REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO:

5 ANOS DE EXPERIÊNCIA DA ARES-PCJ

ORGANIZADORES:

CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA Dalto favero brochi Carlos roberto gravina

1ª EDIÇÃO

SÃO PAULO, SP - 2016



Copyright@2016 - Agência Reguladora de Saneamento PCJ

Edição | Essential Idea Editora Coordenação Editorial | Sonia Fonseca

Jornalista Rogerio Ruschel

Revisão | Carla Bitelli

Projeto Gráfico | Dsign/SA - Sergio Alencar, André Lacasi

Editoração | André Lacasi

Impressão | Art Printer

Essential Idea Editora www.essentialidea.com.br contato@essentialidea.com.br

(II) 3057-0646



PRESIDÊNCIA

Presidente | ANTONIO FERNANDES NETO 1º Vice-Presidente | CLAYTON MACHADO 2º Vice-Presidente | HÉLIO ZANATA

DIRFTORIA EXECUTIVA:

Diretor Geral | DALTO FAVERO BROCHI

Diretor Técnico-Operacional | CARLOS ROBERTO BELANI GRAVINA Diretor Administrativo e Financeiro | CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Regulação do saneamento básico : 5 anos de experiência da ARES-PCJ / organizadores, Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina . -- 1. ed. -- São Paulo : Essential Ideal Editora, 2016.

Bibliografia ISBN 978-85-64543-07-2

1. Administração pública 2. Agências reguladoras - Brasil 3. Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiai (SP) - História 4. Água - Abastecimento - Brasil 5. Esgotos - Brasil 6. Políticas públicas - Brasil 7. Saneamento - Brasil 8. Saúde pública - Brasil I. Oliveira, Carlos Roberto de. II. Brochi, Dalto Favero. III. Gravina, Carlos Roberto.

16-02668 CDD-353.93

Índices para catálogo sistemático:

 Brasil : Saneamento básico : Regulação : Saúde pública : Administração pública 353.93

SUMÁRIO |

007		Mensagem do Presidente da ARES-PCJ
009		I. Memória da Agência Reguladora PCJ (ARES-PCJ) no Período 2011-2016
019		II. Regulação dos Serviços Públicos de Saneamento Básico
020		Agências Reguladoras Intermunicipais de Saneamento Básico: Atualidade, Problemática e Desafios Gustavo Justino de Oliveira
041		A Forma e a Função: As Relações Entre Independência, Regulação e Competências do Regulador Wladimir António Ribeiro
074		Governança e Efetividade na Regulação do Saneamento Básico Maria Luiza Machado Granziera
094		O Fortalecimento do Pacto Federativo Através dos Consórcios Públicos de Regulação do Saneamento Básico Carlos Roberto de Oliveira
110		O Processo Fiscalizatório: Avanços e Inovações da ARES-PCJ Daniel Manzi
136		A Regulação Como Indutor de Eficiência do Prestador de Serviços Carlos Roberto Belani Gravina / Daniele Bertaco Ramirez
153		Os Planos Municipais de Saneamento Básico no Contexto de Atuação da Agência Reguladora ARES-PCJ Fernando Girardi de Abreu / Ludimila Turetta
170		A Regulação dos Resíduos Sólidos Débora Faria Fonseca / Marcelo Oliveira Santos Bacchi
185		Regulação Econômica: Atribuições das Agências Reguladoras Geyse Renata Zonzini / Lucas Cândido dos Santos
201		O Controle Social Como Instrumento de Democratização da Regulação Iuri Domarco Botão / Newton Garcia Faustino
214		O Desafio de Implantação da Agência Reguladora ARES-PCJ: 5 Anos de Avanços e Conquistas Dalto Favero Brochi / Paulo de Oliveira Matos Junior
230		O Necessário Reequilíbrio Econômico Financeiro nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos José Carlos de Oliveira / Fernanda de Mello Matos
253		Gestão Democrática da Cidade e o Acesso ao Saneamento Sérgio Claro Buonamici
268		III. As Experiências de Portugal na Regulação
270		A Importância das Políticas Públicas dos Serviços de Águas e o Papel da Regulação: um Caso de Estudo, Seu Sucessos e Insucessos Jaime Melo Baptista
283		A Participação do Setor Privado nos Serviços de Saneamento: Expectativas, Desafios e Questões Regulatória



MENSAGEM DO PRESIDENTE DA ARES-PCJ

Prezado leitor ou leitora,

Temos muita alegria e orgulho em poder apresentar este livro que documenta e comemora os cinco anos da Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí – ARES-PCJ, e fazemos isso com o objetivo de compartilhar nossa experiência com outras regiões do Brasil.

A ARES-PCJ nasceu do cumprimento de uma obrigação legal, uma lei que buscou trazer profissionalização para o saneamento básico, à qual aliamos à ideia de cooperação regional, que certamente ajudaria a viabilizar o processo. A discussão inicial para criação da agência reguladora nasceu dentro do Consórcio PCJ, que não poupou esforços técnicos e financeiros para concretizar a empreitada. O engajamento dos municípios das Bacias PCJ foi sendo construído aos poucos.

Durante estes primeiros cinco anos, tivemos momentos difíceis e outros muito gratificantes. A união e o comprometimento dos 56 Municípios associados – uma virtude reconhecida das Bacias PCJ – é hoje, sem dúvida, o resultado mais positivo. No início, porém, foi difícil o processo de convencimento dos Municípios que poderiam se associar, porque a lei de saneamento era desconhecida e a necessidade de um órgão independente para fiscalizar a prestação dos serviços e definir o valor da tarifa era visto com certa desconfiança pelos gestores municipais.

Com o passar do tempo, entretanto, o conceito regulatório se firmou, e o resultado foi a criação de uma agência reguladora arrojada que não

olha para questões partidárias ou pessoais, mas para o bem regional. Uma organização cujos Municípios associados obtêm muitos benefícios, entre os quais dois podem ser destacados e são lembrados em todos os eventos técnicos dos quais participamos, no Brasil e em outros países: a troca de experiência regional e o baixo custo da agência em virtude do ganho de escala.

Dedicação, comprometimento e integração regional são as palavras que melhor definem o resultado destes primeiros cinco anos de trabalho. A ARES-PCJ se tornou uma agência que conseguiu desbravar uma área de atuação ainda incipiente no Brasil e vem alcançando reconhecimento por sua apurada técnica de trabalho, que alia a fiscalização dos prestadores com o apoio aos Municípios para melhor atendimento ao cidadão-usuário.

É justo lembrar que grande parte do sucesso da ARES-PCJ se deve à sua equipe de colaboradores, formada por profissionais do mais alto gabarito, que sempre se pautou pelo comprometimento à causa do saneamento – uma equipe que congrega diretores com reconhecido conhecimento e experiência no saneamento e técnicos com sólida formação acadêmica e aprovados em concorrido concurso público.

Comemoramos o sucesso até o presente com a certeza de que vamos colher muitos frutos nos próximos anos, porque estamos preparados para um futuro no qual veremos a consolidação dos trabalhos desta primeira etapa e os avanços significativos que vão tornar a qualidade dos serviços cada vez mais eficientes, otimizando nosso desempenho.

Fazemos isso porque entendemos que os recursos naturais são finitos, a união faz a força e somente com uma gestão adequada do saneamento poderemos garantir atendimento de qualidade a todos.

Que venham os próximos cinco, dez e vinte anos!

Dr. Antonio Fernandes Neto, Prefeito de Cosmópolis e Presidente da ARES-PCJ



I. MEMÓRIA DA AGÊNCIA REGULADORA PCJ (ARES-PCJ) PERÍODO 2011-2016 inco anos trabalhando na melhoria da eficiência dos prestadores de serviço de saneamento básico. Cinco anos melhorando a vida de mais de 5 milhões de usuários.

No dia 5 de janeiro de 2007 foi promulgada a Lei Federal nº 11.445 (Política Nacional de Saneamento Básico), regulamentada pelo Decreto nº 7.217/2010. Com essa legislação a prestação dos serviços públicos de saneamento básico passou a ser regulada e fiscalizada obrigatoriamente por um órgão técnico definido pelos Municípios brasileiros.

Vários estudos de viabilidade econômica e técnica foram realizados pelo Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí - Consórcio PCJ, chegando-se à conclusão de que a criação de uma agência municipal seria muito onerosa e com ociosidade em vários períodos e que o Estado paulista não tinha interesse em atuar fora dos limites do prestador de serviços estadual (SABESP), o que motivou a criação de um ente regional.

Buscando informar-se sobre o assunto, em agosto de 2009, técnicos do Consórcio PCJ participaram de um seminário sobre o ainda recente tema da regulação, realizado pela Agenda Regula Brasil em Guaratinguetá, SP, e dois meses depois o Consórcio PCJ realizou, com representantes da ARSESP, ABCON e ASSEMAE, um workshop sobre regulação na cidade de Americana, SP, que contou com a participação de dirigentes de serviços de saneamento de vários Municípios da região.

O assunto foi amadurecendo e em fevereiro de 2010, durante a 64ª Reunião Ordinária do Consórcio PCJ, realizada em Santa Bárbara d'Oeste, SP, foi discutida a possibilidade de o Consórcio PCJ exercer as funções de ente regulador e fiscalizador. Como, porém, não poderia exercer essas funções por ser uma associação civil de direito privado, foi aprovada a proposta de realização de estudos de viabilidade econômica e técnica pela secretaria executiva do Consórcio PCJ para a criação de uma agência reguladora dos serviços de saneamento de âmbito regional.

Na sequência dos estudos, em junho de 2010, foi apresentado o Protocolo de Intenções da ARES-PCJ, que permaneceu em consulta pública por mais de um mês no sítio eletrônico do Consórcio PCJ. Em agosto de 2010, durante a 65ª Reunião Ordinária do Consórcio PCJ, realizada em Atibaia, SP, foi lançado oficialmente o Protocolo de Intenções da Agência Reguladora PCJ e começaram a ser coletadas as assinaturas dos prefeitos dos Municípios participantes no documento.

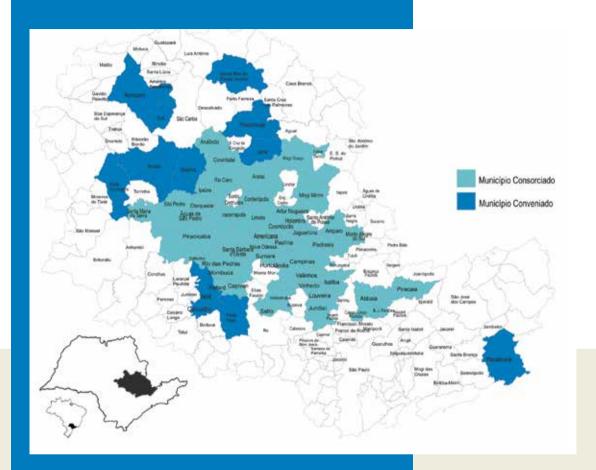
Em março de 2011, 22 Municípios já haviam ratificado o Protocolo de Intenções através de leis próprias. Como a meta de 1 milhão de habitantes foi atingida, a Assembleia de Instalação da Agência Reguladora PCJ foi convocada para o dia 6 de maio de 2011. Assinaram a convocação para a Assembleia de Instalação os prefeitos Angelo Perugini (Hortolândia), José Bernardo Denig (Atibaia), João Gualberto Fattori (Itatiba) e Gustavo Reis (Jaguariúna).

A semente plantada em 2011 criou fortes raízes. Em novembro de 2012, já eram 3 milhões de habitantes/usuários atendidos pela ARES-PCJ, número que chegaria a 5 milhões em maio de 2016, apenas cinco anos depois da criação da agência. Em 2016, o trabalho da ARES-PCJ já se expande para além das atividades de regulação econômica: atua também acompanhando o cumprimento das metas dos Planos Municipais de Saneamento Básico – PMSB; fixa, reajusta e revisa os valores das tarifas e dos outros preços públicos praticados pelos prestadores de serviços de saneamento, além de homologar, regular e fiscalizar os contratos de concessão e parcerias público-privadas dos Municípios associados.

E a ARES-PCJ tem feito isso com custos cada vez menores para os prestadores de serviços. Com o incremento no número de Municípios e o aumento da eficiência operacional, foi possível reduzir o valor da taxa de regulação inicial de 0,5% da receita do prestador em 2011, para 0,4% no ano de 2014, e para 0,3% em 2015, o que representou uma redução de mais de 40% no total.

Em cinco anos, os resultados fazem com que a Agência Reguladora PCJ já seja considerada um modelo brasileiro no cenário regulatório. Entre os

Uma herança para toda uma região



Com cinco anos de trabalho, a ARES-PCJ é uma instituição com sólido perfil técnico: seus 26 colaboradores já realizaram mais de 1.227 análises de água, 611 fiscalizações, 41 ouvidorias itinerantes e emitiram 135 resoluções para 56 Municípios associados, beneficiando mais de 5 milhões de habitantes/usuários (dados de 01/04/2016).

indicadores de sucesso estão o desempenho em termos de custos, o perfil de inovação na edição de normas de fiscalização da prestação de serviços, o apoio fornecido aos usuários via ouvidoria, a mobilização da participação social através de audiências públicas e dos Conselhos Municipais de Regulação e Controle Social, e a permanente atualização técnica através da promoção de cursos e apoio técnico aos prestadores dos serviços de saneamento.

A equipe técnica da ARES-PCJ busca permanente aperfeiçoamento através da participação em cursos e seminários no Brasil e no exterior, como no Fórum Mundial da Água realizado em Marselha, França, em março de 2012; e em visitas técnicas, como a que foi feita à Central de Aproveitamento e Tratamento de Resíduos Sólidos gerida pela empresa SECOMSA GESTIÓ de Botarell, Espanha, que opera com um sistema de biometanização semelhante ao que está sendo implantado em Piracicaba.

Em setembro de 2015, a ARES-PCJ foi convidada a participar do 2º Fórum Internacional de Reguladores de Águas, realizado em Londres, Inglaterra; teve um técnico convidado a participar da 18ª edição do curso de verão Regulação Local de Serviços Públicos, da Escola de Regulação de Turim, Itália; e participou da Feira WATEC 2015 em Tel Aviv, Israel, onde foram realizadas várias visitas técnicas para conhecer tecnologias de dessalinização de





2010 | Fevereiro Primeira discussão sobre a ARES-PCJ

2010 | Agosto Lançamento Oficial do Protocolo de Intenções



2011 | Maio Instalação da ARES-PCJ

água do mar e irrigação por gotejamento de agricultura.

Além desses contatos, em 2012 a ARES-PCJ assinou o Protocolo de Cooperação Técnica com a Entidade Reguladora dos Serviços de

Transparência e controle social

O controle social é um dos fundamentos da regulação democrática no Brasil. Foi o tema da Resolução ARES-PCJ nº 1, de 21 de novembro de 2011 (instituição dos Conselhos Municipais de Regulação e Controle Social). Entre seus instrumentos estão as consultas e audiências públicas e a ouvidoria.

As audiências públicas são amplamente divulgadas por meios de comunicação social e os temas são disponibilizados previamente pela *internet* (site, Twitter e Facebook). A ouvidoria da ARES-PCJ também existe desde a criação da entidade. Os usuários contam com canais próprios na *internet*, por telefone e, desde 2014, implantou-se a ouvidoria itinerante, que busca contato direto com os usuários em cada um dos Municípios.

A ouvidoria da ARES-PCJ é certificada pela Associação Brasileira de Ouvidores – ABO e capacita os prestadores de serviços também neste assunto.



2012 | Dezembro Atuação da ARES abrange 3.200.000 pessoas

2011 | Maio 1º Presidente Eleito

> 2011 | Dezembro ARES-PCJ fecha o ano com 25 municípios associados

Portugal | 2012 | Outubro
Assinatura de Convênio Internacional em Portugal



Águas e Resíduos – ERSAR, de Portugal, com o objetivo de promover a troca de experiências e o intercâmbio de informações relacionadas à regulação e fiscalização dos serviços de saneamento: água, esgoto e resíduos sólidos.

No Brasil, a ARES-PCJ organiza e participa de congressos, reuniões e seminários regionais, e tem realizado convênios e programas de intercâmbio com organizações congêneres, como com a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS) e a Agência Intermunicipal de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos Municipais do Médio Vale do Itajaí (AGIR), ambas de Santa Catarina. Destaca-se, ainda, a intensa participação junto à Câmara Técnica de Saneamento – CTSan, da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR. Em 2013 recebeu a visita de um consultor do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID interessado em conhecer o modelo adotado de consórcio público para a gestão do saneamento. Em setembro de 2015, recebemos a visita de uma comitiva peruana que veio conhecer nossas metodologias, tecnologias e sistema de gestão.





2013 | Março Curso de Regulação do Saneamento



2013 | Maio

Finalista do Prêmio

2013 | Maio Curso de Custos e Tarifas

2013 | Dezembro 37 municípios associados à ARES-PCJ Centenas de gestores e funcionários de órgãos prestadores de serviços de saneamento, secretários municipais, professores, lideranças sociais comunitárias e estudantes têm participado de debates e cursos organizados pela ARES-PCJ, como cursos sobre custos e tarifas, regulação do saneamento, PMSB, eficiência energética, resíduos sólidos, contabilidade regulatória e ouvidoria. Temos procurado nos comunicar com os usuários finais: um bom exemplo disso foi a produção e distribuição, em 2014 — ano em que o Estado de São Paulo viveu uma grande crise de recursos hídricos — de 1.600.000 folders sobre consumo sustentável de água.

Mas não podemos repousar sobre os louros e conquistas. Uma de nossas novas preocupações para o futuro é a permanente necessidade de aperfeiçoar nosso trabalho não só com eficiência técnica como também com transparência. Pretendemos implantar processos digitais e consultas *on-line* sobre o andamento de processos, iniciativas que ajudam a esclarecer, informar e oferecer previsibilidade de ações.

Este ano, ao comemorar cinco anos de atividades, a ARES-PCJ é reconhecida como uma eficiente e inovadora agência reguladora, e sua pro-





2014 | Dezembro 4.900.000 pessoas atendidas pela ARES-PCJ

2015 | Maio Capacitação de Prestadores na área de Ouvidoria



2014 | Setembro Representante da ARES-PCJ visita Agência na Itália



posta de profissionalização do saneamento tem sido divulgada e replicada em outras regiões por técnicos do setor. Entre esses reconhecimentos estão a conquista de prêmios como:

- ♦ finalista do Prêmio Mário Covas em 2012 como uma das melhores iniciativas do Estado de São Paulo, na categoria Gestão Municipal;
- ♦ segundo lugar em 2014 no Prêmio Celso Furtado de Desenvolvimento Regional, realizado pelo Ministério da Integração Nacional, na categoria Práticas Exitosas de Produção e Gestão Institucional, na qual concorreu com mais de 120 projetos.

Tecnologia que gera eficiência

Entre as inovações realizadas pela ARES-PCJ está a adoção de tablets para a fiscalização dos serviços de saneamento, que agrega agilidade e permite uma série de interfaces no contexto das relações com usuários.



2015 | Julho Capacitação sobre Eficiência Energética



2015 | Outubro Comitiva da ARES-PCJ visita WATEC em Israel



2015 | Julho Diretor da ARES-PCJ recebe o Prêmio Celso Furtado



2015 | Setembro

ARES-PCJ recebe Comitiva Peruana

Os próximos anos trazem novos desafios para a Agência Reguladora PCJ, entre os quais destacamos dois:

- ♦ a normatização e a regulação dos demais componentes do saneamento básico ainda não atendidos: os resíduos sólidos e a drenagem urbana
- ♦ a ampliação do reconhecimento do perfil da organização, do nosso papel e do nosso trabalho em termos de comunidade regional, por todos os usuários de nossa área de atuação.

Comemoramos com alegria, porém mantemos o foco e a dedicação, porque temos a pretensão de ser, nos anos vindouros, a melhor agência de regulação da prestação de serviços de saneamento do Brasil.

Diretoria Executiva da ARES-PCJ

2015 | Novembro 52º município adere a Agência Reguladora PCJ

> 2015 | Maio 1º Encontro Nacional de Agências Reguladoras Municipais e Intermunicipais - ENARMIS



2016

ARES-PCJ completa 5 anos de atividades com 56 municípios





II. REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

AGÊNCIAS REGULADORAS INTERMUNICIPAIS DE SANEAMENTO BÁSICO: ATUALIDADE, PROBLEMÁTICA E DESAFIO

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA^I

Introdução

O presente artigo tem por objetivo trazer respostas a algumas questões relacionadas a temas relevantes atinentes à delegação do poder normativo e regulação nos consórcios públicos de saneamento básico.

O primeiro tema a ser enfrentado diz respeito, propriamente, ao poder normativo das agências reguladoras de saneamento. Analisar-se-á se as normas emitidas por essas agências são de vinculação obrigatória para os entes regulados.

O segundo tema refere-se à delegação de competências, buscando-se revelar quais são os efeitos da delegação, sobretudo em relação à eventual existência de competência concorrente ou remanescente do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Por fim, o terceiro tema alude aos aspectos temporais dos atos normativos regulatórios. Mais especificamente, buscar-se-á responder se as normas regulatórias editadas em momento anterior à delegação do exercício da função regulatória devem ser obrigatoriamente observadas pela agência reguladora. E, além disso, se essas normas devem ser consideradas como revogadas pela nova competência estabelecida.

O artigo está estruturado em quatro tópicos. No primeiro tópico, que

Professor doutor de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo (USP). Pós--doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Sócio-fundador do escritório Justino de Oliveira Advogados.

possui caráter mais propedêutico, será traçado um panorama sobre a gestão associada e os consórcios públicos nos serviços de saneamento básico; também serão abordadas as condições e os requisitos para a delegação da atividade regulatória. No segundo tópico, investigar-se-ão respostas a questões relativas ao tema do poder normativo das agências reguladoras de saneamento. No terceiro, respostas a questões pertinentes ao tema da delegação de competências. Por fim, no quarto, respostas a questões atreladas ao tema dos aspectos temporais dos atos normativos regulatórios.

1. Gestão associada e consórcios públicos

A noção de gestão associada de serviços públicos encontra fundamento na necessidade de maior cooperação federativa e administrativa.

Além de todas as dificuldades de gestão relacionadas à distribuição constitucional de competências entre os entes federativos e à complexidade do aparelho estatal, é preciso ter em conta que muitos Municípios brasileiros não possuem recursos técnicos e financeiros suficientes para gerir adequadamente os seus serviços públicos, dentre os quais os serviços de saneamento básico. É nesse contexto que se justifica e se torna premente o fortalecimento da gestão associada dos serviços públicos.

O tema está positivado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 241, *in verbis*:

Art. 241 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

O artigo prevê a gestão associada ou *cooperação federativa*, que possibilita a atuação conjunta dos entes federativos de forma voluntária² para a realização de interesses comuns.

Para melhor compreensão do conceito, é importante mencionar que a noção de cooperação federativa se distingue da noção de coordenação federativa, prevista no § 3º do art. 25, do Texto Maior:

² COOPERAÇÃO TÉCNICA FUNASA/ASSEMAE, p. 15.

Art. 25, § 3° 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. [...]

Conforme se depreende da leitura do dispositivo, a coordenação federativa estabelece a atuação conjunta dos Municípios limítrofes de forma compulsória para o planejamento e execução de serviços públicos de interesse comum³. A competência para instituir as organizações regionais pertence aos Estados membros da Federação e o instrumento é a instituição de regiões metropolitanas. No julgamento da ADI 1.842/13, o ministro Gilmar Mendes aclara bem os termos dessa distinção, em caso relacionado à prestação de serviço de saneamento básico:

> Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da CF, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de Municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigê ncias de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos. Repita-se que esse caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. (ADI 1.842, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2013, Plenário, DJE de 16-9-2013).

A distinção permite extrair duas características muito importantes da gestão associada ou cooperação federativa: a) o seu caráter voluntário e b) sua maior abrangência, uma vez que ela não se limita a Municípios limítrofes, podendo abranger todos os entes da Federação.

A gestão associada se desenvolve por meio de dois instrumentos jurídicos: os consórcios públicos e os convênios de cooperação. Nos termos

Idem, p. 16. 3

do Decreto 6.017/07, convênio de cooperação entre entes federados é o pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles. Ao passo que consórcio público é a pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

No que toca especificamente o saneamento básico, a Lei Federal nº 11.445/2007 reitera a possibilidade de gestão associada. Leia-se o inciso II do art. 3º e o art. 8º dessa norma:

Art. 3º Para os efeitos desta lei, considera-se: [...]

II – gestão associada: associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal; [...]

Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

Importante mencionar que a gestão associada permite a delegação da prestação, fiscalização e regulação dos serviços de saneamento básico. Somente o planejamento é indelegável, por se tratar de atividade que vincula a Administração Pública (art. 174, *caput*, da CF), não podendo o delegatário praticar ato que venha a vincular o delegante.

Em relação às atividades delegáveis, as hipóteses de delegação da prestação de serviços públicos de saneamento básico são mais amplas do que as das atividades de fiscalização e regulação. Nos termos do art. 15 da Lei nº 11.445/07, a delegação das atividades de fiscalização e regulação só poderá ser feita a órgão ou entidade de ente da Federação ou a consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços. Portanto, há duas possibilidades: a) uma atuação conjunta dos entes federativos, como na situação em que se cria uma agência reguladora consorcial, ou b) a delegação do exercício dessas atividades a órgão ou entidade de outro ente da Federação.

Além disso, para a realização das atividades de fiscalização e regulação, o consórcio público deverá adquirir personalidade de direito público. Essa

exigência legal decorre da própria natureza dessas atividades, que são indelegáveis a pessoas jurídicas de direito privado.

2. O poder normativo das agências reguladoras em matéria de saneamento básico

Visto a possibilidade da formatação de consórcios públicos para constituir agências reguladoras entre os diversos entes que tenham por interesse comum a gestão associada de serviços públicos em saneamento, questiona-se, sob o aspecto da atuação dessas agências, qual a eficácia das normas emitidas pelo exercício do poder normativo delegado. A questão está relacionada com a temática do exercício do poder normativo por agências reguladoras – mais especificamente, a questão remete à investigação sobre qual seria o grau de vinculação dos entes regulados às normas emitidas pelas agências reguladoras que atuam no setor de saneamento básico.

Para tanto, é necessário dar um passo atrás e retomar a premissa da função regulatória, para depois avaliar a possibilidade de delegação dessa competência a outros entes, em particular para agências reguladoras constituídas sob a forma de consórcio público em matéria de saneamento básico. Vale retomar, como pano de fundo, a reforma administrativa do Estado brasileiro, ocorrida com maior ênfase a partir da década de 1990.4 Nesse período, houve um forte movimento pela desestatização, justificado por uma grave crise fiscal e pela incapacidade de endividamento estatal, o que, por sua vez, impossibilitava os investimentos em infraestrutura, necessários para uma adequada prestação direta dos serviços públicos pelo Estado brasileiro. Consequentemente, houve o deslocamento da atividade estatal de prestação direta dos serviços públicos para a prestação indireta desses serviços (mediante terceiros), sendo mantida pelo Estado brasileiro a função de regulação,5 dentre outras.

TÁCITO, 1997, p. 727; GIAMBIAGI e PINHEIRO, 2000, p. 35.

Nesse sentido, temos a doutrina de Marcos Juruena Villela Souto: "A necessidade de regular as atividades em que o setor privado substituiu ou ocupou espaços não atendidos pelo público, bem como aquelas de interesse econômico geral acarretou o surgimento de novas estruturas administrativas e de novas categorias de normas, respectivamente, as agências reguladoras e as normas regulatórias.

Contudo, em que pese o critério especial de composição de tais entidades e do processo normativo, não surge daí um novo ramo do Direito, visto que não nasce um novo sistema, com princípios e regras próprios; trata-se, pois, de uma mera evolução do Direito Administrativo, de modo a adequar-se ao estudo do exercício da função pública destinada ao atendimento dos interesses dos administrados (enquanto indivíduos, sociedade ou integrantes de um grupamento social)" (2002, p. 20).

A crise do modelo de "Estado Prestador" culminou na emergência do conceito de um "Estado Regulador", em que este

[...] deixa de ser controlador, diretor, planejador e indutor do desenvolvimento, e passa a atuar como regulador das atividades privatizadas, como balizador da concorrência, como estimulador da oferta de serviços essenciais num ambiente competitivo, como garantidor dos direitos do consumidor e como criador de oportunidades de negócio para a iniciativa privada e de investimento para o desenvolvimento tecnológico. (FARIA, 2002, p. 8).

Em relação ao setor de saneamento básico, é possível perceber a insuficiência do modelo anteriormente vigente, em que a Administração Pública era a responsável pela prestação direta dos serviços. Assim, entende-se a doutrina especializada de Frederico Turolla:

No caso brasileiro, a experiência do Plano Nacional de Saneamento (Planasa), baseada na centralização em nível estadual e na gestão absoluta por parte do setor público, mostrou-se eficaz na realização da ampliação da cobertura dos serviços durante a década de 1970. No período mais recente, o mesmo modelo mostrou-se incapaz de responder aos seus principais desafios. (TUROLLA, 2002, p. 7).

O Estado Regulador, portanto, é aquele em que há uma valorização da função regulatória estatal em comparação com a sua função de prestação direta dos serviços públicos. Dentre as inúmeras atividades pertencentes à função regulatória, é o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, que determina os princípios e as regras gerais que devem nortear o seu exercício pelo Estado brasileiro.

Assim, uma vez reconhecida pela Constituição Federal a titularidade do Estado para o exercício da função regulatória, a lei é que estabelecerá a forma e os parâmetros para esse exercício. No modelo atual, a lei atribui o exercício da função regulatória — e, consequentemente, do seu respectivo poder normativo — à Administração Pública direta ou indireta, a depender do setor regulado e da forma de prestação dos serviços.

No âmbito nacional, sob o aspecto jurídico, a função regulatória possui fundamento constitucional, encontrando-se expressamente

descrita no art. 174 da Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo constitucional deve ser interpretado em conjunto com o dispositivo seguinte, o art. 175, que atribui ao Estado brasileiro a incumbência de prestar serviços públicos direta ou indiretamente. Da leitura e interpretação conjunta dos artigos se extrai que, em caso de prestação indireta de serviços públicos, permanecerá com o Estado o exercício do planejamento, da regulação e da fiscalização sobre esses serviços.

Nesse mesmo sentido, em se tratando de serviços de saneamento básico, é imprescindível que se leve em consideração o que dispõe a Lei Federal nº 11.445/2007, responsável por estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento básico⁶. Sobre o tema da regulação, o inciso II do art. 9º da aludida norma dispõe sobre a possibilidade do titular dos serviços optar entre duas alternativas: (i) prestar diretamente os serviços, ou (ii) delegar a prestação desses serviços. Além disso, o dispositivo indica que o titular dos serviços deve definir o ente responsável pela sua respectiva regulação e fiscalização.

Em matéria de saneamento, portanto, a Lei Federal nº 11.445/2007 optou explicitamente pela definição de um ente autônomo para exercer a regulação e, portanto, não pertencente à Administração Pública direta (estruturada a partir de órgãos sem personalidade jurídica própria), conclusão esta que também se infere a partir da leitura de outros dispositivos da referida lei (arts. 8°, 11, inc. III, e 21),7 no passo em que as diretrizes nacionais aplicáveis ao setor de saneamento condicionam a delegação da prestação desses serviços à existência de um "ente responsável pela regulação", ou seja, de uma entidade reguladora que detenha "independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orcamentária e financeira".

Registre-se que esta legislação foi promulgada pela União Federal, que materializou a sua competência constitucional para instituir as diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano, inclusive sobre saneamento básico (inciso XX do art. 21 da Constituição Federal).

Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 abr. 2005. [...]

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: [...] III – a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; [...].

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios: I – independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; II – transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

O que importa extrair do conteúdo desses dispositivos para o presente estudo, e conforme já explicitado no capítulo anterior, é a possibilidade de Municípios transferirem a consórcios públicos uma parcela ou a totalidade de encargos, pessoal, serviços e bens necessários à execução dos serviços públicos que lhe competem, incluindo-se, portanto, a possibilidade de delegação da função regulatória.

A justificativa para a implementação dessa modelagem encontra guarida na realidade dos Municípios e nas suas dificuldades em programar políticas públicas no setor de saneamento básico, pois os serviços municipais não possuem higidez econômica e social em decorrência da baixa escala dos sistemas, o que torna sua manutenção insustentável.8 Há, portanto, a nítida percepção de que o modelo de atribuição da competência regulatória a consórcios públicos intermunicipais, para além de inteiramente compatível com o ordenamento jurídico, é também recomendável nos casos em que houver pluralidade de Municípios de uma mesma região, sejam eles de pequeno ou de médio porte.

Uma vez transposta essa primeira barreira em relação à constituição de agências reguladoras por meio de consórcios públicos, é possível enfrentar a problemática do exercício do poder normativo dessas agências. Não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico brasileiro, em variados graus, reconhece também à Administração Pública a competência para exercer o poder normativo – ou, em outras palavras, o exercício da função normativa. Isso quer dizer que, embora o poder normativo seja típico do Poder Legislativo, não existe exclusividade no seu exercício.

A função regulatória não pode se expressar somente a partir de uma mera reprodução analítica da lei. A regulamentação de uma lei pode ser

⁸ Cf. ROBLES, 2008. O relatório destaca ainda, enquanto dificuldades de alocação das competências para execução das políticas de saneamento, a "insuficiência de capacitação técnica para a formação de múltiplas entidades com capital humano capacitado para o exercício das funções regulatórias em bases adequadas. No marco regulatório instituído com a Lei 11.445/07, embora esta defina diretrizes e mecanismo de indução à cooperação interfederativa, existe a possibilidade de que as funções de regulação sejam muito fragmentadas pelo país. Os problemas desse desenho pulverizado não se encerram na capacidade técnica, há também que se considerar o elevado custo que recairá sobre os usuários se vierem a se estabelecer milhares de agências reguladoras locais em Municípios que não ofereçam escalas satisfatórias. Ainda que muitos Municípios de pequeno a médio porte possuam capacidade técnica para exercer a regulação de forma autônoma, do ponto de vista econômico geralmente é mais interessante que essa função seja exercida em associação com outros Municípios, ou delegada a uma agência de âmbito estadual ou regional." (ROBLES, 2008).

muito mais que isso, uma vez que é possível "ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar", como explica Caio Tácito (1997, p. 510). Leia-se, em apoio ao que se sustenta, o comentário de Carlos Ari Sundfeld:

> A vinculação absoluta da Administração ao legislador foi a primeira grande técnica concebida para a direção sistemática da ação administrativa pelo Direito. Mas a experiência foi mostrando gargalos e insuficiências, o que levou ao paulatino enriquecimento do Direito Administrativo com outras técnicas. Elas alteraram aos poucos as características do sistema, inicialmente concebido como de legalismo formal (em que o legislador faria as escolhas, o administrador as executaria e os juízes corrigiriam as ilegalidades formais), tornando-o muito mais complexo. [...]

> A orientação dos juristas que reserva toda deliberação pública relevante para o Legislativo supõe ser viável retirar a política da administração, reduzir à mera técnica o papel dos dirigentes e funcionários públicos. Mas essa orientação despreza a experiência histórica e não faz sentido no mundo contemporâneo, em que o largo espectro de funções assumidas pelo Estado exige uma administração pública também de largo espectro. (2012, p. 137-141).

A rigor, portanto, ao produzir uma norma, a Administração Pública regulamenta a lei anteriormente promulgada pelo Poder Legislativo ou atua no espaço definido e permitido por ela. Para isso, a norma decorrente da Administração não terá necessariamente a função de detalhar e especificar o comando dessa lei, pois deverá apenas guardar o limite da "não contradição" (não deve contradizer ou contrariar a lei) e da "não inovação" (não pode inovar completamente, sem fundamento legal de autorização, que, no entanto, pode ser genérica).

Assim, ao atribuir-se a um determinado órgão ou entidade da Administração Pública a competência para exercer o poder normativo sobre matéria de sua especialidade e de seu âmbito de atuação, a lei deve fixar os respectivos limites ao exercício dessa competência. Portanto, o poder normativo atribuído às agências reguladoras possui limites bem postos, sendo que a sua extensão se identifica com a sua origem legal, não podendo contradizer ou inovar completamente a legislação aplicável, assim como deve respeitar as competências estabelecidas em seus atos constitutivos.

Desse modo, para o que interessa à presente investigação, cumpre registrar que, desde que obediente aos limites desenhados pela lei e pelos seus atos constitutivos, o exercício da função regulatória pelas agências reguladoras encontra amparo no princípio da legalidade; possui, portanto, *caráter vinculante* e é de observância obrigatória por parte dos agentes regulados. Afinal, "a fonte da regulação não é a norma reguladora, mas a lei" (SOUTO, 2011, p. 1.145).

Nos contornos do saneamento básico, tanto a Lei Federal nº 11.44/20079 como o decreto que a regulamenta (Decreto nº 7.217/2010)¹º outorgaram o poder normativo às entidades de regulação. Na esfera internacional, especialmente nos Estados Unidos da América, que exerceu grande influência sobre o modelo brasileiro, o poder normativo é amplamente reconhecido às agências reguladoras. A doutrina internacional especializada diz que:

O Administrative Procedure Act (APA) aplica-se a todas as agências do Poder Executivo, incluindo-se as denominadas agências reguladoras independentes.

O APA prescreve os procedimentos para a atuação da agência reguladora, como, por exemplo, para o exercício do *rulemaking* [criação de normas], assim como para a revisão judicial dos seus atos. O *rulemaking* é o "processo para a formulação, alteração ou revogação de uma regra", enquanto uma regra é "uma declaração da agência, de aplicação geral ou especial, com efeito futuro, destinada a aplicar, interpretar ou prescrever lei ou política pública, ou descrever a sua organização, procedimentos, ou ainda os requisitos práticos de uma agência". (BURROWS e GARVEY, p. 1. Tradução livre).

Considerando o reconhecimento do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras, observados os limites delineados pela lei e pela Constituição Federal, não é condizente com a teoria geral da regulação supor que as normas uma vez emanadas das agências reguladoras não tenham caráter vinculante para os agentes regulados. E mais: caso as normas regulatórias expedidas pela agência reguladora no setor de saneamento básico não fossem de observância obrigatória, restaria prejudicado o princípio da independência decisória da entidade regulatória,

⁹ Arts. 22, 23 e 25, § 2°.

¹⁰ Arts. 27 e 30.

instituído no inciso I do art. 21 da Lei Federal nº 11.445/2007.11

A questão é que, a partir da delegação do exercício da função regulatória às agências reguladoras, essas entidades passam a deter a competência privativa para estabelecer o arcabouço técnico-normativo do setor, no limite do conteúdo das competências que lhe foram transferidas. O propósito de se reconhecer o poder normativo às agências reguladoras, com independência decisória, é simples: garantir o equilíbrio de interesses entre todos os atores envolvidos na prestação dos serviços, seja o poder concedente, o concessionário ou os usuários. Ou seja, este modelo de delegação do exercício da função regulatória busca preservar e fomentar a qualidade desses serviços, em benefício a toda a população.

Esse propósito é reconhecido pela doutrina internacional especializada, conforme exemplifica a lição do autor português Rui Cunha Marques (2011, p. 33), para quem a regulação tem como objetivo: (i) a proteção dos interesses dos utilizadores quanto às obrigações do serviço público; (ii) a promoção da eficiência e da inovação; e (iii) assegurar a estabilidade, sustentabilidade e robustez dos serviços. Para que isso aconteça, é indispensável que o ambiente da política regulatória seja estável e que a atuação das agências reguladoras seja respeitada, a fim de que se obtenha a necessária segurança jurídica.

A partir desse contexto, chega-se à conclusão de que os atos normativos emanados pelas agências reguladoras em matéria de saneamento básico vinculam obrigatoriamente os agentes regulados, sejam aqueles pertencentes ao poder concedente (Municípios), sejam concessionários (prestadores dos serviços de saneamento básico) ou mesmo usuários. Feitas essas ponderações, passa-se ao segundo ponto do estudo, isto é, na hipótese de delegação de competências de regulação, se o ente delegante poderia editar norma (lei ou decreto) com conteúdo regulatório.

3. Delegação de competências às agências reguladoras

Neste cenário, por exemplo, em se tratando de uma Parceria Público-Privada – PPP para a concessão dos serviços municipais de saneamento básico, bastaria o descontentamento do Poder Executivo municipal a respeito de determinada norma técnica emitida pela agência reguladora para que a sua autoridade, enquanto entidade regulatória, fosse desrespeitada. Esse modelo acarretaria uma absoluta insegurança jurídica, uma vez que, ao fim e ao cabo, as normas regulatórias poderiam ser facilmente desrespeitadas sempre que em contradição com os interesses imediatos do poder concedente.

Explicitada a possibilidade de delegação da função de regulação às agências reguladoras, ainda que constituídas por consórcios públicos, bem como a eficácia vinculante dos atos normativos aos agentes regulados, é preciso enfrentar a discussão quanto à existência de competência concorrente ou remanescente do Poder Legislativo ou do Poder Executivo do ente delegante. Para tanto, cumpre analisar detidamente os efeitos da delegação da função regulatória às agências reguladoras.

Ressalte-se que a legitimidade da delegação da função regulatória é bastante ampla, uma vez que a constituição de consórcio público exige uma rigorosa conciliação de interesses entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo de cada ente consorciado. Isso porque a constituição de um consórcio público, de acordo com a Lei Federal nº 11.107/2005, reclama a celebração de um protocolo de intenções e a sua ratificação por lei, que respectivamente representam manifestações do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Ou seja, trata-se de uma decisão conjugada entre os poderes democraticamente constituídos do Município, da qual se extrai, para além da legalidade, a ampla legitimidade das funções a serem desempenhadas por esta nova entidade.

A respeito do procedimento para a constituição dos consórcios públicos, este autor já teve a oportunidade de registrar a sua opinião em obra acadêmica, em coautoria com Odete Medauar. Leia-se o seguinte excerto:

O protocolo de intenções previsto no dispositivo tem o sentido de materializar o intuito de cooperação, associação e conjugação de esforços dos entes federativos, em vista da consecução de objetivos de interesse comum, visando a futura celebração de um contrato de consórcio público.

A Lei Federal nº 11.107/2005 qualificou o protocolo de intenções como um dos momentos prévios da celebração do contrato de consórcios. É uma espécie de acordo preliminar para o planejamento e a especificação das ações dos entes federativos interessados em se agregar em consórcio.

Por certo a redação do protocolo de intenções sucede a vários trâmites informais, implicando prévias conversações, negociações, permutas, conciliação e compatibilização de interesses e busca de consenso entre os futuros membros dos consórcios.

Eis outro reflexo da denominada Administração Pública Consensual, que neste caso se efetiva nas relações entre pessoas públicas, o

que poderia ser chamado de parceria público-pública. [...] O contrato de consórcio público é celebrado com a ratificação do protocolo de intenções. A ratificação se efetua em cada um dos Legislativos dos entes subscritores do protocolo de intenções e se expressa por lei. (MEDAUAR e OLIVEIRA, 2006, p. 46-47, 70-71).

O fundamento dessa delegação encontra-se em manifestações de vontade dos poderes constituídos, não havendo o que se falar em constituição de consórcio público e delegação da função regulatória sem a aquiescência do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Por corolário, uma vez que a função regulatória seja delegada à agência reguladora, passa a ser vedado à Administração Pública direta o desempenho de tais atividades. Ainda que o Município, na qualidade de ente federado, mantenha consigo a titularidade sobre aquele determinado serviço público, a sua Administração Pública direta não será mais a autoridade competente para o exercício da função regulatória.

Assim, conforme aponta Marçal Justen Filho, as atividades transferidas para as agências reguladoras

> [...] são retiradas da Administração Pública direta. Ou seja, a atribuição de competências administrativas privativas em prol das agências equivale a reduzir os poderes da Administração centralizada. Isso significa que o presidente da república, embora titular do mais alto posto do Estado, não poderá deliberar sobres assuntos de competência das agências. (JUSTEN FILHO, 2011, 672).

O raciocínio exposto pelo autor é igualmente válido no âmbito municipal e estadual, ou seja, para prefeitos e governadores, que também não poderão deliberar sobre os temas que se encontram sob a competência das agências reguladoras.

Esse entendimento é acertado e não poderia ser diferente, já que a hipotética existência de duas autoridades competentes para o exercício do mesmo ato traria o risco da superveniência de decisões conflitantes, em prejuízo ao princípio da segurança jurídica. Afinal, como leciona Floriano de Azevedo Marques Neto, a independência da agência reguladora "só pode ser exercida com efetividade havendo marcos claros na definição do objeto da agência – marcos, esses, que permitam divisar e distinguir as competências dos órgãos reguladores em face das competências da Administração direta ou de outros órgãos" (MARQUES NETO, 2011, p. 1.084).

O mesmo raciocínio é aplicável ao Poder Legislativo municipal, cuja invasão das competências regulatórias exercidas pelas agências reguladoras é considerada como violação da reserva de administração. O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência do Poder Legislativo — e até do Poder Judiciário — sobre o exercício do poder normativo pela Administração Pública. A propósito desse princípio, leia-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. [...] Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.

A eventual competência regulatória remanescente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo sempre dependerá de um juízo a respeito da extensão do poder normativo da agência reguladora, pois deverá respeitar as competências privativas que lhe foram legalmente atribuídas. Isso porque tanto o Poder Executivo municipal como o Poder Legislativo dessa mesma esfera devem obediência à Lei Federal nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes gerais de saneamento básico. Sendo assim, por determinação da legislação federal, sempre que se delegar o exercício da função regulatória a uma agência reguladora, o Poder Executivo e o Poder Legislativo dos Municípios não poderão alterar, substituir, revogar ou deixar de acatar as normas regulatórias emitidas por essas agências reguladoras no âmbito de suas competências. Por fim, e não menos importante, surge a problemática de saber se as normas regulatórias editadas em momento anterior à delegação do exercício da função regulatória devem ser obrigatoriamente observadas

pela agência reguladora constituída pelo consórcio, tema que será analisado no tópico seguinte.

4. A aplicabilidade dos atos normativos regulatórios e os seus aspectos temporais

Considerando o que foi até agora exposto, rememore-se que a função regulatória pode ser exercida pela Administração Pública direta ou pela Administração Pública indireta. Quando o legislador opta por transferi-la à Administração Pública indireta (agências reguladoras), como é o caso dos serviços públicos de saneamento básico, opera-se uma delegação de competências, cujo exercício será materializado pela nova entidade competente. Questão importante é saber se as normas regulatórias editadas em momento anterior à delegação do exercício da função regulatória devem ser obrigatoriamente observadas pela agência reguladora. E, além disso, se essas normas devem ser consideradas como revogadas pela nova competência estabelecida.

Para responder a essa questão, cumpre analisar os efeitos temporais da delegação da função regulatória às agências reguladoras, a aplicabilidade das normas regulatórias e o regime jurídico aplicável à revogação ou à substituição do seu conteúdo.

Com relação aos efeitos temporais da delegação da função regulatória às agências reguladoras, deve-se destacar que, em regra, caso não haja a revogação, as normas regulatórias editadas em momento anterior à delegação do exercício da função regulatória permanecem vigentes após o trespasse de competências à agência regulatória. A assertiva implica na conclusão de que não há qualquer regra legal que indique a existência de uma revogação implícita e automática a partir da delegação do exercício da função regulatória à agência reguladora.

Contudo, ainda que essas normas anteriores permaneçam vigentes, isso não significa que as agências reguladoras estejam obrigadas a observar o seu conteúdo normativo para o exercício de suas funções. Tampouco significa que essas normas anteriormente expedidas permanecerão aplicáveis ao novo modelo de prestação de serviços de saneamento básico, estabelecido após a delegação da função regulatória à agência reguladora.

Em relação à aplicabilidade das normas regulatórias e à possibilidade de substituição do conteúdo aplicável, é importante destacar que, embora as agências reguladoras não possuam competência para revogar formalmente as normas expedidas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, é possível que, sob o ponto de vista material, os efeitos de uma nova norma regulatória por si emanada sejam exatamente os mesmos de uma revogação, o que pode ser compreendido como o sobrestamento dos efeitos e a inaplicabilidade da norma antiga.

Por corolário, enquanto durar a delegação da competência regulatória à agência reguladora e esta entidade instituir suas próprias normas regulatórias sobre determinado assunto, as normas anteriormente estabelecidas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo não vincularão os agentes regulados e prevalecerão as normas emitidas pela agência reguladora.

Esse raciocínio se justifica a partir da constatação de que o poder normativo das agências regulatórias, no exercício da função regulatória, foi reconhecido por intermédio de lei, operando o fenômeno da delegificação, que altera a forma e o âmbito pelos quais as novas normas regulatórias devem ser editadas.

A respeito do fenômeno da delegificação, leia-se a pertinente exposição de Alexandre Santos de Aragão:

O instituto da delegificação, do qual passaremos a tratar nas próximas linhas, constitui fenômeno inteiramente distinto das manifestações de poder regulamentar acima analisadas. Nestas, o legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais. Os regulamentos assim expedidos não podem revogar leis anteriores e são revogáveis por leis posteriores¹². Por isto, entendemos que não podem ser impugnados mediante o argumento de ter havido delegação de poder legislativo – integram o Direito positivo, mas não possuem força de lei. [...]

Comente-se, apenas, para que não haja dúvidas sobre a coerência desta passagem doutrinária com o que se defendeu no segundo tópico deste parecer, que, de fato, é reconhecida a possibilidade de que normas regulatórias estabelecidas pela Administração Pública (e, portanto, por agências reguladoras) sejam revogadas ou substituídas por lei. Contudo, em se tratando de saneamento básico, o Poder Legislativo municipal não poderá revogar as normas regulatórias expedidas por agências reguladoras, uma vez que isso dependeria de uma alteração da Lei Federal nº 11.445/2007, que atribui obrigatoriamente às agências reguladoras a competência privativa para regular os serviços de saneamento básico prestados de forma indireta. Ou seja, o Poder Legislativo municipal não poderá revogar ou substituir regulamentos das agências reguladoras em matéria de saneamento porque não detém competência para instituir normas sobre o tema. Trata-se também do que foi exposto anteriormente como princípio da reserva de administração.

Por esse entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de um política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem o poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e indiretamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social? [...] (2007, p. 42-45).

Em relação ao setor de saneamento básico, o Poder Legislativo da União Federal, no exercício de suas competências constitucionais, reconheceu e atribuiu um amplo poder normativo às agências reguladoras atuantes no setor de saneamento básico, conforme o art. 23 da Lei Federal nº 11.445/2007.

Em síntese, portanto, as normas municipais (leis e decretos) com conteúdo regulatório, editadas em momento anterior à delegação de competências à agência reguladora, não são imediata e automaticamente revogadas com a delegação da função regulatória. Contudo, o conteúdo dessas normas regulatórias anteriores não é de observância obrigatória pela agência reguladora, que, em razão do fenômeno da delegificação, detém competência para estabelecer novas normas regulatórias.

Esse raciocínio está condicionado à premissa de que o conteúdo normativo da norma anterior é compatível com o conteúdo do poder normativo atribuído à agência reguladora. Caso não haja esta compatibilidade, por evidência, a agência reguladora não poderá substituir o conteúdo da norma anteriormente emitida e deverá observá-la.

Conclusão

A fim de dar respostas práticas aos problemas enfrentados pela figura das agências reguladoras intermunicipais, observou-se que a matéria da delegação de função regulatória dos entes consorciados a estas novas entidades perpassa por diversos pontos, tais como a importância da gestão associada e a formatação dos consórcios públicos no setor de saneamento básico, a eficácia das normas emitidas pelas agências reguladoras, o suposto conflito de competência entre delegantes do poder normativo e a agência delegatária e, por derradeiro, a relação dos aspectos temporais entre as normas pré-existentes à delegação da competência de regulação dos serviços.

Ao longo do trabalho, foi possível extrair que as normas emitidas pelas agências reguladoras, em matéria de saneamento básico, são de observância obrigatória aos agentes regulados, ou seja, vinculam o poder concedente, o concessionário e os usuários. Essa conclusão está arrimada na constatação de que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei Federal nº 11.445/2007, determina a delegação (ou seja, a transferência) do exercício da função regulatória a agências reguladoras.

A conclusão também se justifica a partir do reconhecimento de que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece à Administração Pública a competência para o exercício do poder normativo e, mais especificamente, após a reforma do Estado brasileiro da década de 1990, as leis setoriais atribuem esse poder normativo às agências reguladoras. Dessa forma, a partir da delegação do exercício da função regulatória, essas agências reguladoras têm competência privativa para exercer o poder normativo e estabelecer normas de conteúdo regulatório, o que deve ser exercido nos limites da lei e de seus atos constitutivos.

Os demais agentes regulados (concessionários e usuários) também permanecem vinculados às normas regulatórias estabelecidas pela Administração Pública, não havendo qualquer alteração sobre essa sujeição que decorra do fato de que, a partir da delegação de competências à agência reguladora, as normas não são mais emanadas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo municipal. Dessa sorte, repita-se, não há o que se falar na possibilidade de que o Poder Executivo ou o Poder Legislativo municipal, ou ainda qualquer outro agente regulado (concessionário ou usuários), rejeite a aplicação de um ato normativo exercido no âmbito do poder normativo das agências reguladoras de saneamento básico. Todos os agentes regulados estão obrigatoriamente vinculados às normas regulatórias estabelecidas pelas agências reguladoras porque, além de destinatários da norma, a partir do momento em que há a delegação de competências, essas entidades são quem detêm a competência para o exercício do poder normativo, conforme os limites legalmente estabelecidos.

Também evidenciou-se que, realizada a delegação das competências municipais de regulação à agência reguladora na área de saneamento,

o Poder Executivo e o Poder Legislativo não poderão mais editar norma (decreto ou lei, respectivamente) com o mesmo conteúdo regulatório. A partir da delegação do exercício da função regulatória, a agência reguladora passa a deter competência privativa para estabelecer as normas regulatórias, nos termos e nos limites da legislação aplicável a cada setor.

Isso significa que o Município, por intermédio do seu Poder Executivo ou Poder Legislativo, deverá acatar as normas estabelecidas pela agência reguladora, não podendo recusá-las. Caso, eventualmente, a norma emitida pela agência reguladora extrapole a sua competência legal, o Poder Executivo – ou qualquer outro agente regulado – deverá se socorrer do Poder Judiciário, a quem compete a anulação dos atos normativos emanados em descompasso com a competência da respectiva agência reguladora.

Sendo assim, sempre que houver a delegação da função regulatória à agência reguladora, tanto o Poder Executivo como o Poder Legislativo do Município não poderão modificar, substituir, revogar ou deixar de acatar as normas regulatórias emitidas pelas agências reguladoras no âmbito de suas competências.

Em regra, caso não haja a revogação, as normas regulatórias editadas em momento anterior à delegação do exercício da função regulatória permanecem vigentes após o trespasse de competências à agência regulatória. Assim, não há qualquer regra legal que indique a existência de uma revogação implícita e automática a partir da delegação do exercício da função regulatória à agência reguladora. Contudo, embora essas normas anteriores permaneçam vigentes, isso não significa que as agências reguladoras estejam obrigadas a observar o seu conteúdo normativo para o exercício de suas funções, nem que essas normas anteriormente expedidas permanecerão aplicáveis ao novo modelo de prestação de serviços de saneamento básico, estabelecido após a delegação da função regulatória à agência reguladora.

Conquanto as agências reguladoras não possuam competência para revogar formalmente as normas expedidas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, é possível que, sob o ponto de vista material, os efeitos de uma nova norma regulatória por si emanada sejam exatamente os mesmos de uma revogação: o sobrestamento dos efeitos e a inaplicabilidade da norma antiga. Em síntese, portanto, as normas municipais (leis e decretos) com conteúdo regulatório, editadas em momento anterior à delegação de competências à agência reguladora, não são imediata e automaticamente revogadas com a delegação da função regulatória. Contudo, o conteúdo dessas normas regulatórias anteriores não é de observância obrigatória pela agência reguladora, que, em razão do fenômeno da delegificação, detém competência para estabelecer novas normas regulatórias.

Esse raciocínio está condicionado à premissa de que o conteúdo normativo da norma anterior é compatível com o conteúdo do poder normativo atribuído à agência reguladora. Caso não haja esta compatibilidade, por evidência, a agência reguladora não poderá substituir o conteúdo da norma anteriormente emitida e deverá observá-la.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**. Salvador, Intituti Brasileiro de Direito Público, n.10, maio-jun.-jul., 2007.

BURROWS, Vanessa K.; GARVEY, Todd. **A brief overview of rulemaking and judicial review.** Congressional Research Service. Prepared for Members and Committees of Congress, United States, 2011.

COOPERAÇÃO TÉCNICA FUNASA/ASSEMAE. Manual de implantação de consórcios públicos de saneamento.

FARIA, José Eduardo. **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

GIAMBIAGI, Fabio; PINHEIRO, Armando Castelar. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (eds.). **A privatização no Brasil**: o caso dos serviços de utilidade pública. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Governo Federal, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. As agências reguladoras no Direito Positivo Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.084.

MARQUES, Rui Cunha. A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais: uma perspectiva internacio-

nal. Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), Centro de Sistemas Urbanos e Regionais (CESUR). Lisboa: 2011.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos:** comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROBLES, Ricardo Ramos (coord.). Relatório oficial do exame da participação do setor privado na provisão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Brasil. Consórcio Inecon/Fundação Getúlio Vargas, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Ministério das Cidades, São Paulo: 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. As agências reguladoras e entidades similares. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Administrativo Regulatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (estudos e pareceres)**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TUROLLA, Frederico A. **Política de saneamento básico:** avanços recentes e opções futuras de políticas públicas. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Texto para discussão nº 922, ISSN 1415-4765, Brasília, 2002.