

DIÁLOGO E RACIONALIDADE: DESAFIOS DA PRODUÇÃO NORMATIVA NO SETOR DE SANEAMENTO¹

Sandro Sabença²

Thaís Marçal³

1 INTRODUÇÃO

Os compromissos internacionais de que o Brasil optou por ser signatário impõem a universalização do saneamento até 2033. A fim de permitir coadunar o ordenamento jurídico interno com a meta internacional, foi editada a Lei Federal nº 14.026/2020,⁴ conhecida como Novo Marco Regulatório do Saneamento.

Considerando a necessidade de aportar um grande volume de investimentos, diversos entes federados concluíram que não seriam capazes de universalizar o saneamento sem o investimento do setor privado, optando-se por modelagens de concessão (regidas pela Lei Federal nº 8.987/1995)⁵ ou por parcerias público-privadas (PPPs) (regidas pela Lei nº 11.079/2004).⁶

Trata-se, entretanto, de setor peculiar, com “arquitetura institucional” complexa e multifacetada, sobretudo em função da multiplicidade de atores públicos envolvidos, o que acarreta a existência de vários “centros de competência”, várias “atribuições” e “muitos possíveis pontos de contato” (Dutra, Moreira e Loureiro, 2021, p. 8).

De modo a viabilizar o aporte de vultoso volume de investimentos, públicos e privados, é fundamental que haja uma governança regulatória pautada em um ambiente dialógico, que viabilize a participação dos diversos atores envolvidos, e em um processo normativo/decisório baseado na racionalidade, de modo a proporcionar a tão desejada segurança jurídica.

1. DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/brua29art9>

2. Mestre em direito da regulação; especialista em auditoria pública e direito; graduado em direito e contabilidade; auditor federal de finanças e controle; e advogado (licenciado). *E-mail*: <ssabenca@ymail.com>.

3. Secretária-geral da Comissão de Assuntos Regulatórios do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); presidenta da Comissão de Estudos em Improbidade Administrativa da OAB-RJ; coordenadora acadêmica da Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ; mestra em direito; e advogada. *E-mail*: <thais-marcal@hotmail.com>.

4. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm>.

5. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>.

6. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>.

A responsividade do exercício da competência regulatória é fundamental para o bom funcionamento do setor regulado. Dito isto, a edição de atos pautados no diálogo entre regulado e regulador se mostra prática. As consultas e audiências públicas são conquistas históricas decorrentes do ditame do devido procedimento de elaboração normativa; tema este objeto de estudo aprofundado por Barcellos (2020).

Barcellos (2020, p. 151-154) sustenta a necessidade de uma análise de impacto legislativo (AIL), de modo a evitar uma “fábrica de leis”, fazendo valer a emblemática frase de Otto von Bismarck: “Os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis”. Contudo, a adoção de métodos estruturados de diálogo acaba por não ser prática comum, nos casos em que não há obrigatoriedade.

2 O MOVIMENTO DE RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO NORMATIVO

A necessidade de aprimoramento do processo normativo, sobretudo das questões afetas à regulação, é discutida desde a década de 1970 nos Estados Unidos. Na década de 1980, no governo Reagan, com a instituição da obrigatoriedade da utilização da “análise custo-benefício” pelas *agencies*, iniciou nos Estados Unidos o que Sunstein (2018) chama de “revolução custo-benefício”; a medida decretada por Reagan e as “*executive orders*” decretadas por Clinton e Obama sustentam o movimento de racionalização da produção normativa, em um exercício de ponderação racional entre custos e benefícios (Sunstein, 2018).

No Reino Unido, também na década de 1980, com o objetivo de reduzir o impacto da regulação no ambiente de negócios, surgiram as “análises de impacto” (Baldwin, Cave e Lodge, 2012).

Rodas (2019) indica que a difusão das avaliações de impacto regulatório foi afetada pela recomendação de adoção, efetuada pelo Banco Mundial aos Estados que fazem parte de sua clientela. O movimento também ganhou força e se difundiu, sobretudo entre países-membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), passando a integrar como ferramenta de “melhoria regulatória”; a “*better regulation agenda*” tem como uma de suas bases a defesa do processo de produção normativa baseado em evidências.

Nesta esteira, caminhou, ainda que tardiamente, o legislador nacional para instituir prática regulatória reconhecida internacionalmente como condição para a edição de atos que tendam a instituir ou revogar regulamentações, qual seja: análise de impacto regulatório (AIR). A Lei de Agências Reguladoras (Lei Federal nº 13.848/2019, art. 6^a)⁷ estabeleceu que os atos normativos de interesse de agentes econômicos, consumidores ou usuários de serviço público seriam precedidos da realização de AIR; coube, entretanto, ao Decreto nº 10.411/2020⁸ a regulamentação da matéria, e, com sua entrada em vigor, a calendarização da obrigatoriedade de utilização da AIR por parte dos reguladores.

A despeito do caráter obrigatório recentemente imposto pelo Decreto nº 10.411/2020, é importante destacar que algumas agências já vinham experimentando há um bom tempo o uso da ferramenta de AIR (Cotia, 2020). A este respeito, é fundamental reconhecer que o nível de amadurecimento institucional de cada ente regulador varia de acordo com sua história. Não necessariamente agências reguladoras mais antigas gozam de melhor estrutura do que aquelas criadas recentemente, mas, sem dúvida, o fator tempo é relevante no processo de aperfeiçoamento no cumprimento de suas obrigações. Um *hub* de boas experiências

7. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13848.htm>.

8. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm>.

regulatórias seria interessante para o compartilhamento das experiências entre os reguladores. A “curva de aprendizado” pode ser encurtada a partir da leitura de práticas bem-sucedidas, bem como daquelas de insucesso. Por óbvio, é fundamental atentar para as especificidades de cada setor no processo de elaboração de normas, mas também é possível identificar pontos teóricos que possam ser compartilhados.

3 NOTAS SOBRE EPISÓDIOS RECENTES DA PRODUÇÃO NORMATIVA NO SETOR DE SANEAMENTO

Na seara do saneamento, é importante rememorar que as agências reguladoras estaduais desempenharam competências regulatórias até a edição do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. Com o advento da Lei nº 14.026/2020, a competência para editar normas de referência em matéria de saneamento foi atribuída à Agência Nacional de Águas (ANA); tal alteração foi alvo de críticas, sob o argumento de que se traduziria em invasão de competências estaduais pela União Federal. Entretanto, há quem defenda que a competência atribuída à ANA materializa o exercício do “federalismo por cooperação” (Pozzo e Marçal, 2021),⁹ uma vez que seria possível gerar ganhos de eficiência com o compartilhamento de estudos, evitando-se o retrabalho de diversos entes federados, os quais poderiam optar por adotar prática regulatória da ANA.

A título de exemplo, cabe rememorar um episódio recentemente enfrentado pelo setor, em que restou demonstrado que um espaço dialógico, onde possam ser ouvidos os mais diversos *stakeholders* do setor, pode auxiliar na governança do processo de produção de normas reguladoras do saneamento; foi o que aconteceu com a Medida Provisória nº 1.154/2023,¹⁰ que retirava da ANA a competência para edição de normas regulatórias. Diante da preocupação externada por agentes do setor sobre eventuais impactos negativos da citada alteração na segurança jurídica do mercado de saneamento, o governo federal prontamente acenou com a “alteração da alteração”; trata-se de episódio que retrata espaço aberto ao diálogo entre Estado e mercado; exercício legítimo e consentâneo com o Estado Democrático de Direito em matéria de planejamento de políticas públicas, aqui compreendidas em sentido amplo.

Em outras palavras, uma vez compreendido que houve uma decisão que não causou o impacto esperado por ocasião de sua edição, há que se reler e, com isso, eleger nova estratégia. Há de se reconhecer, entretanto, uma lição aprendida: justamente nisso reside a importância de um devido processo de elaboração normativa. Caso se tivesse submetido ao debate público tal tema, é possível que, uma vez ouvidos os agentes envolvidos, a opção política escolhida fosse diferente. Aqui não se está a defender a ampliação do rol de casos em que deve haver consulta pública em sentido estrito; sustenta-se, tão somente, a importância de se utilizar dos instrumentos da publicidade para colocar em debate público temas relevantes para o Estado, visando coletar a crítica pública antes da edição do ato.

9. “Deve-se preservar a autonomia federativa, de forma que as diretrizes impostas na nova lei de saneamento devem ser lidas como instrumento de concretização do federalismo cooperativo (...). Logo, sempre que a peculiaridade regional ou local impuser razões de ordem prática para a impossibilidade de cumprimento das normas de referência, descabe à União Federal limitar o repasse de verba à obediência destas. Ou seja: a regra geral é que, em prol da segurança jurídica, a premissa seja de cumprimento da regulação federal, militando em face daquele ente que pretende o *distinguishing* de sua situação concreta o ônus probatório da comprovação de suas alegações”.

10. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1154.htm>.

Cabe lembrar que o objetivo deste ensaio não é falar da AIR mencionada na Lei de Agências Reguladoras; pretende-se apenas, e tão somente, traçar um paralelo racional entre o instituto e o impacto de ações do legislativo para o setor de saneamento. Tal paralelo foi traçado para demonstrar que medidas de cunho generalistas (como é o caso das leis e decretos sobre a matéria) têm o condão de (des)estabilizar o setor; quiçá, promover atos regulamentadores setoriais com impacto no planejamento técnico. Afinal, nesta questão reside a importância do compartilhamento de experiências entre o público e privado. Assim como reside a importância de se ter em mente a avaliação global do impacto no momento da edição de ato ou de revogação.

Realizado tal paralelo, observa-se que, independentemente da opção política sobre a atuação da União Federal na edição de normas de referência no setor de saneamento, mais importante é o estabelecimento de regras claras e, em caso de mudança, que haja o devido processo de debate público prévio; debate público com a ponderação dos argumentos colocados em discussão sobre os diversos atores envolvidos no processo de tomada de decisão. Por óbvio, o acolhimento das críticas não é obrigatório, mas há que se extrair um dever de motivação da opção pelo não acolhimento.

Tal prática poderá proporcionar, inclusive, um incremento da prática da deferência judicial nas escolhas administrativas, uma vez que são pautadas em escolhas públicas decorrentes de processo decisório efetivamente democrático; acredita-se, também, que tal medida pode melhor viabilizar uma regulação que equilibre adequadamente o setor, afastando-o da asfixia estatal e do bel-prazer dos agentes privados, típico de mercados não regulados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

São diversos os desafios do setor que podem ser mais bem enfrentados com um espaço de produção de normas mais racional e dialógico; basta valer-se da “caixa de ferramentas”¹¹ (Ribeiro, 2016, p. 211-218) democrática disponível no ordenamento jurídico brasileiro. A indução de comportamentos por incentivos (*nudges*), de modo a tornar a pauta ambiental, social e de governança (*environmental, social and governance* – ESG) efetiva, e a instituição de *sandboxes*, nos casos em que ainda houver conhecimento incipiente sobre o tema, são exemplos das ferramentas à disposição do legislador e do regulador, que – aliadas às análises de impacto – podem proporcionar responsividade regulatória.

Acredita-se que as análises de impacto regulatório têm o potencial de espriar seus efeitos para além do processo regulatório, podendo ensejar a instituição de uma espécie de AIL, com o objetivo de trazer mais racionalidade para o processo legislativo. De todo modo, apenas a prática endógena da AIR já se mostrará de excelente utilidade para o mercado de saneamento que tanto necessita de instrumentos de alavancagem do Estado.

Se os investimentos em infraestrutura têm o poder de gerar um salto de crescimento, o saneamento pode ser interpretado como um dos principais protagonistas, diante de suas múltiplas externalidades positivas na saúde, no emprego e no incremento de arrecadação tributária.

11. Expressão de Leonardo Coelho Ribeiro no artigo *O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias*.

REFERÊNCIAS

- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento de elaboração normativa**. 2. ed. Curitiba: Fórum, 2020.
- COTIA, Pedro Pamplona. **Consequências e análise de impacto regulatório, princípios e proporcionalidade: aproximações e distanciamentos**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.
- DUTRA, Joísa Campanher; MOREIRA, Egon Bockmann; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Competência e governança no setor de saneamento: quem faz o quê?** Rio de Janeiro: FGV, 2021. (Texto para Discussão). Disponível em: <<https://ceri.fgv.br/publicacoes/competencia-e-governanca-no-setor-de-saneamento-quem-faz-o-que-texto-para-discussao>>. Acesso em: 8 fev. 2023.
- LIMA, Gislene Rocha de. **Análise de impacto regulatório e serviços públicos: instabilidades institucionais**. Curitiba: Fórum, 2022.
- PINHEIRO, Victor Marcel. Por que a análise de impacto legislativo ainda não é realidade no Brasil? **Consultor Jurídico**, 18 out. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-out-18/fabrica-leis-analise-impacto-legislativo-nao-realidade-pais>>. Acesso em: 31 jan. 2023.
- POZZO, Augusto Neves Dal; MARÇAL, Thaís. O federalismo por cooperação no novo Marco Regulatório do Saneamento Básico: saudades do que ainda não vivemos. **Migalhas**, 11 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/338689/o-federalismo-por-cooperacao-no-novo-marco-regulatorio-do-saneamento-basico--saudades-do-que-ainda-nao-vivemos>>. Acesso em: 31 jan. 2023.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, n. 272, p. 209-249, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v272.2016.64303>>.
- RODAS, João Grandino. Aspectos internacionais da avaliação dos impactos regulatórios. **Consultor Jurídico**, 16 maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/olhar-economico-aspectos-internacionais-avaliacao-impactos-regulatorios>>. Acesso em: 31 jan. 2023.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Os perigos de uma produção normativa puramente racional-instrumental. **Consultor Jurídico**, 6 dez. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-dez-06/fabrica-leis-perigos-producao-normativa-puramente-racional-instrumental>>.
- SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit revolution**. Cambridge: MIT Press, 2018.
- VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Curitiba: Fórum, 2013.

