao comparar o mapeamento feito pela ANA de 89 entidades reguladoras dos serviços de saneamento com as 54 associadas da Abar e as 36 respondentes da pesquisa anual, nota-se que há poucas informações sistematizadas disponíveis sobre o perfil dessas instituições. Ainda assim, considerando a amostra do relatório, já é possível deduzir que há um relevante desafio de desenvolvimento institucional a ser enfrentado. A insuficiente capacidade institucional pode ser depreendida do levantamento realizado pela Abar sobre a qualificação da equipe técnica e gerencial das agências associadas, conforme já apresentado.

Cabe destacar que, embora seja preciso melhorar muito, um importante passo já havia sido dado pelo governo brasileiro para aprimorar a regulação do saneamento em 2016. Naquele ano, teve início o projeto “Assistência técnica, elaboração de estudos e capacitação técnica em regulação e fiscalização de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário”, no âmbito do programa Interáguas, conduzido pela parceria estabelecida entre o governo brasileiro, representado pelo Ministério das Cidades, e o Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura (IICA), que ficou conhecido como Regulasan. Seu objetivo geral era

contribuir para a melhoria das atividades regulatórias, atendendo aos dispositivos estabelecidos na Lei 11.445/2007 e no Decreto 7.217/2010, por meio da transferência de conhecimento, de ações para melhoria da governança, da implementação de metodologias e processos, do planejamento, da instrumentalização de entidades responsáveis pela regulação, da qualificação dos quadros técnicos e do desenvolvimento de estudos técnicos sobre temas de interesse nacional, contribuindo

do para a melhoria da regulação e, consequentemente, da gestão e qualidade dos serviços públicos ofertados à população, com efeito disseminador para a regulação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário em todo o País (Brasil, 2016b, p. 7).

O projeto era composto por 22 produtos que envolviam desde atividades de planejamento, passando por assistência técnica a um conjunto de agências reguladoras infranacionais selecionadas, até estudos, cursos e eventos (Brasil, 2016b).

Novas atribuições dadas à ANA pela Lei 14.026/2020

Em 2020, as competências da, até então, Agência Nacional de Águas foram ampliadas para incorporar o tema do saneamento básico pela publicação da Lei 14.026/2020. O principal objetivo era criar um ambiente normativo que favorecesse a universalização do acesso aos serviços de saneamento.⁸ Para isso, a lei buscou, entre outros aspectos, estimular investimentos privados no setor, sobretudo ao vedar a assinatura de novos contratos de programa sem prévia licitação,⁹ e conferiu à ANA as atribuições de editar normas de referência e

⁸ No Brasil, ainda há quase 32 milhões de pessoas sem acesso à água tratada e 90 milhões de pessoas sem coleta de esgoto. Dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (Snis) (Brasil, 2022).

⁹ Conforme Lei 14.026/2020, art. 7º, “A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária” (Brasil, 2020).

supervisionar a regulação do setor,¹⁰ com vistas a reduzir a heterogeneidade regulatória e ampliar a segurança jurídica.

Conforme Corrêa, Prado e Costa (2023), a justificativa desse novo desenho regulatório pode ser encontrada na Medida Provisória (MP) 844, de 6 de julho de 2018, que precedeu o NMLS. Na exposição de motivos da MP, manifesta-se a preocupação de promover uma coordenação regulatória com o desenvolvimento de boas práticas de governança. Essa necessidade já era objeto de recomendação do Tribunal de Contas da União (TCU),¹¹ que apontava a falta de coordenação e articulação no setor de saneamento como uma das principais causas de sua ineficiência e dos baixos níveis de universalização, recomendando à Casa Civil da Presidência da República a institucionalização de instância interministerial de coordenação, articulação e integração entre os atores responsáveis pelas principais ações na área de saneamento básico. Essa recomendação resultou na criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Cisb),¹² mas também reforça a justificativa de uma coordenação regulatória para desenvolver e homogeneizar o ambiente e a prática das ERIs.

10 Conforme Lei 14.026/2020, art. 2º, “A ementa da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação: “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” (Brasil, 2020).

11 TCU. Acórdão 3.180/2016 – Plenário. Min. Rel. André Luís de Carvalho. Sessão de 7 dez. 2016.

12 Conforme Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, art. 53-A: “Fica criado o Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Cisb), colegiado que, sob a presidência do Ministério do Desenvolvimento Regional, tem a finalidade de assegurar a implementação da política federal de saneamento básico e de articular a atuação dos órgãos e das entidades federais na alocação de recursos financeiros em ações de saneamento básico. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)” (Brasil, 2007).

Como a titularidade dos serviços de saneamento básico é municipal nos casos de interesse local e exercida de forma compartilhada entre municípios e estado nos casos de interesse comum (regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões), não caberia uma regulação federal. Assim, a edição de NRs acompanhada de mecanismo de indução foi a opção estratégica do legislativo para estabelecer diretrizes que, se adotadas, reduziriam a heterogeneidade regulatória existente no setor, decorrente da diversidade de ERIs.

O instituto das NRs era inédito na legislação e na doutrina brasileira e sua inserção no setor de saneamento, por meio da introdução do art. 4º-A na Lei 9.984/2000, pela Lei 14.026/2020, não foi acompanhada de sua conceituação. Conforme Scaff e Guimarães (2021),¹³ com um esforço interpretativo no exame do art. 23 do NMLS, depreende-se que as NRs podem ser entendidas como diretrizes, o que se coaduna com as competências da União, conforme inciso XX do art. 21 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB/88).

13 “Inicialmente, porque o art. 23 da LNSB, conforme alterado, refere-se a tais normas como diretrizes, ao determinar que: ‘a entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: [...]’” (Scaff; Guimarães, 2021, p. 22). Tais dimensões resumem os conteúdos sobre os quais devem ser editadas normas de referência, nos termos do §1º do art. 4º-A da Lei da ANA.

Para incentivar a adoção das NRs pelas ERIs, o NMLS incluiu o inciso III no art. 50 da Lei 11.445/2007,¹⁴ que estabelece um rol de condicionantes para acesso a recursos públicos e financiamentos federais, que constituem relevante fonte para os investimentos do setor de saneamento.¹⁵ Trata-se de mecanismo de indução de comportamentos por incentivos, conhecido na literatura como *spending power*, ainda pouco explorado pela doutrina e jurisprudência brasileira¹⁶ e usualmente utilizado como instrumento de políticas públicas.

Vale ressaltar que o art. 50 da Lei 11.445/2007 já previa outros condicionantes e que esse mecanismo de política pública já vinha sendo aplicado pelo Governo Federal, mas a Lei Federal 14.026/2020, além de ampliar seu escopo, introduziu uma nova dimensão de regulação por incentivos.

Essa nova atribuição da ANA teve sua constitucionalidade questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.536/2021, que foi examinada pelo STF, com relatoria do Ministro Luiz Fux. Os requerentes apontavam, em síntese, que os atos normativos

14 Lei 11.445/2007, 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, 2007)

15 Em 2020, dos R\$ 13,7 bilhões aportados para investimentos em saneamento (água e esgoto), R\$ 3,6 bilhões foram de recursos onerosos e R\$ 1,2 bilhão, de recursos não onerosos, o que indica a relevância dos recursos federais para o setor, conforme dados do SNIS (Brasil, 2021).

16 “[...] mecanismo ainda pouco explorado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, é conhecido pelo nome de *spending power* na experiência estrangeira (poder de gasto ou de orçamento, em uma tradução livre)” (Corréa; Prado; Costa, 2023, p. 73).

delegados à agência influenciariam sobremaneira a titularidade municipal dos serviços, o que configuraria ofensa ao art. 18, ao *caput* do art. 19 e aos incisos I e V do art. 30 da Constituição Federal Brasileira.¹⁷

O relator ressaltou em seu voto que compete à União instituir diretrizes para o saneamento básico e legislar sobre águas (inc. XX do art. 21 e inc. IV do art. 22 da CFB), além de legislar sobre normas gerais de licitações e contratos (inc. XXVII do art. 22 da CFB). Também destacou que o saneamento básico tem influência direta na saúde pública, o que justifica a competência material compartilhada entre União, estados e municípios nos termos do inc. IX do art. 23 da CFB de buscar uniformizar a qualidade do saneamento básico, em consonância com incisos II e III do art. 3º da CFB, que tratam dos objetivos do Estado de garantir o desenvolvimento nacional e reduzir desigualdades sociais e regionais. O relator concluiu, por fim, que não há inconstitucionalidade nas alterações introduzidas pela Lei 14.026/2020 na Lei 9.984/2000, ao atribuir à ANA as responsabilidades de editar normas de referência para o setor de saneamento e de promover sua coordenação regulatória. Considerou que as normas, por terem caráter de referência, visando a melhoria do serviço, não afastam a titularidade dos municípios quanto aos serviços públicos de saneamento básico, preservando sua autonomia, em acordo com o art. 18, *caput* do art. 29 e incs. I e V do art. 30 da CFB. O tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta.¹⁸

¹⁷ Acórdão do STF, publicado em 25 de maio 2022, *DJE* nº 100, ATA 88/2022, cujo inteiro teor está disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351391741&ext=.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2023.

¹⁸ Nos termos do voto do Ministro Luiz Fux (presidente e relator).

A referência à ADI 6.536/2021 teve o objetivo de ilustrar a controvérsia sobre as novas atribuições da ANA e sua superação pela decisão do STF, que na sua deliberação reforçou os limites do caráter de diretrizes e referencial das normas a serem editadas pela ANA, apresentados no parecer do relator.

Retomando a discussão das mudanças introduzidas pelo NMLS, o art. 4º-A da Lei 9.984/2000, inserido pela Lei 14.026/2020, expõe um rol taxativo de temas para os quais cabe à ANA estabelecer normas de referência para:

- (i) fixar padrões de qualidade e eficiência na prestação dos serviços; (ii) a regulação tarifária; (iii) a padronização dos instrumentos negociais; (iv) a definição de metas de universalização; (v) a definição de critérios para a contabilidade regulatória; (vi) a redução progressiva e controle da perda de água; (vii) a metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados; (viii) governança das entidades reguladoras; (ix) reúso dos efluentes sanitários tratados; (x) parâmetros para determinação de caducidade; (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; e (xiii) conteúdo mínimo de prestação universalizada com sustentabilidade econômico-financeira.

Isso demonstra que a própria lei de saneamento delimita o espaço de atuação da ANA no setor, configurando seu espaço de reserva regulatória.

Cabe ainda observar que essa lista cobre os temas mais relevantes para a regulação dos serviços públicos de saneamento. De forma a organizar e pactuar com as partes interessadas a priorização da edição das NRs, a ANA tem publicado anualmente sua agenda regulatória, que apresenta a previsão de edição das NRs para os próximos três anos e que, assim como as próprias NRs, é submetida a participação social por meio de consulta pública.

Até dezembro de 2023, foram editadas três NRs pela ANA e publicadas duas resoluções relativas à regulação de saneamento. A primeira NR foi publicada em junho de 2021 e trata da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos. A segunda NR, publicada em novembro de 2021, dispõe sobre a padronização de aditivos a contratos de programa e de concessão para implementação de metas de universalização, conforme art. 11-B da Lei 11.445/2007, modificada pela Lei 14.026/2020, que deveriam ter sido concluídos até 31 de dezembro de 2022. A terceira NR, publicada em agosto de 2023, dispõe sobre metodologia de indenização de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados dos contratos de prestação de serviços de água e esgoto. Trata-se de um importante avanço na regulação do setor, por contemplar regras mais claras e estáveis tanto para a regulação por contrato quanto para a discricionária.

Em complemento às NRs, em outubro de 2021 foi publicada a Resolução ANA 102/2021, que aprova seu próprio manual de elaboração de atos regulatórios. Em novembro de 2022, foi publicada a Resolução ANA 134/2022, que disciplina requisitos e procedimentos para comprovação da adoção das NRs pelas ERIs. Vale lembrar que essa comprovação é um dos requisitos previstos no art. 50 da Lei 11.445/2007, introduzido pela Lei 14.026/2020, para

acesso a recursos federais voltados à aplicação no setor de saneamento (principalmente destinados a investimentos).

Ainda que tenha havido críticas quanto à lentidão da ANA na publicação das NRs, a demora é justificável pelo desafio de formação de equipe da própria agência, a partir da cessão de servidores de outros órgãos, bem como pelo universo diverso e heterogêneo de regulação infranacional, que precisa ser tratado.

Diante desse cenário, a mudança no marco regulatório no sentido de uniformizar regras gerais contribui para a criação de um ambiente regulatório mais homogêneo e estável, desde que os incentivos introduzidos pelo NMLS sejam suficientes para induzir a adoção das NRs pelas entidades infranacionais reguladoras. A pergunta que daí decorre é: o acesso a recursos federais é incentivo suficiente para que as entidades regulatórias infranacionais adiram às NRs editadas pela ANA?

Normas de referência e modelo de regulação por incentivos no setor de saneamento: potencial e limitações

Uma das características da desafiante coordenação federativa do saneamento é a relevância dos recursos da União e dos bancos federais (BNDES e Caixa) no financiamento dos investimentos do setor. É importante ressaltar que esse acesso é sempre condicionado à capacidade do postulante (município, estado, autarquia municipal ou companhia estadual) de planejar e elaborar projetos e, nos casos de

financiamentos (recursos onerosos), soma-se a capacidade de endividamento e pagamento e de constituição de garantias. Com isso, não são todos os postulantes que conseguem comprovar esses requisitos. Diante desse cenário, cabe questionar se o condicionamento de acesso a recursos seria suficiente para garantir a implementação das NRs.

O potencial alcance dos recursos federais pode significar uma limitação no poder de indução do mecanismo de *spending power* previsto no NMLS, aqui avaliado enquanto incentivo para adoção das NRs pelas ERIs. Para verificar essa hipótese, acessou-se a plataforma da série histórica do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (Snis)¹⁹ e foi realizada a seguinte consulta: municípios brasileiros beneficiados por recursos onerosos e não onerosos no período de 2013 a 2022 em valores anuais superiores a R\$ 50.000,00²⁰ por pelo menos dois anos. Na pesquisa, incluíram-se todas as possibilidades de natureza jurídica do beneficiário e todos os prestadores atuantes no setor, selecionando a família de informações financeiras e, dentro dela, os indicadores: FN031 – investimento com recursos onerosos realizado pelo prestador de serviços; FN032 – investimento com recursos não onerosos realizado pelo prestador de serviços; FN046 – investimento com recursos onerosos realizado pelo município; FN047 – investimento com recursos não onerosos realizado pelo município; FN056 – investimento com recursos onerosos realizado pelo estado; e FN057 – investimento com recursos não onerosos realizado pelo estado.

¹⁹ <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/>. Acesso em: 14 jul. 2023.

²⁰ Valor arbitrado pela autora por ser considerado o mínimo para se caracterizar investimento relevante no ano pesquisado.

Cabe esclarecer que o número de municípios que responderam ao Snis variou no período e que, em 2022, a coleta de dados envolveu 5.335 municípios (95,8% do total) para a modalidade de água e 4.774 municípios (85,7% do total) para a modalidade esgoto. Além disso, a metodologia adotada pelo Snis exclui a contabilização de atendimento por sistemas alternativos.

Segundo dados do Snis, o número de prestadores atuando nas modalidades de água e esgoto vem crescendo ao longo do tempo: em 2013, eram 5.407; em 2022, já foram 6.359. Uma premissa adotada na análise dos dados foi de que, se o prestador que atende a mais de um município teve acesso a recursos onerosos ou não onerosos por três anos ou mais, ele tem capacidade de acessá-los e aplicá-los em todos os municípios aos quais atende. Isso porque, em geral, as companhias estaduais de saneamento básico (Cesb) reportam seus investimentos com recursos onerosos e não onerosos alocados apenas na capital, o que não reflete necessariamente a realidade de sua aplicação. Outra premissa foi de que os prestadores privados têm condições de acesso a recursos onerosos.

O resultado apurado foi que, das 27 Cesb (considerando a Companhia de Saneamento de Minas Gerais – Copasa e a Copasa Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais – Copanor, sua subsidiária, separadamente) que atendem a 3.965 municípios, 14, que atendem a 3.207 municípios, tiveram acesso a recursos onerosos e não onerosos. Já os prestadores privados que atuam em arranjos regionais atendem a 231 municípios,²¹ e em concessões

21 Excluindo-se as sobreposições de investimentos em municípios atendidos pela companhia privada e por Cesb.

municipais atendem a mais 111²² municípios. Dos 1881 serviços municipais prestados pela administração direta ou indireta, excluindo-se a sobreposição com prestação realizada por Cesb ou companhia privada, apenas 53 tiveram acesso aos recursos onerosos e não onerosos, conforme critérios já reportados. Assim, 3.602 tiveram potencial acesso aos recursos onerosos e não onerosos nos últimos dez anos. Esse dado é indicativo do número de municípios que apresentam condições potenciais para acessá-los nos próximos anos. Com isso, estima-se que cerca de 35% dos municípios brasileiros não teriam acesso a recursos federais mesmo que cumprissem os condicionantes estabelecidos pela Lei 11.445/2007 em seu art. 50.

Há, portanto, indícios de que o mecanismo de indução de adoção das NRs para esse contingente pode ser insuficiente. Tendo em vista que são justamente os municípios mais carentes que têm piores déficits de saneamento e menor capacidade institucional e econômico-financeira,²³ a indicação de baixa probabilidade de acesso a recursos federais torna-se ainda mais preocupante.

Vale a ressalva de que as NRs são direcionadas às entidades reguladoras infranacionais. Como parte dessas agências têm abrangência intermunicipal (regionais ou estaduais), elas podem ser estimuladas a adotar as NRs por um subconjunto de municípios que regulam e que acessam recursos federais, beneficiando os demais.

Por outro lado, com o movimento de ampliação da prestação regionalizada, especialmente das concessões implementadas nos últimos anos, tem-se buscado concentrar a regulação em uma única

²² Excluindo-se as sobreposições de investimentos em municípios atendidos pelo privado e por Cesb.

²³ Como pode ser constatado em estudos como o dos pesquisadores Saiani, Toneto Júnior e Rodrigues (2023).

agência reguladora. Essa medida, além de promover homogeneidade na regulação da estrutura regionalizada, facilita o incentivo da agência infranacional para aderir às NRs editadas pela ANA, uma vez que o acesso a recursos federais constitui fonte relevante para realização dos investimentos necessários ao atingimento das metas de universalização assumidas. Nesse ponto, vale destacar a atuação do BNDES no apoio a entes nacionais para a estruturação de projetos que visam ampliar a participação privada no setor, que, entre outros benefícios, promove a homogeneização da regulação dos serviços nos municípios abrangidos pelo projeto, bem como a adoção de boas práticas regulatórias.²⁴

Ainda que as concessões mais recentes em saneamento tenham evoluído em termos da regulação por contrato, a regulação discricionária ainda predomina no setor. Em ambos os casos, o papel da agência reguladora é fundamental para o bom desempenho da prestação e para o equilíbrio dos interesses e direitos das partes envolvidas (poder concedente, prestador de serviços e usuários).

Outro aspecto que pode configurar um entrave relevante à implementação das NRs pelas entidades reguladoras infranacionais é a frágil institucionalidade e a baixa capacitação das ERIs. Conforme relatório do Regulasan publicado pelo Ministério das Cidades:

24 “Os contratos mais recentes de concessão, especialmente os de saneamento, incorporam modernos conceitos de regulação por performance, buscando associar o desempenho e a remuneração da concessionária a indicadores de resultado na ampliação do acesso aos serviços de saneamento e de qualidade dos serviços prestados. Muitos incorporam a figura do verificador independente, que busca reduzir a assimetria de informações e mitigar discussões referentes a medições. Contam, ainda, com uma matriz de riscos que pretende alocar os riscos à parte com maior poder de gerenciá-los ou mitigá-los. Vale ponderar que o estabelecimento de cláusulas bem desenhadas nos contratos é fundamental, mas não é suficiente para assegurar o seu cumprimento. É preciso que as entidades reguladoras atuem e que o poder concedente se capacite para gerir tais contratos” (Capanema, 2022, p. 29-30).

A simples edição de uma norma regulatória não significa efetivamente seu cumprimento por parte dos atores setoriais. Tanto a agência reguladora, como o prestador de serviços, cada um dentro de sua competência institucional, tem que dispor de condições básicas, seja no tocante aos aspectos institucionais, seja em relação às condições técnico-operacionais e financeiras.

[...]

É também necessário que as agências disponham de pessoal técnico adequadamente qualificado e remunerado para elaboração e verificação do cumprimento das normas e das disposições legais em geral. É importante que haja permanente atualização e capacitação dos técnicos das agências, no sentido de estarem preparados para compreender a complexidade e a constante evolução do ambiente regulado.

Sobre o tema da necessária capacitação das ERIs, em 2021, a ANA publicou seu Plano de Capacitação em Regulação no Saneamento para o período de 2021 a 2024,²⁵ desenvolvido com apoio do Banco Mundial. Um dos principais objetivos do plano é garantir que todos os servidores (e demais atores) que executam tarefas relativas à regulação do setor de saneamento básico tenham acesso a ações de educação e capacitação que lhes forneçam conhecimentos e ferramentas importantes para seu trabalho. Para isso, o documento estabelece como meta que, no mínimo, 75% das agências reguladoras infranacionais frequentem, pelo menos, um curso de capacitação entre os cursos previstos por ano, a partir de 2022.

25 Disponível em: https://capacitacao.ana.gov.br/images/documentos_pdf/PNCS_final.pdf. Acesso em: 15 jul. 2023.

O plano contempla dois grandes blocos: conhecimentos fundamentais (noções de saneamento e de regulação) e conhecimentos específicos (governança regulatória, regulação técnica, regulação econômica e regulação contratual). Em complementação, a ANA firmou acordo de cooperação técnica com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que inclui como um de seus objetivos a realização de ações de capacitação no tema de regulação do saneamento. Em janeiro de 2024, a ANA lançou também o Programa de Incentivo ao Fortalecimento da Governança Regulatória do Saneamento Básico (Pró-Saneamento), voltado à capacitação das ERIs. O programa inclusive prevê pagamento por resultados, além de avaliação das ERIS em termos de boas práticas e governança.²⁶

O desafio da capacitação das ERIs certamente ultrapassa os esforços da ANA. Para que de fato ocorra e tenha efeitos de longo prazo, é preciso que as equipes técnicas das ERIs sejam reforçadas e que sua remuneração seja suficientemente atrativa para garantir uma baixa rotatividade.

Um dado que sinaliza positivamente o sucesso da implementação das NRs é a própria expectativa dos dirigentes e colaboradores das agências infranacionais sobre o potencial das NRs de promover o desenvolvimento institucional e financeiro e a independência de suas entidades. É interessante observar os resultados da pesquisa conduzida pelo Instituto Trata Brasil em parceria com a Abar em 2021 (Instituto Trata Brasil; Abar, 2021). Foram consultados dirigentes e técnicos de 56 agências reguladoras de saneamento associadas da Abar e mais dez não associadas, sendo que 48 responderam à pesquisa. De maneira geral, as visões dos dirigentes convergiram

26 Resolução ANA 179, de 15 de janeiro de 2024.

com as dos colaboradores. O papel da ANA foi percebido como de grande relevância, especialmente em relação às expectativas de fortalecimento da regulação infranacional.

A superação das dificuldades para a efetiva adoção das normas de referência, que resultaria em um ambiente regulatório homogêneo e estável, é fundamental para a ampliação da segurança jurídica no setor, criando um ambiente mais atrativo para a realização de investimentos com o objetivo de atingir as metas de universalização. Com isso, o Brasil conseguirá saldar uma dívida histórica com a população brasileira: a de acesso a água potável e esgoto tratado, já reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como direito fundamental.

Outro aspecto que precisará ser observado na elaboração das normas de referência é o equilíbrio entre seu caráter de diretriz e o conteúdo mínimo suficiente para resultar na redução da heterogeneidade das normas exaradas pelas agências infranacionais e para promover melhorias na governança desses entes, de forma a garantir sua tecnicidade e autonomia – aspectos que fundamentam sua própria existência.

Considerando a heterogeneidade e a baixa capacitação institucional de parte significativa das entidades reguladoras infranacionais dos serviços públicos de saneamento, o caminho a ser percorrido na edição das normas de referência precisa considerar uma trajetória gradual, mas crescente, de melhoria da governança das ERIs e de sua evolução na emissão de normas a partir das melhores práticas regulatórias.

Conclusões

O Marco Legal do Saneamento, instituído pela Lei 11.445/2007, entre outros avanços, definiu competências para as entidades reguladoras do setor. Já em 2020, a partir de um diagnóstico de excessiva fragmentação regulatória e fragilidade das entidades reguladoras infranacionais, foram introduzidas novas atribuições à ANA, dentre as quais se destacam a edição de normas de referência e a coordenação regulatória para o setor de saneamento. No mesmo dispositivo legal, Lei 14.026/2020, foi criado um mecanismo de regulação por incentivo por *spending power*, ao se condicionar o acesso a recursos federais para o setor de saneamento à adoção das normas de referência da ANA.

Vencida a polêmica sobre a constitucionalidade desses dispositivos e qualificados os avanços proporcionados pelo Novo Marco Legal do Saneamento para o arcabouço regulatório do setor, cabe indagar se o poder de indução do mecanismo de incentivo utilizado e as limitações institucionais das entidades reguladoras infranacionais podem dificultar sua implementação.

Por um lado, há um número expressivo de municípios brasileiros que não tiveram acesso a recursos onerosos e não onerosos nos últimos dez anos, indicativo de fraco *enforcement* do incentivo por meio de acesso a recursos federais para esse conjunto. Por outro, as próprias ERIs veem na adoção das normas de referência uma oportunidade para seu robustecimento institucional. Ainda assim, esbarram em suas atuais fragilidades institucionais e de equipe, que podem constituir entraves para a implementação das NRs.

Atenta a essas dificuldades, a ANA desenvolveu um plano de capacitação voltado para as entidades reguladoras infranacionais. A conjugação desse esforço com o reforço das equipes das ERIs, em termos de qualificação técnica e independência de seus decisores, é fator necessário para o sucesso da implementação das NRs.

Outro fator positivo que pode colaborar para o sucesso da implementação das NRs e, mais do que isso, para a melhoria do ambiente regulatório, é a uniformização regulatória e a evolução da regulação por contrato nas recentes concessões regionalizadas. Vale destacar o papel do BNDES na modelagem desses contratos, nos casos em que deu suporte aos entes subnacionais na estruturação da concessão de seus serviços de saneamento.

A superação dos entraves e das limitações apontadas é um elemento fundamental para o sucesso da implementação das NRs e, consequentemente, para uma melhora expressiva do ambiente regulatório e da segurança jurídica no setor.

Com isso, este artigo buscou discutir que, se por um lado as novas competências atribuídas à ANA pelo Novo Marco Legal do Saneamento, de edição de normas de referência e de coordenação regulatória, constituem importante avanço na regulação do setor, por outro, há condicionantes para o sucesso dessa estratégia. O mecanismo de regulação por incentivos escolhido pelo legislador pode ter seu alcance limitado se outras medidas complementares não forem devidamente tratadas no processo de implementação das NRs. Nesse aspecto, destaca-se o desafio de superar as fragilidades técnicas e institucionais das entidades reguladoras infranacionais.

Referências

ABAR – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS REGULADORAS. *Saneamento básico – Regulação 2021*. Brasília, DF: Abar, 19 de outubro de 2021. Disponível em: <https://abar.org.br/biblioteca/#1581526808041-72662194-cb9a>. Acesso em: 14 jul. 2023.

ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. Entidades infranacionais. ANA, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamentobasico/agencias-infranacionais>. Acesso em: 14 jul. 2023

ARAGÃO, A. S. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BATISTA, P. N. *O Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. 2. ed. [S. l.]: Pedex, 1994. (Cadernos Dívida Externa, n. 6).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016a.

BRASIL. Ministério das Cidades. *Relatório 1 – Plano de Trabalho e Metodologia Ajustados: consultoria para ações de assistência técnica, elaboração de estudos e capacitação técnica em regulação e fiscalização de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário*. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2016b. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/regulasan/produtoi-planodetrabalho.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2024.

BRASIL. Ministério das Cidades. *Regulasan: regulação em saneamento básico. Publicação I: consultoria para ações de assistência técnica, elaboração de estudos e capacitação técnica em regulação e fiscalização de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário*. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2018. (DP 168/2015). Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/regulasan/6PublicacaoiNormativosRegulatorioseAdequacaoFo rmulacaoDeModeloseInstrumentos.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento. Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento. *Diagnóstico dos serviços de água e esgoto – 2020*. Brasília, DF: SNIS, 2021.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento. Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento – 2022. Brasília, DF: SNIS, 2022. Disponível em: <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painelsetor-saneamento>. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010*. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=7217&ano=2010&ato=20eQTVU5EMVpWT509>. Acesso em: 7 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 7 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 14.026, de 15 de julho de 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 e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

CAPANEMA, L. X. L. Implementação do Novo Marco Legal do Saneamento: a importância da regulação por contrato em um cenário atual de transição regulatória. *BNDES Setorial*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 56, p. 5-40, 2022. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/22584/1/PRArt215695_Implementa%3a7%c3%a3o%20do%20novo%20marco%20legal%20do%20saneamento.pdf. Acesso em: 7 mar. 2024.

CORRÊA, H. A. B.; PRADO, I. P.; COSTA, E. C. Limites ao uso do *spending power* da União na indução de padrões regulatórios nacionais em saneamento básico. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 69-103, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/43687/36809>. Acesso em: 8 jul. 2023.

GUERRA, S. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021a.

GUERRA, S. *Discrecionariade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021b.

INSTITUTO TRATA BRASIL; ABAR – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS REGULADORAS. *Percepção das agências reguladoras infranacionais quanto à atualização do Marco Regulatório do Saneamento Básico*. Brasília, DF: Abar; São Paulo: Instituto Trata Brasil, 2021. Disponível em: https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Relatorio_Final_2021.pdf. Acesso em: 7 mar. 2024.

SAIANI, C.C.S.; TONETO JÚNIOR, R.; RODRIGUES, R.L.. Desafios ao cumprimento das metas de universalização do saneamento básico ratificadas pelo novo margo legal do setor. *Revista de Administração, Contabilidade e Economia da Fundace*, v. 14, n. 4, 2023.

SANTOS, G. R.; KUWAJIMA, J. I.; SANTANA, A. S. *Regulação e investimento no setor de saneamento no Brasil: trajetórias, desafios e incertezas*. Rio de Janeiro: Ipea, 2020. (Texto para discussão, n. 2587). Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10222/1/td_2587.pdf. Acesso em: 14 jul. 2023.

SCAFF, F. F.; GUIMARÃES, R. L. A edição de “normas de referência” pela ANA: autonomia municipal, orçamento republicano e controle. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 19-33, 2021. Disponível em: <https://scaff.adv.br/site/wp-content/uploads/2021/05/Fernando-F-Scaff-e-Raquel-L-Guimaraes.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2024.

SUNDFELD, C. A. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, S. (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 97-128.