

O novo marco legal do saneamento e a governança das entidades reguladoras infranacionais

The new legal framework for the basic sanitation and the governance of the subnational regulatory agencies

Submetido(submitted): 20 June 2022
Parecer(reviewed): 14 September 2022
Revisado(revised): 16 December 2022
Aceito(accepted): 18 December 2022

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Stella Farfus*
<https://orcid.org/0000-0001-6304-7939>
Alexandre Anderãos**
<https://orcid.org/0000-0003-0457-9921>
Guilherme Malucelli***
<https://orcid.org/0000-0002-7619-9824>
Pedro Ludovico****
<https://orcid.org/0000-0002-0827-3770>

Abstract

[Purpose] To analyze the regulatory perspectives of the basic sanitation sector in view of the attribution of competence to the National Water and Basic Sanitation Agency –

*Advogada. Sócia da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Sociedade de Advogados. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduada em Direito pela Universidade Positivo (2019). Pesquisadora do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico (GESANE) da UnB. Membro relatora da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Sustentável da OAB/PR. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/PR. E-mail: stellafarfus@hotmail.com.

**Engenheiro Civil pelo Instituto Mauá de Tecnologia (2000). Mestre em Saúde Segurança e Meio Ambiente - SSMA pelo Centro Universitário Senac (2005). Especialista em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (EAESP-FGV) (2006). Graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP (2020). Já atuou na área de desenvolvimento urbano na iniciativa privada. É Especialista em Recursos Hídricos e Saneamento Básico na Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA, desde 2010. Atualmente é Coordenador de Governança Regulatória na Superintendência de Saneamento Básico da ANA. E-mail: aleanderaos@gmail.com.

***Coordenador jurídico do núcleo de contencioso administrativo do escritório Bonini Guedes e Gaião Advogados. Membro relator da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR e membro efetivo da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Sustentável da OAB/PR. Pesquisador do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico (GESANE) da UnB. Graduado pelo Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba (2018). Especialista em Licitações e Contratos Administrativos pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (2019). E-mail: malucelli.g1@gmail.com.

****Advogado. Graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, com graduação parcial pela Universidade Nova de Lisboa. Especialista em Direito Público pela PUC-RS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo Sancionador do IDP. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Regulatório-GEDIR do IDP. Pesquisador do Grupo Nacional de Estudos em Saneamento Básico (GESANE) da UnB. E-mail: pedroludovico@hotmail.com.

ANA, by Federal Law No. 14,026/2020, to edit the regulatory governance reference standard to be observed by the subnational agencies in their performance.

[Methodology/approach/design] The article reflects on the challenges for the practical implementation of such reference standard.

[Findings] It raises several proposals on the general lines of the future reference standard on the subject, to be prepared by ANA in the year 2022, according to its regulatory agenda.

Keywords: ANA. Basic Sanitation. Subnational Agencies. Regulation. Governance.

Resumo

[Propósito] O presente artigo busca analisar as perspectivas regulatórias do setor de saneamento básico diante da atribuição de competência à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA, pela Lei Federal nº 14.026/2020, para editar norma de referência de governança regulatória a ser observada pelas agências infranacionais em sua atuação.

[Metodologia/abordagem/design] O artigo meditará acerca dos desafios para implementação prática de tal norma de referência.

[Resultados] São suscitadas algumas proposições sobre as linhas gerais da futura norma de referência sobre o tema, a ser elaborada pela ANA no ano de 2022, conforme sua agenda regulatória.

Palavras-chave: ANA. Saneamento Básico. Agências Infranacionais. Regulação. Governança.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio objetiva fazer uma reflexão sobre qual deverá ser o nível de exigência e quais são os possíveis caminhos a serem seguidos pela Agência Nacional de Água e Saneamento Básico - ANA para a Norma de Referência (NR) sobre governança das entidades reguladoras infranacionais do setor de saneamento, a que se refere o art. 4º-A, §1º, VIII, da Lei nº 9.984/2000, alterada pela Lei nº 14.026/2020¹.

Muitos esforços foram empreendidos, sem muito sucesso, nas últimas décadas, visando à universalização do saneamento básico no Brasil, com

¹ “Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

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

VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007”

destaque ao Plano Nacional de Saneamento - Planasa e à Lei Federal 11.445/2007, denominada Lei de Diretrizes Gerais do Saneamento Básico (LDNSB), que estabeleceu o marco regulatório vigente até o ano de 2020.

O novo marco legal do saneamento básico, estabelecido pela Lei nº 14.026/2020, foi motivado sobretudo pela falta de padronização e baixa qualidade regulatória no setor, em grande medida resultado do arcabouço jurídico constitucional referente à titularidade local dos serviços, desaguando em um cenário de fraca atratividade de capital para o setor e, conseqüentemente, impossibilidade do atingimento da universalização do serviço.

Visando à reversão desse cenário, o novo marco estabeleceu algumas macrodiretrizes, dentre as quais: o incentivo à competição por novos contratos; o estabelecimento de metas de universalização dos serviços (água e esgoto); o incentivo à prestação regionalizada; a uniformidade regulatória, com as novas atribuições da Agência Nacional de Águas (e “Saneamento Básico”, com o advento do novo marco) - ANA, dentre elas a elaboração de NR’s para o setor, trazendo novidades regulatórias e questionamentos acerca de como serão colocadas em prática.

Para sua implementação, é evidente que apenas diretrizes sobre os diversos temas trazidos pelo novo marco não serão suficientes para garantir um serviço de excelência se as agências infranacionais não tiverem condições mínimas de governança regulatória, ou seja, uma estrutura jurídica e institucional sólida para tomada de decisão.

Neste sentido, mostra-se oportuno revisitar as razões que motivaram a criação das agências reguladoras, ainda no período de desestatização do Brasil nos anos 90. A busca pela estabilidade aos setores regulados, com a concessão de poderes regulatórios a entidades técnicas, isoladas sobretudo de influências políticas, criando ambiente adequado para o aporte de investimentos.

Essa análise seguirá da verificação do panorama atual da regulação do saneamento básico, em que se constata diversas agências desprovidas de autonomia, de estrutura organizacional adequada para o desempenho das atividades, além da falta de transparência², que contribuem para a captura regulatória do setor.

Diante desse cenário específico, que traz grande relevância às normas de referência atinentes aos “padrões de conduta” das agências infranacionais que serão elaboradas pela ANA, o desafio é real e necessário para que seja estabelecido adequado microsistema normativo sobre governança das entidades reguladoras infranacionais em observância aos princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445/2007.

² Além desses aspectos, é oportuno pontuar que muitos municípios ainda não delegaram a regulação.

A partir disso, surge a seguinte inquietação: qual deveria ser a estratégia da ANA no estabelecimento da norma de referência de governança? Se os padrões mínimos de governança forem estabelecidos sem qualquer possibilidade de implementação na realidade prática, muitos reguladores, provavelmente, não conseguirão atendê-los e poderão, inclusive, deixar de existir, sob pena de impedir que o respectivo poder concedente receba recursos públicos federais; por outro lado, se a diretriz regulatória for muito permissiva, poderá não estabelecer o ambiente regulatório minimamente saudável para o setor e muitas agências continuarão sendo facilmente capturadas pelos atores envolvidos.

Os mecanismos de governança regulatória poderão partir da própria Lei 11.445/2007, que já traz alguns contornos legais sobre a governança das entidades reguladoras, sobretudo quando aborda os requisitos da independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, e os princípios da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões³. As Leis aplicáveis às Agências no plano federal (Lei Federal nº 9.986/2000 e Lei Federal nº 13.848/2019) também trazem uma série de normas orientadoras que pode ser seguida. Além disso, há também, no plano internacional, princípios consolidados de governança regulatória que poderão ser importados pela NR a ser editada pela ANA.

Com isso, entende-se, preliminarmente, que os padrões mínimos já estão colocados, tanto na legislação existente, como na literatura nacional ou internacional sobre o estado da arte da governança regulatória. O desafio será, por um lado, estabelecer uma transição para a adaptação às regras de governança constantes da futura norma de referência; e, por outro, o papel da ANA no desempenho de uma de suas atribuições trazidas pelo novo marco, que é a capacitação das agências infranacionais.

Acredita-se que algumas agências não subsistirão pela falta de capacidade técnica e institucional, principalmente algumas agências municipais, que terão de se adequar a regionalização incentivada pelo novo marco. De qualquer forma, o presente trabalho não pretende realizar uma análise do impacto da NR de governança nas agências infranacionais, mas sim refletir sobre possíveis caminhos a serem seguidos em tema tão relevante para o setor.

Diante da problemática a ser observada para estabelecimento dessa NR pela ANA, o artigo inicialmente fará uma contextualização sobre a governança regulatória e o problema da captura regulatória; na sequência, realizará um breve diagnóstico da governança regulatória do setor de saneamento brasileiro, com base em estudos e diagnósticos já realizados (sem levantamento de dados primários); e, por fim, tecerá algumas proposições sobre as linhas gerais da

³ Art. 21 da Lei 11.445/2007, alterado pela Lei nº 14.026, de 2020.

futura norma de referência sobre o tema, a ser elaborada pela ANA no ano de 2022, conforme sua agenda regulatória.

I - GOVERNANÇA REGULATÓRIA

Antes de adentrar no desenvolvimento da problemática, serão estabelecidos alguns conceitos relevantes sobre governança regulatória que tratam das premissas estabelecidas quanto à governança em sentido lato e da sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio até sua implementação no ambiente regulatório.

O estabelecimento desses conceitos para análise da governança regulatória objetiva o estudo e observação de mecanismos no âmbito das agências reguladoras, para, ao fim, analisar em específico o ambiente regulatório do setor de saneamento básico.

Brainard Guy Peters (2013) define governança como a busca de dirigir a economia e a sociedade visando objetivos coletivos, por meio do estabelecimento de metas, devidamente coordenadas com coerência de políticas implementadas com o estabelecimento de meios de responsabilização e avaliação do desempenho das ações praticadas.

Mais especificamente quanto à governança regulatória, o Professor Rafael Oliveira (2015, p. 185) define que se trata da “busca por instrumentos de maior legitimidade (ex: participação na formulação da decisão administrativa) e eficiência (ex: controle social e institucional) por parte dos reguladores”.

Em trabalho desenvolvido pelo antigo Ministério das Cidades, definiu-se governança regulatória como sendo o desenvolvimento sistemático e a implementação de políticas gerais referentes à utilização dos poderes regulatórios, por meio de rotinas, critérios e instrumentos transparentes, previsíveis e sustentáveis no tempo, com objetivo de limitar a atuação discricionária do poder público em domínios relevantes para a sociedade (BRASIL, 2018a).

A governança regulatória se relaciona com princípios e padrões regentes do “como” da regulação, diferente da substância, ou seja, do “o quê” da regulação (BROWN et al, 2006). Entende-se que não é possível realizar um sem o outro.

A literatura sobre governança regulatória ressalta, geralmente, a importância de elementos como: (i) independência decisória, (ii) autonomia, (iii) *accountability*, e (iv) transparência (CORREA et al, 2006). Tais elementos evidenciam que o conceito passa pelo estabelecimento de ambiente harmônico de atuação dos dirigentes do setor regulado, devendo estar em sintonia com uma regulação eficiente, responsável e devidamente controlada por meio de mecanismos indutivos e atuação transparente.

Inclusive na visão da OCDE (2014) o engajamento de interessados na atividade regulatória deve atender aos seguintes princípios: I) os reguladores devem assumir o compromisso regular e propositivo com as empresas reguladas e outros *stakeholders*, centrado na melhoria do funcionamento e dos resultados da regulação e do seu regime; II) os procedimentos e mecanismos de participação devem ser institucionalizados com práticas consistentes e transparentes; deve haver foco no estabelecimento de mecanismos de consulta estruturados e regulares; III) os processos de participação devem evitar potenciais conflitos de interesses que resultem em captura por interesses particulares.

A concretização da governança e a sua implementação na administração pública vem à tona, globalmente, em meados da década de 1980, como forma de garantir maior eficiência na gestão pública, que começou a se preocupar com a eficiência, transparência e controle (OLIVEIRA, 2015).

Com a redemocratização do Brasil e a edição da Constituição de 1988, foram estabelecidos preceitos orientadores de como a economia deveria se desenvolver, donde sobressai a definição do art. 174 da Constituição de que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Embora a Constituição tenha sua força precípua que submete todos os sistemas normativos infraconstitucionais à sua observância, o estabelecimento de comando normativo aberto para regulação das atividades econômicas, bem como dos serviços públicos, permitiu que esses subsistemas se desenvolvessem a partir da sua realidade específica e, conseqüentemente, o seu próprio modelo de governança.

Com o Plano Nacional de Desestatização nos anos 1990⁴, associado ao momento em que se buscava a regulação das atividades econômicas que vinham sendo passadas à iniciativa privada, sobreveio a iniciativa de criação de agências reguladoras federais.

O modelo de órgão regulador independente foi inspirado na figura norte-americana de *independent regulatory agency* (agência reguladora independente), sendo que no Brasil foi desenvolvido com a finalidade de garantir o interesse público coletivo, de forma a manter a atividade regulada permanentemente vinculada aos interesses gerais, evitando-se, ao mesmo tempo e no que possível, a superacumulação de poder no Executivo.

A criação das agências reguladoras independentes possibilitou o estabelecimento dos primeiros elementos de governança regulatória que, a

⁴ O Plano Nacional de Desestatização-PND foi instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, substituída pela Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997.

exemplo da então polêmica previsão legal de que os membros seriam nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*, estabelecida primariamente pela ANATEL⁵. A impossibilidade de exoneração por parte do Chefe do Poder Executivo buscava afastar a influência política na atuação dos dirigentes, assegurando a autonomia das agências reguladoras.

Dada a inovação, à época, o tema foi examinado pelo STF na medida liminar requerida na ação direta de inconstitucionalidade nº 1949-0, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul questionando os artigos 7º e 8º da Lei estadual 10.931/97, que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, confirmando a legalidade da vedação de exoneração *ad nutum* (BRASIL, 1999). O art. 8º da referida lei estabelecia que "o conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembleia Legislativa".

Segundo Perez (2006), as agências distanciam a atividade de regulação dos serviços públicos de uma direção puramente política, aproximando-a de uma direção mais técnico-burocrática. No entanto, é importante destacar que as agências reguladoras não eliminam por completo os riscos políticos, em especial o da captura regulatória.

II - A QUESTÃO DA CAPTURA REGULATÓRIA E A NECESSIDADE DE NORMAS DE GOVERNANÇA APLICÁVEIS E EFICIENTES

O fenômeno da “captura do agente regulador” se configura precisamente quando há a ruptura da autonomia e imparcialidade do ente regulador. Isto é, quando as agências reguladoras exercem a sua função em benefício de interesses privados ou até mesmo governamental (se descolando do interesse público), mas afastando-se da sua finalidade institucional de manter a existência, higidez e qualidade do mercado regulado.

Marçal Justen Filho (2002, p. 369-370) preconiza que o fenômeno da captura ocorre quando “a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a

⁵ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. § 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados”.

Tem-se, portanto, que eventual captura das agências pode partir dos próprios regulados ou por interesses paroquiais discrepantes das diretrizes de governo, ou seja, a captura das agências reguladoras pode ocorrer por influências tanto econômicas e empresariais, como políticas. Como ensina Andréia Cristina Bagatin (2013, p. 214-215) de forma mais detalhada, os problemas que podem resultar na ocorrência de captura das agências reguladoras são: (a) desproporção na representação de interesses; (b) ausência de transparência na atuação da agência; (c) desautorização das decisões regulatórias; e (d) assimetria de informações.

Todas as formas de captura, além de configurarem desvio da própria finalidade da regulação, reduzem a qualidade do serviço regulado, prejudicam a eficiência e geram instabilidade no setor.

Oportuno observar que o fenômeno da captura das agências reguladoras não se limita à captura privada, em que as agências não regulam visando a atingir a sua finalidade institucional, mas, sim, perseguindo interesses dos agentes regulados. Também pode ocorrer a captura pública das agências, que é constatada quando o chefe do Poder Executivo exerce as competências privativas das agências reguladoras (MARQUES NETO, 2020).

Além disso, além da possibilidade de a captura pública das agências ocorrer mediante o exercício da própria atividade regulatória, ela também pode ocorrer de forma indireta, por exemplo, por meio da nomeação de políticos para os cargos diretivos das agências reguladoras.

Partindo da premissa de que todas as formas de captura das agências reguladoras devem ser coibidas, passa-se a tratar dos meios à disposição da Administração e do cidadão para viabilizar este controle.

Inicialmente, é importante destacar que o Parecer nº 51/2006⁶, emitido pela Advocacia-Geral da União, ao qual o então Presidente da República atribuiu força vinculante e caráter normativo, relativizou a autonomia das agências reguladoras ao permitir que Ministros de Estado pudessem rever decisões das agências quando (i) a agência extrapolasse os limites legais de suas competências; ou (ii) a agência usurpasse competências de elaboração de políticas públicas setoriais da competência do Ministério.

Para além disso, a Constituição Federal atribui ao Tribunal de Contas da União a competência de fiscalizar os atos praticados pelas agências reguladoras (art. 71, IV). Tal competência tem sido exercida pelo TCU de forma prévia e

⁶ Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8453>. Acesso em: 24 set. 2021.

posterior, financeira e operacional, de atividade meio e fim, de forma que o TCU passa a protagonizar um papel de real regulador das agências reguladoras.

De acordo com o professor Floriano de Azevedo Marques Neto (2019), o fato de as agências reguladoras figurarem com intensidade na agenda de controle do TCU, no plano federal, se justifica diante da relevância das competências das agências reguladoras, da sua visibilidade, dos valores envolvidos nos contratos de concessão e o impacto da regulação sobre a sociedade.

A despeito do entendimento de que “cabe ao TCU fiscalizar a atuação do ente regulador, e não regular o mercado”⁷, o que se tem constatado na realidade é precisamente o contrário. O TCU tem exercido amplo controle sobre as agências reguladoras, prestando-se a regular não apenas a estrutura organizacional das agências, mas inclusive suas atividades-fim, e, muitas vezes, exercendo a competência regulatória no lugar das agências. E tais agências são deferentes às decisões do TCU (MARQUES NETO et al, 2019)⁸.

Neste sentido, convém mencionar o Acórdão nº 240/2015, em que o TCU recomendou a adoção de diversas diretrizes de governança interna para as agências reguladoras de infraestrutura. Dentre tais diretrizes, o TCU preocupou-se inclusive com o fenômeno da captura regulatória, ao prever a necessidade de as agências adotarem medidas a fim de gerenciar seus riscos institucionais:

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Aviação Civil, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Agência Nacional de Telecomunicações e Agência Nacional de Energia Elétrica, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que adotem:

9.1.2. medidas com vistas a gerenciar seus riscos institucionais, por meio do desenvolvimento de uma política de gestão de risco;

(BRASIL, 2015)

Segundo a Teoria da Deferência dos Atos Judiciais, o ato administrativo/judicial estaria relacionado à capacidade técnica da agência. Desta forma, o Poder Judiciário deve deferência aos atos administrativos, visto

⁷ Disponível em: <www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/eventos/vii-encontro-docs/xi-encontro/anexos-1/tcu>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁸ Ressalte-se que essa discussão, apesar de se referir ao TCU e às agências federais pode se aplicar às agências infranacionais e aos tribunais de contas estaduais, municipais ou dos municípios.

que editados por agência com alta especialização técnica. Sob esta ótica, o controle judicial estaria estritamente vinculado à legalidade do ato discutido.

Ambas as teorias permitem a existência do papel do Judiciário no combate à captura regulatória, eis que um ato concebido para finalidade diversa das finalidades institucionais das agências reguladoras, visando a benefícios individuais de um regulado ou determinado governo, será evidentemente um ato ilegal.

A atuação do Judiciário para minorar a captura regulatória é constatada no emblemático julgamento da Apelação Cível nº 342.739, em que a turma julgadora reconheceu a ilegalidade da nomeação de conselheiro da ANATEL que já tinha ocupado cargo para o concessionário regulado:

diante de um conflito envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum.

[...]

A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros têm denominado de captura da agência pelos interesses regulados. Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. "É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados".

(BRASIL, 2004)

O Professor Egon Bockmann Moreira (2003) preconiza que não há como se ter dúvidas quanto à possibilidade de controle da “discrecionabilidade técnica” das agências reguladoras, mas que não se deve defender uma sucessão de discrecionabilidades: ou seja, o juiz deve atuar antes como “administrador negativo”, vedando os excessos e abusos porventura cometidos pelos reguladores.

Andréia Cristina Bagatin (2013) ensina que para superar as dificuldades da captura regulatória, algumas medidas devem ser implementadas, como o reforço da autoridade da agência reguladora, reduzindo a possibilidade de que as decisões emanadas por ela sejam “desautorizadas” e a ampliação da transparência da atividade regulatória.

Oportuno ressaltar que regulação é também assegurar a estabilidade das regras de operação de mercado para os concessionários desses direitos, sendo

que essa estabilidade pressupõe uma governança regulatória que proporcione autonomia e impeça a ingerência política ou corporativa, que faça valer tanto as obrigações como os direitos dos operadores dos serviços concedidos (BRASIL, 2018a). Em igual sentido, para Gutiérrez (2003), países com forte governança regulatória conseguem limitar o poder discricionário do poder executivo.

Especificamente no setor de saneamento brasileiro existem ainda muitos desafios a serem transpostos para que uma melhor governança regulatória seja possível em todo o país, passando pelo aumento da legitimidade das agências reguladoras, assegurando sua capacidade de regulação, estruturação e transparência de suas ações, além de responsabilidade e preparo por parte dos agentes reguladores (HAFEMANN et al, 2019).

E na tentativa de impedir ou, ao menos, minorar a captura sistêmica das agências reguladoras do setor de saneamento, a Lei nº 14.026/2020 instituiu a exigência da edição de normas de referência sobre governança das entidades reguladoras (art. 4º-A, §1º, VIII) e vinculou todas as agências com atribuição regulatória no setor à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

Com a supervisão regulatória da ANA, acredita-se que ter-se-á (i) a redução da possibilidade de desrespeito ou desautorização das diretrizes emanadas pelas agências infranacionais e (ii) a ampliação da transparência da atividade regulatória prestada pelas agências infranacionais, tendo em vista que competirá também à ANA monitorá-las, com os instrumentos trazidos pelo novo marco legal, a fim de buscar o adequado atendimento das diretrizes editadas por ela.

Ademais, como decorrência desta federalização das normas de referência à ANA, a independência e autonomia das agências locais poderão ser reafirmadas, garantindo previsibilidade ao investidor e ampliando a autonomia das agências, de forma a minorar, portanto, eventuais captações políticas que possam existir em âmbito local. Isto é, a federalização implica a necessidade de uma evolução das agências reguladoras em geral, que deverão se adequar às normas estabelecidas pela ANA, saindo da zona de conforto que o capturador as colocava para que nelas pudesse interferir (SOUZA, 2021).

Contudo, a partir da federalização das normas de referência à ANA, surge uma problemática relevante, que é: as agências infranacionais terão capacidade técnica, financeira e operacional para implementar as soluções de governança que serão em breve editadas pela ANA? E quais os caminhos que a ANA deveria seguir nessa diretriz regulatória?

No capítulo seguinte busca-se realizar um diagnóstico do setor no que tange a governança das entidades infranacionais para, depois, fazer algumas reflexões sobre possíveis caminhos a serem seguido pela ANA.

III. PANORAMA ATUAL DA GOVERNANÇA REGULATÓRIA NO SETOR DE SANEAMENTO

Antes de passar a tratar dos desafios da regulação infranacional, mostra-se oportuno ressaltar que cerca de 32% dos municípios brasileiros não possuem regulação, o que representa cerca de 40,1 milhões de habitantes (NUNES et al, 2021).

Conforme estudo elaborado pelo Ministério das Cidades, havia no Brasil, em 2018, 54 agências⁹ atuando no setor de saneamento, sendo 24 estaduais (multissetoriais, ou seja, atuando simultaneamente na relação de mais de um serviço público), 27 municipais (concentradas, em sua maioria, na relação de serviços de saneamento) e 3 agências intermunicipais (resultantes da formação de consórcios de municípios para a regulação de serviços de saneamento) (BRASIL, 2018a).

A Exposição de Motivos Interministerial (EMI) da MP 844/2018¹⁰ (sem efeito), que pretendia atualizar o marco legal do saneamento, assinada pelos Ministros das Cidades, do Meio Ambiente e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão destacou que, ao longo dos últimos anos, a grande variabilidade de regras regulatórias se consolidou como um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços. E ainda, reguladores do serviço de saneamento com baixa capacidade regulatória somado à falta de padronização regulatória entre os diversos reguladores infranacionais vêm gerando custos de transação relevantes aos prestadores, públicos e privados, que prestam serviço para diferentes titulares e são regulados por diferentes entidades.

Anderáos (2021) observa que muitas dessas Agências apresentam baixa capacidade técnico-operacional, somando-se a influências políticas, além do risco de captura regulatória, razão pela qual o novo marco traz um modelo de regulação menos discricionário e mais contratual, fomentando, segundo o autor, um fortalecimento da capacidade regulatória com as novas funções da ANA de promover a capacitação de recursos humanos para a regulação adequada e eficiente do setor, além de exigir, uma norma de referência sobre governança regulatória das agências infranacionais.

Segundo Nunes, Anderáos e Marinho (2021), atualmente, o número de agências infranacionais passa de setenta, cada uma com seus próprios regulamentos e procedimentos, e diferentes níveis de capacidade e maturidade institucional. E a combinação de grande número de agências e diversas

⁹ Sabe-se que o número atual de agências é muito maior que esse, passando de 70 agências, segundo Nunes et al (2021).

¹⁰ EMI no 00006/2018 MCidades MMA MP, de 06 de julho de 2018. Exposição de Motivos de Medida Provisória MP 844/2018.

capacidades institucionais, falta de boa governança e uma regulamentação fragmentada gera uma percepção de risco regulatório por parte dos investidores do setor.

Observa-se que a arquitetura institucional fragmentada e concentrada em entes subnacionais aumenta de forma significativa os riscos do setor, porquanto esses entes muitas vezes apresentam problemas relacionados à governança, carecendo de capacidade técnica e institucional (CERI-FGV, 2020).

No diagnóstico feito pelo Ministério das Cidades sobre a governança regulatória no setor de saneamento, foram constatados os seguintes aspectos: (i) a precariedade do instrumentos utilizados na implementação das agências, inclusive a incompletude e a improvisação do modelo; (ii) o reduzido uso pelas agências dos instrumentos de transparência e consulta pública; (iii) a predominância de reduzido nível de *accountability*, quer em relação aos usuários e prestadores dos serviços regulados, quer em relação à sociedade em geral; e (iv) baixo nível de autonomia técnica e decisória e ausência de quadros profissionalizados nas agências, ampliando o risco de captura (BRASIL, 2018a).

O referido estudo identificou, ainda, a inadequação dos quadros de pessoal nas agências, o que restringe a independência decisória do ente regulador, e as restrições orçamentárias postas ao acesso pelas agências reguladoras, às receitas oriundas da atividade regulatória, limitantes, em última análise, de sua autonomia financeira.

Com frequência são constatadas ingerências políticas e controvérsias regulatórias no setor, por exemplo, em alteração unilateral do contrato, definindo descontos e/ou isenções tarifárias sem reequilíbrio econômico-financeiro de forma tempestiva (SMIDERLE, 2020).

Araújo e Bertussi (2018) apontam que a falta de investimentos está relacionada, em certa medida, à falta de uma regulação efetiva, permitindo práticas tarifárias que deixam as principais empresas de saneamento em situação deficitária, e mesmo quando superavitária, com baixa capacidade para realização de investimentos.

Há casos, não raros, como o do município de Sumaré, no estado de São Paulo, em que o Poder Concedente, não concordando com uma revisão extraordinária conduzida pela Agência Reguladora competente, a ARES-PCJ,

resolveu revogar a delegação e criar uma Agência Municipal¹¹, a Agência de Serviços Públicos do Município de Sumaré-ARS¹².

Exemplos como esse são abundantes e a pergunta que se coloca diante do apresentado é: por que criar uma agência municipal ao invés de continuar com uma intermunicipal reconhecida por ter adotado boas práticas regulatórias? Acrescente-se a esta pergunta o crescimento acelerado de agências reguladoras municipais nos últimos anos¹³.

Sendo uma agência municipal, o Poder Concedente teria mais ou menos ingerência nas decisões regulatórias? Os contratos de prestação dos serviços teriam maior ou menor probabilidade de serem cumpridos? O chamado “populismo tarifário”¹⁴ teria maior ou menor chance de ocorrer?

Em janeiro de 2021, a 3ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro concedeu tutela de urgência para permitir o reajuste tarifário à Prolagos¹⁵, a concessionária responsável pela prestação de serviço de água e esgoto sanitário em 5 municípios da região dos Lagos, no estado do Rio de Janeiro. Isso porque a Agência Reguladora de Saneamento do Estado do Rio de Janeiro (Agensera), ainda que tenha reconhecido a necessidade do reajuste para 2020, decidiu suspendê-lo até o final da pandemia do Covid-19.

Oportuno ressaltar que a motivação principal para um modelo regulatório com entidades reguladoras independentes é “despolitizar” a definição de tarifas

¹¹ Na Mensagem nº 28 do prefeito da cidade de Sumaré para a Câmara Municipal, dispondo sobre a criação da Agência Municipal, um dos argumentos do prefeito foi que referida Agência seria criada para atender aos anseios da população, que exige boa prestação do serviço e tarifas justas.

¹² A prestadora de serviço na localidade, a BRK Ambiental, impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Sumaré visando que o órgão regulador definido por seu Poder Concedente atendessem a todos os requisitos previstos no art. 21 e seguintes da referida Lei Nacional de Saneamento Básico, ou seja, que a nova agência reguladora tenha efetivamente independência decisória, autonomia administrativa, financeira e orçamentária, e que atue tecnicamente, sem desvios de poder ou de autoridade, buscando, portanto, o estrito cumprimento da legislação e dos regulamentos do serviço em prol do interesse público e da continuidade do serviço público essencial de água e esgoto. O referido MS foi indeferido liminarmente, mas acolhido em sede de embargos de declaração concedendo a liminar a fim de obstar que o Município de Sumaré regulasse as atividades concedidas à impetrante, determinando que tal atividade fosse feita pela agência ARES-PCJ até o julgamento do mandado de segurança.

¹³ Em levantamento (não publicado) feito pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico-ANA, há cerca de 51 agências municipais no Brasil.

¹⁴ Determinação de tarifas menores do que as necessárias para recuperar os custos eficientes e investimentos prudentes da empresa regulada, por questões, geralmente, políticas.

¹⁵ A Prolagos, empresa da Aegea Saneamento, é a concessionária responsável pelos serviços de saneamento básico em cinco municípios da Região dos Lagos (Cabo Frio, Armação dos Búzios, Iguaba Grande, Arraial do Cabo e São Pedro da Aldeia) no estado do Rio de Janeiro.

e outras decisões regulatórias, isolando o regulador de decisões políticas (BROWN et al, 2006).

Em pesquisa recente realizada pelo Instituto Trata Brasil e pela Associação Brasileira de Agências Reguladoras- ABAR (2021) com 48 agências infranacionais, que buscou captar a percepção de dirigentes e técnicos das agências sobre os desafios trazidos com as novas atribuições para elas e para a ANA, constatou-se que os grandes desafios são: quadro de pessoal (51% das respostas), autonomia financeira (45%) e autonomia administrativa (41%). O referido estudo apontou também para a questão da Interferência Política, mencionada por mais de dois terços dos reguladores.

No caso da “Interferência Política”, juntando as denominações “extremamente relevante” com “muito relevante” e “relevante”, chegou-se a 79% das respostas para reguladores e 69% para dirigentes. Esses números chamam a atenção, pois se referem à própria percepção dos reguladores infranacionais e talvez ajudem a responder aquela questão, acima, no caso do município de Sumaré, sobre o porquê delegar o serviço para uma nova agência municipal ao invés de continuar com a intermunicipal. Infere-se que tendo uma agência municipal, o poder concedente pode aumentar sua influência no ente regulador e, conseqüentemente, na regulação tarifária.

O estudo aponta ainda que as agências reguladoras infranacionais de saneamento básico enfrentam diferentes desafios, desde a sustentabilidade financeira, autonomia administrativa, quadro de pessoal como também quadros gerencial e diretivo.

Avaliou ainda a percepção da importância do apoio de entidades como prefeitura, governo do estado, Ministério Público, ANA e Ministério do Desenvolvimento Regional para a melhoria da governança das agências reguladoras para fazer frente ao novo marco regulatório, sendo que o apoio da ANA alcançou os maiores percentuais para os dirigentes (92%) e reguladores (85%), todos a considerando como “Muito Importante” ou “Importante” para a melhoria da governança.

Nesse sentido, a futura norma de referência sobre governança regulatória a ser elaborada pela ANA mostra-se extremamente relevante. O próximo capítulo faz uma reflexão sobre os desafios e possíveis caminhos a serem trilhados sobre o tema pela Agência.

IV. BOAS PRÁTICAS E POSSÍVEIS CAMINHOS PARA A NORMA DE REFERÊNCIA DE GOVERNANÇA REGULATÓRIA

Conforme o art. 21 da Lei 11.445/2007, alterada pela Lei 14.026/2020:

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

Já a Lei das Agências (Lei 13.848/2019) preconiza o seguinte:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Observa-se que a própria legislação já traz alguns parâmetros para a governança, não deixando muitas dúvidas a respeito do que se entende como uma governança satisfatória. Na visão de Oliveira (2021), a norma de referência da ANA sobre o tema terá grande valor de estabilidade jurídica se buscar replicar o modelo de governança definido na referida Lei das Agências, que estabelece a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras federais.

A referida Lei traz, ainda, no § 2º do art. 3º, o entendimento do que seja autonomia. O § 3º fala da obrigatoriedade de se adotar práticas de gestão de risco, controle interno e práticas de integridade. Nesse sentido, concorda-se com a visão de que a Lei das Agências deve servir de baliza para a NR de governança das agências infranacionais, pois traz as melhores práticas nacionais e internacionais sobre o tema, como se verá a seguir.

Para Brown et al (2006) um sistema regulatório será efetivo se satisfizer três metaprincípios: (i) credibilidade; (ii) legitimidade; e (iii) transparência. Com relação ao primeiro, os investidores devem confiar que a regulação irá preservar, ou honrar, os compromissos firmados; com relação ao segundo metaprincípio, devem acreditar que o interesse dos consumidores será protegido contra o poder de monopólio, seja por preços elevados ou por má prestação dos serviços, ou ambos; e, por fim, com relação à transparência, o sistema regulatório deve fornecer todas as informações relevantes e necessárias aos investidores e consumidores.

Os referidos autores derivam desses 3 metaprincípios, 10 princípios chaves e 15 padrões, como segue no quadro abaixo. Os princípios apresentam metas e objetivos gerais de governança para um modelo de regulador independente. Já os padrões servem para mostrar como os princípios serão

operacionalizados e consistem em um checklist de ações institucionais e legais específicas necessárias para implementá-los.

Quadro 1- Princípios e padrões de governança regulatória. (adaptado de Brown *et al* (2006))

Metaprincípios	Princípios chave	Padrões
1-Credibilidades 2- Legitimidade 3- Transparência	1-Independência 2-Accountability 3-Transparência e participação pública 4-Previsibilidade 5-Clareza de regras 6-Completo e clareza nas regras 7-Proporcionalidade 8-Requisitos de poder 9-Características Institucionais adequadas 10- Integridade	1-Arcabouço legal 2-Poderes legais (do regulador) 3-Direitos de propriedade e contratuais 4-Clareza de regras na regulação e na política 5- Clareza e abrangência das decisões regulatórias 6- Previsibilidade e flexibilidade 7- Direito do Consumidor e obrigações 8- Proporcionalidade 9- Independência regulatória 10- Recursos orçamentários/financeiros das Agências Reguladoras 11- Accountability regulatória 12- Processo Regulatório e Transparência 13- Participação Pública 14- Processo de apelação de decisões regulatórias 15- Ética.

A literatura, ao se debruçar sobre metodologias para o levantamento de índices de governança no âmbito das agências reguladoras, tem trabalhado com a seguinte classificação: a) índice de independência formal e; b) índice de independência de facto (GOMES et al, 2019). De acordo com Mariana Batista (2011), o primeiro é dedicado ao exame de “documentos legais”, restrito, portanto, à análise do desenho estrutural da agência reguladora por meio das normas responsáveis por sua instituição. Já o segundo é caracterizado pelo

exame de como a independência da agência reguladora é construída no dia a dia, ou seja, como os agentes se comportam diante de ingerências políticas ou ingerências de outros órgãos.

Ainda segundo Mariana Batista (2011), para pesquisas que se utilizam do índice de independência de facto, o principal método é a realização de questionários para a resposta de reguladores e especialistas, também chamado de técnica de *survey*.

A utilização de um índice de independência de fato é imprescindível para um diagnóstico da governança regulatória no âmbito das agências reguladoras infranacionais de saneamento básico e por meio dele pode-se, por exemplo, avaliar o uso de instrumentos de interferência política por parte do Poder Executivo, como: a) manipulação do orçamento; b) nomeação de novos diretores; e c) substituição de diretores (CORREA et al, 2006).

Tal análise é fundamental, pois sabe-se que não se pode olhar a governança regulatória somente pela ótica do regulador, mas é preciso se verificar a relação do titular com o regulado, pois a autonomia deste depende de ações daquele. Como conceder orçamento adequado, aprovar a realização de concursos públicos para atrair pessoal capacitado para exercer a função de regulador, que requer alta capacidade técnica, sem a vontade política e ações concretas do poder concedente? Impossível, razão pela qual as regras de governança devem ser também dirigidas ao poder concedente, ainda que o Inciso VIII do art. 4º A, da Lei 9.984/2000, modificado pelo novo marco, fale em norma de referência sobre governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Nesse sentido, os parâmetros a serem definidos pela ANA em norma de referência deveriam conter diretrizes que coibissem a interferência política por parte do titular sobre o regulador e que possam se valer de um índice de independência formal.

Mas antes de tudo é indispensável que a ANA realize um completo diagnóstico da governança regulatória no setor de saneamento no Brasil, para ter uma visão clara do problema regulatório a ser enfrentado e ter segurança no estabelecimento das diretrizes por meio de uma norma de referência até mesmo para aferir o nível de exigência da norma e o prazo para adaptação dos agentes infranacionais.

Ao analisar a literatura, percebe-se que não há grande variação de quesitos para se fazer um diagnóstico da governança. Segue-se uma proposta que pode ser utilizada, futuramente, em outros estudos:

Quadro 2 - Critérios sugeridos para se fazer um diagnóstico de governança regulatória. (BATISTA, 2011)

Dimensão	Critério	Sim ou não?
Independência decisória	Há mandato fixo de diretores superior ou igual a 04 anos?	
	Há quarentena dos quadros de diretores?	
	A indicação dos diretores é compartilhada?	
	Há a não coincidência dos mandatos dos diretores?	
	A estrutura de direção da agência é colegiada?	
	A recondução é proibida?	
	É necessário que os diretores possuam conhecimento específico na área de regulação?	
Accountability	A agência possui Conselho Consultivo?	
	Possui Ouvidoria Independente?	
	A entidade apresenta relatórios periódicos de atividades ao respectivo poder concedente?	
	Possui regras internas que garantam o cumprimento de todos os estatutos aplicáveis, regimentos e outras declarações relevantes de melhores práticas?	
	Há estabelecimento de medidas de desempenho da agência e a publicação de seus resultados?	
	Há regras que exigem justificações detalhadas de tomada de decisão a exemplo da Análise de Impacto regulatório?	
	Há obrigatoriedade de tornar pública as decisões da Agência e suas razões?	
	Há regras que permitam a remoção de dirigentes em caso de má conduta?	
	Há regras e prazos para as decisões da Agência reguladora (AR)?	
	Há procedimentos de apelação das decisões da agência?	
	Há obrigatoriedade de tornar pública as decisões da Agência e suas razões?	

	Há medidas de desempenho da AR e publicação de seus resultados?	
Transparência	Há publicação de agenda regulatório a cada biênio?	
	São realização de audiências/consultas públicas?	
	Há canais efetivos (incluindo online) de acesso do público à agência?	
	Há obrigatoriedade de justificativa por escrito para cada voto e decisão dos dirigentes?	
	Publicidade de todos os atos e atas de decisão?	
Autonomia	Autarquia especial sem subordinação hierárquica?	
	Orçamento próprio/fontes próprias de recurso?	
	Há quadro de pessoal próprio/autonomia para a contratação ou seleção de pessoal?	

Com diagnóstico claro da governança, a ANA poderá melhor avaliar as alternativas a serem seguidas e mensurar os impactos de cada uma, na forma de uma Análise de Impacto Regulatório. Essa análise será muito importante, pois esta norma imputará custos à sociedade, uma vez que muitas agências precisarão se adaptar a ela. Além disso, os benefícios da futura norma devem superar seus custos, esta verificação é, inclusive, a finalidade principal de uma análise de impacto regulatório.

O diagnóstico poderá também mensurar um prazo adequado de transição de modo que haja um tempo para as agências se adaptem. Oliveira (2021) observa que cada agência reguladora infranacional deverá ter seu quadro próprio e estável, o que requererá concurso público, dependendo de autorização legislativa, no caso de criação de novos cargos; necessitará também de contratação de empresa para a realização do certame e muitas outras ações que não levam menos de 2 anos até a posse dos novos servidores.

O referido autor faz também uma proposta sobre o enquadramento das normas de referência por natureza e complexidade e um modelo temporal de avaliação, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e propiciar adequada preparação das entidades reguladoras. Ele estabelece três grupos de progressividade, sendo que o terceiro grupo, que estabelece um prazo maior, contém apenas a norma de modelo organizacional das agências reguladoras infranacionais, transparência e

accountability, ou seja, a norma de governança das entidades reguladoras. E para esse terceiro grupo de progressividade (normas que requerem adaptações jurídicas das agências reguladoras infranacionais em sua estrutura: processos exógenos) ele sugere um prazo de 5 anos.

Em primeira análise, esse prazo de 5 anos, sugerido por Oliveira (2021) parece excessivo, mesmo porque muitas ações podem ser tomadas em curto prazo, como disponibilizar todos os normativos na página da agência, fundamentar decisões, realizar consultas e audiências públicas, criar uma ouvidoria, ainda que não seja independente, e muitos outros aspectos.

Outra recomendação para a ANA, no médio prazo, é, para além de monitorar a observância das normas de referências (incluindo a NR de Governança das Entidades Reguladoras), que é inclusive uma determinação legal e será condição para a liberação de recursos públicos federais para a aplicação em saneamento, que a ANA crie uma metodologia, com base em quesitos determinados, como os do Quadro 2, e estabeleça um índice de governança das entidades reguladoras, classificando-as com base nesse índice.

Isso propiciaria uma espécie de regulação por exposição das agências infranacionais, também chamada de regulação *sunshine*. O objetivo seria dar transparência ao desempenho dos reguladores infranacionais, premiando os melhores com uma exposição positiva e gerando algum constrangimento nos piores. A prática tem sido usada internacionalmente no setor de saneamento, porém usualmente relacionada a prestadores de serviço.

A proposta é que se crie o índice de governança das entidades reguladoras infranacionais do setor de saneamento, sem prejuízo de a ANA estabelecer, futuramente, algum índice de qualidade na prestação do serviço, a exemplo do Indicador de Governança – IG-Sest¹⁶, implementado já há vários anos pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Governo Federal, voltado à governança das empresas estatais, em nível federal.

O índice de governança das entidades reguladoras infranacionais poderia gerar uma saudável competição pela busca da excelência em governança regulatória e poderia, inclusive, gerar um incentivo na busca, em nível regional, dos municípios por reguladores mais preparados para a atividade regulatória. É notório que a regulação, assim com a prestação do serviço de saneamento, pode se beneficiar com o ganho de escala, gerando inclusive um menor custo para a sociedade.

¹⁶ O Indicador de Governança – IG-Sest foi criado tendo como objetivo fundamental acompanhar o desempenho das empresas estatais federais no que se refere ao cumprimento dos requisitos exigidos pela Lei nº 13.303/2016, regulamentada pelo Decreto no 8.945/2016, e pelas Resoluções da CGPAR. Ver: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/empresas-estatais-federais/igsest>.

Outro aspecto é que a ANA, com o novo marco legal, além de elaborar normas de referência, irá promover a capacitação de recursos humanos para a regulação adequada e eficiente do setor de saneamento básico, podendo assim encerrar um ciclo, no caso específico da governança regulatória de: Norma de Referência (sobre governança das entidades reguladoras), monitoramento da observância da norma, índice de governança regulatória (Regulação Sunshine) e capacitação para fortalecimento da regulação:

Figura 1 - Ciclo da Supervisão Regulatória da ANA em governança das entidades infranacionais.



Já com relação ao conteúdo da futura norma de governança, entende-se, como já abordado, que os parâmetros estão colocados no art. 21 da Lei 11.445/07 e na Lei 13.848/2019. O grande desafio será estabelecer um prazo para adequação referente aos diversos quesitos de governança. A seguir, um quadro com uma proposta de adequação. A relação não pretende ser exaustiva, mas exemplificativa.

Quadro 3 - Prazos sugeridos para adaptação de quesitos referentes à governança das entidades reguladoras infranacionais.

Quesito	Prazo para adequação	Justificação
Mandato fixo dos diretores (estrutura colegiada)	1 ano	Pode ser feito no curto prazo com alteração da Lei que criou a Agência
Não coincidência dos mandatos	1 ano	Pode ser feito no curto prazo com alteração da Lei que criou a Agência
Recondução proibida ou apenas uma recondução	1 ano	Pode ser feito no curto prazo com alteração da Lei que criou a Agência
Ouvidoria com mandato e independente	2 anos	Alteração legislativa e previsão orçamentária
Procedimentos para apelação das decisões da Agência	1 ano	Regulamentação da própria agência
Agenda regulatória com ampla divulgação	1 ano	Regulamentação da própria agência
Realização de audiências/consultas públicas	1 ano	Regulamentação e ações da própria agência
Orçamento próprio e fontes próprias de recursos	2 anos	Alteração legislativa, inclusive das leis orçamentárias
Quadro de pessoal próprio com estrutura de carreira	2,5 anos	Além de alteração legislativa e previsão orçamentária, é preciso realizar o certame.

Sobre o processo de elaboração da norma de referência de governança regulatória, sugere-se que a ANA estabeleça intensa articulação com as agências infranacionais durante todo o processo, tendo em vista que elas serão diretamente afetadas. Seria oportuno que a Agência Federal operacionalizasse o inciso III, do parágrafo 4º, do art.4º A da Lei 9.984/2000 (alterada pela Lei 14.026/2020):

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

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

(...)

III - poderá constituir grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas. (...) (grifo nosso)

A participação das agências infranacionais em uma construção conjunta poderá trazer insumos importantes para ANA na elaboração da norma de governança, além de garantir mais legitimidade ao processo.

CONCLUSÃO

Como visto, o novo marco legal do saneamento básico estabeleceu algumas diretrizes na consecução da universalização dos serviços de saneamento, bem como a atração de novos investimentos, sobretudo privados, para o setor. Dentre tais diretrizes, estão o incentivo à competição por novos contratos; o estabelecimento de metas de universalização dos serviços (água e esgoto); o incentivo à prestação regionalizada; e a uniformidade regulatória, com as novas atribuições da ANA.

É evidente que o setor de saneamento básico no Brasil sofreu com a relevante diversidade de normas regulatórias que, em última análise, gerou custos de transação relevantes para os prestadores de serviços, públicos e privados.

Sendo assim, tornou-se imprescindível a padronização regulatória, cuja responsabilidade passou a ser da ANA (artigo 4º-A, §1º, VIII, da Lei nº 9.984/2000, alterada pela Lei nº 14.026/2020).

A inquietação que instigou a elaboração do presente ensaio foi: qual deveria ser a estratégia da ANA no estabelecimento da norma de referência de governança? Isto porque, se muito exigente, tal norma provavelmente inviabilizará o exercício regulatório de muitas agências; se muito permissiva, não será eficaz, possibilitando a perpetuação de fenômenos prejudiciais já diagnosticados no âmbito das agências reguladoras infranacionais, tal como o da captura regulatória.

Captura regulatória que se verificou nos casos do Município de Sumaré, no Estado de São Paulo, e dos Municípios da região dos Lagos, no Estado do Rio de Janeiro, os quais sofreram interferência política. Não por motivo diverso foi registrado em pesquisa realizada pelo Instituto Trata Brasil e pela ABAR (2021) que 69% dos dirigentes e 79% dos reguladores de agências reguladoras infranacionais julgaram como “extremamente relevante”, “muito relevante”, ou “relevante” o tema da “interferência política” como um dos principais desafios a serem combatidos pela ANA em sua norma de referência sobre governança.

Com foco em tais constatações, traçou-se um plano de recomendação estratégica à ANA no processo de elaboração, monitoramento e efetivação da norma de referência sobre governança, o qual abrange os seguintes passos.

Inicialmente é elaborada a norma de referência, que não pode ser minimalista ou extremamente genérica, uma vez que a própria legislação (Lei 11.445/2007, alterada pela Lei 14.026/2020, e Lei 13.848/2019) já traz parâmetros mínimos a serem atendidos pelas agências reguladoras, como independência decisória, administrativa, orçamentária e financeira, bem como a investidora a termo de seus dirigentes e estabilidade dos mandatos.

Constatou-se também com a revisão bibliográfica, principalmente internacional, que os princípios de governança regulatórias e melhores práticas não variam muito, estando inclusive alinhados com a Lei das Agências Federais.

De qualquer forma, entendeu-se que a elaboração da NR de Governança Regulatória passa, por óbvio, por um profundo diagnóstico do atual cenário regulatório brasileiro. Fez-se, assim, a proposta de um formulário de diagnóstico (Quadro II), a fim de se obter maior correção na Análise de Impacto Regulatório, inclusive com a possível fixação de prazos para a adaptação por parte das agências infranacionais, a exemplo do proposto no Quadro III, onde os prazos de adaptação variaram de 1 (um ano) a 2,5 (dois anos em meio) a depender da ação a ser implementada.

Um segundo passo a ser realizado pela ANA, após a elaboração da norma é o monitoramento da sua observância, servindo como pré-condição para receber recursos públicos federais.

Sugeriu-se também que ANA, futuramente, crie uma metodologia para aferição da qualidade regulatória infranacional, por meio de um índice de governança regulatória, conferindo-lhe a possibilidade de exercer uma regulação por exposição, também chamada de regulação *sunshine*, se amoldando à sua atribuição de supervisão regulatória, caracterizada pela ausência de instrumentos usuais de comando e controle.

Por fim, mas não menos importante, deverá a ANA promover a permanente capacitação de recursos humanos para a regulação adequada e

eficiente do setor de saneamento básico, fortalecendo a regulação e, conseqüentemente, a governança regulatória.

Com a efetivação dos passos acima mencionados (não necessariamente na seqüência apresentada) e, principalmente, com o constante diálogo e participação das agências reguladoras infranacionais, acredita-se que uma padronização regulatória eficiente, que efetive importantes mudanças no setor, mas que, paralelamente, seja dialógica e sensível à realidade das agências infranacionais, principalmente com a fixação de prazos razoáveis de adaptação a tais entidades, possa fortalecer a regulação infranacional e garantir mais segurança jurídica e estabilidade regulatória para o setor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERÁOS, Alexandre. O desenho regulatório do novo marco legal do saneamento básico no Brasil e a aparente dicotomia entre a regulação contratual e discricionária. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7 no 2, p. 24-51, out. 2021.
- ARAÚJO, F. C. de; BERTUSSI, G. L. Saneamento Básico no Brasil: Estrutura Tarifária e Regulação. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**. n. 51.jul/dez. 2018. p. 198.
- BAGATIN, Andréia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214-215.
- BATISTA, Mariana. Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. **Planejamento e Políticas Públicas (PPP)**, n. 36, jan/jun, 2011, 213-252. P. 217. Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/227/222> >. Acesso em 27/09/2021.
- BRASIL. Ministério das Cidades. Regulasan. **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: Ministério das Cidades, 2018a. 303 p. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/regulasan/6PublicacaoiNormativosRegulatorioseAdequacaoFormulacaoDeModeloseInstrumentos.pdf>. Acesso em: 27 ago 2021.
- BRASIL. Ministério das Cidades. Regulasan. **Publicação VI: 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: Ministério das Cidades, 2018b. Disponível em: <https://www.integracao.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/regulasan/11PublicacaoviPropostaDeProgramaseAcoesEstrategicasNoAmbitoDeSubsidio.pdf>. Acesso em: 7 out 2021.
- BROWN, Ashley C.; STERN, Jon.; TENENBAUM, Bernard; GENCER, Defne. Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems. Washington, D.C: World Bank, 2006. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7030/3/64990Handbook101OFFICIAL0USE00NL>

- Y1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 7 out 2021. CERI-FGV. **Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil. Texto para Discussão.** Atualização – julho 2020, p. 16. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 19 set. 2021.
- CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. Regulatory governance in infrastructure industries: assessment and measurement of brazilian regulators. **Trends and Policy Options**, n. 03, The World Bank. 2006, Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7059/3/63060Regulato101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em 27/09/2021.
- GOMES, Ricardo Corrêa; GUARIDO FILHO, Edson Ronaldo; VIEIRA, José Nilton de Souza. Avaliação da independência das agências reguladoras dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo do Brasil. **Revista de Serviços Públicos**, Brasília, n. 70. Out/dez, 2019, 576-607.
- GUTIÉRREZ, Luís Hernando. Regulatory governance in the Latin American telecommunications sector. **Utilities Policy**, v. 11, n. 4, p. 225-240, 2003.
- HAFEMANN, Ana Claudia; PRADO, Ivan Pereira; SCHMITT, Vanessa Fernanda; SILVA, Igor Medeiros. Governança regulatória: atuação das agências reguladoras para garantia da qualidade dos serviços públicos de saneamento básico. In COSSENZO, Cássio Leandro; GAMA, Jessica Rocha; OLIVEIRA, Luiz Antônio; SCHMITT, Vanessa Fernanda (org). **Coletânea Regulação Saneamento Básico 2019 (Associação Brasileira de Regulação – ABAR)**. Brasília, 2019, p. 204-2019.
- INSTITUTO TRATA BRASIL; ABAR (Associação Brasileira de Agências Reguladoras). **Percepção das agências reguladoras para o novo momento do saneamento no Brasil**, 2021. Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/estudos-completo/itb/as-agencias-reguladoras-e-o-novo-marco-legal-do-saneamento-basico>. Acesso em 15 set. 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 369-370.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (et al). Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, pp. 37-70, maio/ago. 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Captura pública do regulador – caso “reforma do setor elétrico (2013), TCU e MME/MF/AGU”. In:

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação**: estudos de casos da jurisprudência brasileira – a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 221-255, abr./jun. 2003.

NUNES, Carlos Motta; ANDERÁOS, Alexandre, MARINHO, Cintia de Araújo. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. **BRICS Law Journal**. 2021; Disponível em < <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88> >. Acesso em 23 set. 2021.

OECD. **OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy: The Governance of Regulators**. Paris: OECD Publishing, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **Novo marco regulatório para o saneamento básico: estratégias para definição, capacitação e acompanhamento das normas de referência emitidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico -ANA**. Programa Cátedras Brasil (Escola Nacional de Administração Pública –ENAP). Brasília/DF, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 185.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PETERS, Brainard Guy. **What is Governance?** Revista do TCU, Brasil, ano 45, n. 127, p. 28, mai/ago 2013. Disponível em < <http://portal.tcu.gov.br/publicacoes-institucionais/periodicos-e-series/revista-do-tcu/>>. Acesso em 22.09.2021.

SMIDERLE, Juliana Jerônimo. O desafio da ANA. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 74, n. 8, p. 54-55, 2020.

SOUZA, Caio Augusto Nazário de. ANA – a federalização regulatória dos serviços de saneamento básico e o fortalecimento das agências. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de;

HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). **Novo marco legal do saneamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 93-104.

NORMAS E JULGADOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949 MC, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j.: 18 nov. 1999.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 240/2015, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j.: 11 fev.2015

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Apelação Cível nº 342.739, Relator: Des. Francisco Cavalcanti, j.: 30 nov. 2004

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>