

Tipos de governança multinível e a inteligência da regulação do setor de saneamento básico do Brasil: um novo pressuposto de fluidez da competência regulatória como instrumento de governança setorial

Types of governance multi-level and the intelligence of the regulation of the sanitation sector in Brasil: A new premiss of the fluidity of the regulatory competence as an instrument of sectorial governance

Submetido(submitted): 24 July 2022

Parecer(reviewed): 24 October 2022

Revisado(revised): 19 December 2022

Aceito(accepted): 26 December 2022

Camila Bindilatti Carli de Mesquita*

<https://orcid.org/0000-0001-8976-0214>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] Considering the new legal framework for sanitation in Brazil, this article presents an expanded and innovative field for the performance of regulatory governance which, on one hand, has the need to innovate to improve the current system and lead it to achievement of its goals and, on the other hand, relies on the so-called “undefined and overlapping” of competences added to the problem of regulatory capture.

[Methodology/approach/design] With this endeavor, it will address the findings made by political scientists Liesbet Hooghe and Gary Marks in 2001 on types of multi-level governance. They will be brought into the context of sanitation in Brazil by identifying and defining Types I and II.

[Findings] This article suggests an intelligent regulation that allows the elaboration of flexible, adaptable, and sometimes fluid regulatory designs for the sector, which are added to the various mechanisms used so far in the regulation of sanitation in Brazil.

Keywords: Sanitation. New Legal Framework. Smart regulatory governance. Types of multi-level governance. Fluid regulatory design.

Resumo

[Propósito] Diante do novo marco legal do saneamento básico no Brasil, o presente artigo pretende apresentar um campo ampliado e inovador para a atuação da governança

*Mestre em compliance pela UNB e doutoranda na área de “Modificações na Ordem Econômica e Social e Regulação” da UNB, Procuradora do Distrito Federal na área Consultiva, Ex-Juíza de Direito do TJBA e Ex-Advogada da Petrobras Distribuidora S.A. E-mail: cbcarli@gmail.com.

regulatória. Tal proposta partiu da necessidade de inovar para aprimorar o sistema atual e conduzi-lo ao atingimento de suas metas, e busca endereçar a conclamada “indefinição e sobreposição de competências”, somada ao problema da captura regulatória.

[Metodologia/abordagem/design] O artigo aborda as constatações realizadas pelos cientistas políticos Liesbet Hooghe e Gary Marks em 2001 sobre tipos de governança multinível ou types of multi-level governance.

[Resultados] Ao identificar e definir os Tipos I e II, eles serão trazidos para o contexto do saneamento básico do Brasil. Nessa ocasião, de forma original, o presente artigo científico passa a sugerir uma regulação inteligente que permita a elaboração de designs regulatórios flexíveis, adaptáveis e, por vezes, fluidos para o setor, que se somam aos diversos mecanismos até então utilizados na regulação do saneamento básico do país.

Palavras-chave: Saneamento básico. Novo Marco Legal. Governança regulatória inteligente. Tipos de governança multinível. Designs regulatórios fluidos.

INTRODUÇÃO

O novo marco legal do saneamento básico no Brasil (Lei nº 14.026/2020) possui como discurso e, possivelmente, objetivo a estimulação da concorrência entre os agentes econômicos mediante o despertar do interesse do mercado específico de esgotamento sanitário e outros serviços correlatos, com a bandeira de desestatização do setor e de privatização de empresas públicas estatais que prestam o serviço de saneamento básico no país.

É verdade também que a nova sistemática do saneamento básico no Brasil procura o aperfeiçoamento da regulação setorial ao estabelecer metas de desempenho e universalização dos serviços de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário, ao tempo em que resguarda a prestação concomitante desses serviços a toda população, sob uma perspectiva de segurança, qualidade, regularidade e continuidade do serviço somada à eficiente administração da escassez de recurso hídrico (art. 2º, inc. XVI e XI, Art. 2º da Lei nº 11.445/2007 alterada pela Lei nº 14.026/2020).

Frisa-se, por todo o país, que o que se busca com o novo marco legal é a criação de *um ambiente de segurança jurídica e regulatória*, com regras claras e uniformes, além de competências previamente definidas a fim de se afastar do setor ingerências políticas causadoras de graves desequilíbrios econômico-financeiros em contratos (de concessão) a longo prazo.

O foco ou o lema do novo marco tem sido, então, a atração de investimentos sobretudo privados para o setor, visando, por sua vez, a universalização dos serviços públicos e a redução de déficits históricos no setor de saneamento básico, que comprometem não somente o meio ambiente, como também a saúde pública.

Nesse contexto surge, então, a seguinte questão: de que forma a governança regulatória olharia para o novo marco legal na busca de resultados positivos? Qual seria o seu *pressuposto* para atingir o sucesso regulatório?

Será, realmente, que *a definição clara de competências no setor sob uma perspectiva de completude, estabilidade, extermínio de competências sobrepostas, uniformidade* trará efetivamente segurança jurídica para o aumento significativo de investimentos privados? E para uma modelagem proativa em busca da universalização do serviço e efetivação do direito humano à água potável segura e ao saneamento básico? Ao contrário do que se tem colocado, será que o insucesso do setor não tem ocorrido justamente porque se insiste nessa simplificação?

Diante do novo marco legal do saneamento básico, o presente artigo tem como proposta apresentar um cenário possível, um ponto de partida, ou melhor, um ambiente de trabalho ampliado para a atuação da governança regulatória que, por um lado, possui a necessidade de inovar para aprimorar o sistema atual e conduzi-lo ao atingimento de suas metas e, pelo outro, conta com a conclamada “indefinição e sobreposição” de competências somadas ao problema da captura regulatória.

Para atingir o seu objetivo, o presente artigo contou com uma significativa contribuição das Ciências Políticas, em especial das constatações realizadas por Liesbet Hooghe e Gary Marks em 2001 sobre tipos de governança multinível ou *types of multi-level governance*.

E, como consequência, o presente artigo científico passa a sugerir uma regulação inteligente que permita, também, a elaboração de *designs regulatórios flexíveis, adaptáveis e, por vezes, fluidos* para o setor, *designs* que contribuiriam significativamente para a efetividade dos diversos mecanismos utilizáveis na regulação do saneamento básico do país.

Para atingirmos o nosso objetivo, apresentaremos, primeiramente os dois tipos de governança multinível identificados e explorados pelas pesquisas de Liesbet Hooghe e Gary Marks em 2001 para, posteriormente, trazê-los para o contexto do saneamento básico do Brasil - a nossa realidade - e, assim, tirar as nossas conclusões a seu respeito.

I. OS TIPOS DE GOVERNANÇA MULTINÍVEL OU TYPES OF MULTI-LEVEL GOVERNANCE (HOOGHE; MARKS, 2001) E A SUA AMBIENTAÇÃO – POR QUE NÃO TRABALHAR COM TODOS CONCOMITANTEMENTE?

Multi-level governance ou governança de multiníveis está diretamente relacionada com a gestão compartilhada intragovernamental e

intergovernamental de serviços públicos e com a criação de novos ambientes ou arranjos institucionais para a sua realização.

O conceito de *Multi-level governance* (MLG) ou governança de múltiplos níveis tem sua origem nos estudos de integração da União Europeia (UE) na década de 1990. Segundo os seus criadores, buscava-se a ampliação do conceito de federalismo com o fim de incluir multiníveis de governo para formulações e decisões políticas, além dos governos locais e supragovernamentais:

“Nos estudos sobre políticas públicas, o foco recai sobre “governança em redes”, onde a dispersão de autoridade não necessariamente implica um maior constrangimento do governo central em relação aos níveis subnacionais de governo e atores não-governamentais, mas sim a uma maior cooperação em processos de tomada de decisão” (HOOGHE; MARKS, 2003, tradução nossa).

O fato é que ela, necessariamente, altera o eixo do compartilhamento de responsabilidades e das competências institucionais e, consequentemente, a natureza do *enforcement* das decisões de cunho regulatório.

E apresenta-se, então, como uma espécie de redistribuição das competências intragovernamentais em múltiplas esferas, que não somente promovam a interação política em diferentes níveis, como também provoca uma melhor alocação de recursos destinados às prestações de serviços públicos (HOOGHE; MARKS, 2003).

A governança de múltiplos níveis traz a ideia de uma espécie de democratização do processo de decisão com a participação criteriosa de agentes externos, a fim de afastar a possibilidade de captura da regulação e do mercado (STIGLITZ, 2013), contando com uma realocação da autoridade política em redes compartilhadas às vezes para cima, por vezes para baixo, ou ainda lateralmente no eixo de competências institucionais e de mercado:

“O conceito de governança de múltiplo nível [...] chama atenção para a incorporação na complexa rede de tomada de decisão intergovernamental de atores públicos e privados, e para a necessidade desse processo ser mais transparente e aberto. Nós reconhecemos que a inclusão de atores privados em processos de tomada de decisão intergovernamental pode não ter o efeito de produzir governança mais cooperativa em alguns contextos de políticas públicas” (STEIN; TURKEWITSCH, 2010, p.5, tradução nossa).

Em 2001, Liesbet Hooghe e Gary Marks, professores de Ciências Políticas, catalogaram dois tipos de governança multinível e afirmaram, com base em dados empíricos, acreditar que a eficiência da governança depende necessariamente do reconhecimento da *mútua convivência e dependência* entre eles:

“Um tipo concebe a dispersão da autoridade para multitarefas, territorialmente jurisdições mutuamente exclusivas em um sistema relativamente estável com níveis jurisdicionais limitados e um número limitado de unidades. Um segundo tipo de governança retrata a especialização, com jurisdições territorialmente sobrepostas em um sistema relativamente flexível, sem camadas, com um grande número de jurisdições. Nós descobrimos que ambos os tipos coexistem em locais diferentes e explicamos algumas facetas dessa coexistência” (HOOGHE; MARKS, 2001, tradução própria).

No campo do saneamento básico, é, então, justamente por meio do reconhecimento dessas duas facetas e da sua coexistência no âmbito político-jurídico que se pretende trazer uma proposta de modelagem inteligente à governança regulatória no país, tendo como *pressuposto justamente o reconhecimento da coexistência dessas duas governanças multiníveis* (tipo I e tipo II) enquanto instrumento regulatório de obtenção de resultados positivos para o setor.

Importante registrar que Liesbet Hooghe e Gary Marks (2001) identificam que em um ambiente de pressões políticas, a estrutura do sistema é fundamental para a realização eficiente de políticas públicas, não deixando de constatar, no entanto, que a uniformidade não é a regra – no ambiente há tanto jurisdições com propósitos gerais, em territórios exclusivos e estáveis, como, concomitantemente, existem jurisdições de objetivos específicos, sobrepostas e flutuantes ou fluidas.

Os autores reconhecem, então, a governança multinível, multicamadas, policêntrica, em perspectiva (com competência funcional, sobreposta, competitiva), a governança fragmentada e a existência de consórcios e condomínios entre jurisdições ou eixos de competência como um fator de desenvolvimento político e aponta para o surgimento de um *novo institucionalismo*.

O interessante passa a ser a constatação de que a governança deve operar em várias escalas, a fim de capturar variações no alcance territorial das externalidades políticas. Verificam, então, que a governança procura, para isso, internalizar externalidades, refletir melhor a heterogeneidade de preferências dos cidadãos, facilitar compromissos de políticas confiáveis, fomentar a inovação e a experimentação¹ e, com isso, ser mais eficiente.

¹ “The first conceives of dispersion of authority to a limited number of non-overlapping jurisdictions at a limited number of levels. Jurisdictions in this system of governance tend to bundle authority in quite large packages; they are usually non-overlapping; and they are relatively stable. We label this Type I governance.

Os autores Liesbet Hooghe e Gary Marks (2001) dividem a governança em dois tipos com as seguintes características:

Tipo I de governança multinível	Tipo II de governança multinível
Jurisdições multitarefas	Jurisdições de tarefas específicas
Jurisdições com limites territoriais mutualmente exclusivos	Jurisdições com sobreposição territorial
Número limitado de jurisdições	Grande número de jurisdições
Número limitado de níveis jurisdicionais. A dispersão de autoridade é restringida pela limitação do níveis de autoridade.	Grande número de níveis de jurisdição com competências em camadas e não hierárquicas. “O que surge é um sistema global que é “tão desagregado que carece de padrões gerais e, em vez disso, é marcado por várias estruturas de cooperação sistêmica e conflito subsistêmico em diferentes regiões, países e questões áreas”(ROSENAU, 1997, p. 38 <i>apud</i> HOOGHE; MARKS, 2001, p.8, tradução própria). As escalas organizadas, ou níveis, ou níveis, desaparecem - eles se fundem em um outro. Não existe superior ou inferior, inferior ou superior, nenhuma classe dominante de ator; em vez disso, uma ampla gama de atores públicos e privados competem ou colaboram na mudança de coalizões”(HOOGHE; MARKS, 2001, p.8, tradução própria).
Dispersão de autoridade em seis camadas do governo - local, interlocal, provincial, regional, comunitário e nacional.	Sistema flexível de jurisdições - - autogoverno disperso por parte de diversos grupos ou blocos de interesses.
Sistema jurisdicional quase permanente. As mudanças normalmente consistem em realocar a política e suas	Sistema jurisdicional flexível e fluido e com constantes realocações de participantes/colaboradores.

A second distinctive vision of governance pictures a complex, fluid, patchwork of innumerable, overlapping jurisdictions. These jurisdictions are likely to have extremely fungible competencies, which can be spliced apart into functionally specific jurisdictions; they are often overlapping; and they tend to be lean and flexible—they come and go as demands for governance change” (HOOGHE; MARKS, 2001, p.4).

funções nos níveis existentes de governança (Nicolaidis, 2001, p. 446).	
---	--

A inovação, aqui, para a governança regulatória reside, justamente, no segundo tipo de governança multinível. Para melhor compreendê-lo, importante destacar que, de acordo com os autores, a flexibilidade das “jurisdições” ou eixos de competências (que não são permanentes) são fundamentais exatamente para responder às mudanças nas preferências dos cidadãos e nos requisitos funcionais.

Liesbet Hooghe e Gary Marks (2001, p.8) constataam através de Charles Tiebout, inclusive, que *a mobilidade dos cidadãos entre várias jurisdições concorrentes fornece um equivalente funcional à competição de mercado* (Tiebout 1956). Além de enfatizar o fato de que uma característica definidora da governança policêntrica é *a simultaneidade de múltiplas oportunidades pelas quais os participantes podem forjar ou dissolver vínculos entre diferentes entidades coletivas* (McGinnis 1999a:6), porquanto atuam de forma concomitante, podendo ou não ser justaposta.

Os cientistas, então, reconhecem no tipo II de governança multinível uma flexibilidade jurisdicional, em que unidades flexíveis são estabelecidas quando necessário, sendo normais as variações do tamanho das “jurisdições públicas” ou eixos de competência a fim de minimizar as repercussões políticas e econômicas.

A governança do tipo II compreende autogoverno disperso por parte de diversos grupos ou blocos de interesses. Problemas de ação coletiva são tratados em arenas heterogêneas, mobilizadas por diversos atores.

O ponto chave é o de como, então, esses tipos conviveriam e conversariam.

Os autores catalogam planos de localização da governança multinível tipo I e II que poderiam ser não somente no âmbito público/privado, nacional/transnacional, como também na interação entre governo local e comunidades/associações².

² “Type II governance at the local level is more common in Switzerland and the US than in Europe, though “partnership between a whole variety of service providers and levels of [local] government is the normal practice in most West European countries” (Batley 1991: 225). But nowhere do Type II jurisdictions overshadow Type I local government. Frey and Eichenberger concede that traditional communes constitute the most important form of governance in Switzerland” (Frey and Eichenberger 1999: 50) (HOOGHE; MARKS, 2001, p.12).

A governança do Tipo II em nível local é mais comum na Suíça e nos EUA do que na Europa, embora “a parceria entre uma variedade de provedores de serviços e níveis de

“A governança do tipo II também pode aparecer onde as comunidades locais se deparam com um pool local comum de problemas de recursos, ou seja, onde recursos renováveis escassos - por exemplo, uma bacia hidrográfica, um lago, um sistema de irrigação, áreas de pesca, florestas, áreas de caça, prados comuns – corre risco de esgotamento, porque é difícil restringir o acesso. Elinor Ostrom demonstrou como as comunidades ao redor do mundo desenvolveram estruturas de governança específicas para tarefas, muitas vezes autogeradas, para lidar com recursos de pool comuns (Ostrom 1990; também Keohane e Ostrom 1995). Sabemos que são muitos tais exemplos, mas não sabemos a que equivaleria o seu total” (HOOGHE; MARKS, 2001, p.12).

Porém, o ponto alto do artigo de Liesbet Hooghe e Gary Marks (2001) é o que também nos interessa mais: por que surgiram dois tipos distintos de governança multinível? E por que os encontramos em partes distintas da sociedade?

E a resposta é a de que o surgimento de mais de um tipo de governança multinível deu-se pela busca de respostas eficientes para problemas de coordenação interjurisdicional, exatamente a grande dificuldade constatada no setor de saneamento básico do Brasil.

Afirmam os autores (HOOGHE; MARKS, 2001, p.13, tradução própria) que na medida em que as políticas de uma jurisdição têm repercussões (externalidades negativas ou positivas) para outras jurisdições, a coordenação é necessária para evitar resultados socialmente perversos. Quanto maior as externalidades, quanto maior o potencial de dano, maiores são os benefícios de cooperação interjurisdicional. No entanto, os custos de coordenação tendem a aumentar exponencialmente, conforme o número de jurisdições ou eixos de competência.

E eles não negam a importância da organização da governança do tipo I em níveis de hierarquia. Em suas constatações, encontraram que a governança tipo I diminui os custos de coordenação, limitando o número de jurisdições e, por sua vez, estabelece jurisdições multifuncionais e de propósito geral com fronteiras territoriais não sobrepostas. E uma estrutura de autoridade hierárquica pode mesmo facilitar a negociação entre uma pluralidade de atores sem a controlar diretamente. Podem existir negociações, contudo, quando não está claro em um conflito de interesses qual interesse deverá prevalecer, a governança multinível do tipo I pode favorecer a negociação.

governo [local] seja a prática normal na maioria dos países da Europa Ocidental” (Batley 1991: 225). **Mas em nenhum lugar as jurisdições do Tipo II ofuscam o governo local do Tipo I.** Frey e Eichenberger admitem que o tradicional as comunas constituem a forma mais importante de governança na Suíça (Frey e Eichenberger 1999: 50) (HOOGHE; MARKS, 2001, p.12, tradução própria).

“Vincent e Eleanor Ostrom observam que os arranjos cooperativos mantidos sob a regra da unanimidade podem ser sempre ameaçados pela presença de um reduto em que múltiplos consumos coletivos e unidades de produção estão criando externalidades significativas umas para as outras. Se essas externalidades têm as características de um bem público em um grande domínio que colide com várias coletividades, uma coletividade pode achar vantajoso resistir a desfrutar dos benefícios que podem derivar da união de ações com outros, sem assumir sua parcela proporcional dos custos”. (...) Eles continuam a apontar que, “com unidades de governo sobrepostas, os conflitos entre governos em qualquer nível podem ser resolvidos recorrendo aos arranjos de tomada de decisão existentes em um nível superior de governo(96-97), incluindo particularmente os tribunais” (Ostrom e Ostrom 1999 apud HOOGE; MARKS, 2001, p.13, tradução própria).

É possível notar que o ambiente criado pela governança multinível tipo I é o que nós temos na realidade brasileira no campo do saneamento básico e é, dentro da nossa ordem constitucional, facilmente identificado no campo da repartição de competências tanto constitucionais quanto infraconstitucionais.

Mas, esse ambiente de governança multinível do tipo I tem se mostrado insuficiente.

Por isso que a proposta é a do seu aperfeiçoamento por meio de uma modelagem regulatória inteligente e ela aparenta passar pelo reconhecimento de um novo ambiente criado no âmbito da governança multinível tipo II.

Nesse tipo II, a proposta é a fragmentação, ou seja, a quebra de formulação de políticas públicas em peças discretas que exigem coordenação interna com o mínimo de transbordamento externo, porquanto o foco é na resolução de problemas e não na negociação distributiva com consequências para toda a sociedade.

Promove-se, então, um isolamento de competências específicas, uma arquitetura *ad hoc* para atender a um problema específico. Logo, enquanto a unidade de engenharia política na governança tipo I é a jurisdição; já na governança do tipo II, é o problema de política individual ou uma parcela específica dela.

A partir disso, qual seria a vantagem dessa convivência?

A vantagem de várias jurisdições sobrepostas é que diferentes funções de autoridade podem ser adaptadas a diferentes constituintes/atores. Além disso, a capacidade de resolução de problemas é aprimorada em pequenas jurisdições. *Mas esta solução é eficiente apenas na medida em que as soluções de política podem ser direcionadas para problemas específicos com constituintes bem definidos. A essência desta linha de pensamento é que a governança do tipo I e a governança do tipo II são boas em coisas diferentes e coexistem porque são complementares.*

“O resultado é um grande número de jurisdições do tipo II funcionalmente diferenciadas que são relativamente independentes (ou seja, que não impõem grandes externalidades para outras jurisdições) ao lado de um menor número de jurisdições multifuncionais tipo I em que a coordenação é menos custosa por seu número relativamente pequeno e sua territorialidade não interseccionada” (HOOGHE; MARKS, 2001, p.12, tradução própria).

Além de que não somente as barreiras à mudança nas jurisdições do tipo I costumam ser altas, às vezes extremamente altas e tornam engenhosas e difíceis alterações positivas para o setor, como também as jurisdições, particularmente as do tipo I, são frequentemente ordenadas por regras de decisão que tornam a mudança muito custosa e quanto mais enraizada estiver uma jurisdição em outras instituições, maiores serão as barreiras à mudança.

Por outro lado, constatam Liesbet Hooghe e Gary Marks (2001) que a reforma dos arranjos do tipo II raramente enfrenta barreiras tão altas quanto às do tipo I, de sorte que, quando não se torna possível uma mudança estrutural macro, as instituições têm caminhado para soluções políticas específicas que trazem resultados setoriais, porém não menos relevantes dentro do seu campo de abrangência.

Diante da visão de governança multinível apresentada, baseada nos estudos de Liesbet Hooghe e Gary Marks (2001), parece ser possível, então, trazer essa realidade ao campo normativo/regulatório. E, como premissa, apontar para o fato de que uma governança regulatória inteligente é aquela que permite a convívio da governança multinível em seus dois tipos I e II, sem suprimir o ambiente propício para que essa convivência possa aflorar e sem ignorar a existência e a potencialidade da governança multinível do tipo II e, portanto, sem impedir a *fluidez de designs regulatórios setoriais circunstanciais*³.

³ “The types of governance that we have discussed in this paper share one vital feature: they are sharp departures from the model of the all-powerful central state. Political fordism is their common target. Multi-level governance, in contrast, involves dispersion of authority. However, there are distinct ways to institutionalize this. One is to allocate competencies in bundles to a limited number of non-overlapping governments, each catering for a particular territory at a particular scale. This limits the sheer number of jurisdictions and thereby facilitates coordination while gaining most of the scalar benefits of multi-level governance. An alternative, more radical, strategy is to disperse competencies among a very large number of overlapping governments. To the extent that the policies pursued by these governments do not spill over to neighboring jurisdictions, so the task of coordination is limited” (HOOGHE; MARKS, 2001, p.16).

II. A COLOCAÇÃO DA QUESTÃO NO BRASIL. A ABERTURA. A INOVAÇÃO E O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: DESIGNS REGULATÓRIOS FLEXÍVEIS, ADAPTÁVEIS E, POR VEZES, FLUIDOS E A IMPORTÂNCIA RELATIVA DA PRÉVIA FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIAS REGULATÓRIAS PARA O SUCESSO DO SETOR

Diante do novo marco legal do saneamento básico, o presente artigo tem como proposta apresentar um cenário possível, um ponto de partida para a governança regulatória que, por um lado, possui a necessidade de inovar para aprimorar o sistema atual e conduzi-lo ao atingimento de suas metas e, pelo outro, conta com a conclamada “indefinição e sobreposição” de competências somadas ao problema da captura regulatória.

Dito isso, entende-se ser importante enfrentar a seguinte questão: de que forma a governança regulatória olharia para o novo marco legal na busca de resultados positivos? Qual seria o seu pressuposto para atingir o sucesso regulatório?

Por meio dos dois tipos de governança multinível ou *types of multi-level governance* (HOOGHE; MARKS, 2001), concluiu-se, até agora, que a inteligência da regulação do saneamento básico no Brasil residiria, também, na existência de *designs regulatórios flexíveis, adaptáveis e, por vezes, fluidos* para o setor, que contribuiriam significativamente para a efetividade dos diversos mecanismos utilizáveis⁴ na regulação do saneamento básico do país.

Com esse pressuposto, então, a questão da definição uniforme e estável de competências em prol do paradigma da segurança jurídica tornar-se-ia secundária. Mas como fica, nesse cenário, a segurança jurídica na prestação dos serviços e investimentos no setor?

Veja que é possível, desde já, reconhecer que o novo marco apresenta muitas alterações altamente significativas, chamando especial atenção para a possibilidade de instituição pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) de *normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico* e para a alteração da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 com a finalidade de *aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no país*. Normas de referência e condições estruturais aprimoradas já marcam bem esse grande começo.

E não é por menos, já que a Lei Federal nº 14.026 de 14 de julho de 2020 trouxe o que se tem chamado de o “novo” marco legal do saneamento básico no

⁴ Para o atingimento da meta primordial de universalização dos serviços públicos com a redução de déficits históricos no setor de saneamento básico e atração de investimentos especialmente privados.

Brasil e promoveu significativas alterações no ordenamento jurídico, a saber: 1) atualização do marco legal do saneamento básico e alteração da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico; 2) modificação da Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; 3) alteração da 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; 4) alteração, ainda, da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; 5) modificação da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar de prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; 6) alteração da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a unidades regionais; 7) e da 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 (Art. 1º Lei 14.026/20).

Nessa linha, se por um lado o novo marco visa estimular a concorrência entre os agentes econômicos, por outro, a nova sistemática procura aperfeiçoar a regulação setorial ao estabelecer metas de desempenho e universalização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Ao mesmo tempo, a norma resguarda a prestação concomitante desses serviços a toda a população, sob uma perspectiva de segurança, qualidade, regularidade e continuidade do serviço somada à eficiente administração da escassez de recurso hídrico (art. 2º, inc. XVI e XI, Art. 2º da Lei nº 11.445/2007 alterada pela 14.026/2020).

Frisa-se, por todo o país, que o que se busca com o novo marco legal é a criação de *um ambiente de segurança jurídica e regulatória*, com regras claras e uniformes, além de competências previamente definidas a fim de se afastar do setor ingerências políticas causadoras de graves desequilíbrios econômico-financeiros em contratos de concessão a longo prazo⁵.

O foco ou o lema do novo marco tem sido, então, a atração de investimentos especialmente privados para o setor, visando, por sua vez, a universalização dos serviços públicos e a redução de déficits históricos no setor de saneamento básico, que comprometem sobremaneira não somente o meio ambiente, como também a saúde pública.

⁵ “Aliás, a Lei contempla expressamente as ideias de uniformidade regulatória do setor e de segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços (art. 4º-A, § 7º, da Lei nº 9.984/2000 e art. 48, III, da Lei nº 11.445/2007)” ANTUNES & D’OLIVEIRA. Paulo de Bessa e Rafael Daudt. *Breves Considerações sobre o Marco regulatório do Saneamento Básico – Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020*. 23.07.2020.

Esses pontos foram, inclusive, abordados nas discussões e estudos de casos promovidos pelo GESANE (Grupo de Estudos do Direito de Saneamento Básico da Universidade de Brasília – *Sanitation Law Research Group*) e debatidos sob a perspectiva também empírica.

E os holofotes têm recaído predominantemente sobre a governança regulatória. Muitos têm, inclusive, entendido a governança regulatória como principal mecanismo de modificação da realidade social e do mercado de saneamento básico ou esgotamento sanitário. A título de exemplo, Joisa Dutra, Egon Bockmann Moreira & Gustavo Karcher Loureiro (2021) vêm afirmando que:

“De acordo com Brown e coautores (2006), governança regulatória é o “como” na regulação: é definida pelas leis, processos e procedimentos que determinam empresas, entes, ações e parâmetros que são regulados; as entidades na Administração que tomam as decisões regulatórias e recursos e informações que dispõem para decidir. Envolve decisões e dimensões como independência, transparência, autonomia decisória financeira, dentre outras.” (DUTRA; MOREIRA; LOUREIRO, 2021).

Os autores reconhecem, é bem verdade, espaço para a construção de titularidades complexas, que demandam grande esforço de organização institucional:

“constata-se por esse panorama que vários são os centros de competência, várias as atribuições e muitos os possíveis pontos de contato. Seria ainda possível incluir aqui também os delegatários dos serviços de saneamento que atuam em caso de execução indireta: concessionários e empresas estaduais que possuem contratos de programa. Ainda que não sejam propriamente titulares de competências, esses sujeitos suscitam questões de governança de tipo empresarial” (DUTRA; MOREIRA; LOUREIRO, 2021).

Porém, muitos estudiosos do assunto são categóricos ao afirmar que o novo marco legal depende necessariamente, para a sua eficiência regulatória da definição clara e precisa das competências institucionais. Ou seja, sem definir *a quem compete o quê*, o setor estaria fadado ao insucesso na realização dos objetivos consagrados notadamente no Art. 2º da Lei nº 11.445/2007, alterada pela Lei nº 14.026, de 14 de julho de 2020.

Contudo, confessamos que, acompanhando os excelentes trabalhos e debates desenvolvidos nas reuniões do GESANE (Grupo de Estudos do Direito de Saneamento Básico da Universidade de Brasília – *Sanitation Law Research Group*), surgiu uma inquietação relevante quanto à premissa de que a definição precisa e uniforme da competência dos atores envolvidos na regulação do saneamento básico no país seria imprescindível para a segurança jurídica do

sistema a estimular a participação de investimentos, sobretudo o privado. Então, questiona-se: *seria mesmo imprescindível?*

Quando no primeiro capítulo trouxemos o ambiente da *multi-level governance* e os seus dois tipos, constatamos que não é mais bem assim, se é que um dia foi exatamente assim. Ou seja, não é a definição precisa de eixos de competências de uma estruturação da governança tipo I que traz a eficiência (segurança) ao sistema, mas a possibilidade de soluções negociadas na medida em que os problemas forem surgindo, conforme constatado empiricamente por Liesbet Hooghe e Gary Marks (2001). E isso pode se dar tanto em um ambiente de governança multinível tipo I quanto em um ambiente da do tipo II.

O ponto alto do novo marco legal, sob o ponto de vista sistêmico, parece acender um sinal amarelo, senão vermelho para essa premissa sobre a qual tem se constituído o novo cenário. É que, mais precisamente, a pretensão do setor, e aqui não se discute, é a de tornar as mudanças substanciais estabelecidas pela Lei Federal nº 14.026 de 14 de julho de 2020 um “novo” marco legal – *uma inovação*.

É preciso, então, inovar tanto para alcançar a almejada universalização do serviço quanto para atrair investimentos especialmente privados, alavancando o setor. E se é preciso inovar, é necessário analisar uma outra perspectiva até então não substancialmente considerada, trazer um outro olhar, sobre o objeto que se está estudando.

Já adiantando, especialmente no campo da inovação, trabalhamos com a ideia de que é a *diferenciação* o que preserva a autonomia do sistema jurídico e, por sua vez, a sua eficiência e efetividade. Sistemas ou subsistemas altamente qualificados possuem o condão de produzir a sua racionalidade e normatividade, criando a sua própria realidade institucional (TEUBNER, 2016, p. 326), mesmo que se entenda que não haveria chances de uma regulação/direcionamento social pelo Direito (TEUBNER, 2005, p.37).

E diante de muitos debates produtivos e diversos argumentos colocados durante os encontros do GESANE, foi possível vislumbrar, porque não, um novo pressuposto para a governança regulatória do setor.

O novo marco legal aponta, ao nosso ver, menos para uma estruturação categórica e mais para *designs flexíveis, adaptáveis e, por vezes, fluidos* a depender das circunstâncias sociais, econômicas, políticas, ambientais e de integridade, momentâneas ou duradouras - circunstâncias setoriais que podem implicar em interesses locais, regionais, nacionais ou ainda, intermediários.

E nesse cenário, diríamos que sim - a distinção legal entre serviços públicos de saneamento básico de *interesses locais e comuns* (ADI 1842 do STF e RE 738481(Tema 849) parece se encontrar mais atual do que nunca.

Mas é substancialmente ao entender o direito à água potável segura e ao saneamento como *direito humano* é que esse novo delineamento regulatório parece alcançar contornos ainda maiores.

Exatamente no campo da governança regulatória, a questão passa a efetivamente clamar por um redesenho (democrático) no cenário nacional, passa a pedir por *arquiteturas regulatórias que atendam sobretudo à equidade distributiva desses serviços e à sua priorização enquanto política pública fundamental de interesse público primário, de acordo, então, com critérios de disponibilidade, qualidade, acessibilidade física, acessibilidade financeira e aceitação* (Resolução do Conselho de Direitos Humanos A/HRC/RES/16/2).

Com essa significativa amplitude, volta-se a indagar: será, realmente, que a definição clara de competências no setor sob uma perspectiva de completude, estabilidade, extermínio de competências sobrepostas, uniformidade trará efetivamente segurança jurídica para o aumento significativo de investimentos privados? E para uma modelagem proativa em busca da universalização do serviço e efetivação do direito humano à água potável segura e ao saneamento básico? *Ao contrário do que se tem colocado, será que o insucesso do setor não tem ocorrido justamente porque se insiste nessa simplificação?*

No cenário atual, não se pode olvidar, contudo, que o problema da captura regulatória se mostra significativamente presente. No entanto, parece ser possível reconhecer também que, diante das respostas que vêm sendo dadas especialmente pelo Poder Judiciário, o Direito Brasileiro conta com suficientes mecanismos regulatórios (jurídicos) coibidores não somente do abuso de eventual poder político e captura pública, como também possibilitadores de restauração da ordem violada.

Se por um lado, é bem verdade, não se consegue impedir por completo essa captura por vezes de natureza pública ou abusos de poder político e econômico, expurgando-os definitivamente, pelo outro é possível reconhecer que já existe uma certa experiência institucional nesse campo para lidar com o problema da captura pública (e regulatória), que atinge negativamente todos os atores do setor capturado.

Já a captura privada do setor aparenta-nos também muito nociva e degradante ao aperfeiçoamento e atingimento das metas estabelecidas, bem como para a segurança jurídica atrativa de investimentos públicos e privados, demandando, por sua vez, arquiteturas institucionais bem orquestradas que a coíbam veementemente. Do contrário, os objetivos legais do setor, reestabelecidos com o novo marco, podem restar gravemente prejudicados.

Todavia, esses não são problemas recentes e, independente do contexto, encontram-se catalogados pelo mundo, não sendo uma experiência somente

brasileira. Portanto, não se mostra razoável esperar que modelos regulatórios evitem a captura por completo para, aí sim, passar a estimular mercados específicos (esgotamento sanitário), porquanto não há certeza de que não é uma utopia pensar-se na completa eliminação da captura (seja pública, regulatória, privada ou intelectual) nociva à prestação adequada dos serviços públicos primários.

Mas, em razão de todas essas questões e diante do novo marco legal do saneamento básico, é possível apresentar uma proposta que amplia o pressuposto de atuação da governança regulatória do setor.

Sob a perspectiva da predominância da *inovação*, é possível conferir uma abertura à reconfiguração do setor a partir do novo marco, reconhecendo a coexistência e a convivência de dois tipos de governança multinível ou *types of multi-level governance* (HOOGE; MARKS, 2001) não como um ambiente de insegurança jurídica, mas sim como um espaço mais favorável a *designs* regulatórios e arranjos institucionais promissores para o setor.

III. O NOVO SISTEMA LEGAL DE GOVERNANÇA MULTINÍVEL. UM OLHAR POSITIVO PARA A FLUIDEZ DA COMPETÊNCIA REGULATÓRIA

A par a questão da governança multinível e dos seus tipos, é visível que o novo marco trouxe níveis e subníveis de governança dentro de uma arquitetura complexa que abarca atribuições a vários atores, direta ou indiretamente, envolvidos na questão da universalização do esgotamento sanitário no Brasil.

No Brasil, compete à União instituir *diretrizes* para o saneamento básico (Art. 21, inc. XX, CF/88). Contudo, a Constituição Federal estabeleceu a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para *promover a melhoria das condições de saneamento básico no país*.

Isso porque nesse campo há *interesses locais, regionais, nacionais e intermediários* entre os entes federativos a legitimar essa espécie de competência (Art. 23, inc. IX, CF/88). E definiu que Leis Complementares fixarão *normas para a cooperação* entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dentro de um *desenvolvimento equilibrado e do bem-estar em âmbito nacional* (Art. 23, parágrafo único, CF/88).

Então, no campo dos interesses intermediários e justapostos são incidentes normas de cooperação entre os entes federativos a anunciar a presença marcante do *Federalismo Cooperativo* no âmbito do saneamento básico no país e clamar pela necessidade de redesenhos funcionais e com aprimoramento no campo da sua implementação.

Mas é quando se adentra na legislação infraconstitucional, que o panorama da arquitetura institucional do serviço de saneamento básico vai ficando mais densa e engenhosa:

III.1. A titularidade do serviço

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a titularidade deve girar em torno do Princípio da Predominância do Interesse (ADI 1842 do STF e RE 738481(Tema 849). Há, contudo, relevantes previsões legais expressas, porém não exaurientes (Art. 9º, Lei nº 11.445/2007):

“Houve na Lei nº 11.445/2007 a distinção entre “a titularidade “solo”, no caso de serviço de saneamento de interesse local (art. 8º, I c/c art. 3º, XV), e vários tipos de titularidades “condominiais”: a.) entre Estado e Municípios no caso de regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas (art. 8º, II c/c art. 3º, VI, a e XIV); b.) entre Municípios que tomaram a iniciativa de realizar gestão associada (art. 8º, § 1º c/c art. 3º, II); c.) entre Municípios, sob o impulso de iniciativa estadual (caso das unidades regionais, art. 3º, VI, b); d.) entre Municípios, sob o impulso de iniciativa federal (caso dos blocos de referência, art. 3º, VI, c). É ainda possível pensar-se numa organização de titularidade ainda mais complexa, no caso de se juntar à unidade regional uma região metropolitana (art. 8º, § 2º). Por fim, deve-se disciplinar a hipótese em que o titular solo – aquele que originalmente não fez parte de arranjos de prestação regionalizada - decida ingressar em alguma das formas condominiais de titularidade, para integrar-se na prestação regionalizada já em andamento (art. 8º-A)” (DUTRA, MOREIRA & LOUREIRO, 2021).

Nessa linha de entendimento, serão abordadas relevantes competências dos principais agentes envolvidos na regulação do saneamento básico do Brasil, a fim de se dimensionar o atual cenário.

III.2. A União

Cabe à União o planejamento estrutural da política de saneamento básico do país com estabelecimento de diretrizes de atuação a todos os envolvidos com a política setorial (Art. 21, inc. XX, CF/88) e o aporte de recursos para os titulares e os prestadores do serviço (Decreto 10.588/2020). Também, a criação de blocos de referência: agrupamentos de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 da Lei nº 11.445/2007 e formalmente criados por meio de gestão associada voluntária dos titulares (Art. 3º, VI, “c”), bem como o estabelecimento de forma subsidiária

aos Estados de blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico (Art. 52, § 3º incluído pela Lei nº 14.026/20).

III.3. Os Estados

Conforme a lição de Dutra, Moreira e Loureiro (2021), os Estados:

“Ficaram responsáveis por duas iniciativas de prestação regionalizada: aquela que tem início com lei complementar estadual com a instituição de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião (Art. 3º, VI, “a”) e a cotitularidade dos serviços de saneamento (art. 8º, II e seguintes da Lei nº 11.445/2007); e a que consiste na organização de Unidades Regionais, instituídas por leis estaduais ordinárias. Embora não previsto expressamente, podem eles também desenvolver planos estaduais de saneamento - que são distintos tanto dos planos municipais, como também dos atinentes a prestações regionalizadas (Art. 17, Lei nº 11.445/2007). Além disso, podem criar fundos (art. 13, Lei nº 11.445/2007) de fomento à melhoria dos serviços de saneamento, instituir agências reguladoras (que podem vir a ser os reguladores do contrato)” (...) (DUTRA, MOREIRA & LOUREIRO, 2021).

Embora bem menos extensas e intermediadoras, as competências atreladas aos Estados são relevantes nesse cenário, justamente porque permitem a criação e organização de unidades além dos Municípios com características assemelhadas, permitindo uma maior efetividade regulatória para o setor.

III.4. Os Municípios

Conforme ADI 1842 do STF, o saneamento básico é um serviço predominantemente local e, por sua vez, de titularidade, em princípio, dos Municípios. São eles que formulam a respectiva política pública de saneamento básico local, a despeito das novas funções estratégicas conferidas aos Estados, conforme descrito no subitem antecedente. É o Município que, em princípio (de acordo com a titularidade do interesse), elabora os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelece metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; prestam diretamente os serviços ou concedem a prestação deles, e definem, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico; definem os parâmetros a serem adotados para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive

quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água; estabelecem os direitos e os deveres dos usuários; estabelecem os mecanismos e os procedimentos de controle social, observado o disposto no inciso IV do caput do art. 3º desta Lei; implementam sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SINISA), o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (SINIR) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), observadas a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo Ministério do Desenvolvimento Regional; intervêm e retomam a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nas hipóteses e nas condições previstas na legislação e nos contratos; podem autorizar a subconcessão de serviços (Art. 11-A); definem aspectos econômico-financeiros relativos à cobrança de limpeza urbana e remoção e resíduos sólidos (Art. 35, §2º); decidem sobre o modo de indenização de bens reversíveis (Art. 43, §5º); dispõem sobre o enquadramento de famílias de baixa renda (Art. 45, §9º); anuem sobre a privatização de companhias estaduais de saneamento, observadas condições legais (Art. 14, § 2º e seguintes), entre outras funções esparsas tanto na Lei nº 11.445/2007 quanto na Lei nº 14.026/20 e em legislações correlatas cuja a titularidade pressupõe interesse local. Os Municípios podem, no entanto, receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores dos serviços, conforme recente previsão na Lei nº 14.026/20.

III.5. A Agência de Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)

A par da regulamentação estabelecida pela Lei nº 9.984/2000 cujas normas aplicam-se, ao menos, subsidiariamente ao atual contexto, o Art. 3º da Lei 14.026/20 cria a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh), com a finalidade de implementar, no âmbito de suas competências, a Política Nacional de Recursos Hídricos e de instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Assim, a nova alteração legislativa estabeleceu que não só a política nacional deve seguir, essencialmente, como visto, as diretrizes estabelecidas pelo Art. 2º da Lei nº 11.445/2007 alteradas pela 14.026, de 14 de julho de 2020 como também as normas de referência devem segui-las.

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

III.6. As agências reguladoras regionais e municipais

A regulação subnacional também detém uma gama significativa de competências, a saber:

“Não é possível passar todo o rol em revista, mas vale citar algumas matérias que devem ser objeto de regulação subnacional: padrões e indicadores de qualidade (art. 23, I); regulação tarifária, incluindo estrutura e mecanismos de reajuste e revisão (arts. 11, § 2º; 22, IV; 23, IV); condições econômico-financeiras do serviço (art. 11) - delegação, via contratos ou convênios, a novidade trazida pelo art. 11-B configura um fato do príncipe, visto ser proveniente de ente Federativo que não é o titular do serviço. Ela demanda

do titular do serviço certas providências: em primeiro lugar, a tentativa de adequar o contrato às novas exigências (mas não são excluídas outras possibilidades). (...)Tópicos extraídos do art. 4º-A da Lei 9.984/2000. - 8 - § 2º); subsídios (art. 23, IX); metas de variado tipo (arts. 11, § 2º; 23, III; 44, § 3º); controle social (art. 11, § 2º); normas sobre intervenção e retomada dos serviços (art. 11, § 2º); disciplina de métodos alternativos de prestação do serviço (art. 11-B, § 4º); decidir sobre dilação de prazo de alcance das metas (art. 11-B, § 9º); estabelecer parâmetros do contrato de interdependência (art. 12); definir regras para investimento de empreendedores imobiliários em infraestrutura de saneamento (art. 18-A, par. único); estabelecer requisitos operacionais e de manutenção do sistema (art. 23, II); disciplinar a medição, faturamento e cobrança dos serviços (art. 23, V); monitoramento de custos (art. 23, VI); estabelecimento de plano de contas e de mecanismos de certificação e auditoria (art. 23, VIII); fixação de padrões de atendimento ao público (art. 23, X); previsão de medidas de segurança, contingência e racionamento (art. 23, XI); fixação de diretrizes de redução de perdas (art. 23, XIV) e limites máximos de perda (art. 43, § 2º); auditoria em bens reversíveis (art. 42, § 2º); configuração de soluções individuais de água e esgoto (art. 45, § 1º)” (DUTRA, MOREIRA & LOUREIRO, 2021).

Inobstante essas previsões legais, fica bem evidente a regulação multinível, por exemplo, ao se estabelecer por um lado o princípio da prevalência da agência reguladora local que adota as normas de referência da ANA (Art. 23, § 1º-A, incluído pela Lei nº 14.026/20) e pelo outro que, em caso de gestão associada ou prestação regionalizada dos serviços, os titulares poderão adotar os mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da associação ou da prestação (Art. 24) e, ainda, observar as normas de referência da ANA.

Por exemplo, nota-se nesse caso de três a quatro níveis de governança regulatória – municipal, regional, estadual e nacional (ANA) - legalmente previstos com a possibilidade de regulação por agência subnacional local ou regional, inclusive. Contudo, as atribuições dos entes reguladores não são estabelecidas através de definições precisas de competências legais não sobrepostas, pelo contrário, há sim sobreposição de atribuições com a possibilidade, inclusive, de mesclagem de normas e diretrizes a depender das peculiaridades setoriais. E isso sim é novidade.

É possível, então, afirmar que o sistema apresenta menos competências específicas, mais aberturas para desenhos regulatórios flexíveis, podendo chegar a ser fluidos, por permanecerem por um determinado período de tempo, que não coincide, necessariamente, com o tempo de vigência de um contrato

administrativo de concessão de serviço de saneamento básico a longo prazo e isso, frisa-se, é diferente de desregulação.

A existência de níveis de governança regulatória flexíveis a depender da necessidade local ou regional não aparenta estimular a concorrência desregrada ou justaposta que dá azo a oportunismos; pelo contrário, a inteligência e a maturidade do sistema parece residir justamente nessa abertura saudável para uma alocação eficiente das modalidades de regulação por diferentes entes. *A novidade está exatamente na fluidez da competência regulatória entre os instituições envolvidas na política de saneamento.*

Aqui, nota-se, então, a predominância da governança regulatória do tipo I, pois sobressaem as suas características como eixos de competência multitarefas, com limites territoriais mutuamente exclusivos, em número limitado e distribuído em algumas camadas de governo em um sistema “jurisdicional” quase permanente.

Contudo, ao se deparar com os instrumentos que serão a seguir destacados de organização do serviço de saneamento básico e fornecimento de água potável, é possível admitir a presença não somente da *regulação por agência*, como também da *regulação contratual e discricionária* e da *regulação por desempenho* como mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em uma perspectiva de regulação também multinível. Porém, agora, a abertura conferida pelo tipo II parece auxiliar nesse redesenho de forma a inovar o ambiente e a modelagem regulatória.

Isso porque a governança multinível do tipo II passa a oferecer um ambiente de tratamento de tarefas específicas, muitas vezes com sobreposição territorial, porém organizadas de forma não hierárquica, mas em redes e emaranhados jurídicos e políticos, na busca de soluções específicas para problemas catalogados que não implicam diretamente, como dissemos, negociação distributiva com consequências para toda a sociedade.

Através desse tipo II ocorre a fragmentação, a quebra de formulação de políticas públicas em peças discretas que exigem coordenação interna com o mínimo de transbordamento externo. Promove-se, então, um isolamento de competências específicas, uma arquitetura *ad hoc* para atender a um problema específico.

E, aqui, a chave da inteligência regulatória: enquanto a unidade de engenharia política na governança tipo I é a jurisdição ou eixo de competência com repercussão externa e geral; já na governança do tipo II, o foco é no problema de política individual ou uma parcela específica dela, com pequena repercussão externa e especificamente para aquele problema recortado do contexto.

Mas vejamos que o instrumental sobre o qual a governança regulatória trabalha leva em consideração a modalidade de *contratos administrativos de concessão incompletos* cuja discussão predominante aborda questão referente à *possibilidade ou não de alteração e adaptação da sua matriz de riscos ao longo dos anos* de vigência contratual, diante das adversidades e imprevisibilidades inerentes ao setor, a despeito de se tratar de contratação pública submetida a processo licitatório. E, agora mais recente, discussão sobre a necessidade de participação da Administração Pública em eventuais atos de transferência de contratos de concessão e a sua constitucionalidade (ADI 2946), diante do interesse público envolvido na concessão do serviço público objeto do contrato originário.

E considerando a complexidade de interesses envolvidos no seguimento de fornecimento de água e saneamento básico, destaca-se, também, a possibilidade de estabelecimento de diversos arranjos institucionais - *regiões metropolitanas, microrregiões, unidades regionais, blocos regionais, até mesmo a criação de autarquia interfederativa*.

Junto às *normas de referência* de competência da ANA, como visto, há a questão da *gestão associada voluntária*, da *sobreposição de competências*, da aplicabilidade do regime jurídico das *parcerias público-privadas, convênios e consórcios*, caso sejam o melhor instrumento de gestão de interesses locais, regionais, nacionais ou intermediários.

A par desses instrumentos, além de outros passíveis de utilização em uma postura criativa, em destaque a nova modalidade de *diálogo competitivo*⁶ da nova lei de licitações e contratos (Lei nº 14.133/21, Arts. 32 e seguintes), a qual merece uma atenção mais detalhada da governança multinível (*multi-level governance*), por exemplo, por trazer uma visão extremamente atual aplicável ao contexto do saneamento básico na realidade brasileira.

Nesse contexto de níveis de governança regulatória, a ANA deve observar na elaboração de normas de referência tanto o Art. 21 da Lei nº 11.445 de 5 de janeiro de 2007 quanto o Art. 2º, inc. XVI e XI da Lei nº 11.445/2007 alterada pela 14.026/2020.

Ou melhor, as normas de referência devem além de atender aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões, devem ser editadas sob a perspectiva da: I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço; II - integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que

⁶ Art. 6º, XLII (Lei nº 14.133/21) - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados; do III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente; IV - disponibilidade, nas áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, tratamento, limpeza e fiscalização preventiva das redes, adequados à saúde pública, à proteção do meio ambiente e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; da V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; VII - eficiência e sustentabilidade econômica; do VIII - estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas, consideradas a capacidade de pagamento dos usuários, a adoção de soluções graduais e progressivas e a melhoria da qualidade com ganhos de eficiência e redução dos custos para os usuários; IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados; X - controle social; XI - segurança, qualidade, regularidade e continuidade; XII - integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos; XIII - redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva; XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; XV - seleção competitiva do prestador dos serviços; e da XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

E isso quer dizer que as normas de referência devem, na regulação do saneamento básico nacional, ser editadas pela ANA, observando-se a adoção de métodos, técnicas e processos que considerem *as peculiaridades locais e regionais; a articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; e a eficiência e sustentabilidade econômica.*

Ou seja, as peculiaridades locais (ou regionais) modelam, segundo a legislação vigente, a regulação também promovida pela ANA. E a relevância de se admitir essa ideia é a de se reconhecer, então, para o setor de saneamento uma postura não combativa, mas cooperativa também por parte dos órgãos ou entidades centrais do governo.

A abertura inteligente para o tipo I em conversa com o tipo II de governança multinível permite tratar as peculiaridades locais e regionais, a articulação com as políticas de desenvolvimento e a eficiência e sustentabilidade econômica de forma tanto global como também específica, o que é muito interessante.

No entanto, caso se considerasse que cabe à ANA a imposição de uma governança regulatória de forma *verticalizada*, a postura do regulador do setor passaria a ser, então, combativa e impositiva e o *enforcement* das suas medidas viria, primordialmente, por meio do comando e controle.

E talvez, então, por ser por si só insuficiente, o sistema de comando e controle acabaria colocando em risco a universalização do acesso e proteção da integralidade do setor, da sua sustentabilidade e da sua eficiência econômica, pois ficaria menos propício a investimentos públicos e, sobretudo, privados, impedindo o seu desenvolvimento com o cumprimento de metas, já que, em regra, o comando e controle reduz o poder de negociação.

Poderia até contribuir para a diminuição de capturas regulatórias, é bem verdade, mas em um país com condições locais tão adversas e peculiares regionais marcantes, tal hipótese parece ir de encontro a toda sistemática construída pelo novo marco legal.

O novo marco estabeleceu uma *competência de referência* à agência central, muito relevante e conformadora – uma competência de direcionamento sobretudo político, ao nosso ver, porém em uma postura que não se mostra excludente e impositiva.

A normatização aberta não comprometeu a *accountability*, porquanto predomina a definição mínima de atribuições por eixos de competência sob a perspectiva de um federalismo e isso é inafastável porque normatizado, como visto. Contudo, a modelagem regulatória pode trabalhar com esses eixos de competência de forma flexível.

Os *designs regulatórios* dependem, necessariamente, das condições sociais, políticas, econômicas, ambientais e de integridade locais ou setoriais para o seu sucesso e, bem nesse ponto, os ensinamentos da *multi-level governance* (HOOGHE; MARKS, 2001) parecem produzir resultados mais eficazes e eficientes para os objetivos do setor, especialmente porque adaptáveis às mudanças circunstanciais e às prioridades setoriais dinâmicas.

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou demonstrar uma tendência de evolução política que implica, necessariamente, no campo jurídico e, a partir dessa constatação, indicar um pressuposto para uma regulação inteligente no âmbito do saneamento básico do Brasil: o de que não é indicado enrijecer o sistema com fixação precisa e estável de competências regulatórias, impedindo a criação de *designs* regulatórios flexíveis, adaptáveis e, por vezes, fluidos para circunstâncias específicas, fechando, assim, o sistema, antes mesmo de experimentá-lo.

É que instituições dinâmicas e flexíveis, com fortes assimetrias nas relações de poder, podem, sob certas condições, responder mais às necessidades humanas do que instituições fechadas e equilibradas de poder simétrico (TEUBNER, 1986, p. 319, tradução própria).

O reconhecimento da existência de dois tipos diferenciados de governança multinível, mas que se complementam no ambiente regulado, traz um pressuposto inovador ao setor de saneamento básico e estabelece uma ambientação muito interessante para o desenvolvimento da modelagem regulatória inteligente no setor (HOOGHE; MARKS, 2001).

Entendemos que a definição específica do campo de atuação de um ente político (competência regulatória) não é suficiente para evitar a captura pública, privada, regulatória ou mesmo intelectual nocivas ao sistema, tampouco o abuso de poder político ou econômico, assim como práticas anticoncorrenciais.

É que “tão logo uma fundamentação racional coletiva da vontade passa a visar programas jurídicos concretos, ela precisa ultrapassar as fronteiras dos discursos da justiça e incluir problemas do autoentendimento e da compensação de interesses” (HABERMAS, 2012, vol. I p.194).

A limitação do sistema no momento atual de sua implementação com o novo marco através de precisas e estanques ou estáveis definições de competências, que permitiriam mais e mais judicializações para problemas concretos, não trará, ao nosso ver, a almejada segurança jurídica, porquanto os interesses envolvidos no mercado do saneamento básico ultrapassam questões meramente jurídicas.

Por isso que, diante da visão de governança multinível apresentada, baseada nos estudos de Liesbet Hooghe e Gary Marks (2001), entendemos que uma governança regulatória inteligente é aquela que permite o convívio da governança multinível em seus dois tipos I e II, sem suprimir o ambiente propício para que essa convivência possa aflorar e sem ignorar a existência e a potencialidade da governança multinível do tipo II e, portanto, sem impedir a *fluidez de designs regulatórios setoriais circunstanciais*.

Considerando essa abertura ou pressuposto, entendemos, por fim, que a governança regulatória no setor de saneamento básico talvez possa alcançar um maior sucesso regulatório na modelagem inclusive de *normas de referência*, o que significa tanto buscar estimular investimentos públicos e privados no setor de esgotamento sanitário e outros serviços correlatos, quanto progredir no sentido de auxiliar na busca do cumprimento das metas recentemente estabelecidas de universalização dos serviços de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário, sob uma perspectiva de segurança, qualidade, regularidade e continuidade do serviço somada à eficiente administração da escassez de recurso hídrico, quando presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES & D'OLIVEIRA. Paulo de Bessa e Rafael Daudt. **Breves Considerações sobre o Marco regulatório do Saneamento Básico** – Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. <http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marco-regulatorio-saneamento-basico/>. Acesso em: 23.07.2020.
- ASHELY C. Brown et al. **Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems**. The World Bank, Washington- DC, 2006.
- BATLHEY, Richard. 1991. **Comparisons and Lessons**. In Local Government in Europe. Trends and Developments, edited by Richard Batley and Gerry Stoker. London: MacMillan, 210-230.
- DUTRA, Joisa; MOREIRA, Egon & LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Competência e a governança do setor de saneamento: quem faz o quê?**. Fundação Getúlio Vargas: abril, 2021.
- FREY, Bruno, and EICHENBERGER, Reiner. **The New Democratic Federalism for Europe. Functional, Overlapping, and Competing Jurisdictions**. Cheltenham: Edward Elgar. 1999.
- HABERMAS. Jürgen. **Direito e Democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2012, vol I e II.
- HOOGHE, Lisbet, MARKS, Gary .**Types of multi-level governance**. 2001. European Integration Online Papers (EIoP). Vol. V (2001). Nº 11; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-011a.htm>. Acesso em 24.06.2021.
- HOOGHE, Lisbet, MARKS, Gary. **Unravelling the Central State, but how? Types of Multi-level Governance**. American Political Science Review, vol.97, n.2, p.233-243, maio, 2003.
- KEOHANE, Robert O. and OSTROM, Elinor, eds. 1995. **Local Commons and Global Interdependence. Heterogeneity and Cooperation in Two Domains**. London: Sage.

- MCGiNNIS, Michael D. ed. 1999a. **Polycentric Governance and Development. Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis.** Ann Arbor: University of Michigan Press.
- NICOLAIDIS, Kalypso. 2001. **Conclusion: The Federal Vision Beyond the State.** In *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, edited by Kalypso Nicolaidis and Robert Howse. Oxford: Oxford University Press, 442-470.
- OSTROM, Elinor. 1990. **Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action.** Cambridge: Cambridge University Press.
- PEREZ, marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de; TOJAL, Sebastião Boto de Barros; FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha. **Desafios da Nova Regulação do Saneamento Básico.** Quartier, 2021.
- ROSENAU, James N. 1997. **Along the Domestic- Foreign Frontier. Exploring Governance in a Turbulent World.** Cambridge: Cambridge University Press.
- ROSENAU, James N. 2001. **Strong Demand, Huge Supply: Governance in an Emerging Epoch.** Paper prepared for the Conference on Multi-Level Governance: Interdisciplinary Perspectives, sponsored by the Political Economy Center of the University of Sheffield.
- STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade. Tradução de Dinis Pires.** Lisboa: Bertrand, 2013.
- _____. **Rewriting the rules of the American Economy. An agenda for growth and shared prosperity.** New York: WW Norton & Company, 2016.
- TEUBNER, Gunther. **After legal instrumentalism: Strategic models of post-regulatory law.** In: *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986.
- _____. **Direito, Sistema e policontextualidade.** Piracicaba: Unimep, 2005.
- _____. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização.** São Paulo: Saraiva, 2016.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

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

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

E-mail: ndsr@unb.br

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