

Limites ao uso do *Spending Power* da União na indução de padrões regulatórios nacionais em saneamento básico

Limits on the use of Federal Spending Power on the issuance of national regulatory standards for sanitation services

Submetido(*submitted*): 20 June 2022
Parecer(*reviewed*): 4 October 2022
Revisado(*revised*): 3 December 2022
Aceito(*accepted*): 4 December 2022

Hector Augusto Berti Corrêa*

<https://orcid.org/0000-0002-8990-4852>

Ivan Pereira Prado**

<https://orcid.org/0000-0002-0763-5362>

Enrico Cesari Costa***

<https://orcid.org/0000-0001-5003-3781>

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

Abstract

[Purpose] *To analyze the constitutionality of art. 50, item III, of Law No. 11,445/2007, as amended by Law No. 14,026/2020, which conditioned the provision of federal financial resources to the holders of sanitation services to the compliance with the national standard for sanitation services issued by the National Water and Sanitation Agency.*

[Methodology/approach/design] *The article examines the division of normative and material powers regarding sanitation services provided in the Brazilian Constitution, as well as the doctrine and jurisprudence of spending power in comparative literature, notably from the United States of America. Moreover, the article presents the challenges for the establishment of quality regulation in the sanitation sector, as well as the advantages and disadvantages of the sanitation regulatory centralization in the Union.*

[Findings] *It concludes for the validity of the national regulatory standards for sanitation services if issued as guidelines and for the eventual unconstitutionality, to be acknowledged*

*Bacharel em Direito e Mestrando em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com intercâmbio acadêmico na Universidade de Lisboa. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito do Saneamento Básico, do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Universidade de Brasília (GESANE) e do grupo de estudos Direito Administrativo da Infraestrutura, da Universidade de São Paulo (DAI/USP). Advogado no escritório Lefosse Advogados. E-mail: Hec.augusto.correa@gmail.com.

**Mestre em Administração Pública, Políticas Públicas e Gestão Governamental pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV – Fundação Getúlio Vargas. Sócio do escritório Barreto Dolabella Advogados e advogado concursado da Adasa – Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal. E-mail: ivanprado.adv@gmail.com.

***Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito do Saneamento Básico, da Universidade de Brasília (GESANE). Advogado no escritório Ulhôa Canto, Rezende e Guerra Advogados. E-mail: enricocosta@gmail.com.

on a case-by-case basis, if such standards do not pass the tests proposed by foreign doctrine and jurisprudence.

Keywords: *New Sanitation Regulation Framework. National Regulatory Standards. Spending Power. Fiscal Federalism.*

Resumo

[Propósito] O presente artigo tem como objetivo avaliar a constitucionalidade do art. 50, inciso III, da Lei nº 11.445/2007, tal qual alterada pela Lei nº 14.026/2020 que condiciona o repasse de recursos federais aos titulares dos serviços de saneamento que observarem as normas de referência da Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico - ANA.

[Metodologia/abordagem/design] Para realizar essa tarefa, este trabalho investiga a repartição de competências legislativas e materiais em saneamento na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, bem como a doutrina e a jurisprudência do spending power na literatura comparada, notadamente aquela dos Estados Unidos da América - EUA. Além disso, o artigo trata dos desafios para o estabelecimento de uma regulação de qualidade no setor, bem como das vantagens e desvantagens da centralização regulatória do saneamento na União.

[Resultados] Conclui-se pela constitucionalidade das normas de referência se editadas com caráter de diretrizes e pela eventual inconstitucionalidade, a ser verificada caso a caso, se tais normas não passarem nos testes propostos pela doutrina e jurisprudência estrangeira.

Palavras-chave: Novo Marco do Saneamento Básico. Normas de Referência. Spending Power. Federalismo Fiscal. Regulação.

INTRODUÇÃO

Com a aprovação da Lei nº 14.026/2020, que alterou a Lei nº 11.445/2007, apelidada de Novo Marco do Saneamento Básico - NMSB, o desenho institucional da regulação em matéria de saneamento básico foi alterado substancialmente, principalmente no que diz respeito aos serviços de água e esgotamento sanitário. Entre as principais inovações, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA foi promovida a uma agência reguladora de amplitude nacional com competência para disciplinar esses serviços. Nesse sentido, a atividade regulatória dessa entidade se dará por meio das assim chamadas Normas de Referência, que poderão versar, entre outros temas, sobre: padrões de qualidade e eficiência na prestação, manutenção e operação de sistemas de saneamento; regulação tarifária; instrumentos negociais de prestação de serviços públicos; metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão

dos investimentos não amortizados ou depreciados; metas de universalização; e governança de entidades subnacionais reguladoras¹.

A justificativa desse novo desenho institucional pode ser encontrada no predecessor do NMSB, qual seja, a Medida Provisória nº 844/2018². Em sua exposição de motivos, a MP teve uma grande preocupação em promover a articulação entre a União, representada pela ANA, com as demais entidades reguladoras subnacionais de saneamento, buscando incentivar uma maior coordenação setorial e promover o desenvolvimento de práticas regulatórias e de governança de excelência³. Não por outra razão, essa necessidade já havia sido

¹ Art. 4º-A da Lei nº 9.984/2000: A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. § 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre: I - padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico; II - regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico; III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades; IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos; V - critérios para a contabilidade regulatória; VI - redução progressiva e controle da perda de água; VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados; VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007; IX - reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública; X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico; XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes; XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico; XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

² Em 6 de julho de 2018 o Governo Federal editou Medida Provisória trazendo diversas alterações ao regime regulatório de saneamento básico. Entretanto, a norma não foi aprovada pelo Congresso Nacional e perdeu sua vigência em 20 de novembro de 2018. Muitas das alterações promovidas por essa Medida Provisória foram posteriormente incorporadas pela Lei nº 14.026/2020, inclusive as Normas de Referência ora analisadas por esse artigo.

³ E, em complemento, dizia a exposição de motivos da MP 844/2018 “A MP proposta atribui a Agência Natural de Águas (ANA) a competência de elaborar normas nacionais de referência regulatória para o setor de saneamento básico, **que**

objeto de recomendação do Tribunal de Contas da União - TCU, segundo o qual a falta de coordenação e articulação no setor de saneamento era um dos principais motivos para a sua ineficiência e baixos níveis de universalização⁴.

Vislumbrando essas dificuldades e a fim de que o poder regulatório da ANA fosse prestigiado por outros entes e agências subnacionais, o NMSB adotou uma solução engenhosa: condicionou o repasse de recursos federais aos titulares desses serviços à adoção, por eles, das Normas de Referência da ANA⁵. Tal

servirão como balizadores das melhores práticas para os normativos dos diferentes reguladores de saneamento básico do País. Espera-se assim uma elevação na qualidade das normas regulatórias para o setor de saneamento básico e uma maior uniformização regulatória em todo território nacional” (grifo nosso).

⁴ “128. Uma melhor articulação do setor poderia acelerar a universalização do acesso aos serviços de esgotamento sanitário e contribuir para a melhoria da qualidade da gestão. (...) Por meio dessa sala de coordenação, seria possível identificar problemas e formular propostas de solução, contribuindo para a coordenação do setor e a integração entre os diversos atores institucionais, além de promover a articulação com o Conselho das Cidades (ConCidades) e com outros conselhos nacionais relacionados ao tema. 129. Ante o exposto, propõe-se recomendar à Casa Civil da Presidência da República que institucionalize instância interministerial de coordenação, articulação e integração entre os atores responsáveis pelas principais ações na área de saneamento básico, a exemplo da Sala de Coordenação e Acompanhamento da Política de Saneamento Básico, prevista no Plansab. Propõe-se, ainda, recomendar também à Casa Civil que defina de forma consolidada os limites de atuação dos órgãos e instituições federais que possuem competências relacionadas a fomentar melhorias de sistemas de esgotamento sanitário, inclusive quanto ao perfil dos municípios a ser atendidos”. TCU. Acórdão 3.180/2016 - Plenário. Min. Rel. André Luís de Carvalho. Seção de 7 dez. 2016.

⁵ Observa-se que, para além deste requisito, outros foram fixados pelo Art. 50 da Lei nº 11.445/2007, quais sejam: 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: I - ao alcance de índices mínimos de: a) desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira dos serviços; e b) eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos de saneamento básico; II - à operação adequada e à manutenção dos empreendimentos anteriormente financiados com os recursos mencionados no caput deste artigo; III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA; IV - ao cumprimento de índice de perda de água na distribuição, conforme definido em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional; V - ao fornecimento de informações atualizadas para o Sinisa, conforme critérios, métodos e periodicidade estabelecidos pelo Ministério do Desenvolvimento Regional; VI - à regularidade da operação a ser financiada, nos termos do inciso XIII do caput do art. 3º desta Lei; VII - à estruturação de prestação regionalizada; VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada; e X - à constituição da entidade de governança federativa no prazo

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), e tem sido objeto de amplos e acalorados debates em países que adotam o modelo de estado federado, em especial nos Estados Unidos da América - EUA⁶.

O uso desse artifício, entretanto, levanta uma série de problemáticas que passam, obrigatoriamente, por uma tensão que se estabelece entre o dirigismo de uma certa visão regulatória da União e a autonomia dos entes titulares desses serviços públicos. Não é por outra razão que, hoje, Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs apresentadas ao Supremo Tribunal Federal – STF questionam, entre outros pontos, justamente a constitucionalidade do uso desse mecanismo jurídico. Seria o *spending power* um instrumento albergado pelo Pacto Federativo, ou seria essa uma forma de simples coação interfer federativa? Poderia a União utilizar-se de seu poder orçamentário-financeiro para induzir comportamentos em entidades reguladoras subnacionais, ou seria essa uma atuação considerada abusiva? Essas são algumas das questões que se colocam e que este artigo pretende responder.

I - TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Conforme preceitua a Lei nº 11.445/2007, a prestação dos serviços de saneamento básico engloba o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, além da drenagem e o manejo de águas pluviais⁷. Como consequência da amplitude e complexidade das

estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo.

⁶ Também é possível identificar ricos debates relacionados ao tema na experiência canadense cf. COURCHENE, Thomas J. Reflections on the federal spending power: practices, principles, perspectives. IRPP Working Paper number 2008-01, June 2008. Embora não se trate do caso canadense neste trabalho, o artigo mencionado merece destaque como referência no tema naquele país.

⁷ Art. 3 da Lei nº 11.445/2007: Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reuso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição

atividades que compõe esse serviço, a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB estabeleceu uma intrincada divisão de competências, situação essa agravada pelo modelo federativo do país (BARROSO, 2002). Desta forma, antes de apresentar propriamente o conceito de *spending power*, é fundamental compreender como essa organização normativa setorial se dá, a fim de melhor esclarecer qual responsabilidade cada ente possui na prestação desses serviços. Inicialmente, serão abordadas as competências da União.

A este ente recai o domínio sobre grande parte dos recursos hídricos nacionais, notadamente aqueles que forem compartilhados com outros países ou que cortem diferentes Estados⁸. Em parte, como decorrência dessa atribuição, cabe à União instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, definindo os critérios de outorga e de uso dos cursos d'água⁹, assim como legislar sobre os recursos cursos hídricos¹⁰ e meio ambiente, este último tema de forma concorrente com Estados e Municípios¹¹. Especificamente em relação ao saneamento básico, a CRFB é expressa ao dizer que a União é responsável por instituir *diretrizes* sobre a matéria, as quais deverão ser observadas por todos os entes federados¹², além de atribuir-lhe, em conjunto com Estados e Municípios, o poder de instituir programas no setor¹³.

manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes.

⁸ Art. 20 da CRFB: São bens da União: III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

⁹ Art. 21 da CRFB: Compete à União: XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

¹⁰ Art. 22 da CRFB: Compete privativamente à União legislar sobre: IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

¹¹ Art. 24. da CRFB: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

¹² Art. 21. da CRFB: Compete à União: XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

¹³ Art. 23. da CRFB: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Por sua vez, os Estados detêm as águas superficiais, subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito que se encontrem sob suas circunscrições¹⁴. Adicionalmente, a estes entes restam as competências residuais legislativa e material, de modo que lhes é reservado o poder de tratar de matérias que não lhes sejam vedadas expressamente pela CRFB¹⁵. Cabe apontar que, por conta do Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANASA, criado no regime militar, diversos Estados também possuem Companhias Estaduais de Saneamento Básico que são encarregadas de prestar, ainda hoje, serviços de saneamento para os Municípios de seu território (COUTINHO, 2021).

Por fim, é atribuído aos Municípios a titularidade dos serviços de saneamento básico. Essa titularidade, reconhecida pelo STF no âmbito das ADIs nº 1.842-RJ e 2.077-BA, decorre, segundo a Corte, do fato de o saneamento básico ser uma atividade de interesse eminentemente local (MARTINS, 2020). Por conseguinte, tal serviço deve ser prestado direta ou indiretamente pelos próprios Municípios¹⁶, o que torna tais entes os protagonistas do desenvolvimento e estruturação do setor.

Isso posto, é possível concluir que o arranjo constitucional brasileiro concentrou grande parte da competência legislativa sobre saneamento básico na União, alocando a este ente as responsabilidades de elaborar diretrizes e promover programas no setor, desde que assegurada a titularidade dos serviços aos Municípios. Não por outra razão, esses são os principais fundamentos legais para a delegação normativa atribuída à ANA na edição de suas Normas de Referência.

II - A FUNÇÃO INDUTORA DA UNIÃO NO SANEAMENTO BÁSICO

A despeito da amplitude das competências da União sobre saneamento, esse ente teve um papel mais secundário na história do setor, restringindo-se ao financiamento dos serviços e à elaboração de programas nacionais, ao passo que a prestação, regulamentação e regulação foi deixada a cargo, principalmente, dos

¹⁴ Art. 26. da CRFB: Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

¹⁵ Art. 25. da CRFB: Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

¹⁶ Art. 30. da CRFB: Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Estados e suas Companhias Estaduais de Saneamento, sobretudo por conta do já citado PLANASA, que incentivou um modelo estadualizado para prestação desse serviço (BERTOCCELLI, 2020).

Todavia, com a aprovação do NMSB a União ganhou proeminência na organização da prestação das atividades de saneamento básico, notadamente no que diz respeito à ampliação de seus poderes regulatórios. Tal alargamento de atribuições visou não somente maximizar a eficiência da prestação dos serviços, como também almejou fomentar uma maior governança e qualidade da regulação das autarquias especiais subnacionais.

No centro desse processo de centralização de poderes na União, encontra-se o art. 50, inciso III¹⁷, do NMSB, que dispôs que as agências reguladoras subnacionais e os Municípios deverão observar as Normas de Referência editadas pela ANA caso os titulares dos serviços desejem ter acesso aos recursos da União. Isso posto, passa-se a analisar os motivos que justificam e justificaram essa nova configuração institucional, a fim de colocar em perspectiva a função indutora conferida à União pela nova legislação.

II.1. Entraves para o desenvolvimento da regulação de saneamento no Brasil

Tem-se entendido que grande parte dos entraves ao desenvolvimento da regulação do saneamento básico no Brasil relaciona-se com a situação político-normativa dos Municípios e de suas agências reguladoras, realidade essa que possivelmente resulta em prejuízo à solidez, previsibilidade econômica e segurança jurídica desses serviços. A respeito disso, e adotando uma abordagem eminentemente racional-indutiva, traz-se a seguir algumas dessas potenciais deficiências e limitações. Neste sentido, vale frisar que os problemas aqui apresentados dependem de uma investigação empírica mais aprofundada, tratando-se, com efeito, de hipóteses razoáveis que têm servido como lastro para o movimento de centralização ora descrito. Isso posto, passa-se aos obstáculos.

Um primeiro ponto de atenção decorre do fato de que a titularidade dos serviços de água e esgotamento sanitário é municipal e, como consequência desse fato, tem-se uma grande proliferação de entidades reguladoras de saneamento no Brasil. Segundo levantamento realizado em 2020 pela Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR, um total de 53 agências subnacionais eram

¹⁷ 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.

filiadas à associação, sendo que 22 eram municipais, 25 estaduais, 5 consorciadas e 1 distrital (ABAR, 2020, p. 6). Na mesma esteira, 62 agências subnacionais voluntariamente reportaram sua existência à ANA, fato que pode indicar a existência de um contingente ainda maior de autarquias não catalogadas por essas organizações (BRASIL, 2021). Mas então, qual seria o problema decorrente desta situação?

A grande quantidade de agências implica em uma maior variedade de padrões (ou melhor, “não padrões”), práticas e costumes regulatórios que, não raro, não serão capazes de cumprir com os princípios e objetivos da função regulatória estabelecidos pela lei nº 11.445/2007¹⁸. Como resultado dessa realidade, multiplicam-se os custos de transação¹⁹, sobretudo porque um mesmo prestador, que atue em diferentes localidades, terá que duplicar (quando não triplicar ou quadruplicar) seus esforços para se adequar às respectivas e distintas regulações²⁰. Desse modo, esses custos, relacionados a uma produção regulatória desordenada e incoerente, serão inevitavelmente repassados ao usuário, encarecendo a prestação dos serviços.²¹

¹⁸ Art. 21 da Lei nº 11.445/2007: 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.

¹⁹ Sinteticamente, Mankiw assim define os custos de transação como “os custos em que as partes incorrem no processo de efetivação de uma negociação”. MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Cengage Learning, São Paulo, 2013, p. 198.

²⁰ É o que se retira da Exposição de Motivos Interministerial nº 184/2019/ME/MDR: “Uma segunda consequência da falta de padronização regulatória é a **existência de custos de transação relevantes aos prestadores, públicos e privados, que trabalham para diferentes titulares. Estes são obrigados a se adaptar a regras regulatórias potencialmente muito diferentes na prestação de um mesmo serviço**” (grifo nosso). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1787462&filename=PL+4162/2019>. Acesso em: 04 set. 2021.

²¹ Essa dificuldade inclusive já constava da exposição de motivos da Medida Provisória 844/2018: “4. (...) A Constituição Federal atribui a titularidade dos serviços de saneamento básico aos municípios, atribuição acolhida pela Lei nº 11.445/2007, que faculta aos titulares regular diretamente ou delegar a regulação desse setor. Esse arranjo explicitou as diferentes capacidades regulatórias dos diferentes titulares, resultando numa miríade de situações. 5. Um primeiro problema decorrente deste arranjo é que titulares com baixa capacidade regulatória podem afetar negativamente a eficiência e desenvolvimento do setor de saneamento básico ao influenciar a qualidade ou preço dos serviços de forma inadequada. Uma segunda consequência da falta de padronização regulatória é a existência de custos de transação relevantes aos prestadores, públicos e privados, que trabalham para diferentes titulares. Estes são obrigados a se adaptar a regras regulatórias potencialmente muito diferentes na prestação de um mesmo serviço.”

Nesta esteira, outro problema que se potencializa com essa fragmentação institucional do regulador se refere à possibilidade de agências subnacionais não possuírem independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, conforme exige o art. 21 da Lei nº 11.445/2007. Como resultado da fragilidade institucional das agências subnacionais, maximizam-se as chances de que uma captura regulatória ocorra, conceito este que pode ser entendido como a colonização de órgãos ou entidades, dotadas de poder decisório, pela indústria ou por grupos políticos organizados em prejuízo do interesse público e de uma atuação técnica²².

Além disso, outro limitador da qualidade da regulação nesta matéria se refere ao elevado *know-how* exigido para a normatização desses serviços. 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. Neste sentido, tal conhecimento se torna essencial quando se fala das concessões de serviço público, dada a complexidade das atividades concedidas²³, bem como a natural incompletude contratual de negócios jurídicos que estabelecem uma relação de longo prazo entre Estado e prestador privado²⁴. Em outros termos, o que se tem é uma significativa assimetria informacional decorrente da realidade institucional e regulatória brasileiras que, inevitavelmente, impacta na qualidade, eficiência e, até mesmo, eficácia dos serviços.

²² A este respeito, Shleifer esclarece que a Teoria da Captura de Stigler se baseava em duas premissas básicas que ajudam a compreender o conceito: “First, the political process of regulation is typically captured by the industry. Regulation not only fails to counter monopoly pricing, but is to the contrary used to sustain it through state intervention. Second, even in the cases where, under the influence of organised consumer groups, regulators try to promote social welfare, they are incompetent and rarely succeed. Thus the scope for government regulation is minimal at best, and such intervention is futile and dangerous even in the rare cases where there is scope”. SHLEIFER, Andrei. *Understanding Regulation*. European Financial Management, Vol. 11, No. 4, 2005, p. 441.

²³ Nesse sentido, menciona-se, por exemplo, os reajustes tarifários e reequilíbrios econômico-financeiros dos contratos, dado a grande repercussão política e social que tal tipo de atividade pode desencadear e as necessidades de que tais processos sejam conduzidos de maneira técnica e transparente.

²⁴ A incompletude contratual surge, geralmente, de relações econômicas complexas e de longo prazo em que as partes são incapazes de antever todos os riscos e mudanças da realidade econômico-social que poderão impactar o negócio jurídico. Se o fizessem, o esforço seria tão grande que, consequentemente, os custos dessa tarefa seriam maximizados infinitamente. Desta forma, contratos podem ser deixados intencionalmente incompletos, delegando o preenchimento de seu sentido a um momento posterior. Tal preenchimento, por seu turno, pode ser feito por uma entidade reguladora, a qual deverá ter a capacidade técnica e independência suficientes para que essa tarefa não seja feita em prejuízo do concessionário ou dos utentes dos serviços.

Não obstante, outras razões, igualmente importantes, merecem ser mencionadas, ainda que de passagem, como possíveis entraves para a solidificação de uma governança e qualidade regulatórias no saneamento básico brasileiro, quais sejam: (i) servidores de agências municipais possuem baixos salários quando comparados com as de outras autarquias, fato que proporciona um alto índice de *turnover* no quadro pessoal, resultando em instabilidade institucional e não permanência de técnicos qualificados; (ii) frequentemente a regulação municipal e, até mesmo a estadual, não possui atratividade e/ou disponibilidade de profissionais capacitados para o exercício das funções regulatórias; e (iii) as agências reguladoras subnacionais demonstram possuir um alto custo relativo para a manutenção de uma estrutura dotada de capacidade para atender, com celeridade e técnica, as demandas dos prestadores e usuários dos serviços (GALVÃO JUNIOR et al, 2008; MENEGUIN e PRADO, 2018)²⁵.

Neste sentido, e talvez por conta das dificuldades expostas acima, as próprias autarquias subnacionais aparentam enxergar com bons olhos este movimento de centralização regulatória na figura da União por meio da ANA. Em pesquisa feita pelo Instituto Trata Brasil, em parceria com a ABAR, em um universo de 66 agências reguladoras estaduais, intermunicipais e municipais, 92% dos diretores e 85% dos servidores classificaram a ANA como importante ou muito importante para a melhoria da regulação do setor hoje em dia, ao passo que,

²⁵ Galvão et al. discutem a viabilidade da regulação subnacional nos termos estabelecidos na Lei n. 11.445/2007, tendo como base os dados do Sistema Nacional de Informações em Saneamento (SNIS) do ano de 2005. No trabalho foram considerados 2.523 municípios, com até 200 mil economias de água e esgoto, o que representou 99% do total de municípios com informações disponíveis no SNIS. Acima desse número de ligações se admitiu a viabilidade da regulação local. Estabeleceram-se taxas hipotéticas de regulação, que variaram de 1 a 3% do faturamento dos prestadores de serviços na localidade. Os recursos arrecadados deveriam ser suficientes para custear as atividades de agências reguladoras municipais de regulação técnica, econômica, fiscalização e ouvidoria. Para o desempenho dessas atividades se definiu uma estrutura e equipe técnica mínima, multidisciplinar, cuja dimensão variou conforme o porte dos municípios, considerando-se o número de economias: pequeno porte – até 10 mil economias, médio porte – até 50 mil economias, e grande porte – até 200 mil economias. A conclusão do estudo não encoraja a criação de agências municipais para a regulação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Isso porque, mesmo com uma taxa de regulação de 3% do faturamento do prestador de serviços, superior em seis vezes a taxa de regulação da agência estadual de São Paulo (Arseps), por exemplo, a regulação local só é viável em 3% dos municípios da amostra analisada. Na totalidade da amostra de municípios de pequeno porte a regulação mostrou-se inviável, enquanto para os municípios de porte médio e de grande porte a viabilidade se deu em 4% e 57%, respectivamente treze e 52 municípios, do conjunto de municípios que integraram a amostra (GALVÃO JUNIOR, A. C.; PAGANINI, W. S.; TUROLLA, F. A. Viabilidade da regulação subnacional dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário sob a Lei n. 11/445/2007. Revista Científica da Abes, São Paulo, v. 13, n. 2, pp. 134-43, abr.-jun. 2008.)

para estes mesmos atores, as Prefeituras Municipais teriam um papel de apenas 69% e 70%, respectivamente, para o sucesso dos serviços²⁶. Em outros termos, os próprios reguladores subnacionais reconhecem, hoje, a urgência de se ter uma figura central que forneça diretrizes mínimas sobre como disciplinar determinadas matérias do setor.

II.2. Justificativas à centralização regulatória

Embora algumas das dificuldades acima indicadas possam ser mitigadas em regiões onde o ecossistema institucional seja mais maduro, como no Estado de São Paulo e no Distrito Federal, as limitações ao atingimento da qualidade regulatória parecem ser a regra no país e corroboram com a tese da necessidade de se ter um ente nacional que estabeleça balizas regulatórias mínimas para o setor. Com efeito, esse regulador nacional pode minimizar ou, até mesmo, eliminar alguns dos entraves identificados.

No que tange à multiplicidade de agências reguladoras, o estabelecimento de uma uniformidade regulatória pelas Normas de Referência pode ser vista, sob o prisma institucional, como medida positiva, uma vez que a centralização dessa atividade terá não só o potencial de reduzir os custos de adequação dos prestadores às normas técnicas, econômico-financeiras e jurídicas expedidas pelas autarquias subnacionais, como também de reduzir os próprios dispêndios das entidades locais que necessitem de um norte quanto quais sejam as melhores práticas de regulação em saneamento (TRINDADE, 2012; MARRARA, 2021).

Por conseguinte, uma maior uniformidade jurídica, ainda que feita com o conteúdo de diretrizes, tenderá a aumentar a segurança jurídica, valor este que se faz inafastável em um cenário de crescimento e diversidade de prestadores privados no país, dada a abertura de mercado proporcionada pelo NMSB. À vista disso, essa nova configuração simplesmente buscou concretizar um dos objetivos regulatórios estabelecidos pela recém aprovada Lei nº 14.026/2020, qual seja o de definir padrões e normas para a adequada prestação e expansão dos serviços²⁷.

²⁶ O estudo perguntou para as entidades subnacionais de saneamento o seguinte: “Avalie a importância do apoio destas entidades para a melhoria da governança de sua Agência para fazer frente ao novo marco regulatório: a. Prefeitura municipal; b. Governo do Estado; c. Ministério Público; d. ANA; e. MDR”. (TRATA BRASIL. Percepção das Agências Reguladoras Infranacionais quanto à atualização do Marco Regulatório do Saneamento Básico. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/as-agencias-reguladoras-e-o-novo-marco-legal-do-saneamento-basico>>. Último acesso em 11/10/2021.)

²⁷ Art. 22 da Lei nº 11.445/2007: São objetivos da regulação: I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA.

Neste sentido, agências com estruturas mais precárias passam, inclusive, a ter bases e referências mais sólidas para desenvolverem seus próprios acervos regulatórios (ARAÚJO et al., 2020).

No que diz respeito à independência decisória, a partir do momento em que haja um padrão institucional mínimo fixado pela ANA²⁸ para as entidades subnacionais de regulação sobre forma organizativa, práticas de *compliance*, modelos decisórios, publicidade e transparência, participação popular, produção normativa etc., diminuem-se as chances de se ter uma colonização do regulador, o que corrobora, por conseguinte, com uma prestação mais eficiente e democrática dos serviços. Com efeito, a fixação de balizas mínimas sobre a governança dessas entidades tende a facilitar o próprio controle destas pela sociedade civil, Tribunais de Contas e Ministério Público, uma vez que essas instituições terão referenciais mínimos para exercerem suas funções de supervisão e fiscalização.

Por último, não se pode olvidar também que a ANA poderá reduzir, de forma efetiva, as assimetrias de informação existentes no setor, quando tiver à sua disposição, mediante atuação em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Regional - MDR, os dados provenientes do Sistema Nacional de Informações em Saneamento - SINISA. De modo efetivo, tal sistema representa um importante avanço na medida em que visa sistematizar e compilar informações setoriais em âmbito nacional, disponibilizando bases de dados mais robustas para o estudo e desenvolvimento da regulação, além de promover as vias necessárias para o aperfeiçoamento da transparência e do controle social dessas atividades (HEINEN e MAFFINI, 2020).

II.3. Problemas na regulação centralizada

A despeito dos objetivos visados pelo NMSB e das eventuais vantagens esperadas com a centralização regulatória na União expostas acima, é válido pontuar que este é um movimento não imune de críticas, sendo um tema em constante debate pela comunidade jurídica. Por esse motivo, faz-se necessário que sejam apresentadas algumas das desvantagens e limitações enxergadas neste novo modelo institucional, a fim de dar maior profundidade ao presente estudo. Neste sentido, é possível vislumbrar ao menos dois entraves dignos de nota, quais sejam: (i) a possibilidade da regulação federal desconsiderar problemas tipicamente municipais, como, por exemplo, as especificidades técnico-ambientais; e (ii) o aumento do déficit democrático pelo afastamento da autoridade decisória de sua comunidade política (MARQUES NETO, 2009).

²⁸ Art. 4-A, §1, VIII, da Lei nº 9.984/2000: § 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.

Em relação ao primeiro ponto, é importante observar que a atenção às especificidades locais ganha contornos sensíveis em matéria de saneamento básico. Não por outra razão que o próprio Decreto nº 7.217/2010 estabeleceu que a Política Federal de Saneamento Básico deverá contemplar, em todas suas dimensões, as *especificidades locais*.²⁹ Efetivamente, o que o Diploma fez foi reconhecer que os fenômenos urbanísticos, os tipos de construção, as particularidades hídricas e as condições socioeconômicas de um local delimitado requerem uma grande pluralidade de arranjos normativos que perpassam, obrigatoriamente, por particularidades históricas, culturais e políticas de uma dada comunidade. Em outras palavras, para que a própria política pública e atividade regulatória sejam bem-sucedidas é necessário que elas lidem com todas essas especificidades. Com isso, não se buscará apenas uma regulação efetiva e eficiente, mas também legítima do ponto de vista representativo e democrático.

Uma agência reguladora subnacional está mais próxima da administração local para auxiliar na composição e organização de atividades vistas como relevantes para um determinado contingente populacional. A título de exemplo, Municípios podem tanto atribuir a obrigação de que os prestadores de saneamento ofereçam, além do serviço de abastecimento de água potável, o serviço de água de reuso, como também podem criar políticas locais preocupadas em vincular o fornecimento de água tratada à implantação de serviços de coleta de esgoto, com o conseqüente combate aos esgotos clandestinos (SUNDFELD, 2013). Assim sendo, a agência subnacional parece encontrar-se mais integrada às realidades locais que dão origem e conformam esses arranjos, estando, por conseguinte, mais apta a regulá-los do que uma entidade nacional, afastada dessas particularidades.

Deste modo, a centralização de parte da competência regulatória dos serviços de saneamento básico na ANA pode acabar por desconsiderar essas peculiaridades locais, impedindo que temas relevantes para comunidades específicas sejam devidamente abordados pelas instâncias federais. Uma organização regulatória que fortalecesse agências subnacionais, por conseguinte, poderia ser mais benéfica em fazer florescer arranjos mais criativos e que melhor enderecem problemas de comunidades locais.

Já no que tange ao segundo problema, verifica-se que a centralização do setor põe em dúvida a própria legitimidade do exercício da regulação para essa

²⁹ Art. 53, do Decreto nº 7.217/2010: A Política Federal de Saneamento Básico é o conjunto de planos, programas, projetos e ações promovidos por órgãos e entidades federais, isoladamente ou em cooperação com outros entes da Federação, ou com particulares, com os objetivos de: VIII - promover o desenvolvimento institucional do saneamento básico, estabelecendo meios para a unidade e articulação das ações dos diferentes agentes, bem como do desenvolvimento de sua organização, capacidade técnica, gerencial, financeira e de recursos humanos, contempladas as especificidades locais.

atividade³⁰. Isso ocorre porque a transferência do poder normativo do saneamento para a ANA excluirá, das agências reguladoras subnacionais, uma fração relevante do poder de disciplinar o conteúdo de normas que poderiam ser original e plenamente por elas editadas. Com efeito, esse movimento intensificará um fenômeno que ficou conhecido, sobretudo a nível federal no começo dos anos 2000, como *déficit democrático*, em que se observou a transferência de parte da faculdade decisória dos representantes legitimamente eleitos para as autarquias especiais, entidades essas que ficaram responsáveis por regular, por uma abordagem eminentemente técnica, atividades econômicas de alta relevância social (MOREIRA, 2003).

No caso do saneamento básico, esse fenômeno se intensifica sobretudo porque, como visto, tais serviços demandam o apreço das particularidades locais. Consequentemente, para que isso seja feito de forma satisfatória, é imperativo que existam canais democráticos suficientes entre os regulares, a população diretamente afetada e os próprios Municípios titulares dos serviços. Do contrário, uma entidade nacional dificilmente conseguiria cumprir esse papel, seja em razão de seu próprio distanciamento físico desses atores, seja porque o Brasil possui uma grande desigualdade de acesso aos meios de comunicação digitais, como a internet.

Todavia, cumpre pontuar que a doutrina tem reconhecido formas de se atenuar este déficit, estabelecendo ao menos dois caminhos para tanto: (i) que as normas regulatórias estejam em conformidade com normas primárias gerais (ou seja, com as leis em sentido formal, produzidas pelo Poder Legislativo); e (ii) que tais normas sejam produzidas mediante procedimento que assegure a ampla participação da sociedade (ou seja, que a produção normativa seja submetida a um forte controle social) (ARAGÃO, 2011).

Desta forma, surge para a ANA um desafio quanto a condução de sua política regulatória em matéria de saneamento básico em âmbito nacional, devendo essa agência ter o cuidado de fixar procedimentos para uma produção normativa que garanta ampla margem de participação aos agentes interessados, notadamente aqueles que fazem parte do ecossistema regulatório local, quais

³⁰ “Assim, outro pressuposto do Estado Regulador está na questão do modus operandi de manifestação da legitimidade política. É certo que o Estado Regulador, ao beber da estruturação administrativa do Estado Administrativo, do engrandecimento da figura burocrática, da expertise técnica e da concentração das funções estatais na etapa de planejamento e execução das leis, amesquinha a antes dominante função legislativa de canalização da legitimidade política e, com isso, lança a questão fundamental sobre como a agora predominante função administrativa do Estado, indiferenciada da função política – ou, sob outro enfoque, tendo avançado sobre ela –, angaria legitimidade política.” (ARANHA, Márcio. *Manual de Direito Regulatório*. Laccademia Publishing, Edição Kindle, p. 585-589).

sejam a população potencialmente impactada e os próprios reguladores subnacionais. Só assim será possível diminuir o déficit democrático ao mesmo tempo que se valorizam regulações construídas de forma concertada.

Tudo isso colocado em perspectiva, a seguir passa-se à análise da constitucionalidade do mecanismo introduzido no art. 50, III, da Lei nº 11.445/2007, responsável por condicionar a transferência de recursos federais aos titulares dos serviços de saneamento tendo, como contrapartida, a internalização das Normas de Referência editadas pela ANA pelas entidades subnacionais e Municípios.

III. O SPENDING POWER NOS EUA E NO BRASIL

Conforme exposto, o NMSB condicionou o repasse de recursos federais à observância das Normas de Referência como uma forma de garantir que a União exercesse maior influência na regulação dos serviços e, pretensamente, promovesse maior qualidade normativa. No entanto, a questão que se impõe agora é sobre como esse tipo de exigência, reconhecida como *spending power* pela experiência internacional, é tratada pela literatura estrangeira e brasileira.

Desta forma, traz-se os debates jurisprudenciais e doutrinários dos EUA, que é tido como referência no direito comparado no que se refere ao instrumento do *spending power*, bem como do instituto das transferências voluntárias do direito financeiro brasileiro, a fim de contribuir, com a construção de um debate nacional mais sólido e bem fundamentado sobre o tema.

III.1. O spending power nos Estados Unidos

A experiência internacional possui amplos debates sobre os limites do poder financeiro que o governo central tem sobre outros entes autônomos (WATTS, 1999). Neste âmbito, as discussões estrangeiras se concentram em investigar o poder que o governo central pretensamente possui de influenciar distintos entes federados a executar políticas públicas em áreas nas quais, *a priori*, aquele não detém competência constitucional expressa³¹. As discussões sobre esse

³¹ “The past five decades have seen tremendous growth in both the dimensions and the objects of spending by the federal government. (...) Moreover, such spending, at least as much as direct federal regulation, has played an increasingly large part in shaping the conduct of individuals, business organizations, and state and local governments. (...) The more intriguing problems [of the federal spending power], addressed below, spring from the temptation of Congress to attach strings to its expenditures, to coerce recipients into conduct which it might not be able

poder político e regulatório “impróprio”, ou para além da competência expressa de um ente federado, se notabilizaram, particularmente, no federalismo norte-americano, que é tido como referência para diversos outros sistemas jurídicos ao redor do mundo.

A respeito disso, o *spending power* nos EUA está cristalizado no art. 1º, seção 8 de sua Constituição, dispositivo esse que diz que compete ao Congresso norte-americano utilizar seu poder de tributação e despesa para a promoção da defesa comum e do bem-estar geral do país. *Verbis*:

The Congress shall have Power to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and **general Welfare of the United States**; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States (grifo nosso).

Em outras palavras, é sob o pretexto de promover a defesa comum do Estado e o desenvolvimento econômico e social que o Poder Legislativo Federal tem a prerrogativa de utilizar de sua competência arrecadatória, em sentido amplo, para definir certas políticas públicas em magnitude nacional.

A aplicação desse dispositivo, porém, foi alvo de distintas interpretações, as quais remontam os debates dos *framers* no seio da construção do federalismo norte-americano³². Neste sentido, e desde a promulgação da Constituição, a controvérsia sobre essa norma tem sido tributária da amplitude de sua redação, de modo que há uma contínua necessidade de se delimitar, com maior exatidão, o significado e extensão da expressão “*general welfare*”. Efetivamente, a interpretação sobre esse artigo trouxe diversas posições doutrinárias que variam desde abordagens mais restritivas, que afirmam que essa previsão cuidaria apenas de uma restrição ao poder de tributar do Congresso, indicando para quais propósitos a arrecadação deve ocorrer; a posições mais permissivas, que afirmam

constitutionally to compel if it sought to do so by direct regulation”. (ROSENTHAL, Albert J. *Conditional Federal Spending and the Constitution*. Stanford Law Review. Vol. 39. No. 5., 1987 p. 1103-1164).

³² “Hamilton sustentava uma interpretação ampla, permitindo que o Congresso autorizasse qualquer gasto em nome do “bem-estar geral”. Madison, por sua vez, sustentava que a Cláusula de Gastos exigia uma interpretação restrita, na qual o Congresso só poderia autorizar gastos relacionados às competências da União explicitamente previstas na Constituição”. (PEDRO MACHADO, Antônio. *O spending power da União e sua utilização legítima: uma análise da política pública nacional de saneamento básico e da jurisprudência da Suprema Corte Americana*. In: *Desafios da Nova Regulação do Saneamento no Brasil*. Org: PEREZ, Marcos Augusto, et all. Quartier Latin, 2021, p. 135.)

que o dispositivo constitucional permitiria o Congresso regulamentar e organizar, indistintamente, o gasto em todas as matérias relacionadas ao bem-estar geral³³.

Com efeito, a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA consistentemente adotou ao longo do tempo uma posição tendencialmente permissiva, com o entendimento de que essa previsão autorizava o Congresso a organizar a despesa e gastar os recursos – inclusive com a imposição de condicionantes –, desde que essas ações visassem aspectos gerais, não estritamente locais, de bem-estar do país³⁴. Nesta esteira, os testes constitucionais para avaliar se um certo uso do *spending power* é “*geral*” e não “*local*”, bem como os limites constitucionais para o uso desse instrumento, são delineados doravante pelos principais julgados apresentados sobre o tema.

O primeiro *leading case*, que assentou o entendimento da Suprema Corte quanto à interpretação a ser dada ao art. 1º, Seção 8ª, da Constituição, ocorreu em 1936, no caso *United States vs Butler*. Na lide, discutia-se a aprovação do *Agricultural Adjustment Act* de 1933, no qual o Congresso implementou uma taxa sobre commodities, cujos fundos seriam redistribuídos aos fazendeiros que se comprometessem a reduzir suas áreas de plantio. O objetivo deste ato era, como se vê, atingir a dinâmica da oferta e procura dos artigos rurais, a fim de combater a crise que estava atingindo os fazendeiros norte-americanos³⁵. A Suprema Corte foi chamada para analisar a constitucionalidade dessa norma e decidiu que o *spending power* previsto na Constituição de fato autorizava o Congresso a arrecadar e gastar os recursos em qualquer aspecto do bem-estar geral, desde que não fossem invadidas as competências reservadas aos estados. Ocorre que, como questões de agricultura eram vistas historicamente como de competência estadual, a corte decidiu que o tema extrapolava a competência federal e a lei foi considerada inconstitucional³⁶.

³³ “As a textual matter, the key language, “to... provide for the... general Welfare of the United States” might have been interpreted in at least four different ways: (1) merely as a parte of a limitation upon the purpose for which Congress may tax; (2) as authorization to Congress to spend money, but only in order to carry out powers specifically conferred elsewhere in the Constitution; (3) as a grant of power to spend without limitation, but only for general, as distinguished from local or particularistic purposes; or (4) as empowering Congress to legislate in all respects - to regulate as well to spend - for the general welfare”. ROSENTHAL, Albert J. *Conditional Federal Spending and the Constitution*. Stanford Law Review. Vol. 39. No. 5., 1987 p.1111-1112.

³⁴ “But the merits of the debate [sobre a interpretação adequada ao artigo 1º da seção 8 da Constituição] need not greatly concern us now, because the Supreme Court in 1936 accorded its unanimous approval to Hamilton's interpretation. ROSENTHAL, Albert J. *Conditional Federal Spending and the Constitution*. Stanford Law Review. Vol. 39. No. 5, 1987. p.1112.

³⁵ OYEZ. *United States v. Butler*. Disponível em: < <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/297us1> >. Acesso em: 09/10/2021.

³⁶ “Although recognizing the breadth of a congressional power to spend federal

Por certo, este foi o único caso paradigmático no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma norma simplesmente por conta de sua “*generalidade*”, ou seja, por reconhecer que uma determinada matéria seria de interesse eminentemente “*local*”, não “*geral*”, já que o Congresso somente estaria autorizado a atuar em áreas que se referissem ao *general welfare*³⁷.

A partir de então, a postura da Suprema Corte passou a ser de deferência em relação ao uso do *spending power*. Efetivamente, entre 1937 e 1987, a atuação da corte foi no sentido de adotar uma abordagem eminentemente contratualista e voluntarista na apreciação do uso do *spending power* pelo Congresso, de modo que a Corte reconheceu que seria possível o estabelecimento de condições que extrapulassem as competências constitucionais conferidas ao Poder Legislativo Federal, desde que as medidas visassem à promoção do bem-estar geral e que os estados tivessem aceitado os requisitos propostos livremente³⁸.

Assim sendo, o julgado *South Dakota vs Dole*, de 1987, veio solidificar de vez um longo processo jurisprudencial que se iniciou a partir do caso *Butler*. A controvérsia da ocasião discutia a edição de uma lei pelo Congresso que autorizava a Secretaria de Transportes a reter 5% dos fundos repassados aos estados para a construção de rodovias federais caso estes não adotassem como idade mínima 21 anos para o consumo de bebidas alcoólicas. O estado de South Dakota, que adotava a idade de 19 anos, questionou a constitucionalidade da lei³⁹ e a levou a questão para apreciação da Suprema Corte.

Nessa ocasião, o colegiado reafirmou o entendimento, presente em diversos julgados da Corte posteriores à *Butler*, segundo o qual o *spending power*

revenues in furtherance of the general welfare, the Court held that this authority did not encompass a power to regulate in areas of reserved state authority. **Consequently, conditions that intruded too far upon powers reserved to the states could be struck down as contravening the structural federalism represented by the Tenth Amendment**” (grifo nosso) (PATTERSON, Elizabeth. *The Spending Power after NFIB: New Direction, or Medicaid Exception?* SMU Law Review, v. 68, n. 2, 2015, p. 392).

³⁷ Since the flurry of the 1930’s, few cases touching upon the constitutional dimensions of the federal spending power have reached the Court, and in no instance has the Court held that an exercise of that power failed to meet the “general welfare” criterion. ROSENTHAL, Albert J. *Conditional Federal Spending and the Constitution*. Stanford Law Review. Vol. 39. No. 5, 1987. p.1113

³⁸ “Conditions that intruded upon the states’ reserved authority were deemed acceptable because they were not imposed on the states as mandates, but instead were voluntarily assumed by states when those states accepted the federal grant funds. Theoretically, a state could avoid the federal requirements simply by declining the federal funds to which they were attached as conditions” (grifo nosso). PATTERSON, Elizabeth. *The Spending Power after NFIB: New Direction, or Medicaid Exception?* SMU, 2015, pgs. 392-393.

³⁹ OYEZ. *South Dakota v. Dole*. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1986/86-260>>. Acesso em: 09 out. 2021.

permitiria ao Congresso regular matérias fora de sua competência constitucional de forma indireta. Por conseguinte, a Corte permitiu a adoção de um limite de idade para o consumo de álcool, por meio do condicionamento do repasse de recursos federais, visto que, para os magistrados, o requisito tão somente buscava encorajar os entes estaduais a adotarem medidas que visavam o próprio interesse geral nacional.

Para chegar a essa conclusão, a Suprema Corte analisou o programa federal mediante a aplicação de cinco testes que, inclusive, serviriam para avaliar a constitucionalidade de condicionantes, ou *spending clauses*, em casos futuros. Foram eles⁴⁰⁴¹:

- (i) O programa federal deve estar dentro do conceito de “*interesse geral*”, pois, nesse caso, resta ao Poder Judiciário uma atitude de deferência em relação ao que seja definido pelo Congresso⁴²,
- (ii) As condicionantes devem ser apresentadas de maneira clara e sem ambiguidades, de modo que os Estados possam exercer seu poder de escolha antevendo todas as possíveis consequências de sua participação em um programa federal⁴³;

⁴⁰ Neste sentido, comenta Pedro Machado: “Em primeiro lugar, o exercício dessa competência deve estar alinhado com o objetivo de alcançar o “bem-estar geral” da Nação; em segundo lugar, as condições impostas para o recebimento dos recursos devem ser claras, sem qualquer ambiguidade para que os Estados possam aderir com segurança aos programas federais; terceiro: as condições impostas devem estar relacionadas com os projetos ou programas nacionais específicos que estão sendo financiados com recursos federais e, quarto: inexistência de disposições constitucionais que impeçam a concessão condicional de recursos federais” (PEDRO MACHADO, Antônio. *O spending power da União e sua utilização legítima: uma análise da política pública nacional de saneamento básico e da jurisprudência da Suprema Corte Americana*. In: *Desafios da Nova Regulação do Saneamento no Brasil*. Org: PEREZ, Marcos Augusto, et all. Quartier Latin, 2021, p. 137).

⁴¹ Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: South Dakota v. Dole, Secretary of Transportation, 483 U.S. 203. 1986. Periodical. Retrieved from the Library of Congress, <www.loc.gov/item/usrep483203/>. Acesso em 03.11.2021

⁴² No caso, esse interesse geral estaria no fato de impedir de que jovens combinassem direção com consumo de álcool, problema este que demandaria uma solução em âmbito federal.

⁴³ No entendimento da Corte, os condicionamentos não poderiam estar mais claros para que os Estados pudessem fazer suas escolhas.

- (iii) As condicionantes devem ser razoáveis e guardar relação com os objetivos da política pública federal⁴⁴;
- (iv) Os requisitos fixados devem ser limitados pela Constituição, ou seja, o Governo Federal não incentivar que os Estados realizem atividades inconstitucionais (e.g., adotar tratamentos discriminatórios ou punições cruéis e não usuais)⁴⁵; e
- (v) O montante dos recursos financeiros oferecidos pelo Congresso aos estados deve ser considerado, pois que este é um elemento empírico essencial para a investigação de um possível uso coercitivo do *spending power*⁴⁶.

Efetivamente, com a aplicação desses cinco testes, a Corte entendeu que a lei era constitucional, suas condições não eram coercitivas e manteve sua vigência no ordenamento jurídico norte-americano.

No entanto, essa abordagem de deferência perdurou até pelo menos 2012, quando a atuação da Suprema Corte pareceu indicar o início de uma virada jurisprudencial. Em 2010, a Administração Obama aprovou o *Patient Protection and Affordable Care Act* – ACA, uma lei que visava expandir consideravelmente o *Medicaid*, programa de saúde pública dos EUA que tem como objetivo oferecer planos de saúde a indivíduos de maior vulnerabilidade social. Com o ACA, os parâmetros adotados pelo *Medicaid* seriam consideravelmente ampliados, visando, sobretudo, a inclusão de novos beneficiários no programa. Desta forma, para que os estados recebessem os recursos da expansão, eles deveriam cumprir uma série de *spending clauses* contidas na nova lei. A controvérsia, todavia, veio do fato de que, se os estados não aceitassem as condições do ACA, conseqüentemente todos os recursos vinculados ao *Medicaid* seriam cortados, razão pela qual 26 unidades federadas insurgiram-se contra a lei na Suprema Corte.

Assim sendo, em *National Federation of Independent Business vs Sebelius*, a Suprema Corte, desta vez especialmente sensível às questões

⁴⁴ A Corte dispõe que até mesmo o Estado, em sua defesa, reconheceu que o objetivo buscado com o condicionamento estava relacionado a um relevante interesse nacional.

⁴⁵ No caso, a adoção de uma idade mínima para o consumo de álcool não se apresentaria como uma violação à constituição.

⁴⁶ Porém, no caso das rodovias federais, o valor disponibilizado pelo Congresso não era elevado, pois equivaleria a somente 5% dos recursos que poderiam ser obtidos por outros programas para financiamento de estradas.

federativas, à soberania dos estados⁴⁷ e ao teor coercitivo do ACA, julgou inconstitucional o uso do *spending power* pelo Congresso. Entre os principais argumentos utilizados pela Corte, destacam-se: (i) a retirada de todos os recursos do *Medicaid* pela não adesão ao ACA configurava uma pressão institucional ilegítima na implementação do *Medicaid Expansion*; (ii) as condições fixadas pelo Congresso violavam a soberania dos estados federais; (iii) o poder de taxaço do governo federal, muito maior que dos estados, desequilibrava o jogo do ponto de vista fiscal, aumentando a pressão econômica do primeiro ente sobre os segundos; (iv) o montante do valor bloqueado pela não adesão ao ACA, considerando o *Medicaid*, era muito vultoso; e (v) o ACA e *Medicaid* são, na verdade, programas distintos e, portanto, não podiam estabelecer condições recíprocas (PATTERSON, 2015).

Em conclusão, e a despeito do movimento jurisprudencial recente da Suprema Corte dos EUA, vê-se que o uso do *spending power* tem sido enxergado como um instrumento legítimo na organização federativa deste país, embora os atuais posicionamentos da Corte indiquem uma possível limitação da abrangência dessa ferramenta quando houver evidente prejuízo aos estados quando estes não aderirem às condições propostas pelo Congresso. Neste diapasão, cabe apontar, que os critérios para limitação do *spending power* em *National Federation of Independent Business vs Sebelius* estão relacionados com aquele que talvez seja o maior programa federal dos EUA, o *Medicaid*, fato que possivelmente dificultará a aplicação dos critérios utilizados neste julgado em casos futuros.

III.2. As transferências voluntárias como *spending power* no Brasil

As experiências relacionadas ao *spending power* no Brasil, ainda que incipientes quando comparadas a outros países federados, também possuem alguns importantes exemplos⁴⁸. A esse respeito, a doutrina chama atenção à Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, que pode trazer diretrizes interpretativas capazes de antecipar um possível entendimento do STF no que se refere à constitucionalidade das Normas de Referência (PEREIRA, 2020).

Embora a doutrina do direito financeiro nacional aparentemente não tenha o costume de tratar as transferências voluntárias como uma expressão do *spending*

⁴⁷ Enquanto nos EUA o termo *soberania* é utilizado para designar a capacidade de autogestão e organização dos entes federados autônomos, no Brasil, a expressão equivalente seria *autonomia federativa*.

⁴⁸ Um deles, que não cabe aprofundamento neste artigo, é o caso das Parcerias Público-Privadas. Cf. STUDART, Paulo Henrique de Mattos. Parcerias público-privadas, endividamento e controle: reflexões sobre o art. 28 da Lei n. 11.079/2004. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 14, n.157, p.-49-54, jan. 2015.

power, o instituto parece se adequar ao conceito até então aqui trabalhado⁴⁹. Essas transferências são definidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e podem ser descritas como: “a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”⁵⁰. Neste sentido, a *spending clause* viria do fato de que o dispositivo limita tanto a aplicação como o recebimento de recursos entre entes federados distintos ao cumprimento de uma condição de natureza financeira, qual seja a de ter responsabilidade fiscal no que concerne à gestão e instituição de impostos. Se essa não existir, descumpre-se a *spending clause* e tem-se, como consequência, a impossibilidade de se transferir recursos federais aos Estados e Municípios. Assim dispõe a LRF:

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Parágrafo único. **É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos** (grifo nosso).

Com efeito, a constitucionalidade desse dispositivo foi confrontada no STF no âmbito da ADI 2.238/DF sendo que, nessa oportunidade, o Ministro Relator Alexandre de Moraes entendeu que esse condicionamento às transferências é constitucional e não se configura como uma violação do Pacto Federativo, visto que, na realidade, ele se coaduna com a ideia de um federalismo preocupado em estabelecer um ambiente de maior eficiência e comutatividade fiscal. Veja-se a passagem transcrita do voto do Ministro.

Há quem sustente, a meu ver erroneamente, que a vedação prevista nessa norma da LRF atenta contra o pacto federativo estabelecido na CF, principalmente se considerada a sua perspectiva cooperativa. (...) o que o dispositivo legal pretende evitar é que o desequilíbrio fiscal causado pelo excesso de isenções tributárias estaduais/distritais e municipais precise

⁴⁹ Este é, inclusive, o entendimento da Procuradoria Geral da República - PGR aduzido na ADI 6536. Neste sentido, para a PGR os Municípios sequer teriam direito oponível à Administração Pública Federal quanto à transferência de recursos para o saneamento básico, podendo a União impor condicionantes em troca desses repasses.

⁵⁰ Art. 25, *caput*, da Lei Complementar nº 101/2000.

ser compensado pela União. (...) Isso demonstra que a mensagem normativa do parágrafo único do art. 11 da LRF, de instigação ao exercício pleno das competências impositivas dos entes locais, não conflita com a Constituição, traduzindo, na verdade, um raciocínio de subsidiariedade totalmente consentâneo com o princípio federativo, pois não é saudável para a Federação que determinadas entidades federativas não exerçam suas competências constitucionais tributárias, aguardando compensações não obrigatórias da União.

Desta forma, é possível extrair da *ratio decidendi* deste tema que o condicionamento dos repasses de recursos à adoção de políticas ou condições que, em princípio, seriam de competência de ente federado distinto (*i.e.*, arrecadação de impostos) não deve ser vista, necessariamente, como uma violação do Pacto Federativo. No caso em tela, a eventual violação do Pacto, em abstrato, foi afastada pelo Ministro Relator na medida em que este entendeu que a restrição prevista no art.11 da LRF serviria como um mecanismo de aprimoramento do próprio federalismo cooperativo.

IV. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS DE REFERÊNCIA DA ANA

A partir das ponderações expostas nos tópicos acima, cabe-nos avançar na apreciação da compatibilidade do *spending power*, no caso específico das Normas de Referência da ANA, com o nosso ordenamento jurídico. Assim, como ponto de partida, apresenta-se as principais razões contrárias a este mecanismo levadas ao STF, favorecendo uma abordagem minimamente dialógica.

Para tanto, optou-se por trazer à baila os argumentos desenvolvidos em sede da ADI 6536, visto que ela melhor sumariza possíveis inconstitucionalidades do uso do *spending power* no setor ora aqui debatido. Isso feito, trata-se da problemática em questão pela perspectiva do Pacto Federativo, da Reserva Legal e dos critérios para a avaliação do poder de gasto trazidos do direito comparado adequados ao caso brasileiro.

IV.1. Posições sobre o spending power na ADI 6536

Tão logo aprovado o Marco de Saneamento Básico, este teve sua constitucionalidade contestada por diversas ações propostas no STF⁵¹. Dentre elas, a ADI 6536, proposta pelo bloco formado por Pcdob, PSOL, PSB e PT, é a principal para este estudo, sobretudo porque, dentre outros pontos, ela apresentou os principais argumentos contra o condicionamento dos repasses de verbas federais ao atendimento das Normas de Referência a serem editadas pela ANA. As razões mais relevantes trazidas pelo bloco de partidos podem ser sintetizadas em dois, conforme expõe-se adiante.

O primeiro argumento utilizado foi o da quebra do Pacto Federativo. Neste ponto, o bloco argumentou que as Normas de Referência concentrariam na União prerrogativas regulatórias constitucionalmente atribuídas aos Municípios de modo coercitivo, uma vez que o governo central estaria utilizando seu poder financeiro para impor sua própria regulação. Desta forma, tal imposição da União violaria o Pacto Federativo assegurado pela CRFB, assim como a força vinculante de decisões do STF que teriam atribuído a titularidade da prestação dos serviços de saneamento aos Municípios.

Quanto ao segundo argumento utilizado, o bloco afirmou que haveria uma violação do Princípio da Reserva Legal na medida em que o NMSB estaria permitindo que a ANA institísse normas de competência eminentemente municipal (e.g., *governança das entidades reguladoras*). Deste modo, ter-se-ia uma transferência inconstitucional de uma atribuição legislativa dos Municípios para uma autarquia especial federal, ao passo que os atos editados pela ANA estariam invadindo uma esfera de competência conferida a outros entes federados que não a União⁵².

Isso posto, explora-se esses dois blocos de argumentos para endereçar parte da análise da constitucionalidade do *spending power* no que diz respeito ao setor do saneamento básico.

⁵¹ São as ADIs atualmente em trâmite no STF que versam sobre a constitucionalidade da Lei nº 14.026/2020: ADI 6492, ADI 6583, ADI 6882, ADI 6536

⁵² Cabe apontar que a referida ADI também traz o argumento de que as Normas de Referência da ANA violariam a Reserva Legal pois adentrariam em competências privativas e indelegáveis da União, por exemplo, a de criar normas gerais de licitação e contratação. Entretanto, a jurisprudência constitucional brasileira é bastante consistente em reconhecer o instituto da delegação normativa para as agências reguladoras (vide. ADI 4.874), permitindo que leis aprovadas pelo Congresso Nacional criem balizas nas quais as agências reguladoras devem exercer sua atividade normativa. No caso, o NMSB é uma lei federal que delega uma competência normativa à ANA dentro de um escopo bem delimitado, qual seja aquele indicado pelo art. 4-A, §1, I a XIII da Lei nº 9.984/2000. Desta forma, a atividade normativa conferida à ANA é autorizada pelo Poder Legislativo Federal. Deste modo, e por conta da consistência jurisprudencial sobre essa matéria, não se abordará essa problemática nesse artigo.

IV.2. A questão do Pacto Federativo

Conforme se pode extrair da ADI 2.238/DF, o condicionamento de repasses de recursos da União para indução de comportamentos a outros entes federados não é considerado, *a priori*, uma violação ao Pacto Federativo. Mesmo que tal julgado não tenha criado parâmetros suficientes para que seja verificada a adequação ou não a violação ao Pacto, ele ilustra a ideia de que o condicionamento de recursos federais é consonante com a premissa de uma organização fiscal federalmente responsável, coordenada e hígida. Desta forma, a partir desse julgado, é possível vislumbrar que o estabelecimento de condições de acesso aos recursos federais poderá não ser inconstitucional quando essas condições têm por objetivo o próprio desenvolvimento do modelo federativo do país.

Para o caso do NMSB, há argumentos relevantes para sustentar a centralização da atividade regulatória. Conforme exposto, a centralização normativa na União busca criar previsibilidade jurídico-econômica e aumentar a qualidade e governança regulatórias, tendo como intuito expandir investimentos e melhorar os serviços prestados. Deste modo, e considerando a proximidade do saneamento básico com a proteção da dignidade humana⁵³, e, também, considerando seu papel central no combate à pobreza e a desigualdade regional⁵⁴, torna-se possível aproximar a necessidade de desenvolvimento e melhoria desta infraestrutura com os próprios fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.⁵⁵

⁵³ Tratados internacionais da Organização das Nações Unidas já reconhecem a aproximação desses serviços com a dignidade humana. Veja-se o Comentário nº 15 ao Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Assegurar que todos tenham acesso a saneamento adequado não é apenas fundamental para a dignidade humana e a vida privada mas é um dos principais mecanismos para proteger a qualidade das reservas e recursos de água potável”.

⁵⁴ “Nota-se que a frequência de unidades sem acesso à água tratada é maior na classe de renda de menor poder aquisitivo (27,6% do total) e se reduz conforme aumenta a renda média das famílias. (...) [a participação da população que mora em unidades de consumo abaixo da linha da pobreza que estavam privadas de serviços de coleta de esgoto em suas moradias] alcançou 67,5% em 2018, indicando que dois em cada três pobres habitavam moradias sem ligação à rede geral de coleta de esgoto. Novamente, as regiões Norte e Nordeste se destacam negativamente” (TRATA BRASIL. As Despesas da Família Brasileira com Água Tratada e Coleta de Esgoto. Disponível em <<https://tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/as-despesas-das-familias-brasileiras-com-agua-tratada-e-coleta-de-esgoto>> Acesso em 09 out. .2021).

⁵⁵ Art. 1º da CRFB: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Art. 3º da CRFB: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e

Com efeito, sob essa perspectiva, o argumento de quebra do Pacto Federativo se fragiliza. Consequentemente, o condicionamento dos recursos da União tende a ser visto não como um instrumento de usurpação de competências de outros entes federados, mas sim como um mecanismo de coordenação para a concretização dos próprios objetivos do federalismo brasileiro.

IV.3. A Questão da Reserva Legal

Argumenta-se que o poder regulatório conferido à ANA estaria extrapolando a competência dos Municípios de disciplinar seus próprios serviços em âmbito local. Com efeito, a verificação da procedência dessa afirmação passa, necessariamente, pela correta compreensão das finalidades conferidas por estes poderes à União, bem como a extensão deles do ponto de vista normativo. É o que se faz a diante.

Conforme visto anteriormente, a CRFB é expressa ao dizer que cabe à União instituir diretrizes sobre saneamento, como, também, determina que é de sua atribuição, assim como de outros entes federados, a elaboração de programas para melhoria da prestação deste serviço. A respeito disso, Dutra, Bockmann Moreira e Kaercher Loureiro (2021, p. 3-4) afirmam que o poder de instituir diretrizes se presta a promover uma dinâmica da cooperação orientada “*cujas premissas são fixadas nacionalmente pela União*”, diferenciando-se daquela atribuição trazida pelo art. 23, IX da CRFB, que autoriza a cada ente elaborar seu próprio programa de saneamento de modo pulverizado. Além disso, pontuam também os autores que essa competência de instituir diretrizes é a mais bem delimitada em matéria de saneamento básico no texto constitucional⁵⁶, vez que a própria atribuição da titularidade dos serviços é extraída de forma implícita do art. 31, incisos I e V do texto constitucional.

Nesta mesma esteira, e para Floriano Marques Neto (2006, p. 7.278), o poder de instituir diretrizes se traduz na ideia de a União exercer um “*papel estruturante, orientado para a integração das ações de saneamento, para a sua operacionalização*”. Assim, embora tal atribuição esteja no art. 21 da CRFB, que

reduzir as desigualdades sociais e regionais.

⁵⁶ “Já se pode perceber, por aqui, que, à diferença da maioria dos demais setores de atividades reservadas, o titular dos serviços de saneamento básico não é um “monarca absoluto” que reina incontestemente sobre seu serviço público. A regência dele tem que fazer as contas com a competência comum de outros partícipes da Federação brasileira (art. 23, IX) e com a competência da União para editar diretrizes (art. 21, XX), tal como estampado pelas Leis 9.984/2000 e 11.445/2007 (com a redação que lhes deu a Lei 14.026/2020)” (DUTRA, Josia; BOCKMANN MOREIRA, Egon; KAERCHER LOUREIRO, Gustavo. Competência e governança no setor de saneamento: quem faz o quê? Texto para discussão. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura - CERI da FGV, abril de 2021. p. 4).

traz as competências materiais da União, o inciso XX sem dúvida traz uma competência normativa, a qual confere à União a “*conotação de intervenção na execução do serviço por meio de sua regulação (intervenção indireta)*”, atribuindo-lhe o “*poder-dever de estruturar o setor e determinar como serão os traços essenciais de sua execução*”. Em outras palavras, esclarece o autor que compete à União uma função de orientar uma regulação nacional, exercendo um papel basilar e integrador sobre os principais aspectos da execução dos serviços. Esclarecidas as finalidades do dispositivo, passa-se a determinar os limites e a extensão que essas diretrizes podem ter.

Novamente, Floriano Marques Neto (2006) nos ajuda a este respeito. Para o autor, as diretrizes são um pouco mais específicas que as normas gerais, sendo responsáveis por definir os aspectos fundamentais dos serviços públicos. São normas abstratas que, apesar de compulsórias, permitem a cada ente federado seu cumprimento com grande margem de liberdade. Consequentemente, diretrizes seriam normas gerais tanto pelo *conteúdo* quanto pelos *destinatários*, podendo ter seu sentido preenchido imediatamente e sem mesmo a necessidade de posterior particularização. No que tange especificamente às Normas de Referência, que por opção legislativa são de adesão voluntária, o autor esclarece que o poder de editar diretrizes não esbarra na autonomia dos entes federados municipais na medida em que o exercício deste poder visa tão somente facilitar, senão estimular, o cumprimento do dever de regular tais serviços pelos municípios, conforme enuncia o próprio art. 174 da CRFB⁵⁷. É nesta esteira, pois, que parece justamente pretender o art. 4-A, §1, I a XIII da Lei 9.984/2000, ao elencar quais temas as normas de referência poderão tratar.

Por fim, e trazendo o melhor entendimento de Medauar (2005), as diretrizes carregam consigo o sentido de “*linhas reguladoras, instruções ou indicações*”; *linhas básicas; balizas; esquemas gerais. Transposto para a fonte legislativa significa preceitos indicadores, preceitos que fixam esquemas gerais, linhas básicas em determinadas matérias, preceitos norteadores da efetivação de uma política.*” Ou seja, as diretrizes em saneamento básico, quando consideradas no âmbito das Normas de Referência, ocupam-se em indicar as orientações mínimas quanto ao conteúdo e a forma que a regulação deverá ter.

Assim sendo, ante o exposto, chega-se à seguinte conclusão: toda vez que a União editar normas com o sentido de diretrizes, seja por meio do Poder Legislativo ou pela ANA, estará este ente unicamente exercendo seu papel constitucional, não havendo qualquer inconstitucionalidade por invasão de competência dos Municípios no que tange à regulação. Neste caso, o

⁵⁷ Art. 174. 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.

condicionamento de recursos federais para exigir o cumprimento das Normas de Referência que se enquadrem como diretrizes poderia ser visto somente como uma forma de incentivar o cumprimento da legislação federal, não havendo quaisquer inconstitucionalidades nesta situação. Por outro lado, caso a finalidade ou a extensão dessas normas extrapolem o sentido de diretrizes até então apresentado, passa a ser possível iniciar o debate sobre os limites do *spending power*, já que, nesta situação, a União estaria operando em uma dimensão normativa que a CRFB, *a priori*, não lhe permitiria operar.

IV.4 Critérios para a avaliação do *spending power* no direito comparado

Para responder o questionamento anteriormente feito, os debates estadunidenses nos trazem importantes linhas interpretativas quanto ao uso do *spending power* na realidade jurídico brasileira, em especial no que concerne ao setor do saneamento básico.

Neste sentido, as seguintes balizas fazem-se pertinentes e talvez possam ser transpostas para a realidade jurídica brasileira: (i) o gasto da União deve se pautar pela promoção do bem-estar geral⁵⁸ e estar atrelado a um interesse constitucionalmente fundamentado em promovê-lo⁵⁹; (ii) as condicionantes devem ser apresentadas de maneira clara e sem ambiguidades; (iii) deve haver razoabilidade e uma relação suficiente entre as condições estabelecidas (*in casu*, as Normas de Referência) e as finalidades pretendidas pelo ente financiador⁶⁰; (iv) os requisitos estabelecidos não podem colidir com disposições do texto constitucional; (v) a demanda por recursos de outro ente para a execução dos serviços há de ser considerado para investigar uma possível coação

⁵⁸ Neste sentido, a CRFB garante em seus artigos 1, III, 3, II e 3, IV, respectivamente, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos os cidadãos. Ademais, o art. 174, §1 determina que lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, sem deixar de lado os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

⁵⁹ Como visto anteriormente, à União compete a instituição de diretrizes gerais sobre saneamento básico, bem como a promover políticas públicas no setor. Adicionalmente, compete ao ente federal legislar, concorrentemente, sobre direito ambiental, bem como normas gerais de contratação pública.

⁶⁰ Esta baliza parece se aproximar com a ideia de “adequação dos fins aos meios” utilizado na aplicação do princípio da proporcionalidade. Para essa doutrina, uma definição possível para adequação encontra-se a seguir: “Um meio é adequado quando, com o seu auxílio, o objetivo perseguido pode ser fomentado. O objetivo não precisa ser completamente satisfeito por meio do emprego do meio; um fomento é suficiente”. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz, A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global [Tradução de João Costa Neto], Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 7, no. 1 (2014), pp. 23-41

interfederativa, assim como o montante de recursos oferecidos pela União; (vi) não se pode estabelecer condições estranhas ao programa que os recursos pretendem financiar⁶¹; e (vii) as condições fixadas pela União devem ser aceitas livremente, ou seja, sem vícios de vontade por parte dos entes que recebam os recursos.

Complementarmente a tais critérios, Elizabeth Patterson (2015), preocupada com a degeneração do federalismo dos EUA, propõe, com base em uma analogia com a ética médica, outros parâmetros que podem ajudar a aferir se há ou não coação do governo central em relação aos outros entes federados. Além de repetir alguns dos critérios da Suprema Corte definidos em *South Dakota vs Dole*⁶², a autora sugere que seja investigado se a oferta de recursos faz com que o ente que os receba abra mão de valores tidos como fundamentais para aquela comunidade específica e que se analise qual a extensão da autonomia que os estados estão cedendo pelo exercício do *spending power* pelo Congresso.

Em suma, unindo os critérios utilizados pela Suprema Corte norte-americana com os propostos pela doutrinadora citada, torna-se viável dizer, com maior segurança, se o uso do poder de gasto será ou não ilegítimo. Porém, para o sucesso dessa tarefa, tal análise só poderá ser levada à cabo mediante uma apreciação *em concreto* do problema, uma vez que as Normas de Referência (que funcionam como *spending clauses* neste caso) ainda precisam ser editadas, bem como as condições econômico-financeiras reais que cada ente federado se encontra precisam ser levadas em conta em cada caso. Desta forma, não é possível dizer, de antemão, que as Normas de Referência são inconstitucionais. Primeiro, faz-se necessário verificar se, quando editadas, elas possuem ou não o conteúdo de diretrizes, de modo que, se possuírem, serão constitucionais por força do art. 21, XX. Caso não tenham esse sentido, passa a ser necessário submetê-las aos testes propostos acima a fim de verificar se elas restringem os poderes dos outros membros da federação de forma inconstitucional.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que o condicionamento de repasses de recursos federais pela aceitação das Normas de Referência pelos outros entes

⁶¹ Um exemplo de *spending clause* indevida seria destinar recursos aos municípios somente se estes aderissem a outras políticas públicas federais estranhas ao setor do saneamento básico, como a remuneração de professores da rede municipal.

⁶² Foram os parâmetros repetidos por Patterson em seu raciocínio: avaliar o montante do valor da transferência a ser realizada e o nível de dependência econômico-financeira dos entes que receberão os recursos ofertados pelo Congresso.

federativos não são, *a priori*, inconstitucionais. Isso porque, caso tais normas sejam no futuro editadas com a finalidade e a extensão de diretrizes, a União estará simplesmente exercendo a competência que lhe é conferida pelo art. 21, XX da CRFB, qual seja, a de instituir diretrizes de saneamento básico, quando não também a atribuição contida no art. 24, VI, qual seja, a de legislar, concorrentemente, sobre meio ambiente. Todavia, e ainda que União extrapole o conteúdo de diretrizes, bem como sua competência de legislar sobre meio ambiente, não será possível dizer, aprioristicamente, que as Normas de Referência são inconstitucionais. Nesta situação, passa a ser necessário analisar a legitimidade do uso do *spending power* pelo ente central caso a caso, sendo potencialmente úteis os critérios e testes estrangeiros colacionados no capítulo anterior.

Não obstante, importante colocar em perspectiva que, em recente julgado, o STF reconheceu que o condicionamento de repasses federais tem amparo constitucional caso se preste à realização do desenvolvimento do federalismo brasileiro, notadamente quando este tem como externalidade positiva a superação da pobreza, das desigualdades regionais e da proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, inúmeros argumentos de ordem prático-institucional sustentam a posição de que a centralização regulatória na União, por meio da edição de Normas de Referência, cumpre uma função de remoção de entraves ao aprimoramento regulatório do saneamento no país, potencialmente catalisando o desenvolvimento do setor.

Assim sendo, conclui-se pela constitucionalidade *in abstracto* do condicionamento de recursos federais ao cumprimento das Normas de Referência da ANA por reconhecer que esse instrumento não pode ser visto, pelo menos *a priori*, como uma violação ao Pacto Federativo ou como uma extrapolação das competências normativas da União. Uma análise de eventuais abusos do uso do *spending power* somente poderá ser feita *a cada caso* e deverá levar em conta não somente aspectos normativos, como também as particularidades econômico-financeiras dos entes que se apresentem como interessados a receber os recursos da União.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR. **Regulação: Saneamento Básico**. 2020. 40 p. Disponível em: <<https://abar.org.br/biblioteca/#1581526808041-72662194-cb9a>>. Acesso em: 04 set. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARANHA, Márcio. **Manual de Direito Regulatório**. Laccademia Publishing, Edição Kindle, locais 585-589.

ARAÚJO, Cíntia Leal Marinho; BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; FARIA, Diogo Mac Cord de. A Lei nº 14.026/2020 e a remoção das barreiras ao investimento privado. In: DAL POZZO, Augusto Neves (org.). **O Novo Marco do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 355-368.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de informação legislativa**, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Saneamento Básico: a evolução jurídica do setor. In: DAL POZZO, Augusto Neves (org.). **O Novo Marco do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. **Agências Infranacionais**. 2021. Disponível em: < <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais/agencias-infranacionais> >. Acesso em: 04 set. 2021.

COURCHENE, Thomas J. **Reflections on the federal spending power: practices, principles, perspectives**. IRPP Working Paper nº 2008-01, jun. 2008.

COUTINHO, Rodrigo Pereira Anjo. Trajetória político-institucional do saneamento básico no Brasil: do PLANASA à Lei 14.026/2020. **Revista de Direito da Administração Pública**, 2021, pgs. 100-129.

DUTRA, Josia; BOCKMANN MOREIRA, Egon; KAERCHER LOUREIRO, Gustavo. **Competência e governança no setor de saneamento: quem faz o quê? Texto para discussão**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura – CERI da FGV, abril de 2021.

GALVÃO JUNIOR, A. C.; PAGANINI, W. S.; TUROLLA, F. A. Viabilidade da regulação subnacional dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário sob a Lei n. 11/445/2007. **Revista Científica da Abes**, São Paulo, v. 13, n. 2, pp. 134-43, abr.-jun. 2008

HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael. O regime jurídico de transação no novo marco legal do saneamento (Lei nº 14.026/2020). In: DAL POZZO, Augusto Neves (org.). **O Novo Marco do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 71-96.

- JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na ‘regulação independente’? In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Org.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 227-250.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz, A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global [Tradução de João Costa Neto], **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, no. 1 (2014), pp. 23-41.
- MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**. Cengage Learning, São Paulo, 2013, p. 198.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). **Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos**. Brasília: Editora, 2009. V. 1, p. 179-180.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O Marco Legal do Saneamento no Brasil. Fórum Administrativo - Dir. Público - FA, Belo Horizonte, v. 6, n. 63, p. 7247-7293, 2006.
- MARRARA, Thiago. Mosaico Regulatório: As normas de referência da ANA para a Regulação dos Serviços Públicos de Saneamento Básico à luz da Lei 14.026/2020. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Orgs.) **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. Edição do Kindle.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal nº14.026/2020. In: DAL POZZO, Augusto Neves (org.). **O Novo Marco do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 153-186.
- MEDAUAR, Odete. A força vinculante das diretrizes da política urbana. In: **Temas de Direito Urbanístico** Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.
- PATTERSON, Elizabeth. The Spending Power after NFIB: New Direction, or Medicaid Exception? **SMU Law Review**, v. 68, n. 2, 2015.
- MENEGUIN, Fernando; PRADO, Ivan Pereira. **Os serviços de saneamento básico, sua regulação e o federalismo brasileiro**. (Textos para Discussão; 248). Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2018.
- 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, abr. / jun. 2003.

PEDRO MACHADO, Antônio. O spending power da União e sua utilização legítima: uma análise da política pública nacional de saneamento básico e da jurisprudência da Suprema Corte Americana. In: **Desafios da Nova Regulação do Saneamento no Brasil**. Org: PEREZ, Marcos Augusto, et all. Quartier Latin, 2021, p. 135.

PEREIRA, Cesar. **Lei nº 14.026 e a Efetividade da Regulação Nacional Uniforme do Saneamento**. Curitiba, nº 161, jul. 2020. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/#informativo>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

ROSENTHAL, Albert J. Conditional Federal Spending and the Constitution. **Stanford Law Review**. Vol. 39. No. 5., 1987 p.1103-1164.

SHLEIFER, Andrei. Understanding Regulation. **European Financial Management**, Vol. 11, No. 4, 2005, p. 441.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fornecimento de Água de Reuso como Serviço Público Municipal. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Pareceres**, v. 1, 2013. p. 423 – 441

TRATA BRASIL. **Percepção das Agências Reguladoras Infranacionais quanto à atualização do Marco Regulatório do Saneamento Básico**. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb-as-agencias-reguladoras-e-o-novo-marco-legal-do-saneamento-basico>>. Acesso em: 11 out. 2021.

TRATA BRASIL. **As Despesas da Família Brasileira com Água Tratada e Coleta de Esgoto**. Disponível em <<https://tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/as-despesas-das-familias-brasileiras-com-agua-tratada-e-coleta-de-esgoto>> Acesso em 09 out. 2021.

TRINDADE, Karla Bertocco. As agências estaduais na regulação do saneamento básico. In: PHILIPPI JUNIOR, Arlindo; GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro (Org.). **Gestão do Saneamento Básico: Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário**. Barueri: Manole, 2012. p. 637-645. Edição do Kindle.

UNITED STATES OF AMERICA - USA. Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: **South Dakota v. Dole**, Secretary of Transportation, 483 U.S. 203. 1986. Periodical. Disponível em: <www.loc.gov/item/usrep483203/>. Acesso em 03 nov. 2021.

WATTS, Ronald L. **The spending power in federal systems: a comparative study.** Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1999.

**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>