

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DE REFERÊNCIA N.º 4/2024 DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO

SOLICITANTE

ARES-PCJ

DOCENTE RESPONSÁVEL

THIAGO MARRARA

Professor de direito administrativo da USP (FDRP). Livre-docente (USP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Consultor especializado em direito administrativo, regulatório e das infraestruturas. Autor/coordenador de “Tratado de direito administrativo, v. 3”; “Princípios de direito administrativo”; “Manual de direito administrativo”; “Tratado das Parcerias Público-privadas, tomo 3”, “Processo administrativo: Lei n. 9.784/1999 comentada”; “Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da LPA federal”; “Direito administrativo: transformações e tendências”, “Lei Anticorrupção comentada”, “Manual de licitações e contratos”, entre outras obras.

JUNHO

2024

SUMÁRIO

I.	Da consulta	3
II.	Reforma do saneamento e uniformização regulatória.....	4
III.	Normas de referência, “spending power” e vinculação	5
IV.	Submissão da ANA à lei e ao direito	8
V.	Parâmetros materiais, finalístico e formais da Lei n. 9.984	10
VI.	Parâmetros da LDNSB: competências do titular e do regulador.....	14
VII.	Parâmetros constitucionais: autonomia municipal.....	20
VIII.	Auto-organização e autoadministração na federação	22
IX.	Autonomia federativa, saneamento básico e NR 4	24
X.	Violação à autonomia organizacional e administrativa.....	27
XI.	Violação à autonomia na definição do regime de servidores	33
XII.	Violação à autonomia quanto ao processo administrativo	42
XIII.	Conclusões.....	49

I. DA CONSULTA

A Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (ARES-PCJ) solicita à Fundação para Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa em Direito (FADEP), como fundação de apoio à Faculdade de Direito da USP do campus de Ribeirão Preto (FDRP), análise da legalidade e da constitucionalidade dos mandamentos contidos na Norma de Referência n.º 04/2024 (doravante NR 4). Editada pela Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA), essa NR estabelece normas sobre práticas de governança aplicadas às entidades reguladoras infranacionais (ERIs) que atuam no setor de saneamento básico.

É preciso alertar que **a consulta não objetiva discutir o instituto da Norma de Referência em si, o qual já foi julgado constitucional pelo STF no âmbito da ADI n. 6.492-DF.** Em verdade, a solicitação da consulente se justifica por uma razão muito mais pontual. Busca-se verificar se a ANA, ao editar a NR 4, extrapolou suas competências na matéria, uma vez que o referido ato normativo ingressa em temas de organização administrativa, agentes públicos e processo administrativo. Sob essas circunstâncias, o presente estudo busca examinar particularmente se a NR 4 viola parâmetros constitucionais e legais incidentes sobre o exercício do poder normativo da Administração Pública federal na política pública de saneamento básico.

Para responder a essa indagação central, o estudo se dividirá em três partes:

- A **primeira (itens II a IV)** demonstrará como as normas de referência criadas pela ANA se inserem em um movimento de uniformização regulatória do setor de saneamento básico. Parte-se da reforma do saneamento básico pela Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020, apontam-se as características das normas de referência e indica-se como a União utiliza seus recursos financeiros para transformar recomendações em normas vinculantes. Em seguida, debate-se a aplicação do princípio da legalidade à ANA, demonstrando-se que seu poder normativo não pode ser exercido em contrariedade a parâmetros legais e constitucionais;

- A **segunda parte (itens V a IX)** aborda em detalhes os parâmetros que a ANA necessita respeitar para conferir validade às normas de referência que edita, como a NR 4. Dividem-se esses parâmetros em três grupos: os decorrentes da Lei n. 9.984/2000, os presentes na Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (LDNSB) e os que resultam da estrutura federativa e da consequente autonomia dos Municípios e Estados em termos de auto-organização e autoadministração; e
- A **terceira parte (itens X a XII)** cuida dos dispositivos da NR 4 que descumprem os parâmetros citados. Essa análise divide os dispositivos conforme o tipo de violação. Inicia-se pela consideração dos que afrontam a autonomia organizacional e administrativa dos entes subnacionais. Em seguida, analisam-se os que invadem a autonomia na definição do regime dos servidores públicos das agências reguladoras. Por fim, enumeram-se os comandos da NR 4 que infringem a autonomia local e estadual em matéria de processo administrativo.

II. REFORMA DO SANEAMENTO E UNIFORMIZAÇÃO REGULATÓRIA

A Lei n. 14.026/2020 reformou amplamente o marco legal do saneamento básico estabelecido pela Lei n. 11.445/2007 (Lei das Diretrizes Nacional de Saneamento Básico – LDNSB). A reforma é resultado de longas discussões, iniciadas desde a edição da Medida Provisória n.º 844, de 06 de julho de 2018.

Conforme exposto em artigo sobre o tema¹, o foco central da reforma promovida em 2020 foi a universalização dos serviços públicos de saneamento, em especial os de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. A firmar esse escopo, o legislador introduziu metas legais claras de universalização para ambos os serviços, tomando como data-alvo o ano de 2033. Para

¹ MARRARA, Thiago. Regionalização do saneamento básico no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 108, 2022, p. 275-290.

viabilizar a consecução de metas tão audaciosas, a reforma adotou três estratégias muito evidentes:

- (i) o **incentivo à desestatização** na execução do serviço, com restrições à atuação de empresas estatais e medidas de fomento à competição na entrada de agentes privados para operarem os sistemas relativos ao saneamento básico;
- (ii) a **uniformização da regulação** criada por dezenas de agências locais, intermunicipais e estaduais, claramente voltada a reduzir assimetrias regulatórias e custos de transação para as empresas entrantes; e
- (iii) a **regionalização**, como técnica de cooperação e coordenação dos titulares no âmbito do planejamento, da regulação e da prestação dos serviços.

III. NORMAS DE REFERÊNCIA, “SPENDING POWER” E VINCULAÇÃO

Com o objetivo de promover a uniformização da regulação, pulverizada por dezenas de agências reguladoras Brasil afora, a reforma do saneamento de 2020 alterou a Lei n.º 9.984/2000 e atribuiu à ANA a competência para normatizar a regulação do saneamento no plano subnacional. Transformada em Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, essa autarquia federal adquiriu competência para instituir normas de referência com o intuito de guiar as agências locais, intermunicipais e estaduais no setor em debate.

Note bem: a ANA não regula diretamente os prestadores e os usuários. Sua função consiste em regular os reguladores do saneamento, exercendo uma espécie de “metarregulação”. Para tanto, emprega “Normas de Referência” como instrumento central.

A escolha dessa ferramenta se explica facilmente. Como a União necessita respeitar a autonomia federativa, a ANA jamais poderia impor normas sobre organização administrativa, servidores públicos, processos administrativos a entes estaduais e municipais. Por isso, as Normas de Referência foram pensadas como guias ou orientações, uma espécie de “soft law”.

Uma análise mais profunda da legislação revela, porém, que o caráter meramente orientativo das NR é irreal. O discurso de “soft law” é negado pelas normas jurídicas do próprio sistema de saneamento. A legislação setorial forja um mecanismo de vinculação disfarçada, na medida em que condiciona a transferência de recursos financeiros da União ao cumprimento das Normas de Referência. Como sustentei em outra oportunidade:

*“essas normas não implicam adesão obrigatória de todos os titulares. **No entanto, a legislação evidencia que a União utilizará seus vultosos recursos financeiros como ferramenta de indução à adesão a normas de referência da ANA pelos empobrecidos Municípios brasileiros, cada vez mais pressionados pela população, pela legislação e pelos órgãos de controle a estruturar, de uma vez por todas, serviços de saneamento básico minimamente eficientes e eficazes**”.*²

André Cyrino, em estudo sobre as Normas de Referência, reconhece o mesmo problema e destaca que, sob a aparência de recomendações, a União se aproveita das fragilidades orçamentárias dos Municípios para impor verdadeiras normas cogentes. Vale transcrever o trecho doutrinário:

*“(...) o legislador valeu-se de instrumento cada vez mais comum na relação entre os entes federativos: condicionar apoios financeiros da União ao atendimento das normas de referência; espécie de soft law federativo, entendido aqui como normas, em princípio, não vinculantes, mas que, **na vida real, serão cogentes**. É nesse sentido, que **as normas de referência poderão ser muito mais que simples regras gerais para estados e municípios que precisem de recursos da União**”.*(g.n.)³

Valendo-se de seus vultosos recursos financeiros orçamentários e do poder de decidir a quem direcioná-los (“spending power”), a União vincula os titulares do saneamento básico às normas da ANA ao impedi-los de obter recursos federais sem que respeitem os mandamentos contidos nas NR. Não é

² MARRARA, Thiago. “Mosaico regulatório”: As normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. (org.); GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 125.

³ CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: *soft law* federativo? *Revista Digital da ESA OABRJ*, v.3, ano 3, 2021, p. 93.

outra a conclusão do art. 50 da LNDNB e do art. 4º-B, *caput* e § 2º, da Lei n. 9.984/2000. Veja:

*Lei n. 11.445/2007. Art. 50. A **alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União** ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: III - à **observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA**; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)*

*Lei n. 9.984/2000. Art. 4º-B, *caput*. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, **com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal**, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.*

*Art. 4º-B, § 2º A verificação da adoção das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA ocorrerá periodicamente e será obrigatória no momento da contratação dos **financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal**.*

Quando se constata que grande parte dos aproximadamente 5570 Municípios brasileiros sequer atinge 20 mil habitantes e prescinde de recursos técnicos e financeiros para estruturar o planejamento, a regulação e a prestação dos serviços de saneamento, o acesso aos recursos federais torna-se condição imprescindível para que atinjam as metas legais de universalização estipuladas pela LDNSB.

De acordo com o Índice Firjan de Gestão Fiscal (IFGF) de 2022, os dados mais recentes disponíveis, mais de 40% dos municípios brasileiros apresentaram desempenho fiscal insatisfatório: 2.195 cidades enfrentaram situações fiscais difíceis ou críticas. Esses números destacam persistentes problemas estruturais que impedem a generalização de uma situação fiscal positiva. En-

tre os principais fatores que contribuem para essa condição está a baixa autonomia: 1.570 municípios (30%) não conseguiram gerar receitas próprias suficientes para cobrir as despesas de sua estrutura administrativa.⁴

Sob essas circunstâncias, dada a ausência de solução alternativa, resta aos titulares de saneamento e suas respectivas agências reguladoras tão somente a opção de se submeter aos comandos normativos indicados nas Normas de Referência da ANA. É nesse contexto que o “soft law” se transforma em “hard law”, como bem adverte André Cyrino:

“Num país de estados e municípios endividados, a ANA será muito mais que uma agência referência. Ela definirá os rumos e detalhes do saneamento básico no Brasil. O soft law tende a tornar-se hard law. A experiência dirá em que medida a ingerência será válida”. (g.n.)⁵

IV. SUBMISSÃO DA ANA À LEI E AO DIREITO

A submissão da ANA ao princípio da legalidade administrativa resulta de sua condição de autarquia federal, parte da Administração Indireta, balizada pelo art. 37, *caput* da Constituição da República. Mais que isso, a submissão da agência ao ordenamento consta expressamente da Política Nacional de Saneamento Básico, conforme atesta o dispositivo legal a seguir transcrito:

*Lei n. 11.445/2007. Art. 25-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, **observada a legislação federal pertinente.***

Assim como todo comando de direito público, o art. 25-A da LDNSB necessita ser interpretado em harmonia com a legislação geral e o texto constitucional. Desse dispositivo resulta que a ANA deverá observar a legislação de

⁴ IFGF 2023: Índice Firjan de Gestão Fiscal / Firjan. Rio de Janeiro: Firjan, 2013.

⁵ CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: *soft law* federativo? *Revista Digital da ESA OABRJ*, v.3, ano 3, p. 93, 2021.

maneira ampla. Seu poder normativo não se guia unicamente pelos parâmetros introduzidos pela Lei n. 14.026 na Lei n. 9.984. A agência deverá também verificar outras leis aplicáveis ao setor, em especial, a própria Lei n. 11.445, que comanda toda a política de saneamento básico no Brasil.

Mais que isso! Embora o art. 25-A da LDNSB diga que a ANA respeitará a legislação “federal” ao criar normas de referência, obviamente não se autoriza que ignore os mandamentos constitucionais. Além de observar os comandos de sua própria lei de regência e de outros diplomas aplicáveis ao setor de saneamento, em especial a LDNSB, a agência necessita alinhar suas determinações ao texto constitucional, mormente as relativas à distribuição de competências pela federação.

Como autarquia regulatória, pessoa jurídica de direito público interno e parte da Administração Indireta da União, a ANA sujeita-se ao princípio da legalidade, compreendido como juridicidade, ou seja, respeito à lei e ao direito (art. 2º, parágrafo único, inciso I da Lei n. 9.784/1999). O fato de o STF ter reconhecido a constitucionalidade do instituto das normas de referência na ADI n. 6.492-DF, como dito, não é uma carta branca para que a ANA empregue esse instrumento de qualquer modo.

Sob essa premissa, reitero, no exercício de suas funções normativas a ANA necessita respeitar três blocos de limitações. Em primeiro lugar, agir conforme os parâmetros específicos indicados na Lei n. 9.984/2000. Em segundo, observar os comandos das demais leis, em especial os que tratam das competências dos titulares e dos reguladores na LDNSB. Em terceiro, obrigatoriamente alinhará suas NR aos comandos constitucionais, em especial aos princípios gerais da administração e à autonomia federativa (art. 1º e art. 18).

A ANA jamais restará autorizada a extrapolar os limites competenciais da União para criar normas que afetem os espaços reservados das esferas federativas subnacionais. Se a Constituição da República reconhece a federação tripartite como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso I) e proíbe o Congresso Nacional, como poder constituinte derivado, de ignorar ou aniquilar a autonomia federativa ao emendar a Constituição ou editar leis, jamais poderia uma entidade da Administração Indireta federal, no exercício de seus poderes normativos infralegais, afastar-se desses limites.

Por tudo isso, a validade da NR 4, editada pela ANA sob o escopo de disciplinar a governança regulatória, pressupõe inevitavelmente uma tripla verificação. Para se atestar a juridicidade de seus comandos, a uma, cumpre analisá-los diante dos parâmetros de edição de normas de referência inscritos na Lei n. 9.984/2000. A duas, cumpre abordá-los à luz das competências dos titulares e reguladores de saneamento, entre outros preceitos gerais da Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (LDNSB). A três, e mais importante, é imprescindível observar se o conteúdo normativo respeita a autonomia federativa, sobretudo em relação aos temas da organização administrativa, do regime de agentes públicos e do processo administrativo – matérias que formam o núcleo da NR 4.

V. PARÂMETROS MATERIAIS, FINALÍSTICO E FORMAIS DA LEI N. 9.984

O primeiro conjunto de parâmetros que orienta a ANA na edição de normas de referência extrai-se da Lei n. 9.984/2000, que cria e rege essa agência reguladora federal. Essas parâmetros dividem-se em três conjuntos: os materiais (relativos ao conteúdo da NR), os finalísticos (relativos aos objetivos da NR) e os formais (relativos ao procedimento de normatização).

Quanto aos **PARÂMETROS MATERIAIS**, o art. 4º-A, § 1º, da Lei n. 9.984/2000 restringe o conteúdo das normas de referência a um rol taxativo de assuntos, a saber: (i) padrões de qualidade e eficiência na prestação, manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico; (ii) regulação tarifária dos serviços; (iii) metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico; (iv) critérios para a contabilidade regulatória; (v) redução progressiva e controle da perda de água; (vi) metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados; (vii) **governança das entidades reguladoras**; (viii) reuso dos efluentes sanitários tratados; (ix) parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços; (x) normas e metas de substituição do unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes; (xi) sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços; e (xii) conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

A partir desse conteúdo temático legalmente delimitado, a ANA já editou inúmeras Normas de Referências, como demonstra o quadro a seguir:

Nome	Data	Objeto
Resolução ANA n.º 79/2021	14/06/2021	Disciplina o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias
Resolução ANA n.º 106/2021	04/11/2021	Dispõe sobre a padronização dos aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão, para prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, para incorporação das metas previstas no Art. 11-B da Lei n.º 11.445/2007
Resolução ANA n.º 161/2023	03/08/2023	Dispõe sobre a metodologia de indenização de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados dos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário
Resolução ANA n.º 177/2024	12/01/2024	Estabelece práticas de governança aplicadas às entidades reguladoras infranacionais (ERIs) que atuam no setor de saneamento básico
Resolução ANA n.º 178/2024	15/01/2024	Dispõe sobre a matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário
Resolução ANA n.º 183/2024	05/02/2024	Dispõe sobre modelos de regulação tarifária dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário

Resolução ANA n.º 187/2024	19/02/2024	Dispõe sobre as condições gerais para a prestação direta ou mediante concessão dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos
---------------------------------------	------------	--

Fonte: elaboração própria

Ainda quanto aos parâmetros materiais, vale ressaltar o mandamento do art. 25-A da LDNSB. De acordo com o referido comando legal, os poderes de edição de normas de referência da ANA se referem à regulação, e não a outros pilares da política de saneamento. Assim, não é possível que a agência federal se utilize das normas de referência para ditar aspectos de planejamento ou de prestação dos serviços que não passem pelo filtro regulatório local ou estadual. **Tampouco se mostra cabível que a ANA use as normas de referência para interferir na forma como os titulares de serviços organizam e estruturam seus entes de regulação, definem sua sustentabilidade financeira ou escolhem seus gestores. Afinal, esses assuntos escapam ao tema da regulação como função pública, adentrando assuntos de organização administrativa e regime de agentes públicos.**

Quanto aos **PARÂMETROS FINALÍSTICOS**, o art. 4º-A da Lei n. 9.984/2000 impõe os objetivos que devem guiar a agência federal na elaboração das normas de referência. O Congresso Nacional estipulou que as NR visam: I – à promoção da prestação adequada; II – ao estímulo à livre concorrência e à sustentabilidade econômica da prestação; III – ao estímulo à cooperação interfederativa a favor da universalização e da modicidade tarifária; IV – ao **respeito às peculiaridades locais e regionais**; V – ao incentivo à regionalização; VI – à avaliação periódica do cumprimento das metas e padrões; VII – à limitação de sobreposição de custos pagos pelo usuário final; e VIII – à garantia da prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

O exame dos parâmetros finalísticos da legislação autoriza duas conclusões. Em primeiro lugar, em nenhum desses parâmetros se percebe como finalidade das Normas de Referência cuidar de organização administrativa, regime de servidores ou processo administrativo. Em segundo lugar, o art. 4º-A é explícito ao exigir respeito às peculiaridades locais e regionais. Conquanto

não se valha da expressão “autonomia federativa”, o legislador claramente busca promover o respeito ao modelo federativo quando proíbe que a ANA ignore os espaços de criatividade e de acomodação dos entes federativos sub-nacionais à sua realidade, inclusive em termos de estrutura administrativa e de disponibilidade de recursos humanos, técnicos e financeiros. Como sustentei alhures:

“(...) a ANA editará norma de referência ilegal, por exemplo, ao buscar a uniformização nacional da regulação ignorando peculiaridades regionais importantes para tornar a prestação eficiente ou ao pretender imprimir segurança jurídica ao mosaico regulatório por meio de normas de referência que impeçam um grande conjunto de agentes econômicos a competir em licitações pelos contratos de delegação da prestação do serviço. Traduzindo: as normas de referência não podem promover a uniformidade regulatória nacional e a segurança jurídica a qualquer custo! Daí a importância de que a ANA utilize excelentes mecanismos de avaliação de impacto regulatório para assegurar, antes de aprová-las, que as normas de referência propostas são minimamente capazes de respeitar os objetivos do art. 4º-A, § 3º”. (g.n.)⁶

Ainda sobre o tema, André Cyrino observa que “as normas de referência, por esse ângulo, não poderão descer a especificidades regionais e locais. Afinal, o serviço público deve ser prestado, antes de tudo, pelos municípios e pelas regiões metropolitanas, consoante o regime por eles instituídos. São, assim, normas gerais, tal como referidos pelo art. 24, § 1º, CRFB. (...)”.⁷

Quanto aos **PARÂMETROS FORMAIS**, a legislação prevê mandamentos quanto ao tempo e ao procedimento da normatização. O art. 4º-A, § 2º, da Lei n. 9.984/2000 estabelece uma transição gradual, ou seja, prevê que as normas de referência sejam instituídas de forma progressiva, de modo que os destinatários das normas tenham tempo adequado para interpretá-las e possam

⁶ MARRARA, Thiago. “Mosaico regulatório”: As normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020. In.: OLIVEIRA, Carlos Roberto de. (org.); GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*, 2. ed. São Paulo: Foco, 2022, p. 128.

⁷ CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: *soft law* federativo? *Revista Digital da ESA OABRJ*, v.3, ano 3, p. 93, 2021.

adaptar sua estrutura, seus processos e suas decisões ao novo contexto normativo. Já o art. 4º-A, §4º, indica que, no processo de normatização, a ANA: I - avaliará as melhores práticas regulatórias do setor, **ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios**; II - realizará consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e III - poderá constituir grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas.

VI. PARÂMETROS DA LDNSB: COMPETÊNCIAS DO TITULAR E DO REGULADOR

Aos parâmetros finalísticos, formais e materiais apontados principalmente pela Lei n. 9.984/2000, somam-se as normas gerais da legislação de saneamento como parâmetros adicionais à atuação da ANA no exercício de seu poder normativo. Não se autoriza à Agência editar Normas de Referência que afrontem ou subvertam aquilo que o Congresso Nacional traçou para a política nacional de saneamento.

A regra é clara: normas superiores preponderam sobre normas inferiores! A vinculação do regulador nacional à legislação setorial resulta do princípio da legalidade administrativa e está ancorada em inúmeros dispositivos legais, como o já citado art. 25 da Lei n. 11.445/2007 e o art. 4º-A, *caput*, da Lei n. 9.984/2000, a seguir reproduzidos:

*Lei n. 11.445/2007. Art. 25-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, **observada a legislação federal pertinente.***

*Lei n. 9.984/2000 - Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, **observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.** (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)*

Tomando-se como premissa a vinculação das normas infralegais às leis em sentido formal, torna-se possível afirmar que a elaboração das Normas de Referência pela ANA sujeita-se a limitações materiais que resultam principalmente de dois conjuntos de normas constantes da LDNSB: (i) as que tratam das **competências dos titulares** dos serviços públicos de saneamento básico e (ii) as relativas às **competências dos reguladores** desses mesmos serviços públicos.

Na ausência de normas expressas de deslegalização, a ANA jamais poderá estipular normas que retirem indevidamente do titular ou do regulador competências que lhes são atribuídas pela LDNSB. Por conseguinte, para que se repute válida uma Norma de Referência, é imprescindível que seu conteúdo se harmonize às mencionadas normas competenciais.

As **competências dos titulares** dos serviços públicos de saneamento básico são vastíssimas e encontram-se espalhadas pelo texto da LDNSB. O quadro abaixo busca sistematizá-las de acordo com a matéria, indicando o respectivo fundamento legal.

Matéria	Competência	LDNSB
Contratação	O poder de prestar o serviço diretamente ou delegar mediante licitação	Art. 9º, II e art. 10, <i>caput</i>
	O poder de autorizar a subdelegação do objeto contratado pelo prestador	Art. 11-A
	O poder de legislar sobre fiscalização e sanção por violação contratual	Art. 23, XIII
	O poder de intervir e retomar a operação dos serviços delegados	Art. 9º, VII
Regulação	A faculdade de optar por agência reguladora de outro Estado da Federação	Art. 23, § 1º-A
	O poder-dever de definir a entidade de regulação e fiscalização	Art. 8º, § 5º e art. 9º, II
Prestação	A faculdade de participar da regionalização por unidade regional de saneamento ou bloco de referência	Art. 3º, VI, 'b' e 'c' e art. 8º-A

	A faculdade de prestar diretamente o serviço de modo isolado ou ingressar em gestão associada	Art. 8º, § 1º
	A faculdade de subsidiar a prestação	Art. 31, III
Planejamento e normatização	O poder-dever de definir a entidade de regulação e fiscalização	Art. 8º, § 5º
	O poder-dever de planejar, podendo usar estudos fornecidos pelos prestadores, e de aprovar os planos.	Art. 9º, I e art. 19, § 1º
	O poder-dever de estabelecer metas e indicadores de desempenho, além de mecanismos de aferição dos resultados	Art. 9º, I
	O poder-dever de estabelecer os direitos e os deveres dos usuários, bem como formas de controle social	Art. 9º, IV e V
	O poder-dever de criar critérios regulamentares para enquadramento das famílias de baixa renda na política de concessão de gratuidade	Art. 45, § 9º

Fonte: elaboração própria

As competências dos titulares se referem a diferentes entes federativos a depender do contexto. De maneira geral, a titularidade recai sobre o Município, cabendo-lhe planejar, organizar os serviços, regular, fiscalizar e executar nos termos estipulados pelo Congresso Nacional. Ao reformar a LDNSB, a Lei n. 14.026 superou de vez por todas a discussão a respeito dessa competência e tornou o Município o titular inequívoco dos quatro serviços públicos que formam o saneamento.

Há, porém, uma exceção. Quando o Município se incluir em unidades regionais (como regiões metropolitanas e aglomerações urbanas), o saneamento poderá ser rotulado por lei estadual como função pública de interesse comum (FPIC) nos termos do Estatuto da MetrÓpole.⁸ Como resultado, a titularidade será compartilhada entre o Estado e os Municípios que formarem a

⁸ A respeito das FPIC, cf. MARRARA, Thiago; ROSIM, Danielle Zoega. Artigo 2º. In: MARRARA, Thiago (org.). *Estatuto da MetrÓpole: Lei 13.089/2015 comentada*. São Paulo: FDRP, 2020, p. 36, edição digital, disponível online.

unidade regional, tal como expressamente reconhece o art. 3º, inciso XIV, da LDNSB. A mesma lógica se aplica às unidades regionais de saneamento, introduzidas pela reforma de 2020, e criadas por leis ordinárias estaduais.

*Art. 3º, XIV - **serviços públicos de saneamento básico de interesse comum**: serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a **necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios** que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais; (incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).*

Assim como as dos titulares, as **competências dos reguladores e seus objetivos maiores** constam expressamente da LDNSB. De início, o artigo 22 arrola os fins que essa atividade persegue e que orientam todas as suas medidas e tarefas. Esses objetivos regulatórios consistem em buscar a satisfação do usuário, garantir o cumprimento das condições e metas, além de “definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários” (inciso IV).

Em complemento, vários outros dispositivos da LDNSB delimitam as múltiplas tarefas do regulador. Como já defendido em estudo específico sobre o tema, essas tarefas se resumem em quatro grupos centrais, incluindo competências para:

- **NORMATIZAÇÃO.** O art. 23 da LDNSB permite ao regulador, observadas as diretrizes da ANA, quando couber, editar normas relativas às dimensões técnica, econômica e social dos serviços, atinentes a um conjunto mínimo de assuntos legalmente determinados, como padrões e indicadores de qualidade na prestação dos serviços; requisitos operacionais e de manutenção de sistemas; metas de expansão e qualidade com os respectivos prazos; regime, estrutura e níveis tarifários, bem como fixação, reajuste

e revisão de tarifas; medição, faturamento e cobrança de serviços; monitoramento de custos; avaliação de eficiência e eficácia; mecanismos de informação e auditoria; padrões de atendimento ao público; participação de usuários e medidas de segurança; subsídios tarifários e não tarifários. Com a reforma da legislação em 2020, passou-se a atribuir aos reguladores o poder normativo para também tratar: de *“procedimento de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular”* e de *“diretrizes para a redução progressiva e controle de perdas de água”* (art. 23, incisos XIII e XIV). Além disso, a LDNSB agora prevê que, *“no estabelecimento de metas, indicadores, e métodos de monitoramento, poderá ser utilizada a comparação do desempenho de diferentes prestadores de serviços”* (art. 23, § 4º);

- **GESTÃO DE INFORMAÇÃO.** O art. 25 da LDNSB destaca que os “prestadores de serviços públicos de saneamento básico deverão fornecer à entidade reguladora todos os dados e informações necessários para o desempenho de suas atividades, na forma das normas legais, regulamentares e contratuais”. Esse dever imputado ao prestador abrange dados e informações próprios, como de empresas ou profissionais contratados para executar os serviços ou fornecer materiais e equipamentos. Cabe ao regulador receber, organizar, armazenar, protegê-los e utilizá-los para executar eficientemente suas atividades, inclusive processos de equilíbrio econômico-financeiro;
- **ESCLARECIMENTO E INTERPRETAÇÃO.** De acordo com o art. 27 da Lei de Saneamento, cabe ao regulador: dar prévio conhecimento aos usuários de seus direitos e deveres, bem como das penalidades a que estão sujeitos; homologar manual de prestação de serviço e de atendimento do usuário elaborado pelo prestador e divulgar relatório periódico sobre a qualidade dos serviços regulados. Além disso, ingressando na esfera contratual, o art. 25, § 2º da Lei prevê que, nas atribuições do regulador, incluem-se *“a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios”* (g.n.).

Esse dispositivo trata de “interpretação” para esclarecer o sentido normativo das disposições contratuais, notadamente as cláusulas explícitas e implícitas constantes do instrumento contratual e como elas se relacionam com as finalidades contratuais. O dispositivo legal também se refere ao poder de fixar critérios para dar fiel execução ao contrato, ou seja, estipular o que for necessário para que o contrato se torne exequível nos termos esperados; e

- **CONTROLE TARIFÁRIO.** O art. 37 da LDNSB prescreve que “os reajustes de tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com as normas legais, *regulamentares e contratuais*” (g.n.). Já o art. 38, § 1º da Lei esclarece de forma explícita que “*as revisões tarifárias terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores*” (g.n.). Ambos os dispositivos legais revelam que o regulador exerce tanto um poder regulamentar sobre o reequilíbrio, quanto um poder executório, ordenador de processos administrativos que tenham como objeto os pleitos das partes contratantes. Para exercer essas funções poderá valer-se de seu poder de interpretação contratual, previsto no art. 25, § 2º da LDNSB.

Conquanto a LDNSB tenha sido amplamente reformada e atualizada pela Lei n. 14.026/2020, os poderes do regulador mantiveram-se praticamente intactos. Já no tocante aos aspectos organizacionais, algumas normas sofreram modificações.

A redação originária do art. 21 exigia que a função regulatória fosse exercida com independência, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade. Com a reforma de 2020, o art. 21 manteve esses parâmetros, mas incluiu a exigência de que a regulação seja executada por “entidade de natureza autárquica”. Fora isso, o legislador nada mais exige ou diz. Respeitando a autonomia federativa, não trata do regime de servidores das agências, não interfere no regime de processo administrativo, não adentra em questões de organização administrativa ou autonomia financeira.

Ora, se o Congresso Nacional, no exercício de suas legítimas competências para editar diretrizes de saneamento básico, não adentrou os campos dos servidores públicos, da organização administrativa e do processo administrativo das esferas subnacionais, torna-se impossível sustentar que a ANA possa fazê-lo ao criar normas de referência. Os fatores por trás dessa afirmação são evidentes.

Como demonstrado, em primeiro lugar, a Lei n. 9.984/2000 não autoriza a agência federal, em suas funções metarregulatórias, a abordar esses assuntos. Em segundo lugar, a LDNSB não contém normas nesse sentido. Em terceiro, as leis não autorizam nem poderiam autorizar que a União ou entes de sua Administração Indireta interferissem nos assuntos mencionados, pois isso significaria violar a autonomia federativa, como se demonstrará a seguir.

VII. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS: AUTONOMIA MUNICIPAL

O Brasil partiu de um *status* colonial, avançou para um modelo de Estado unitário e monárquico até atingir o federalismo com a 1ª Constituição da República de 1891. Desde então, o Estado se reparte em níveis federativos, minimamente organizados por normas gerais da Constituição, que lhes reserva um espaço de acomodação designado como “autonomia federativa”.

Em 1988, o modelo de autonomia se expandiu e complexificou. De maneira bastante peculiar em relação às federações clássicas (EUA, Alemanha, Rússia etc.), o Brasil elevou os Municípios à condição de nível federativo, conferindo-lhes um campo próprio de autonomia.⁹ O texto constitucional se inicia com a declaração de que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º). Em

⁹ Segundo Fernanda Menezes de Almeida, “a autonomia político-administrativa dos Municípios obteve reconhecimento constitucional desde 1891, como se pode extrair, por via interpretativa, do art. 68 da Constituição daquele ano. E disto resulta que na Federação brasileira, desde o berço, não se identifica a tradicional divisão entre ordem central e ordens estaduais, mas sim uma estrutura que compreende a ordem central, a ordem estadual e a ordem municipal. (...) Se assim sempre foi, o constituinte de 1988, ao incluir expressamente os Municípios no art. 1º, e também no art. 18, mais não fez do que ceder diante de uma realidade histórica.” ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Comentários ao art. 18. In.: MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); STRECK, Lenio Luiz (coord.); LEONCY, Leo Ferreira (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*, 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 2.626.

seguida, reforça essa disposição ao prever que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos (art. 18).

Assim como a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios gozam de autonomia. Nas palavras de Fernanda Menezes de Almeida, a Constituição lhes reserva o “poder de autodeterminação”, equivalente a “um círculo de competências traçado pelo poder soberano, que garante aos entes autônomos – pensando-se em autonomia no seu mais alto grau – **capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercida sem subordinação hierárquica dos poderes periféricos ao poder central**”.¹⁰

Na mesma linha, Wallace Paiva Martins Júnior aduz que, como ente autônomo, o Município detém “capacidade de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria), autogoverno (eletividade do prefeito e dos vereadores), autoadministração (**administração própria para organização e prestação de serviços de interesse local**) e autolegislação (elaboração de leis em assuntos de sua competência exclusiva ou suplementar), denotando autonomia política, normativa, administrativa e financeira”.¹¹

No que interessa a esse estudo, Hely Lopes Meirelles ressalta que a autonomia política do Município compreende “**o poder de legislar sobre sua auto-organização**”.¹² Isso abrange “**a administração própria no que concerne ao interesse local, mais a organização e execução dos serviços públicos de sua competência** e a ordenação urbanística de seu território (art. 30, IV, V, VI, VII, VIII e IX)”. Ainda segundo Meirelles, “o conceito de administração própria não oferece dificuldade de entendimento e delimitação - é a

¹⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Comentários ao art. 18. In.: MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); STRECK, Lenio Luiz (coord.); LEONCY, Leo Ferreira (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023, p. 2.628.

¹¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Poder Executivo Municipal. Prefeito e Vice-Prefeito. Atribuições. Responsabilidade penal, político-administrativa e civil. In: Carlos Valder do Nascimento; Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Gilmar Ferreira Mendes. (Org.). *Tratado de direito municipal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 166.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108.

gestão dos negócios locais pelos representantes do povo do Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado-membro”.¹³

Nessa autonomia de auto-organização se insere, a toda evidência, a competência para organizar os entes e órgãos da Administração Pública, estipular o regime dos servidores e tratar dos serviços públicos locais e dos meios para viabilizá-los, como o processo administrativo. Nas palavras de Meirelles, “nem se compreenderia que uma entidade autônoma, política e financeiramente, não dispusesse de liberdade na instituição e regulamentação de seus serviços. Mas, a despeito de ser palmar essa verdade, e de a ter dito com inexcusável clareza a Lei Magna, **intromissões ainda existem por parte de poderes e órgãos estranhos ao Município, que interferem arbitrariamente nos serviços locais, com sensíveis prejuízos para a Administração e manifesto desprestígio para os poderes municipais, lesados na sua autonomia.** Contra esses resquícios do regime ditatorial, que subordinava todos os interesses comunais ao poder central e incursionava discricionariamente na esfera privativa dos Municípios, já se observa salutar reação por parte das Municipalidades, através de vias administrativas e judiciais”.¹⁴

VIII. AUTO-ORGANIZAÇÃO E AUTOADMINISTRAÇÃO NA FEDERAÇÃO

Dos vários elementos conformadores da autonomia federativa, o que mais interessa diante das questões apresentadas pela ARES-PCJ, é a compreensão da autonomia de organização e de administração dos Estados e, principalmente, dos Municípios. Esses dois pilares da autonomia municipal já foram expressamente reconhecidos pelo STF, como demonstra a ementa abaixo:

AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. INSCRIÇÃO DE ESTADO MEMBRO EM CADASTRO DE INADIMPLÊNCIA. NEGATIVA DE EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA – CRP. ALEGADA A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 9.717/1998. LEI QUE EXTRAVASA A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO RELATIVA ÀS NORMAS GERAIS SOBRE PREVIDÊNCIA

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 111.

*SOCIAL. PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA FEDERATIVA DO ENTE ESTATAL. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade é valor de destaque do regime jurídico administrativo, especialmente no âmbito do direito administrativo sancionador. 2. **A forma federalista de Estado impõe sejam respeitadas as competências atribuídas aos estados-membros, que serão exercidas, nos limites constitucionais, conforme suas prerrogativas de autonomia, auto-organização e auto-administração, sem interferências ou ingerências de outros entes**; 3. In casu, revela-se irrazoável a imposição de sanção ao Estado-autor pelo descumprimento de obrigação prevista em Portaria sem previsão legal correspondente ou fundamentada em ato normativo editado pela União em extrapolação dos limites de sua competência para fixação de normas gerais. 4. Agravo interno a que se nega provimento.*

(ACO 3191 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 03-04-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 18-06-2020 PUBLIC 19-06-2020)

Explica Barroso que a auto-organização se expressa na possibilidade de que cada Estado tenha “sua própria Constituição, que define a estrutura e o funcionamento dos órgãos estaduais de poder. Os Municípios, por sua vez, se organizam mediante Lei Orgânica. (...)”. De outra parte, “**a autoadministração denota que cada ente estatal dará execução às leis e aos serviços públicos de sua competência por órgãos e autoridades próprios ou, quando seja o caso, mediante delegação de competência**, retendo a condição de poder concedente”.¹⁵

Alexandre de Moraes, em caminho semelhante, preleciona que “o município *auto-organiza-se* através de sua Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio da edição de leis municipais; *autogoverna-se* mediante a eleição direta de seu prefeito, Vice-prefeito e vereadores, sem qualquer ingerência dos Governos Federal e Estadual; e, finalmente, *autoadministra-se*, no exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas, diretamente conferidas pela Constituição Federal”.¹⁶

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 12^a ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2024, Parte IV, capítulo I, item IV.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 39^a ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 749-750.

Sob essas circunstâncias, cabe à Lei Orgânica Municipal e às leis locais que dela decorrem prever os entes e órgãos da Administração Pública local, bem como o regime de seus servidores públicos e o exercício das funções públicas municipais, sempre observando as peculiaridades locais, e as competências estipuladas pela Constituição da República e pela Constituição Estadual.

Afinal, arremata José Afonso da Silva, “autonomia significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior”. Enquanto a capacidade de auto-organização se encontra na elaboração de lei orgânica própria; a capacidade de autogoverno surge pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais. Já a capacidade de autoadministração está na **administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local**.¹⁷

IX. AUTONOMIA FEDERATIVA, SANEAMENTO BÁSICO E NR 4

A autonomia federativa deflagra implicações significativas para a política pública de saneamento básico, objeto desse estudo. Uma vez definida a esfera federativa que titulariza os quatro serviços públicos de saneamento, cabe a ela deliberar sobre como prestará o serviço (se de modo direto ou indireto, isolado, associado ou consorciado), as entidades e os órgãos públicos que instituirá ou destacará para conduzir o planejamento, a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação, sobre o regime dos servidores dos entes envolvidos, bem como as regras dos processos administrativos que serão utilizados.

É exatamente por decorrência da autonomia federativa que, como dito em itens anteriores, a Lei n. 9.984/2000 e a Lei n. 11.445/2007 conferem poderes normativos à ANA, mas, ao mesmo tempo impõem limitações ao seu exercício. Em sua atividade normatizadora, a agência respeitará as peculiaridades locais e regionais, observará parâmetros materiais e

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 649.

formais, levará em conta as competências que o Congresso Nacional atribuiu aos titulares dos serviços públicos de saneamento básico e a seus reguladores.

O fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido as normas introduzidas pela Lei n. 14.026 a respeito do papel da ANA em suas atividades de “metarregulação” apenas reforçam essa conclusão. **Ao tratar do assunto na ADI n. 6.492-DF, julgada em dezembro de 2021, o STF não se restringiu a reconhecer a validade do instituto “Normas de Referência”. Seu julgamento também validou, simultaneamente, todas as balizas que a legislação estabeleceu à ANA para exercer seu poder normativo no setor de saneamento.** Nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia, que defendeu a constitucionalidade das Normas de Referência, registrou preocupação com a necessidade de os municípios se adaptarem às normas de referência da ANA para acessar recursos federais. Ao fazê-lo, ressaltou que, caso a Agência Nacional ultrapasse suas atribuições, será preciso contestar suas medidas.

Tudo isso comprova que o Congresso Nacional, ao aprovar a reforma da política de saneamento e criar as normas de referência em favor de um “mosaico regulatório”, não conferiu à ANA uma “carta em branco”. Existem parâmetros claros ao exercício do poder normativo na Lei n. 9.984/2000, na LDNSB e na Constituição da República. É o que bem registra Carlos Roberto de Oliveira ao tratar da governança na regulação infracional do saneamento básico. *In verbis*:

“(...) a Lei não concedeu ao regulador federal uma ‘carta em branco’ e tampouco legitimou poderes de ingerência nos rumos da regulação infracional brasileira. O que se espera é o acréscimo de mais um ator na política pública de saneamento com vistas à segurança jurídica e racionalidade técnica, que incentivem a alavancagem de investimentos, universalização dos serviços e tarifas adequadas para o cidadão-usuário”. (g.n.)¹⁸

Não poderia ser diferente! Se o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado como poder normativo maior, depara-se com limites competenciais e proibições baseadas em cláusulas pétreas, os entes que

¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Governança na regulação infracional do saneamento básico. *In*. OLIVEIRA, Carlos Roberto de (coord.); SOUZA, Mariana Campos de (coord.). *Saneamento básico no Brasil: práticas e reflexões após 2 anos da edição da Lei 14.026/2020*. Indaiatuba, SP: Foco, 2023, p. 41.

formam a Administração Indireta da União jamais poderiam ignorar essas balizas e outras que resultantes das leis em sentido formal.

É sob essa premissa que se deve examinar o conteúdo de todas as Normas de Referência, em especial a NR 4, objeto das indagações que movem esse estudo.

Como dito ao início, a NR em debate foi introduzida no ordenamento pela Resolução n.º 177, datada de 12 de janeiro de 2024, para estabelecer práticas de governança aplicadas às entidades reguladoras infranacionais (ERIs) que atuam no setor de saneamento básico. Em termos formais, a resolução é estruturada em nove capítulos, disciplinando temas como: competências e ambiente regulatório; tecnicidade e independência decisória; autonomia funcional, administrativa e financeira das ERIs; transparência e participação social; mecanismos de controle, integridade e gestão de riscos; planejamento, práticas e instrumentos regulatórios, dentre outros.

Conforme documento disponibilizado pela própria ANA,¹⁹ na elaboração da proposta desse ato normativo, o “metarregulador” teria levado em conta princípios de governança fundamentados na responsabilidade, tecnicidade e independência decisória, assim como na autonomia administrativa, financeira e na participação social. Segundo a agência, a edição da NR 4 visaria a fortalecer a atividade das agências reguladoras infranacionais, além de proporcionar uma maior previsibilidade e harmonia regulatória.

A despeito do discurso oficial, o exame do conteúdo normativo da NR mencionada comprovam que a ANA extrapolou suas competências normativas em inúmeros dispositivos. Com isso, afrontou parâmetros expressos da Lei n. 9.984/2000, da Lei n. 11.445/2007 (LDNSB) e a autonomia federativa que a Constituição da República garante aos Estados e Municípios, sobretudo na vertente da autoadministração.

Sem a pretensão de ser exaustivo, as inconstitucionalidades da NR 4 se revelam em três assuntos gerais. Em primeiro lugar, aparecem em normas sobre como os entes subnacionais devem organizar as agências reguladoras

¹⁹ <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/noticias-e-eventos/noticias/ana-publica-norma-de-referencia-sobre-governanca-das-entidades-reguladoras-infranacionais-do-setor-de-saneamento-basico>

como entes da Administração Indireta. Em segundo lugar, revelam-se em normas sobre o regime jurídico dos agentes públicos estaduais e locais. Em terceiro lugar, surgem em normas que cuidam de processo administrativo regulatório. A terceira e última parte desse estudo evidenciará em mais detalhes essa afirmação.

X. VIOLAÇÃO À AUTONOMIA ORGANIZACIONAL E ADMINISTRATIVA

A autoadministração, pilar da autonomia federativa, garante aos Estados e Municípios o poder de deliberar sobre como estruturar os órgãos internos da Administração Direta, além do poder de instituir e decidir sobre a estrutura e a natureza de suas entidades da Administração Indireta, seguindo os parâmetros básicos nacionais presentes na Constituição da República.

Em mais detalhes, nas suas respectivas esferas políticas, compete exclusivamente aos Estados e Municípios decidir: (i) quais e quantas secretarias criarão na Administração Direta; (ii) se suas funções administrativas serão executadas pela Administração Direta, se serão descentralizadas para entes especializados da Administração Indireta ou se empregarão a execução indireta por particulares; (iii) quais entidades formarão a Administração Indireta e (iv) que natureza jurídica essas entidades possuirão (autárquica, fundacional, associativa ou de empresa estatal).

Reconhecendo a autoadministração e a impossibilidade de um ente federativo decidir sobre como outra esfera estrutura seus órgãos e entes, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei gaúcha que tratava indevidamente de conselhos municipais. Veja-se a ementa da ADI n. 2.217:

CONSTITUCIONAL. PACTO FEDERATIVO E AUTONOMIA MUNICIPAL. LEI 11.451/2000 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CRIAÇÃO, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE DESENVOLVIMENTO, COMUDES. ASSUNTOS DE INTERESSE MUNICIPAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. Rejeitada questão preliminar relacionada à ausência de impugnação a todo o conjunto normativo, pois as leis não impugnadas foram editadas em âmbito municipal, enquanto o que se discute na Ação Direta é a criação e disciplina dos COMUDES por lei estadual. 2. A Constituição Federal consagrou expressamente

o Município como ente federativo integrante do modelo de Federação adotado pelo Brasil, juntamente com a União e Estado (arts. 1º, 18, 29, 30 e 34, VII, “c”, da CF), assegurando aos Municípios a auto-organização, normatização própria, autogoverno e autoadministração. 3. A Lei 11.451/2000 do Estado do Rio Grande do Sul, ao determinar aos Municípios a criação de Conselhos Municipais de Desenvolvimento – COMUDES, estabeleceu a criação de um órgão que atuaria paralelamente ao Poder Executivo municipal, com competência para deliberar sobre assuntos de interesse local e também para apreciar e aprovar as propostas municipais a serem submetidas ao Poder Executivo estadual, tolhendo parte da autonomia municipal conferida pela Constituição Federal. 4. Medida cautelar confirmada em maior extensão, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.451/2000 do Estado do Rio Grande do Sul; bem como, por arrastamento, da expressão “e aos Conselhos Municipais de Desenvolvimento (COMUDES)” disposta no § 2º do art. 1º; o inciso III do art. 3º; e a expressão “com os representantes dos COMUDES” disposta no inciso IV do art. 3º, todas da Lei 11.179/1998 do Estado do Rio Grande do Sul, com redação dada pela Lei 11.920/2003.

(ADI 2217, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08-06-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 09-10-2020 PUBLIC 13-10-2020)

No saneamento básico, as implicações da autonomia federativa não são diferentes. Embora a Constituição atribua à União o poder de criar diretrizes para o setor, nem o Congresso Nacional, nem qualquer entidade federal, incluindo a ANA, está autorizada a deliberar sobre temas de organização administrativa. Exatamente por isso, respeitando a autonomia federativa, a LDNSB confere ao titular do serviço público de saneamento a competência para escolher se prestará o serviço diretamente, se o desestatizará, se participará da regionalização, se adotará a gestão associada etc.

Especificamente no campo da regulação, por força de lei, não cabe à União ou a qualquer entidade federal, mas única e exclusivamente ao titular decidir se instituirá sua própria agência reguladora, se usará a figura da autarquia tradicional ou da autarquia interfederativa (consórcios), se firmará convênio com agência de outro ente etc. Também está na sua esfera de com-

petência deliberar sobre o regime de servidores e os processos administrativos que serão empregados pelo regulador, respeitando as competências básicas que lhe foram outorgadas pela LDNSB.

É precisa a afirmação de Dalto Brochi e Carlos de Oliveira no sentido de que, diante da distribuição de competências prevista na LDNSB:

*“cabe ao Município Titular eleger o modelo mais adequado para a formatação jurídica do seu ente regulador, podendo optar por uma autarquia municipal (autarquia integrante da administração indireta do Município), por integrar uma agência de atuação regional, com formato de consórcio público de direito público, configurando uma autarquia interfederativa (conforme Lei Federal nº 11.107/2005), ou através de convênio de cooperação com ente regulador estadual (também respaldado pela Lei Federal nº 11.107/2005)”.*²⁰

Conquanto a Lei n. 9.984/2000 tenha atribuído à ANA competência para editar normas de referência sobre governança, não compete à agência federal interferir na decisão dos Estados e Municípios quanto a escolhas de organização administrativa. As agências reguladoras são definidas por legislação do titular a partir da autonomia federativa que a Constituição reconhece. Como dito e repetido, compete tão somente ao titular decidir se criará ou não sua própria agência, se a conferirá natureza de autarquia isolada ou interfederativa (consórcio), se aderirá à agência de outras unidades federadas etc. Não é outra a conclusão que se extrai dos artigos 23, § 1º-A, 8º, § 5º e 9º, inciso II, da LDNSB.

Fugindo desses preceitos, porém, a NR 4 apresenta inúmeras disposições que violam a autonomia no sentido de autoadministração dos serviços públicos de saneamento por Estados e Municípios, esbarrando na Constituição e na própria LDNSB. Na temática da organização administrativa, aplicada às agências reguladoras subnacionais, é patente a ilegalidade dos **art. 1º, parágrafo único, e art. 9º, inciso IX**, tal como se demonstrará a seguir.

²⁰ BROCHI, Dalto Favero; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Desafios da Lei federal nº 14.026/2020: a universalização da regulação. In: ZULIANI, Geninho; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Saneamento básico: uma lei e um marco*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 163.

Art. 1º Esta Norma de Referência estabelece práticas de governança a serem observadas pelas entidades reguladoras infranacionais (ERIs), responsáveis pela regulação dos serviços públicos de saneamento básico e, no que couber, pelos titulares desses serviços.

Parágrafo único. Para efeitos desta Norma de Referência, governança constitui o conjunto de procedimentos e mecanismos que dispõem sobre a atuação, a estrutura administrativa e o processo decisório das ERIs.

As ilegalidades da NR 4 se iniciam com a definição do conceito de governança constante do art. 1º, parágrafo único. O problema não é meramente terminológico. Governo, governança, governabilidade e organização administrativa são conceitos distintos. Reconhecer essa distinção é imprescindível para evitar qualquer tipo de interferência indevida da ANA nas esferas subnacionais.

No âmbito da União, a definição do conceito de governança em relação aos demais foi consagrada de maneira formal e expressa quando a Presidência da República editou o **Decreto n. 9.203/2017 para dispor sobre “a política de governança da administração pública federal”**. De acordo com o art. 2º, inciso I, desse Decreto Federal, a governança pública abarca o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

Nessa definição oficial, adotada pelo governo federal, revela-se que a governança tem relação com a liderança, a estratégia e o controle. A governança busca, em última instância, aprimorar as tarefas de avaliar, direcionar e monitorar as políticas públicas e os serviços públicos. Não se trata de conceito relativo à forma e à estrutura da Administração Indireta, nem de conceito atinente à organização administrativa, ao regime de servidores ou a processos administrativos.

Embora exista definição jurídica do conceito em atos regulamentares federais, a ANA distorceu o conceito de governança na NR 4 e ignorou o que a União já determinou sobre o tema. De acordo com o texto da

NR 4, a governança seria o “conjunto de procedimentos e mecanismos que dispõem sobre a atuação, a *estrutura administrativa* e o processo decisório das [entidades reguladoras infranacionais] ERIs” (art. 1º, parágrafo único, g.n.).

Esse texto demonstra que, em primeiro lugar, a agência fugiu completamente do Decreto federal que já trata do conceito de governança pública. Em segundo lugar, inseriu no conceito temas de estrutura administrativa, ou seja, assuntos relativos a como os entes federativos organizam seus órgãos e entes estatais, em especial suas agências reguladoras. Com isso, a ANA avançou indevidamente sobre os espaços de autonomia e autoadministração dos Estados e Municípios no setor de saneamento, abrindo espaço para uma série de outras normas inconstitucionais na NR 4.

Art. 9º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico, no exercício de suas atribuições, observarão as seguintes diretrizes para o fortalecimento do ambiente institucional infranacional da regulação:

IX - a garantia de que os contratos de prestação de serviços de saneamento básico definam a qualidade do serviço prestado por meio de critérios, parâmetros e indicadores para a sua conceituação, aferição e monitoramento;

O art. 9, inciso IX, da NR 4 também embute uma ilegalidade patente. Ao afirmar que compete ao titular do serviço garantir que os contratos de serviços de saneamento definam parâmetros e critérios de qualidade do serviço, a norma afronta diretamente uma competência prevista na legislação setorial. Melhor dizendo: **o citado dispositivo da NR 4 retira a competência que a Lei de Saneamento atribui com exclusividade ao regulador** e a transfere indevidamente ao titular, impondo-lhe, ainda, que trate do assunto no instrumento contratual.

A determinação é claramente ilegal e se destina a viabilizar que a ANA interfira de modo indevido na organização administrativa das esferas subnacionais, além de apresentar inconvenientes práticos evidentes. Não bastasse

a invasão do espaço de autonomia dos titulares dos serviços de saneamento, **a ilegalidade do art. 9º, inciso IX, da NR 4 torna-se ainda mais grave pelo fato de violar expressamente o art. 23, incisos I e III, da LDNSB**, segundo o qual a competência para estipular padrões, indicadores e metas de qualidade dos serviços não recai sobre o titular, mas, sim, sobre o regulador que o titular escolhe.

Por força de lei, o detalhamento dos critérios e das regras de qualidade são objeto da regulação e, por conseguinte, sujeitos à competência do regulador escolhido pelo titular. *A contrario sensu*, a LDNSB proíbe que o titular trate do assunto em atos próprios, estranhos ao regulador. Assim, jamais poderia a ANA ter deslocado essa competência, violando o que a Lei de Saneamento expressamente determina.

Ad argumentandum tantum, mesmo que a LDNSB fosse omissa e o titular pudesse disciplinar a qualidade do serviço, jamais poderia a ANA impor que o assunto fosse objeto de regramento contratual. Nessa situação, aqui admitida apenas por hipótese, caberia tão somente ao titular, no exercício de sua autoadministração, decidir se disciplinaria o tema em atos normativos ou em cláusulas contratuais.

A imposição do regramento contratual da qualidade dos serviços mostra-se ilegal e, pior, inoportuna do ponto de vista prático. Trata-se de assunto dinâmico. Os avanços tecnológicos e as mudanças nas exigências e nos hábitos dos usuários são fatores que pedem a revisão constante desses critérios de qualidade. Partindo-se dessa premissa, um contrato que abordasse parâmetros, metas e indicadores certamente demandaria alterações frequentes, estimulando dificuldades e conflitos entre concedente e concessionária.

Por tudo isso, andou bem a LDNSB ao reservar exclusivamente ao regulador o poder de normatizar a qualidade do serviço, devendo o titular e o prestador obedecer às normas editadas no plano regulatório. Já à ANA resta a tarefa de adequar a NR 4 ao que dispõe a Lei de Saneamento, corrigindo a ilegalidade material.

XI. VIOLAÇÃO À AUTONOMIA NA DEFINIÇÃO DO REGIME DE SERVIDORES

A autoadministração resultante da autonomia federativa não se esgota nas decisões políticas sobre se e como instituir entidades e órgãos públicos, na Administração Direta ou Indireta. Somente haverá verdadeira autonomia se os Estados e Municípios lograrem estipular igualmente o regime jurídico de seus servidores, respeitando as bases normativas da Constituição da República. De nada adiantaria estruturar órgãos e entidades, se algumas esferas federativas pudessem interferir no regime dos agentes de outras, influenciando aqueles que desempenham as funções administrativas e executam as políticas públicas.

O reconhecimento da autonomia em matéria de agentes públicos é ponto central da autoadministração. Tanto isso é verdade que o Congresso Nacional, ao expedir regras sobre regime de empregados públicos, temporários, estatutários, comissionados e dirigentes de agências reguladoras, sempre se limita ao nível federal. O respeito da autonomia do Congresso em relação a servidores com função regulatória e ocupantes de cargos comissionados se vislumbram em dois diplomas importantes. De um lado, ao editar a Lei n. 9.986/2000, que “dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras”, o Congresso adequadamente se limitou a cuidar dos reguladores federais. Seguindo a mesma lógica, ao aprovar a Lei n. 14.204/2021, que estipula relevantes critérios para indicação de ocupantes de cargos comissionados, o Congresso tratou novamente apenas da União.

Apesar da clareza do texto constitucional e da prática reiterada do Congresso Nacional no sentido de respeitar a autonomia dos entes subnacionais na definição do regime jurídico dos servidores, não são raras as investidas de certos entes sobre os espaços autônomos de outros. Isso faz que, em certos momentos, o Supremo Tribunal Federal seja chamado a se manifestar sobre o tema para reiterar e proteger os espaços de autoadministração, sobretudo dos Municípios. É o que demonstram as ementas dos acórdãos da ADI n. 7.494, julgada pelo Supremo em 2024, e do RE 120133, julgado em 1996, a seguir transcritas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO DE APRECIÇÃO DE CAUTELAR EM JULGAMENTO DE MÉRITO. §§ 17 E 18 DO ART. 250 DA CONSTITUIÇÃO DE RONDÔNIA, ALTERADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL N.

151/2022. APOSENTADORIA ESPECIAL POR EXPOSIÇÃO A ATIVIDADE DE RISCO DE SERVIDOR PÚBLICO. § 4º-B DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ALTERADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 103/2019. ROL TAXATIVO. PEDIDO EM AÇÃO DIRETA JULGADO PROCEDENTE. 1. (...) 4. É incompatível com o regime da aposentadoria especial por exercício da atividade de risco, análoga à dos policiais, a atuação dos membros do Ministério Público e dos ocupantes de cargos no Poder Judiciário, Defensoria Pública, Procuradores do Estado, Procuradores dos Municípios, Oficiais de Justiça e Auditores Fiscais de Tributos estaduais por contrariedade aos §§ 4º e 4º-B do art. 40 da Constituição da República. **5. Compete ao Município legislar sobre inatividade de servidores municipais por se cuidar de sua auto-organização administrativa e ser assunto de interesse local, nos termos do inc. I do art. 30 da Constituição da República.** 6. Regime jurídico dos servidores públicos do Estado sujeita-se à reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo estadual: afronta ao disposto no inc. II do § 1º do art. 61 da Constituição da República. Precedentes. 7. (...) 8. Ação direta de inconstitucionalidade na qual convertida a apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito. Pedido formulado na ação julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 17 e 18 do art. 250 da Constituição de Rondônia, alterados pela Emenda Constitucional n. 151/2022.

(ADI 7494, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04-04-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 09-04-2024 PUBLIC 10-04-2024)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ADMITIDO SEM PRESTAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO EM DATA ANTERIOR A 05.10.83. SUPERVENIENTE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E NOMEAÇÃO PARA O CARGO QUE EXERCIA. POSSE: CONDITIO JURIS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA. PROCESSO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE POSSE NO CARGO PARA O QUAL FORA O SERVIDOR NOMEADO. AUSÊNCIA DE DIREITOS E DEVERES A SEREM APURADOS E CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO FUNCIONAL. INSUBSISTÊNCIA DO PROCESSO PROBATÓRIO. ESTABILIDADE CONFERIDA À LUZ DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL, QUE FIXA PERÍODO AQUEM DAQUELE ESTABUÍDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ENTÃO VIGENTE. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 19 DO ADCT. DIREITO SUPERVENIENTE E SIMULTÂNEO À INTERPOSIÇÃO

DO EXTRAORDINÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC. DECLARAÇÃO EX-OFFICIO DA ESTABILIDADE DO SERVIDOR NO CARGO QUE ERA EXERCIDO HÁ PELO MENOS CINCO ANOS ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. 1. (...) 4. Disposição de Lei Municipal que assegura, para fins de estágio probatório, a contagem do tempo de serviço na interinidade, no mesmo cargo, ou o tempo de serviço prestado em outros cargos de provimento efetivo, desde que não tenha havido solução de continuidade (Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Congonhal - Lei nº 90, de 26 de novembro de 1958). Autonomia constitucional das entidades estatais. Norma discrepante com os preceitos inscritos na EC-01/69, então vigente. **4.1 A competência do Município para organizar seu quadro de pessoal é consectária da autonomia administrativa de que dispõe. Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público, bem como aos preceitos das leis de caráter complementar, pode o Município elaborar o estatuto de seus servidores, segundo as conveniências e peculiaridades locais. Nesse campo é inadmissível a extensão das normas estatutárias federais ou estaduais aos servidores municipais no que tange ao regime de trabalho e de remuneração, e somente será possível a aplicação do estatuto da União ou do Estado-membro se a lei municipal assim o determinar expressamente. (...)**

(RE 120133, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 27-09-1996, DJ 29-11-1996 PP-47175 EMENT VOL-01852-03 PP-00447)

Ora, como se reserva aos entes subnacionais autônomos o poder exclusivo de instituir seus entes e órgãos, de maneira a estruturar sua Administração Direta e Indireta sem interferências indevidas de outras esferas federativas, *a fortiori*, somente a eles cabe definir o regime jurídico de seus servidores públicos, respeitando as bases normativas da Constituição da República. Se a União não está autorizada a interferir em questões maiores, como a instituição e estruturação de órgãos e entidades, por consequência lógica, não pode interferir em questões menores, como o regime das pessoas físicas que atuam com agentes públicos nos âmbitos das instituições estatais.

Não é por outro motivo que o STF aduz ser inadmissível que a União ou o Estado venha a interferir no regime de trabalho ou de remuneração dos servidores públicos municipais. Sob essas circunstâncias, em respeito à autono-

mia federativa no campo do funcionalismo público, jamais poderia a ANA estipular normas sobre o regime de servidores de agências sob o pretexto de criar diretrizes de governança das agências reguladoras de saneamento básico. Ocorre que **a NR 4 não respeita essas balizas federativas em matéria de servidores públicos, como demonstram os art. 13, incisos III, IV e IV, e § 2º; art. 18, incisos I e II e art. 41, inciso II**, os quais serão transcritos e comentados a seguir.

Art. 13. O exercício da função de regulação pressupõe a existência de independência para a tomada de decisões, que se caracteriza por: [...]

III - estabelecimento de regras para o exercício do mandato dos membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada, incluindo as seguintes previsões:

a) períodos de mandatos fixos, não coincidentes, de, no máximo, 5 (cinco) anos, vedada a recondução; e

b) período de impedimento, após exoneração ou término do mandato dos membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada, para o exercício de atividade profissional no setor regulado.

§ 2º As ERIs deverão definir regra de transição para os mandatos vigentes, que não poderá exceder cinco anos, a contar da data de publicação desta Norma de Referência.

Art. 41. Para os fins de atendimento ao disposto na Resolução ANA nº 134, de 18 de novembro de 2022, que disciplina os requisitos e procedimentos a serem observados pelas ERIs para comprovação da adoção das normas de referência, serão considerados os seguintes requisitos: [...]

II - estabelecimento de período de mandato fixo para os membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada, não coincidentes, de, no máximo 5 (cinco) anos, vedada a recondução;

Com o pretenso objetivo de assegurar a independência das agências reguladoras subnacionais, atuantes no campo do saneamento básico, o art. 13 e o art. 41 da NR 4 tratam de regras de mandato de membros do conselho dire-

tor ou da diretoria colegiada. Note bem: **a NR em debate não se limita a exigir que os Estados e Municípios estipulem regras sobre os membros da diretoria no sentido de lhes conferir autonomia decisória. Vai muito além, impondo um detalhado regime de servidores com função regulatória.**

A interpretação conjunta dos art. 13, inciso III, e do art. 41, inciso II, revelam que a ANA interfere gravemente na autonomia federativa na medida em que condiciona a independência regulatória a um regime jurídico de servidores públicos marcado por características que ela arbitrariamente escolheu, sem qualquer respeito a peculiaridades locais ou regionais.

Para a ANA, somente haverá independência regulatória se as agências forem dirigidas por servidores de diretoria ou conselho diretor: (i) com mandatos fixos e não coincidentes; (ii) sujeitos ao teto de cinco anos de mandato; (iv) sem qualquer possibilidade de recondução; e (v) submetidos à regra de sabatina pós-mandato.

Ao impor o regime de cargos comissionados para a diretoria, exigir mandato, fixar duração de mandato e regras de prorrogação, além de normas sobre a atuação após o desligamento do cargo, a ANA age inegavelmente no campo do regime de servidores das agências reguladoras de saneamento estaduais, intermunicipais ou municipais.

Ocorre que, no exercício de suas autonomias federativas, cabe exclusivamente aos Estados e Municípios, em relação às suas respectivas agências reguladoras, decidir se os diretores e conselheiros serão comissionados ou estatutários efetivos, se terão mandato ou não, se poderão renovar seus eventuais mandatos ou não, que deveres e proibições respeitarão durante e depois do exercício das funções de direção, qual será a responsabilidade e as sanções pelo descumprimento dos deveres e proibições. Afinal, como dito, esses e outros temas são típicos do regime dos agentes públicos e, portanto, enquadram-se no âmbito da autoadministração.

Ignorando todo e qualquer limite federativo, entretanto, a ANA retira arbitrariedade e desnecessariamente as margens de escolha dos Estados e Municípios no campo da regulação do saneamento. Trata-se de normatização arbitrária, pois não há razão para que se fixe um mandato de cinco anos. A duração poderia ser de dois, três, quatro anos ou qualquer outra. No âmbito da própria

União, existem mandatos para cargos estratégicos com outros prazos, como os de Conselheiro do CADE (4 anos) ou Superintendente do CADE (2 anos), conforme atesta a Lei n. 12.529/2011.²¹

A ANA, porém, decidiu copiar a regra do art. 6º, da Lei n. 9.986/2000, que prevê mandato de cinco anos, sem recondução, para os dirigentes de agências reguladoras federais. Ao fazê-lo, a um só tempo, o “metarregulador” ignorou as normas da própria da União, que preveem prazos diferentes para outros cargos estratégicos, como já demonstrado, além de ter violado a Lei n. 9.984/2000, que determina a harmonização das Normas de Referências com as peculiaridades dos Estados e Municípios.

Sem a mesma capacidade financeira e condição de estabelecer altos vencimentos para seus servidores, ao se sujeitarem a NR 4, boa parte dos Municípios brasileiros enfrentará significativas dificuldades de recrutar profissionais para atuar por tanto tempo a suas agências. Simultaneamente, os Municípios perderão os escassos profissionais que já demonstrem capacidade e comprometimento para exercer as funções reguladoras e, não fosse a intervenção inconstitucional da ANA, poderiam permanecer no cargo por muito mais tempo. Esses dois problemas revelam o óbvio: ao criar a NR 4, a ANA confundiu Brasil com Brasília, fez vistas grossas para a realidade dos entes subnacionais e, com isso, agiu ilegalmente.

Art. 13. O exercício da função de regulação pressupõe a existência de independência para a tomada de decisões, que se caracteriza por:

IV - estabelecimento de critérios técnicos para nomeação dos membros do colegiado que incluam a experiência profissional em regulação e formação acadêmica compatíveis com o cargo e notório conhecimento em sua área de atuação.

VI - definição de restrições para indicação dos membros do colegiado, incluindo as seguintes vedações:

a) ter atuado como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral, nos últimos 36 meses;

²¹ Cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41 e seguintes.

- b) ter exercido cargo em organização sindical relacionada ao setor regulado, nos últimos 36 meses;*
- c) ter participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela ERI, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação da entidade;*
- d) enquadrar-se nas hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990;*
- e) ser membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva ERI.*

O art. 13, inciso IV, da NR 4 exige dos Estados e Municípios critérios técnicos para seleção de membros da diretoria. Não para por aí. Extrapolando os limites impostos pela federação, o dispositivo limita a nomeação dos dirigentes das agências a profissionais com experiência na regulação, formação acadêmica específica e notório conhecimento em sua área de atuação. Somando-se a isso, o inciso IV enumera uma ampla lista de vedações, ou seja, de pessoas físicas que não poderão ser indicadas para a direção de agências reguladoras, por exemplo, em razão de atuação pregressa em certas entidades, condição de inelegibilidade etc.

O inciso em questão revela, mais uma vez, a interferência indevida e a completa ignorância da ANA quanto à realidade dos Estados e Municípios mais frágeis e vulneráveis do ponto de vista financeiro, administrativo e social. Diferentemente da União, que concentra os recursos orçamentários financeiros brasileiros e logra fixar remunerações atrativas para seus servidores, os entes subnacionais contam com recursos reduzidos, além de se submeterem a tetos expressivamente menores de remuneração.

O Atlas do Estado Brasileiro, elaborado pelo IPEA, confirma a ampla disparidade da política remuneratória entre a esfera federal e a municipal. De acordo com o Instituto, a “remuneração média do Executivo federal é superior à do Executivo estadual, que é superior à do municipal, ao longo das três décadas. (...) No Executivo federal, a remuneração média foi de R\$ 4.800, em 1986, para R\$ 8.500, em 2017, um aumento médio anual real de 1,8%. No Executivo estadual, a remuneração média passou de R\$ 3.600 para

R\$ 4.600, com aumento médio anual real de 0,8%. **No Executivo municipal, a remuneração média passou de aproximadamente R\$ 2.000 para R\$ 2.800**, com aumento médio anual real de 1,1%”.²²

Como muitos entes subnacionais não gozam do mesmo poder de sucção de profissionais capacitados que a União detém, o aumento dos requisitos para recrutamento de servidores das agências terá uma consequência inevitável: os Municípios ficarão praticamente impossibilitados de encontrar profissionais que atendam às exigências da ANA. Por conseguinte, restarão em um estado de permanente irregularidade e inoperância.

Se aceitas as regras interventivas e inconstitucionais estipuladas pela ANA, corre-se o risco de que os cargos de direção das agências reguladoras subnacionais permaneçam vagos. **Em vez de favorecer a boa regulação, a NR 4 promoverá a descontinuidade das funções regulatórias essenciais para os serviços públicos de saneamento.** Esse cenário, a um só tempo, comprometerá o princípio da eficiência administrativa, prejudicará a efetividade da política pública de saneamento e, sob ponto de vista jurídico, aumentará os riscos de invalidação das decisões administrativas regulatórias.

É inegável que os Estados e Municípios necessitam formular uma política séria de regulação, assegurando tecnicidade e autonomia regulatória, por exemplo, mediante requisitos claros para seleção de dirigentes e provimento de cargos estratégicos das agências. No entanto, essas regras devem ser criadas por cada ente subnacional no âmbito de sua autonomia e, mais que isso, em vista de suas peculiaridades sociais, econômicas, administrativas e financeiras.

Art. 18. As ERIs devem ser dotadas de autonomia funcional, administrativa e financeira, necessárias ao exercício das suas atividades, com competência para:

I - solicitar diretamente ao Poder Executivo ao qual é vinculada ou à instância deliberativa intermunicipal a autorização para a realização

²² Cf. IPEA. [Atlas do Estado Brasileiro v.2.6.4a - dist Três décadas de funcionalismo brasileiro \(1986-2017\)](http://atlas.ipea.gov.br/atlas-brasil/v2.6.4a) (ipea.gov.br)

de concursos públicos e para o provimento dos cargos autorizados em lei, observada a disponibilidade orçamentária;

II - propor alterações no respectivo quadro de pessoal ou nos planos de carreira ao respectivo Poder Executivo ou a órgão congênere, no caso de entidades intermunicipais;

Por todos os motivos já expostos, resta evidente que o art. 18, incisos I e II da NR 4 são igualmente inconstitucionais. Esses comandos interferem expressamente em temas essenciais do regime dos servidores públicos nas agências reguladoras. Pior! Nesses incisos, a ANA não se restringiu a disciplinar os cargos de direção. O “metarregulador” visa reger a vida funcional de todos os reguladores, desprendendo-se de toda e qualquer amarra legal ou constitucional.

De um lado, o inciso I do art. 18 da NR 4 representa invasão da autonomia na organização de concursos públicos e para atos de provimento de cargos públicos. De outro, o inciso II interfere no regime de organização das carreiras e do quadro de pessoal. Não bastando, a redação do art. 18 incorre em problemas técnicos gritantes. Vejamos.

As agências de saneamento brasileiras ora são estaduais, intermunicipais ou municipais. Em particular, as agências intermunicipais são constituídas como consórcios, autarquias interfederativas regidas pelas normas gerais da Lei n. 11.107/2005. A despeito da personalidade de direito público ou privado, essa lei não prevê cargos públicos, mas tão somente empregos públicos nos consórcios.

*Art. 6º, § 2º. O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de **pessoal**, que será regido pela **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.*

Disso resulta que as agências interfederativas não podem prover cargos, nem realizar atos de nomeação. Elas selecionam seus servidores civis por meio de concurso, mas os investe em vagas de emprego público, sujeitando-os ao regime celetista. Repito: não há escolha das agências intermunicipais

quanto ao regime celetista de seus servidores. Trata-se de uma determinação do Congresso Nacional. Essas agências somente contarão com servidores estatutários quando forem eventualmente cedidos pelos entes consorciados.

Sob esse contexto normativo, ao fazer referência a cargos públicos, **a NR 4 não somente invade a autonomia federativa, como incorre em erro grosseiro, dado que desconsidera a realidade das agências intermunicipais, e viola expressamente a legislação aplicável aos consórcios estaduais (art. 5º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005).**

XII. VIOLAÇÃO À AUTONOMIA QUANTO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo nada mais é que uma sequência racionalizada de atos, permeada por garantias constitucionais de defesa e destinada a viabilizar funções administrativas. Dado seu caráter essencial para o exercício de atividades de polícia, serviços públicos, fomento, intervenção na propriedade e na economia, incluindo a regulação, reputa-se que o processo administrativo constitui um dos elementos fulcrais da autoadministração dos entes federativos.

Sob essa premissa, embora o art. 22, inciso I, da Constituição da República aponte a competência do Congresso Nacional para legislar privativamente sobre processo, consagrou-se o entendimento de que essa competência se limita aos processos jurisdicionais. O processo administrativo, em específico, necessita ser regrado separadamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, pois ele condiciona diretamente o exercício de cada função administrativa, tornando-se essencial para a autoadministração.

A própria Constituição reconhece essa lógica, pois abre as exceções expressas à competência privativa dos entes federados em matéria de processo administrativo. Nessas exceções, aponta que o Congresso Nacional poderá tratar da matéria em normas nacionais, como se vislumbra nos dispositivos que fixam a competência da União para editar normas gerais sobre licitação, típico processo administrativo com finalidade seletiva (art. 22, inciso XXVII), ou sobre requisição, como processo de intervenção na propriedade privada (art. 22, inciso III).

Melhor dizendo: caso o poder constituinte entendesse que o processo administrativo está embutido na competência legislativa privativa do Congresso Nacional para “direito processual” (art. 22, inciso I), não teria previsto exceções para reconhecer a competência exclusiva do Congresso para legislar sobre certas espécies processuais, como as licitações. Essas regras específicas da Constituição somente encontram sentido a partir da premissa de que o processo administrativo é assunto de competência legislativa de cada esfera federativa.

Seguindo essa lógica federativa, desenvolveu-se um forte movimento de processualização no Brasil a partir da década de 1990. Após as iniciativas de leis estaduais gerais de processo administrativo nos Estados de Sergipe e de São Paulo, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 9.784/1999, deixando claro que suas normas se direcionam única e exclusivamente aos entes federais. A partir daí, as leis municipais e estaduais se multiplicaram gradualmente.

Também nessa linha, o STJ criou vasta jurisprudência no sentido de que a Lei de Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/1999) não é nacional, senão meramente federal. Por isso, cabe aos Estados e Municípios legislar na matéria, criando suas próprias leis. Por conseguinte, a LPA federal se aplicará apenas de modo analógico às Administração estaduais e locais que não contam com leis próprias ou cujas leis se mostram lacunosas sobre um ou outro tema processual. É o que esclarece a Súmula 366 do STJ e evidencia a ementa do julgado a seguir:

*Administrativo. Servidor público estadual. Pensão por morte. Revisão do valor. Impossibilidade. Decadência administrativa em face do decurso do prazo de cinco anos após a concessão do benefício. Aplicação da Lei Federal n. 9.784/99 por analogia integrativa. 1. Nos termos da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, de modo a adequá-lo aos preceitos legais. 2. Com vistas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, **este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação, por analogia integrativa, da Lei Federal n. 9.784/1999, que disciplina a decadência quinquenal para revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, aos Estados e Municípios, quando ausente norma específica, não obstante a autonomia legislativa destes para regular***

***a matéria em seus territórios.** Colheu-se tal entendimento tendo em consideração que não se mostra razoável e nem proporcional que a Administração deixe transcorrer mais de cinco anos para providenciar a revisão e correção de atos administrativos viciados, com evidente surpresa e prejuízo ao servidor beneficiário. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido e provido (STJ), RESP n. 1.251.769-SC).*

Harmonizando-se à legislação e à jurisprudência, a doutrina especializada também consagrou a competência de cada ente federativo na matéria. Paulo Modesto é preciso ao explicar que, **“desde a implantação da Federação, o processo administrativo no Brasil desenvolveu-se como uma das faces da autonomia administrativa dos entes políticos integrantes da Federação. Legislar sobre processo administrativo, ao menos nos tempos de normalidade institucional, nunca foi objeto de competência privativa da União, tendo sido considerado inerente à autoadministração de cada unidade federativa a possibilidade de definir o modo de atuação dos seus órgãos administrativos próprios e as formas de relacionamento destes com outros órgãos públicos e com os cidadãos, observada a Constituição (artigo 25, da CF, e artigo 11, do ADCT)”**.²³

Romeu Felipe Bacellar e Ricardo Marcondes Martins caminham em sentido semelhante: “Especificamente em matéria de processo administrativo, inexistente na Constituição previsão de competência privativa da União. A melhor interpretação que se faz do art. 22, I, da CF/1988, é a de que a competência privativa da União ali descrita para legislar sobre “direito processual” refere-se ao processo judicial. Isso porque, em razão da complexidade envolta sobre a esfera administrativa inviabilizaria a conclusão automática de que é somente da União a competência para legislar sobre processo. Como se viu, **a Administração Pública atua, como regra, através do desenvolvimento de processos administrativos, de modo que seria inviável resumir à União a possibilidade de legislar sobre o tema, ante a enorme variedade de espécies processuais envolvidas** (disciplinar, fiscal, ambiental, tributário etc.). Assim, mais acertado é o entendimento de que a competência para legislar sobre processo e procedimento administrativo é correlata à atribuição,

²³ MODESTO, Paulo. Federalismo administrativo, processo e experimentação. Conjur, 08.12.2022, <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao/>

pela Constituição, da competência material para legislar sobre determinado instituto de direito administrativo”.²⁴

O subscritor desse estudo também já se manifestou sobre o tema. *In verbis*: “A interpretação que se consagrou ao longo do tempo é a de que a competência da União se limita a processos judiciais. **Como o processo administrativo é essencial para a autonomia federativa, não deve a União a princípio cuidar de processos gerados pelas Administrações estaduais e municipais.** Com base nesse entendimento, o Congresso editou a Lei n. 9.784/1999, como lei geral de processo administrativo restrita aos entes federais. Algumas Assembleias e Câmaras seguiram o mesmo caminho, criando leis para processos estaduais e municipais, respectivamente”.²⁵

A despeito das normas constitucionais, da jurisprudência e da doutrina especializada, mais uma vez, a NR 4 invade extrapola os limites legais e constitucionais, invadindo o campo da autonomia dos Estados e Municípios para tratar de normas de processo administrativo regulatório, ignorando, com isso, os diferentes modelos de regulação e as peculiaridades locais e regionais. É o que mostram os **art. 13, inciso I; art. 15; art. 23 e art. 31**, a seguir comentados.

Art. 13. O exercício da função de regulação pressupõe a existência de independência para a tomada de decisões, que se caracteriza por:

I - existência de instância colegiada de tomada de decisões regulatórias no âmbito de conselho diretor ou diretoria colegiada.

Art. 15. O conselho diretor ou diretoria colegiada, composto por no mínimo 3 (três) membros, sempre em número ímpar, deliberará por maioria absoluta dos votos de seus membros, cabendo ao dirigente máximo o voto de qualidade.

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. 3. ed. v. 5. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 509.

²⁵ MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo*, volume 3, 2ª ed. São Paulo: Foco, 2024, p. 70. Cf. também NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 82.

Art. 31. As ERIs devem elaborar e dar ampla publicidade ao planejamento estratégico, que conterà os objetivos, as metas e os resultados esperados das ações desenvolvidas relativos à sua gestão e às suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, assim como, os mecanismos de aferição que indiquem o desempenho alcançado.

O art. 13, inciso I, da NR 4 prevê que a independência regulatória demanda “existência de instância colegiada de tomada de decisões regulatórias no âmbito de conselho diretor ou diretoria colegiada”. Indo além, o § 3º prevê o mínimo de 3 membros para as diretorias ou conselhos diretores das agências.

A imposição da colegialidade é inconstitucional, pois invade o campo do processo administrativo, retirando dos Estados e Municípios a possibilidade de deliberar se e em quais situações as decisões administrativas tomadas pelas agências reguladoras terão a natureza de ato monocrático ou de ato colegiado.

Além disso, a norma editada pela ANA mostra-se problemática e inconveniente em muitas situações. Há, ao menos, dois motivos por trás dessa afirmação.

Em primeiro lugar, existem decisões regulatórias simples e complexas, de menor ou maior impacto sobre os regulados e a sociedade. A adoção do modelo de decisão colegiada é adequada para decisões complexas e impactantes. O maior número de agentes públicos envolvidos no processo de tomada de decisões tende a aumentar a legitimação democrática e a introduzir na decisão um conjunto mais rico de elementos e visões. Assim, embora o processo administrativo possa se tornar mais lento, a perda de celeridade é compensada por uma decisão mais robusta, madura e legítima.

Diferentemente, as decisões mais simples e menos impactantes podem ser proferidas por autoridades reguladoras de modo monocrático, em linha com o que fazem os Tribunais brasileiros, inclusive o STF, e outras entidades reguladoras. Nesses casos, a colegialidade se mostra inconveniente, pois

torna a emissão de decisões simples muito lenta e, pior, retira desnecessariamente dos órgãos colegiados o tempo e a energia de que necessitam para apreciar e decidir os casos mais complexos.

Por tudo isso, ao impor decisões colegiadas, os citados dispositivos da NR 4 interferem indevidamente no âmbito de autoadministração dos Estados e Municípios ao disciplinar o processo decisório de suas agências reguladoras e, indo além, criar uma estrutura desnecessariamente rígida que ignora as diferentes espécies de questões e decisões regulatórias. Com isso, mais uma vez, a ANA ignora as peculiaridades de cada cenário, colocando em risco a eficiência administrativa.

Art. 23. As ERIs devem estabelecer e implementar processos participativos antes da tomada de decisão sobre matérias de relevante interesse da sociedade, incluindo a realização de consultas públicas e audiências públicas, na definição das agendas regulatórias e na elaboração de normas e atos regulatórios.

Em linha com o princípio da publicidade e o regime democrático, a NR 4 fomenta a tomada de decisões transparentes e democráticas. Entretanto, o art. 23 invade o campo da autonomia federativa quando (i) impõe o uso de certos instrumentos, como audiências e consultas públicas, para promover a publicidade e a consensualidade, e (ii) vincula esses mecanismos participativos à tomada de decisões sobre “matérias de relevante interesse coletivo da sociedade”.

A imposição de uso de certos instrumentos, como audiências e consultas públicas, é claramente inconstitucional. Em primeiro lugar, existem inúmeros mecanismos participativos e pró-consensuais, cabendo aos Estados e Municípios decidir quais utilizarão no campo de sua autonomia. **Em segundo lugar, mesmo no âmbito federal, audiências e consultas públicas não são obrigatórias para casos de relevante interesse coletivo.** Vale transcrever o que prescrevem os art. 31, 32 e 33 da LPA federal (Lei n. 9.784/1999):

*Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente **poderá**, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.*

*Art. 32. Antes da tomada de decisão, **a juízo da autoridade**, diante da relevância da questão, **poderá** ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.*

*Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, **poderão** estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.*

Ora, ao mesmo tempo em que reconhece a importância de audiências e consultas como instrumentos pró-consensuais, a LPA esclarece seu uso facultativo. A razão por trás da discricionariedade de uso é simples. Esses instrumentos têm finalidade de instrução e democratização. Ocorre que existem outros instrumentos com a mesma finalidade. Assim, se a Administração encontrar provas robustas em um processo, não necessariamente precisará realizar consulta pública para enriquecê-lo com novos elementos. Da mesma forma, se já contar com outras formas de legitimação e participação, audiências e consultas poderão se mostrar inconvenientes no caso concreto, tendo como única consequência a quebra da garantia à duração razoável do processo administrativo.

Não bastasse isso, a NR 4 também erra ao condicionar referidos instrumentos a casos de relevante interesse para a sociedade. Ora, aqui, a ANA criou um comando limitativo dos instrumentos de participação popular desnecessariamente. **Nada impede que as agências, de acordo com a legislação estadual ou local que as rege, desejem submeter certos assuntos pontuais a audiência, ainda que eles não se mostrem relevantes socialmente.** Isso geralmente ocorre com temas regulatórios extremamente técnicos, em que o regulador entende oportuno ouvir especialistas externos para tomar uma decisão mais acertada. Não interessa a relevância social do assunto, mas sim o aspecto técnico. Tanto isso é verdade que, no âmbito federal, o citado art. 32 da LPA, permite a audiência para qualquer assunto relevante, ainda que não seja de interesse geral ou social.

Em síntese, o art. 23 da NR 4 mostra-se inconstitucional, de um lado, porque interfere na autonomia dos Estados e Municípios para criar suas regras de processo administrativo no campo da regulação do saneamento básico, de outro, porque cria empecilhos operacionais à eficiência e à participação popular, seja ao indicar quais mecanismos a ANA quer que as agências dos Estados e Municípios utilizem, seja ao vincular esses instrumentos exclusivamente a processos decisórios de relevante interesse para a sociedade.

XIII. CONCLUSÕES

Diante do exposto, respondendo à indagação da ARES-PCJ, conclui-se pela ilegalidade e inconstitucionalidade:

(i) dos **art. 1º, parágrafo único, e art. 9º, inciso IX, da NR 4**, por invadirem a esfera de Estados e Municípios no campo da organização administrativa de agências reguladoras de saneamento;

(ii) dos **art. 13, incisos III, IV e IV, e § 2º; art. 18, incisos I e II e art. 41, inciso II**, por violarem a autonomia dos Estados e Municípios na definição do regime dos servidores públicos das agências reguladoras de saneamento e

(iii) dos **art. 13, inciso I; art. 15; art. 23 e art. 31**, por interferirem inconstitucionalmente no regramento do processo administrativo estadual ou municipal aplicado às atividades de regulação dos serviços de saneamento básico.

Conquanto o instituto da Norma de Referência seja em si constitucional, tal como declarado pelo STF no julgamento da ADI n. 6.492-DF em 2021, os mencionados dispositivos da NR 4 contêm normas que extrapolam os poderes normativos conferidos pelo ordenamento jurídico pátrio à ANA.



THIAGO MARRARA

Professor de direito administrativo da USP (FDRP)