



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito**

THAÍS FERNANDA ROCHA DA SILVA

**LEI N° 14.026/2020 – NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO:
análise acerca do tratamento de exceção para o titular que comprovar a impossibilidade
de indicar entidade reguladora**

**BRASÍLIA
2022**

THAÍS FERNANDA ROCHA DA SILVA

**LEI Nº 14.026/2020 – NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO:
análise acerca do tratamento de exceção para o titular que comprovar a impossibilidade
de indicar entidade reguladora**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Dra. Karla Margarida Martins Santos

**BRASÍLIA
2022**

THAÍS FERNANDA ROCHA DA SILVA

**LEI Nº 14.026/2020 – NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO:
análise acerca do tratamento de exceção para o titular que comprovar a impossibilidade
de indicar entidade reguladora**

Artigo científico apresentado como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais - FAJS do Centro Universitário de
Brasília (UniCEUB).

Brasília, de de 2022

BANCA AVALIADORA

**Dra. Karla Margarida Martins Santos
Professora Orientadora**

Professor(a) Avaliador(a)

**LEI Nº 14.026/2020 – NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO:
análise acerca do tratamento de exceção para o titular que comprovar a impossibilidade
de indicar entidade reguladora**

Thaís Fernanda Rocha da Silva

Resumo: O saneamento básico é direito constitucionalmente assegurado. Apesar disso, o setor enfrenta graves problemas para alcançar a universalização e proporcionar à população os benefícios da adequada prestação dos serviços de saneamento. No cenário de fragilidades na infraestrutura sanitária, a Lei nº 14.026/2020, de 15/07/2020, alterou seis leis federais para otimizar o modelo institucional, superar problemas antigos e alcançar a universalização do saneamento básico no Brasil. Com vistas a contribuir nas análises afetas ao dever de o titular do serviço de saneamento indicar a entidade reguladora, este trabalho apresenta considerações sobre as agências reguladoras e o cenário regulatório do saneamento básico no Brasil.

Palavras-chave: Saneamento Básico – Acesso a Recurso Público – Derrotabilidade da norma.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Regulação dos Serviços de Saneamento; 2 Da titularidade dos serviços de Saneamento Básico; 3 Consulta Pública nº 005/20022. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

O saneamento básico¹ é multicitado na Constituição Federal em matéria de diretrizes para a prestação dos serviços públicos (art. 21); de repartição de competências para promoção de programas de saneamento básico (art. 23, IX); para atribuir ao sistema único de saúde a participação da formulação das ações de saneamento básico (art. 200, IV) e indiretamente no art. 196, dada sua correlação com a saúde como direito de todos e dever do Estado. Além do patamar constitucional, a essencialidade dos serviços de saneamento básico foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas (ONU), tendo-o declarado como um direito humano essencial para o gozo pleno da vida e de todos os outros direitos humanos.²

Apesar do saneamento básico ser direito de todos, constitucionalmente assegurado, o que impõe aos governantes a promoção de políticas públicas e ações voltadas à temática sanitária, somente 19 (dezenove) anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi

¹ Abrange quatro serviços básicos: abastecimento de água; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

² Resolução A/RES/64/292 da Organização das Nações Unidas (ONU)

editada a Lei Federal nº 11.455/2007, que estabeleceu as Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (LDNSB), definiu o que são os serviços de saneamento básico e impôs à União a elaboração e coordenação do Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab)³, elaborado com horizonte de 20 (vinte) anos, avaliado anualmente e revisado a cada quatro anos.⁴

Não obstante os avanços desde a instituição de diretrizes nacionais, o setor de saneamento básico no Brasil ainda enfrenta graves problemas para alcançar a universalização e proporcionar à população os benefícios dele decorrentes. Dados do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS)⁵ apontam que 35% (trinta e cinco por cento) dos municípios brasileiros não têm sistema público de esgoto e adotam soluções alternativas individuais⁶, o que corresponde a 100 (cem) milhões de brasileiros sem rede de esgoto. Além disso, mais de 35 (trinta e cinco) milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada. Outro dado que salta aos olhos e evidencia ineficiência na prestação dos serviços de saneamento é o volume de perdas de água no sistema de distribuição, de cada 100 (cem) litros de água disponibilizados pelos prestadores de serviço, apenas 59,9% são contabilizados como utilizados pelos consumidores, ou seja, 40,1% de perdas.

Além dos inquestionáveis impactos ambientais resultantes da falta de sistema de esgotamento e do desperdício com as perdas de recursos hídricos, a ausência de uma infraestrutura sanitária suficiente e de qualidade também resulta em graves consequências à saúde pública. A Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que anualmente 15 (quinze) mil pessoas morrem e 350 (trezentos e cinquenta) mil são internadas no Brasil todos os anos por doenças ligadas à precariedade do saneamento básico.⁷

Foi nesse contexto no qual se evidencia que a prestação dos serviços de saneamento básico no Brasil está aquém do desejado que, em julho de 2020, foi publicada a Lei nº 14.026/2020, que atualiza o marco legal do saneamento básico, alterando seis leis federais de maneira expressiva. De modo geral, as alterações focam a política pública de saneamento básico em sentido amplo, com os objetivos de viabilizar a universalização dos serviços de saneamento

³ BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Art. 52.

⁴ BRASIL. **Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010**. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências.

⁵ Criado em 1996, o SNIS é uma unidade vinculada à Secretaria Nacional de Saneamento (SNS) do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR) que coleta dados dos municípios e dos prestadores de serviços de saneamento e os estrutura e disponibiliza à sociedade por meio dos Diagnósticos. SNIS. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/institucional>. Acesso 5 maio 2022.

⁶ Fossa séptica, fossa rudimentar, vala a céu aberto e lançamento em cursos d'água.

⁷ BRASIL. **Parecer do relator, Senador Tasso Jereissati, do Projeto de Lei nº 4.162, de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125482&disposition=inline>. Acesso em: 1º out. 2021.

básico até o ano de 2033⁸; vedar a prestação dos serviços por meio de contratos de programa, sendo exigida licitação para contratar tal prestação⁹; tornar a prestação desses serviços mais eficiente; atrair investimento privado¹⁰; e buscar uma equalização¹¹ e universalização regulatória.¹²

Entre os diplomas legais alterados pela Lei nº 14.026/2020, para as discussões propostas no presente trabalho, importam: i) a alteração da Lei nº 9.984/2000 para atribuir à, agora, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competências para editar normas de referência para o setor de saneamento; e ii) a alteração da Lei nº 11.445/2007 para impor ao titular dos serviços de saneamento o dever de indicar a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação do serviço. É nesse cenário de regulação nacional como referência para regulação infranacional e a exigência de indicação de Entidade Reguladora (“ER”) que se concentra a problemática ora levantada. Isso porque, embora o Novo Marco imponha tal dever ao titular dos serviços de saneamento, não disciplinou tratamento diferenciado àquele titular que demonstrar que restou frustrada sua tentativa de indicar uma “ER”.

Com isso, o objetivo deste trabalho é analisar as disciplinas trazidas pela Lei nº 14.026/2020 e pela proposta de norma de referência apresentada pela ANA, no âmbito da Consulta Pública nº 005/2022, afetas ao dever imputado ao titular do serviço de saneamento básico de indicar uma entidade reguladora, sob pena de não ter acesso aos recursos públicos e financiamentos com recursos federais ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União.

O problema de pesquisa proposto é: há possibilidade jurídica de conferir tratamento de exceção para o titular que comprovar insucesso na indicação de uma entidade reguladora?

Para tanto, será aplicada a metodologia descritivo-analítica, desenvolvida por meio da pesquisa de referências bibliográficas a partir de material já elaborado constituído,

⁸ O art. 7º, da Lei nº 14.026/2020, acrescentado o art. 10-B à Lei nº 11.445/2007, estabelece que os contratos de prestação dos serviços de saneamento devem definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033.

⁹ Art. 10, da Lei 11.445/2007, com alteração dada pela Lei 14.026/2020.

¹⁰ Art. 4º-A, §1º, da Lei 9.984/2000, com alteração dada pela Lei 14.026/2020.

¹¹ Art. 2º, da Lei 9.984/2000, com redação dada pela Lei 14.026/2020 estabelece competências à ANA para editar normas de referência para regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

¹² O §5º, do art. 8º, da Lei 11.445/2007, alterado pela Lei 14.026/2020, impõe aos titulares dos serviços de saneamento definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico.

principalmente, de livros e artigos científicos¹³. No que tange à pesquisa documental, presente na pesquisa jurídica no intuito busca de apresentar estudos baseados nas normas jurídicas, contratos, pareceres, entre outros.¹⁴

Com a pretensão de contribuir com a discussão posta, o artigo está assim organizado: no capítulo 1, são apresentadas considerações sobre as agências reguladoras no Brasil, o cenário regulatório do saneamento básico no Brasil, a exigência de indicação de ente regulador imputada pelo Novo Marco aos titulares dos serviços de saneamento e as normas de referência já editadas pela ANA; no capítulo 2, são analisadas as disposições trazidas pelo Novo Marco afetas à titularidade dos serviços de saneamento; no capítulo 3, é analisada a proposta de normativo apresentada pela ANA no âmbito da Consulta Pública nº 005/2022. Ao final, são apresentadas as considerações finais, onde será verificada a resposta ao questionamento indicado no problema de pesquisa aqui indicado.

1 A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO

1.1 As agências reguladoras no Brasil

Entre os pilares da política pública do saneamento, estruturada pelo planejamento, a organização e a prestação dos serviços estão, também, a regulação e a fiscalização.

No Brasil, a regulação e fiscalização de alguns setores é realizada por agências reguladoras, cuja criação foi introduzida no direito brasileiro por meio das Emendas Constitucionais nº 8 e 9 que, respectivamente, acrescentaram dispositivos à Constituição determinando a criação de órgãos reguladores nos setores de telecomunicações e do petróleo e dispondo sobre a possibilidade de a União contratar empresas estatais ou privadas para realização de serviços que constituem seu monopólio mediante condições estabelecidas em lei, devendo essa dispor sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador¹⁵. Desde então, as agências reguladoras começaram a ser instituídas no direito brasileiro sem que houvesse lei específica que as disciplinasse¹⁶ e com modelo fortemente inspirado em instituições similares existentes em outros países, tais como agências dos Estados Unidos, as autoridades

¹³ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 48.

¹⁴ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Metodologia de pesquisa Jurídica**. Brasília: Fortium, 2006, p. 17.

¹⁵ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 620. (biblioteca online)

administrativas independentes na França e os “*quasi autonomous non governmental organizations*” ou quangos na Inglaterra.¹⁷

As primeiras agências reguladoras criadas no Brasil foram a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel¹⁸ e a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel¹⁹. Desde então, outras 10 (dez) agências federais foram criadas. Entre elas, a Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei nº 9.961/2000, tendo, inicialmente, a competência de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Assim, até o advento da Lei nº 13.848/2019, não havia disciplina legal única e a instituição dessas agências foi obedecendo mais ou menos o mesmo padrão²⁰. Referido diploma legal consignou às agências reguladoras federais a natureza especial caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos.

No que tange às atribuições das agências reguladoras, entre outras, importa observar a competência para estabelecer regras disciplinando os respectivos setores de atuação, trata-se do poder normativo das agências que devem observar o princípio da legalidade, visto que os atos normativos expedidos por elas têm posição inferior à lei no ordenamento jurídico, não podendo contrariar regras fixadas na legislação e nem podem ser editados atos administrativos de caráter geral e abstrato.²¹

Oportuno, ainda, pontuar que as agências reguladoras podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais e, ao contrário das agências federais que são especializadas, ou seja, se caracterizam por um alto grau de especialização técnica no setor regulado, as agências das demais esferas federativas são caracterizadas por suas competências abrangentes, sendo possível que a mesma entidade regule todos os serviços públicos de titularidade da pessoa

¹⁷ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 216.

¹⁸ Criada pela Lei nº 9.427/1996 e com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal

¹⁹ Criada pela Lei nº 9.472/1997, com atribuições centrais de disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos da órbita e espectro de radiofrequências.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 503.

²¹ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 618.

federativa²². Nesse sentido, pontua-se que a maior parte dos serviços de saneamento é prestada por empresas estatais.²³

1.2 O cenário regulatório do saneamento básico no Brasil

Inexistindo uma agência reguladora nacional²⁴ para o setor de saneamento e a possibilidade de diferentes arranjos que os titulares podem utilizar para viabilizar a regulação, existem mais de 80 (oitenta) agências reguladoras infranacionais²⁵ ²⁶ com competências afetas ao setor. Essa variabilidade de agências reguladoras resulta em grande diversidade de regras regulatórias que, por sua vez, entre outras problemáticas, exigem elevados investimentos para que os agentes interessados compreendam e dominem tecnicamente o arcabouço regulatório aplicável²⁷, além de incorrer na possibilidade de práticas setoriais idênticas terem regras diversas²⁸. Como consequência dessa assimetria tem-se a insegurança jurídica, frente à baixa previsibilidade de como o Estado agirá em cada situação, que acaba inibindo os agentes de transitar por diversas localidades e de disputar contratos administrativos para prestação dos serviços de saneamento.²⁹

Esse cenário de múltiplos agentes reguladores foi apontado como obstáculo ao desenvolvimento do setor de saneamento e a universalização desses serviços³⁰. Outra problemática de múltiplos reguladores reside em casos nos quais o mesmo prestador de serviço é sujeito a diferentes normativos³¹, uma vez que é regulado por diferentes agências

²² MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 222.

²³ ANA. **Nota Técnica nº 3/202/COCOL/SEC**. Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/NT_DIAGNoSTICO_CONTRATOS_SANEAMENTO-1632749445063.pdf. Acesso em 12 set. 2022.

²⁴ Frente a competência de a titularidade do serviço de saneamento não ser da União.

²⁵ BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Entidades Infranacionais**. Brasília, p. 93. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>. Acesso em 21 jun. 2022.

²⁶ TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e oportunidades de melhorias**. Disponível em: https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Relatorio_completo.pdf.

²⁷ MARRARA, Thiago. “Mosaico Regulatório”: As normas de referência da ANA para regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020 *In* OLIVEIRA, Carlos Roberto de et al. Organizado por Maria Luiza Machado Granziera, Carlos Roberto de Oliveira. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

²⁸ *Ibidem*, p. 74.

²⁹ *Ibidem*, p. 74.

³⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.162/2019, que resultou na Lei 14.026/2020 – Novo Marco Legal do Saneamento**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1787462&filename=Tramitacao-PL+4162/2019. Acesso em 8 dez. 2021.

³¹ ANA. **Relatório de Impacto Regulatório, disponibilizado no âmbito da Consulta Pública nº 005/2022 da ANA**. p. 13. Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Relatorio_de_Analise_de_Impacto_Regulatorio_nº_01_2022_COGER_SRS-1653505332275.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

infranacionais. Como exemplo, tem-se a Companhia Riograndense de Saneamento – Corsan, regulada por cinco diferentes agências.³²

1.3 A exigência de indicação de ente regulador imputada pelo Novo Marco aos titulares dos serviços de saneamento

Com vistas a contornar esse problema e a equalizar a regulação, o Novo Marco alterou a já comentada Lei nº 9.961/2000, para modificar a designação da ANA passando a denominá-la Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. Além disso, referido diploma legal atribuiu nova competência à ANA: editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a serem observadas pelos diversos atores envolvidos, com destaque para os titulares dos serviços e as demais agências infranacionais, como condição para viabilizar o acesso a recursos federais ou contratação de financiamento com recursos federais ou de entidades da administração pública federal.

Ainda em matéria de regulação, o Novo Marco impôs ao titular dos serviços públicos de saneamento o dever de definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços³³, nos seguintes termos:

Art. 8º

(...)

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico **deverá definir a entidade responsável** pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação. (grifo nosso)

A regulação pode ser realizada por órgãos da administração direta do titular, ou delegada, garantida a autonomia, a tecnicidade e a neutralidade regulatória, ou por entidades descentralizadas.³⁴

Importante observar que o Novo Marco ampliou a possibilidade de delegação das competências regulatórias pelo titular do serviço para um ente da administração indireta de outra esfera da federação³⁵. Para tanto, alguns requisitos devem ser observados³⁶: i) inexistência no Estado do titular agência reguladora constituída que tenha aderido às normas de referência da ANA; ii) prioridade, entre as agências reguladoras qualificadas, àquela mais próxima à localidade do titular; e iii) que haja anuência da agência reguladora escolhida, que poderá cobrar

³² CORSAN - Companhia Riograndense de Saneamento. **Agências Reguladoras**. Disponível em <https://www.corsan.com.br/agencias-reguladoras>. Acesso em 9 mar. 2022.

³³ Art. 8º, §5º, da Lei 11.445/2007.

³⁴ Art. 21 c/c art. 23 §1º c/c da Lei 11.445/2007.

³⁵ Art. 23, §1º, da Lei 11.445/2007.

³⁶ Art. 23, §1º, incisos I, II e III da Lei 11.445/2007

uma taxa de regulação diferenciada, de acordo com a distância de seu Estado. Para melhor ilustrar essa possibilidade de delegação, caso um município do estado de Acre não localize agência qualificada dentro daquele estado e identifique duas potenciais agências no Distrito Federal e no Pará, deverá priorizar a agência mais próxima de sua localidade. Sua escolha depende da aceitação da agência, que poderá cobrar taxas de regulação diferenciadas.

Nesse ponto, importa observar que a redação original da Lei nº 11.445/2007, bem como seu decreto regulamentador³⁷, já trataram da regulação dos serviços de saneamento³⁸. Apesar disso, passados mais de 10 (dez) anos, verifica-se baixíssima adesão brasileira à regulação do saneamento básico. Em estudo realizado pelo Instituto Trata Brasil sobre a qualidade da regulação do saneamento básico no Brasil e oportunidades de melhorias³⁹, apontou-se que apenas 921 (novecentos e vinte e um), dos 5.540 (cinco mil e quinhentos municípios) brasileiros, têm a prestação dos serviços de saneamento regulada. Dito de outro modo, apenas 16,54% (dezesseis vírgula cinquenta e quatro por cento) dos municípios têm a prestação de serviço submetida à regulação e fiscalização de um ente regulador.

Esse quantitativo se distribui da seguinte forma: 5 (cinco) são regulados por agências municipais; 341 (trezentos e quarenta e um) regulados por agência intermunicipal e 575 (quinhentos e setenta e cinco) regulados por agência estadual. Quando analisados por região, a região Norte é a que apresenta o menor número de municípios regulados (0,4%) e a região Sul com o maior número 571 (quinhentos e setenta e um). Vale registrar que dados do SNIS apontam que na região Norte pouco mais da metade da população (58,9%) é atendida com rede de água e apenas 13,1% (treze vírgula um por cento) atendida com rede de esgoto⁴⁰. Já na região Sul, onde se concentra a maior quantidade de municípios regulados, 91% (noventa e um) por cento da população é atendida com rede de água e 47% (quarenta e sete) por cento atendida com rede de esgoto⁴¹. Nota-se com esses dados que a regulação é forte indutora do atendimento dos serviços de saneamento, ou seja, a presença de um ente regulador e fiscalizador é capaz de

³⁷ BRASIL. **Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010**. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências.

³⁸ Art. 21 a 28 da Lei 11.445/2007.

³⁹ TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e oportunidades de melhorias**. Disponível em: https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Relatorio_completo.pdf. Acesso em 9 maio 2022.

⁴⁰ BRASIL. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento 2020**. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>. Acesso em 9 maio 2022.

⁴¹ *Ibidem*.

propiciar o atendimento a um maior número de pessoas, sendo esse um meio viabilizador da universalização desses serviços.

Com essa análise, verifica-se que foi assertiva a imposição do Novo Marco para que o titular do serviço público indique a entidade reguladora. Contudo, nota-se que a ideia central do Novo Marco não é que a ANA substitua as agências infranacionais, tampouco que se tenha regulação nacional para o saneamento básico. A ideia central é a edição de normas de referência a serem observadas por essas agências objetivando criar um conjunto harmônico, coerente, coeso e articulado das normas setoriais, tornando a regulação mais previsível, ainda que permaneça fragmentada entre as múltiplas agências.⁴²

1.4 As normas de referência já editadas pela ANA

Desde 2020, a ANA, revestida da competência que lhe foi atribuída pelo Novo Marco, tem atuado regulatoriamente com vistas a editar normas de referências sobre o serviço de saneamento. Já no ano de 2020 atualizou a agenda regulatória para o período 2021/2022⁴³, para aprovar o Eixo Temático nº 5 e tratar de Normas de Referência de Saneamento. Em junho e novembro de 2021, publicou, respectivamente, as Normas de Referência nº 1⁴⁴ e 2⁴⁵. Em 2022, realizou Consulta Pública⁴⁶ para subsidiar a proposta de Norma de Referência sobre indicadores e padrões de qualidade, eficiência e eficácia para avaliação da prestação, da manutenção e da operação de sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Também em 2022, realizou Tomada de Subsídios⁴⁷ para colher contribuições ao processo de elaboração da norma

⁴² MARRARA, Thiago. “Mosaico Regulatório”: As normas de referência da ANA para regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020. In OLIVEIRA. Carlos Roberto de et al. Organizado por Maria Luiza Machado Granziera, Carlos Roberto de Oliveira. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

⁴³ ANA. **Resolução nº 64/ANA, de 1º de março de 2021 Documento nº 02500.008273/2021-20**. Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/0064-2021_Ato_Normativo_132021_20210310120802-1615399514365.pdf. Acesso em 10 maio 2022.

⁴⁴ ANA. **Resolução ANA nº 79, de 14 de junho de 2021 documento nº 02500.027257/2021-36**. Dispõe sobre o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias. Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Resolucao_ANA_79-2021_-_Aprova_Norma_de_Referencia_N_1_-_cobranca_RSU-1623872066281.pdf. Acesso em 10 maio 2022.

⁴⁵ ANA. **Resolução ANA nº 106, de 4 de novembro de 2021 documento nº 02500.050900/2021-25**. Dispõe sobre a padronização dos aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão, para prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, para incorporação das metas previstas no Art. 11-B da Lei nº 11.445/2007, modificada pela Lei nº 14.026/2020. Disponível em: [https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Res_ANA_106_04_11_2021_NR_2_Padronizacao_de_Aditivos_CP_e_CC_\(1\)-1636136530583.pdf](https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Res_ANA_106_04_11_2021_NR_2_Padronizacao_de_Aditivos_CP_e_CC_(1)-1636136530583.pdf). Acesso em 10 maio 2022.

⁴⁶ PARTICIPE DAS DECISÕES DA ANA. **Consulta Pública nº 001/2022**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/108>. Acesso em 10 maio 2022.

⁴⁷ PARTICIPE DAS DECISÕES DA ANA. **Tomada de Subsídios nº 001/2022**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/111>. Acesso em 10 maio 2022.

de referência de modelo de regulação tarifária para os segmentos de água e esgoto prevista na agenda regulatória da ANA para o biênio 2021-2022, para contratos vigentes e novos contratos. Em maio de 2022, abriu Consulta Pública nº 005/2022, com período de contribuição de 31/05/2022 a 14/07/2022, com o objetivo de editar normativo de procedimento geral para comprovação da adoção das normas de referência pelas agências infranacionais.

Nesse cenário, é correto concluir que a regulação dos serviços de saneamento constitui um dos pilares da política pública trazida pelo Novo Marco, ou seja, o legislador da Lei nº 14.026/2020 buscou solucionar os graves problemas identificados nesse setor por meio de um novo instituto de força nacional, as normas de referência da ANA, e da universalização da regulação. Logo, a não indicação por parte dos titulares dos serviços de saneamento de entidade regulatória esvazia o espírito da Lei e coloca em risco o alcance das metas de universalização desses serviços, configurando verdadeiro risco ao interesse coletivo que envolve o tema do saneamento básico. Por outro lado, identifica-se a necessidade de que sejam criadas condições diferenciadas ao titular do serviço público que comprovar insucesso na busca pelo cumprimento do dever legalmente imposto de indicar a entidade reguladora – “ER”, sendo essa a problematização trazida no presente artigo.

2 DA TITULARIDADE DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

No tópico anterior apontou-se que o novo regramento do saneamento imputou aos titulares dos serviços de saneamento a obrigação de indicar entidade para regular e fiscalizar a prestação desses serviços. No presente tópico, analisa-se a quem compete a titularidade dos serviços públicos de saneamento para que se identifique em quem deve recair tal obrigação e a consequente responsabilização em eventual omissão frente ao dever imposto pela norma.

2.1 A distinção entre a titularidade e prestação do serviço público de saneamento

Antes de adentrar a análise da titularidade, oportuno destacar que, sendo um serviço público, a prestação do serviço público de saneamento básico pode ser realizada por todos os entes federativos, além da possibilidade de delegação, mediante concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. Entretanto, o texto original da multicitada Lei nº 11.445/2007 possibilitava a delegação da prestação desses serviços por meio da celebração de contrato, denominados contratos de programa. Com o advento da Lei nº 14.026/2020, restou vedada a celebração dos contratos de programa para prestação dos serviços de saneamento⁴⁸,

⁴⁸ Art. 10, da Lei 11.445/2007, com alteração dada pela Lei 14.026/2020.

respeitadas as vigências dos contratos de programa regulares até o termo contratual⁴⁹. Portanto, o Novo Marco inovou quanto a proibir os contratos de programa e exigir a realização de contratação mediante licitação para prestação dos serviços de saneamento. Oportuno, ainda, destacar que se transfere apenas a execução de um serviço público e não a sua titularidade.⁵⁰

2.2 A omissão constitucional quanto à titularidade dos serviços de saneamento

Isso posto, vale discorrer a respeito da titularidade dos serviços públicos de saneamento, sua relevância decorre do fato de a Constituição Federal não ter atribuído de forma explícita a titularidade de tal serviço público. Em seu art. 21, inciso XX, atribui à União competência para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. No art. 23, inciso IX, atribui como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. No art. 25, §3º, o texto constitucional estabelece que “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”. No art. 200, inciso IV, atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”. Registre-se que o SUS reúne todos os entes federativos.

Apesar disso, sabe-se que o texto constitucional adotou como princípio básico para distribuição de competências a predominância do interesse⁵¹. Com isso, há quem atribua a competência da prestação do serviço de saneamento ao município fundamentado no art. 30 da Carta Magna, que dispõe ser competência do município organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local. Ainda analisando o texto constitucional, consoante se extrai dos arts. 20, inciso XX, e 22 incisos IV e XXVII, a competência para criar normas gerais sobre o saneamento básico é da União, tanto que se verifica a edição da Lei nº 11.445/2007 que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico.

⁴⁹ Art. 10, §3º, da Lei 11.445/2007, com alteração dada pela Lei 14.026/2020.

⁵⁰ ARAÚJO, A. M. B. de. Análise jurídica do saneamento básico no Brasil. **Revista de Doutrina e Jurisprudência - TJDFT**, Brasília, v. 108, nº 2, p.283-300, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/117237>. Acesso em: 12 maio 2022, p. 285.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 341.

Não obstante, a solução para titularidade dos serviços de saneamento não se encerra com essa simples análise. Até porque, a multicitada Lei nº 11445/2007, norma federal que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico, também não mencionou de modo claro quem seria o titular do serviço, limitando-se a possibilitar a delegação da organização, da regulação, da fiscalização e da prestação desses serviços, conforme texto original do art. 8º.⁵²

Esse cenário de imprecisão constitucional e omissão legislativa quanto à titularidade dos serviços de saneamento levou a discussão ao Supremo Tribunal Federal (STF). Nas ADI nº 1.842⁵³, ADI nº 1.843, ADI nº 1.826 e ADI nº 1.906 a Suprema Corte julgou essas ações em conjunto, visto que tratavam da mesma matéria. A questão enfrentada analisou a pretensão do estado do Rio de Janeiro de transferir da esfera municipal para o âmbito estadual competências administrativas e normativas próprias dos municípios, relativas aos serviços de saneamento. Para tanto, aquele Estado editou a Lei Complementar nº 87/89 que teve sua constitucionalidade questionada por meio das referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI). Do julgamento das citadas ADIs, pode-se concluir, entre outras coisas, que se o interesse for local, a titularidade será do município; se o interesse for comum, a titularidade é da região metropolitana, ou seja, ao agrupamento de municípios, mantida a autonomia do município para não ser excluído do poder de decisão⁵⁴. Outro julgamento da Suprema Corte que importa para o tema em tela foi proferido no âmbito da ADI-MC 2077/BA⁵⁵. Em agosto de 2019, o STF decidiu que mesmo na região metropolitana a titularidade dos serviços de saneamento é municipal.

2.3 A titularidade dos serviços de saneamento com o advento da Lei nº 14.026/2020

Até o advento da Lei nº 14.026/2020, a titularidade da prestação dos serviços de saneamento era sedimentada por decisão do Supremo. O Novo Marco do Saneamento positivou o entendimento do STF e, alterando o art. 8º⁵⁶ da Lei nº 11.455/2007, quanto ao exercício da

⁵² LIMA, Alexandre Augusto Batista de. **Os consórcios públicos como instrumento de execução dos objetivos da política nacional de saneamento básico e de concretização do princípio constitucional da eficiência**. Curso de pós-graduação stricto sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15077/1/61600174.pdf>, p. 276.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>.

⁵⁴ LIMA, Alexandre Augusto Batista de. Op. Cit., p. 282.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.077**. BAHIA. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630088>.

⁵⁶ Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

- I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;
- II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

titularidade dos serviços de saneamento básico, dispôs ser: i) dos Municípios e do Distrito Federal em caso de interesse local; ii) do estado, em conjunto com os municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum; e iii) por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas disposições. Nota-se, portanto, que a responsabilidade se dará conforme a modelagem adotada para a prestação do serviço de saneamento.

Vencida a análise que ora se propôs quanto à titularidade dos serviços de saneamento básico, relevante destacar o art. 8B⁵⁷ da Lei nº 11.455/2007, acrescentado pela Lei nº 14.026/2020, que dispõe sobre a responsabilização administrativa, civil e penal com aplicação exclusiva aos titulares dos serviços de saneamento no caso de prestação regionalizada. O que possibilita concluir que a responsabilização também será compartilhada, inclusive na hipótese das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.⁵⁸

Nesse ponto, observa-se que, não obstante o legislador do Novo Marco não tenha explicitado as possíveis consequências da não indicação do ente regulador, dever imposto pelo novo regramento do saneamento ao titular desses serviços, foi categórico em lhe imputar a responsabilização administrativa, civil e penal.

3 CONSULTA PÚBLICA Nº 005/2022

No dia 27 de maio de 2022, a ANA divulgou aviso de Consulta Pública nº 005/2022⁵⁹, tendo por objeto “Normativo de Procedimento Geral para Comprovação da Adoção das Normas de Referência”, com período de contribuição do dia 31 de maio de 2022 a 14 de julho de 2022.

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições:

⁵⁷ Art. 8º-B. No caso de prestação regionalizada dos serviços de saneamento, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, nos termos do art. 8º desta Lei

⁵⁸ OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. A titularidade dos serviços de saneamento básico na lei de atualização do marco legal do saneamento básico. *In* OLIVEIRA. Carlos Roberto de et al. Organizado por Maria Luiza Machado Granziera, Carlos Roberto de Oliveira. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 167.

⁵⁹ BRASIL. **Aviso de Consulta Pública nº 5/2022**. Diário Oficial da União Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Aviso_de_Consulta_Publica_nº_5_2022.DOU_nº_101-1653914608012.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

Do material de apoio disponibilizado no âmbito da Consulta Pública, importa para a discussão trazida a análise do Relatório de Impacto Regulatório⁶⁰ (RAIR) e da minuta de Normativo de Procedimento Geral para Comprovação da Adoção das Normas de Referência⁶¹ (Resolução).

O fundamento legal apontado no RAIR para edição do normativo pretendido na CP 005/2022 foi o §1º do art. 4º-B da Lei nº 9.984/2000, que dispõe que a ANA deve disciplinar por meio de ato normativo a comprovação da adoção das normas regulatórias de referência, sendo-lhe imposta a verificação da adoção dessas normas (§2º, art. 4º-B da Lei nº 9.984/2000). Importa observar o disposto no art. 50, *caput*, e §8º da Lei nº 11.445/2007, que dispõe:

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;

(...)

§8º A manutenção das condições e do **acesso aos recursos referidos no caput deste artigo dependerá da continuidade da observância dos atos normativos e da conformidade dos órgãos e das entidades reguladoras ao disposto no inciso III do caput deste artigo.** (grifos nossos)

Portanto, compreende-se que a comprovação da adoção das normas de referência é requisito imposto para “contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal”.⁶²

Segundo o RAIR apontou, “embora a condicionante de “observância das Normas de Referência” afete diretamente aos titulares e prestadores de serviços, que são os demandantes dos recursos, o atendimento à condicionante é, em geral cumprido pela entidade reguladora”⁶³. Ainda de acordo com o RAIR, “a eficácia do dispositivo está alicerçada no caráter obrigatório da definição pelos titulares dos serviços, da entidade reguladora à qual estará vinculada a

⁶⁰ ANA. **Relatório de análise de impacto regulatório nº 1/2022/COGER/SRS. Documento nº 02500.-16709/2022-35.** Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Relatorio_de_Analise_de_Impacto_Regulatorio_nº_01_2022_COGER_SRS-1653505332275.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

⁶¹ ANA. **Minuta de Resolução ANA nº XX, de procedimento geral para comprovação da adoção das normas de referência identificação.** Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Minuta_de_normativo_de_procedimento_geral_para_a_comprovacao_da_adocao_das_NRs-1653505443740.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

⁶² §2º, art. 4º-Ba, Lei 9.984/2000.

⁶³ ANA. Op.cit., p.15.

regulação dos serviços em suas áreas de responsabilidade”⁶⁴. Isso porque, conforme dito alhures, o Novo Marco impôs ao titular dos serviços de saneamento o dever de definir a entidade reguladora responsável pela regulação e fiscalização desses serviços.

Assim, conjugando o caráter obrigatório da regulação dos serviços e da indicação pelo titular da entidade reguladora, a ANA aponta que

o novo marco cria um mecanismo de enforcement para estímulo ao aprimoramento da governança regulatória ao condicionar (...) a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos geridos ou operados por órgãos da entidade da União, à observância das Normas de Referência expedidas pela ANA. (...) o legislador utilizou instrumentos de spendign power da União como sanção premial para adesão das [Entidades Reguladoras Infranacionais] às [Normas de Referência] a serem publicadas.⁶⁵

Da minuta de Resolução proposta pela ANA na CP 005/2022, observa-se que o normativo se preocupa em apontar a necessidade de comprovação da adoção das normas de referência editadas pela ANA como condição para viabilizar o acesso aos recursos públicos federais e a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operado por órgãos ou entidades da Administração Pública Federal.

3.1 O tratamento excepcional concedido às Entidades Reguladoras na proposta de normativo da ANA

O art. 7º, §1º, proposto na minuta de Resolução apresentada no âmbito da CP 005/2022 propõe o seguinte:

Art. 7º

§1º Excepcionalmente, a [Entidade Reguladora Infranacional] poderá apresentar à ANA solicitação de análise sobre adoção de [Normas de Referência] antecipadamente ao cronograma estabelecido para o próximo ciclo e condicionada à demonstração de existência de tratativa do titular ou prestador regulado visando liberação de recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da Administração Pública Federal.

Portanto, o normativo proposto pela ANA no âmbito da CP 005/2022, atento as diferentes realidades das Entidades Reguladoras Infranacionais, confere tratamento excepcional à entidade reguladora que não comprovar a observância das normas de referência.

⁶⁴ Ibidem, p. 15.

⁶⁵ ANA. **Relatório de análise de impacto regulatório nº 1/2022/COGER/SRS. Documento nº 02500.-16709/2022-35**. Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Relatorio_de_Analise_de_Impacto_Regulatorio_nº_01_2022_COGER_SRS-1653505332275.pdf. Acesso em 21 jun. 2022, p.16.

3.2 A ausência de tratamento excepcional concedido ao titular do serviço que comprovar insucesso na indicação de Entidade Reguladora

Enquanto às entidades reguladoras receberam tratamento excepcional, antes decorrido, o normativo proposto pela ANA na CP 005/2022 não confere nenhum tratamento de exceção para o titular que comprovar não ter conseguido indicar uma entidade reguladora.

Frente as análises aqui apresentadas, nota-se ausente o elemento de ponderação necessário ao cenário de exceção às condições impostas pelo legislador. Se para ter acesso aos recursos é necessário que o titular cumpra o dever imposto de indicar uma entidade reguladora, qual será o tratamento àquele titular que comprovar impossibilidade de cumprir tal condição?

Essa indagação se faz pertinente frente ao fato de existirem 86 (oitenta e seis) entidades reguladoras infranacionais cadastradas na ANA^{66 67}, *a priori*, para atender aos 12.045 (doze mil e quarenta e cinco) prestadores de serviço de saneamento⁶⁸.

Quando se avalia pela quantidade de municípios (5.570) a quem, em regra, compete a titularidade da prestação do saneamento, em estudo realizado pelo Trata Brasil intitulado “Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e Oportunidades de Melhoria⁶⁹” apontou-se que apenas 921 (17% dezessete por cento) dos municípios tinham o saneamento regulado⁷⁰. Deve-se, ainda, considerar os apontamentos trazidos pelo RAIR, segundo o qual,

Em diagnóstico realizado pelos Ministérios das Cidades em 2010 sobre a governança regulatória no setor de saneamento, foram constatados os seguintes aspectos: (...); e (iv) baixo nível de autonomia técnica e decisória e a **ausência de quadros profissionalizados nas agências**, ampliando o risco de captura. (grifo nosso)

Vale considerar também que, segundo o RAIR, 57% das entidades reguladoras são multissetoriais⁷¹, ou seja, a qualificação dos profissionais não é necessariamente voltada para o setor de saneamento, evidenciando, além da necessidade de treinamento e capacitação de pessoal, a possibilidade de não ter equipe suficiente para prestar o serviço de regular e fiscalizar a prestação do serviço de saneamento com a eficácia necessária.

⁶⁶ BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Entidades Infranacionais**. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>. Acesso em 21 jun. 2022.

⁶⁷ São 26 estaduais (incluindo a do Distrito Federal), 19 intermunicipais e 41 municipais.

⁶⁸ BRASIL. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento 2020**. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>. Acesso em 21 jun. 2022.

⁶⁹ TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e oportunidades de melhorias**. Disponível em: https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Relatorio_completo.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 94.

⁷¹ *Ibidem*, p. 14.

Não se pode ignorar a possibilidade de as ER não absorverem toda a demanda. São milhares de prestadores de serviço a serem regulados e fiscalizados a um só tempo. Logo, há de se ter responsabilidade por parte das ER quando da admissão de novos prestadores que se submeterão à sua regulação e fiscalização para que o seu papel de agência seja eficaz e não meramente protocolar.

Ainda que se saiba da possibilidade de o próprio titular do serviço de saneamento criar a ER⁷², também não se pode ignorar a complexidade para que tal possibilidade se efetive, do ponto de vista burocrático/administrativo/político/prático. Se, por um lado, a regulação tem se demonstrado um impulsor para universalização dos serviços de saneamento, por outro, a estrutura regulatória para esse setor ainda carece de amadurecimento/avanço/aprimoramento que não foram considerados na Lei nº 14.026/2020 ao imputar o dever de indicação de ER.

Sabe-se que, desde 2007, com a Lei nº 11.455, já se tinha a possibilidade de regulação dos serviços de saneamento, como já se comentou. Apesar disso, o avanço regulatório do setor de saneamento foi ínfimo. Então, se as ER não conseguirem absorver toda a “demanda reprimida”, o titular do serviço que não for “admitido”, ou seja, não tiver sucesso em indicar uma entidade reguladora será alcançado pelo art. 50 da Lei nº 11.445/2007 e impossibilitado de obter recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União?

Em que pese a relevância da regulação como impulsora para viabilizar a universalização dos serviços de saneamento e, assim, obter os ganhos consequentes do acesso à água tratada e esgotamento sanitário adequado, não se pode assumir que todos os titulares terão exatamente as mesmas possibilidades de indicar uma ER e, por isso, devem incorrer na mesma consequência por sua não indicação como imposto pelo supracitado art. 50 da Lei nº 11.445/2007.

3.3 Aplicação do princípio da derrotabilidade ao titular que comprovar insucesso na indicação de Entidade Reguladora

Sabe-se que o administrador público deve praticar atos legalmente previstos, ou seja, observar o princípio da legalidade, sob pena de incorrer em ilegalidade. Nas palavras de Hely Lopes Meireles,

a legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências

⁷² Art. 21 c/c art. 23 §1º c/c da Lei 11.445/2007.

do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso.⁷³

Contudo, há casos em que a aplicação da norma em sua literalidade pode resultar na indesejável situação de se ter um administrador público praticando um ato legalmente válido, porém injusto. Isso porque, “Os institutos jurídicos tradicionais do direito administrativo são incompatíveis com a complexidade da situação fática e a dimensão supraindividual das dificuldades. Mais precisamente, a submissão dos fatos a esses institutos gera distorções insuportáveis”.⁷⁴

Para afastar tal possibilidade, a doutrina tem admitido o princípio da derrotabilidade⁷⁵ da norma no âmbito da Administração pública. Por tal princípio, frente a uma exceção relevante justificadora, a aplicação da norma é afastada. Dito de outro modo

como os órgãos que editam normas são incapazes de prever as infinitas circunstâncias que futuramente aparecerão no momento em que uma norma deva ser aplicada, as previsões normativas estão sempre abertas a uma lista de exceções (cláusulas a menos que) que podem derrotar os comandos inicialmente propostos pela autoridade normativa.⁷⁶

Logo, ausente o tratamento excepcional na Lei nº 14.026/2020 ao titular que comprovar insucesso na indicação de uma entidade reguladora, entende-se razoável que o administrador público, considerando o caso concreto, aplique o princípio da derrotabilidade da norma para viabilizar a esse titular o acesso aos recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União. Afastar tal possibilidade é ignorar plenamente a disparidade de realidade dos 5.570 municípios a quem, a princípio, compete a titularidade do serviço de saneamento; além de ignorar a estrutura regulatória do saneamento e colocar em risco interesse de uma coletividade carente de tais recursos para expandir os serviços de saneamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados do saneamento brasileiro denunciam a urgente necessidade de políticas públicas voltadas a impulsionar o setor, com vistas a universalizar a prestação desse serviço

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009, p.89. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-derrotatibilidade-da-norma-e-a-ponderacao-de-interesses-em-tempos-de-pandemia>.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. Coletânea de estudos. E-book, Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

⁷⁵ SANTOS, Cátia Mendonça dos e DIAS, Moisés Carlos. Derrotabilidade: Quebrando paradigmas para se aplicar a justiça. **Migalhas**, 4 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/310138/derrotabilidade--quebrando-paradigmas-para-se-aplicar-a-justica>.

⁷⁶ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**: Tomo I. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 245-246.

com tantos reflexos sociais, tanto do ponto de vista de infraestrutura quanto econômico e de saúde pública.

A reforma da estrutura normativa realizada pela Lei nº 14.026/2020 demonstra, entre outros aspectos, a intenção do legislador de padronizar a regulação e afastar a fragmentação regulatória no setor de saneamento, o que reduz custos transacionais e confere maior segurança jurídica aos agentes envolvidos. Ainda, por conseguinte, atrai investimentos.

Essa pretensão foi instrumentalizada por meio da alteração da Lei nº 9.984/2000 para atribuir à, agora, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competências para editar normas de referência a serem observadas pelas agências infranacionais atuantes no setor de saneamento.

Como meio de conferir eficácia à norma, foi alterada a Lei nº 11.445/2007 para impor ao titular dos serviços de saneamento o dever de indicar a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação do serviço, sob pena de não ter acesso a recursos públicos federais e a financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União.

A experiência nacional demonstra que a regulação é forte indutora do atendimento dos serviços de saneamento, ou seja, a presença de um ente regulador e fiscalizador é capaz de propiciar atendimento a um maior número de pessoas, sendo esse um meio viabilizador da universalização desses serviços, o que confere assertividade à imposição do Novo Marco para que o titular do serviço público de saneamento indique a entidade reguladora.

Por outro lado, o cenário regulatório do setor de saneamento demonstra que há cerca de 86 (oitenta e seis) entidades reguladoras infranacionais cadastradas na ANA, *a priori*, para atender aos 12.045 (doze mil e quarenta e cinco) prestadores de serviço de saneamento. Pela quantidade e por outras fragilidades observadas na estrutura das agências, não se pode ignorar a possibilidade dessas entidades não absorverem toda a demanda. Ainda que o Novo Marco possibilite ao próprio titular do serviço de saneamento criar a entidade reguladora, também não se pode ignorar a complexidade para que tal possibilidade se efetive, do ponto de vista burocrático, administrativo, político e prático.

Se, por um lado, a regulação tem se demonstrado impulsor para universalização dos serviços de saneamento, por outro, a estrutura regulatória para esse setor ainda carece de amadurecimento, avanço e aprimoramento que não foram considerados na Lei nº 14.026/2020 ao imputar o dever de indicação de entidade reguladora.

Portanto, a necessidade de universalização dos serviços por meio da regulação não pode ignorar as diferentes realidades dos 5.570 municípios a quem, a princípio, compete a titularidade dos serviços de saneamento e sobre quem recai a responsabilidade de indicar a entidade reguladora e as consequências da não indicação. Além disso, não se pode ignorar a possibilidade de as entidades reguladoras não absorverem toda a demanda reprimida de prestadores a serem regulados e fiscalizados. Nisso consiste a pertinência da discussão trazida no presente trabalho quanto à necessidade de conferir tratamento de exceção para o titular que comprovar insucesso na indicação de entidade reguladora.

Demonstrou-se que a doutrina tem admitido o princípio da derrotabilidade da norma no âmbito da Administração Pública, o qual, admite que a norma seja afastada frente a uma exceção relevante justificadora. Então, ausente o tratamento excepcional na Lei nº 14.026/2020 ao titular que comprovar insucesso na indicação de uma entidade reguladora, considerando o caso concreto, caberia o princípio da derrotabilidade da norma para viabilizar a esse titular acesso aos recursos públicos e financiamentos com recursos federais ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União.

Dessa forma, defende-se que a implementação da norma não seja tão rígida ao ponto de ser injusta e nem tão amena de modo a deixar os agentes setoriais em situação cômoda capaz de esvaziar a eficácia da norma e, por conseguinte, inviabilizar a universalização desse serviço essencial que é o saneamento básico.

REFERÊNCIAS

ANA. **Minuta de Resolução ANA nº XX, de procedimento geral para comprovação da adoção das normas de referência identificação.** Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Minuta_de_normativo_de_procedimento_geral_para_a_comprovacao_da_adocao_das_NRs-1653505443740.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

ANA. **Nota Técnica nº 3/202/COCOL/SEC.** Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/NT_DIAGNoSTICO_CONTRATOS_SANEAMENTO-1632749445063.pdf. Acesso em 12 set. 2022.

ANA. **Relatório de análise de impacto regulatório nº 1/2022/COGER/SRS. Documento nº 02500.-16709/2022-35.** Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Relatorio_de_Analise_de_Impacto_Regulatorio_nº_01_2022_COGER_SRS-1653505332275.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

ANA. **Relatório de Impacto Regulatório, disponibilizado no âmbito da Consulta Pública nº 005/2022 da ANA.** p. 13. Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Relatorio_de_Analise_de_Impacto_Regulatorio_nº_01_2022_COGER_SRS-1653505332275.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

ANA. **Resolução ANA nº 106, de 4 de novembro de 2021 documento nº 02500.050900/2021-25.** Dispõe sobre o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias. Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Resolucao_ANA_79-2021_-_Aprova_Norma_de_Refereencia_N_1_-_cobranca_RSU-1623872066281.pdf. Acesso em 10 maio 2022.

ANA. **Resolução ANA nº 79, de 14 de junho de 2021 documento nº 02500.027257/2021-36.** Dispõe sobre a padronização dos aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão, para prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, para incorporação das metas previstas no Art. 11-B da Lei no 11.445/2007, modificada pela Lei nº 14.026/2020. Disponível em: [https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Res_ANA_106_04_11_2021_NR_2_Padronizacao_de_Aditivos_CP_e_CC_\(1\)-1636136530583.pdf](https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Res_ANA_106_04_11_2021_NR_2_Padronizacao_de_Aditivos_CP_e_CC_(1)-1636136530583.pdf). Acesso em 10 maio 2022.

ANA. **Resolução nº 64/ANA, de 1º de março de 2021 Documento nº 02500.008273/2021-20.** Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/0064-2021_Ato_Normativo_132021_20210310120802-1615399514365.pdf. Acesso em 10 maio 2022.

ARAÚJO, A. M. B. de. Análise jurídica do saneamento básico no Brasil. **Revista de Doutrina e Jurisprudência - TJDF**, Brasília, v. 108, nº 2, p.283-300, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/117237>. Acesso em: 12 maio 2022, p. 285.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional:** Tomo I. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Entidades Infracionais**. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infracionais>. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. **Aviso de Consulta Pública nº 5/2022**. Diário Oficial da União Disponível em: https://participacao-social.ana.gov.br/api/files/Aviso_de_Consulta_Publica_nº_5_2022.DOU_nº_101-1653914608012.pdf. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010**. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14026.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm2º, art. 4º-Ba, Lei 9.984/2000.

BRASIL. **Parecer do relator, Senador Tasso Jereissati, do Projeto de Lei nº 4.162, de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125482&disposition=inline>. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.162/2019, que resultou na Lei 14.026/2020 – Novo Marco Legal do Saneamento**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1787462&filenome=Tramitacao-PL+4162/2019. Acesso em 8 dez. 2021.

BRASIL. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento 2020**. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.077**. BAHIA. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630088>.

CORSAN - Companhia Riograndense de Saneamento. **Agências Reguladoras**. Disponível em <https://www.corsan.com.br/agencias-reguladoras>. Acesso em 9 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. (biblioteca online)

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. Coletânea de estudos. E-book, Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

LIMA, Alexandre Augusto Batista de. **Os consórcios públicos como instrumento de execução dos objetivos da política nacional de saneamento básico e de concretização do princípio constitucional da eficiência**. Curso de pós-graduação stricto sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15077/1/61600174.pdf>.

MARRARA, Thiago. “Mosaico Regulatório”: As normas de referência da ANA para regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020 *In* OLIVEIRA, Carlos Roberto de et al. Organizado por Maria Luiza Machado Granziera, Carlos Roberto de Oliveira. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009, p.89. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-derrotatibilidade-da-norma-e-a-ponderacao-de-interesses-em-tempos-de-pandemia>.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. A titularidade dos serviços de saneamento básico na lei de atualização do marco legal do saneamento básico. *In* OLIVEIRA, Carlos Roberto de et al. Organizado por Maria Luiza Machado Granziera, Carlos Roberto de Oliveira. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

ONU. **Resolução A/RES/64/292 da Organização das Nações Unidas**.

PARTICIPE DAS DECISÕES DA ANA. **Consulta Pública nº 001/2022**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/108>. Acesso em 10 maio 2022.

PARTICIPE DAS DECISÕES DA ANA. **Tomada de Subsídios nº 001/2022**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/111>. Acesso em 10 maio 2022.

SANTOS, Cátia Mendonça dos e DIAS, Moisés Carlos. Derrotabilidade: Quebrando paradigmas para se aplicar a justiça. **Migalhas**, 4 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/310138/derrotabilidade--quebrando-paradigmas-para-se-aplicar-a-justica>.

SNIS. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/institucional>. Acesso 5 maio 2022.

TRATA BRASIL. **Qualidade da Regulação do Saneamento no Brasil e oportunidades de melhorias**. Disponível em: https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Relatorio_completo.pdf.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Metodologia de pesquisa Jurídica**. Brasília: Fortium, 2006.