
PARECER JURÍDICO

CONSULENTE: Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – ARES-PCJ.

OBJETO: Poder normativo das agências reguladoras

PARECERISTA: Gustavo Justino de Oliveira – Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Consultor jurídico em São Paulo (Justino de Oliveira Advogados Associados). Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra (2008). Pós-Doutor pelo Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha, 2013). Professor Visitante de Direito Administrativo na Universidade de Lisboa. Presidente da Comissão de Administração Pública do CAM-CCBC. Árbitro na CAESP, CAMARB, CAM-FIEP e Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. Ex-Procurador do Estado do Paraná (1992-2006).

DATA: 12 de maio de 2015

JUSTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

ÍNDICE

1. Introdução	3
2. O poder normativo das agências reguladoras em matéria de saneamento básico	4
2.1. A delegação da função regulatória a agências reguladoras organizadas sob a forma de consórcio público em matéria de saneamento básico	5
2.2. O exercício do poder normativo pelas agências reguladoras.....	20
2.3. A vinculação dos agentes regulados às normas emitidas pela agência reguladora	28
3. Delegação de competências às agências reguladoras	32
3.1 Efeitos da delegação da função regulatória às agências reguladoras	33
3.2 Ilustrações sobre conflitos de competência regulatória com agências reguladoras	39
4. A aplicabilidade dos atos normativos regulatórios e os seus aspectos temporais	53
4.1 Efeitos temporais da delegação da função regulatória às agências reguladoras	54
4.2 A aplicabilidade de normas regulatórias anteriormente editadas e a possibilidade de substituição do conteúdo regulatório aplicável.....	57
5. Conclusão	65

1. Introdução

A Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí – ARES-PCJ, ora denominada “Consulente”, em muito nos honra com a solicitação de parecer jurídico envolvendo a temática do poder normativo das agências reguladoras.

O presente parecer jurídico enfrenta, especificamente, os quesitos apresentados pela Consulente, redigidos nos seguintes termos:

1. Poder normativo:

As normas emitidas pelas agências reguladoras de saneamento, diante de seu poder normativo, são de vinculação obrigatória aos regulados?

2. Delegação de competências:

Uma vez feita a delegação das competências municipais de regulação e fiscalização à ARES-PCJ pode o município editar norma (lei ou decreto) com conteúdo regulatório? Poderia, inclusive, de forma justificada, não acatar a norma estabelecida (por exemplo, na fixação das tarifas)?

3. Aspectos temporais dos atos normativos regulatórios:

As normas municipais (leis e decretos) com conteúdo regulatório e que foram editadas antes da delegação de competências à Agência Reguladora ARES-PCJ, devem ser observadas pelo ente regulador ou foram revogadas pela nova competência legal?

Esses quesitos encontram-se respondidos individualmente, mais adiante, em três diferentes tópicos. Na sequência desses tópicos, estão expostas as conclusões do parecer jurídico, incluindo a resposta objetiva a cada um dos quesitos.

Desta forma, a análise jurídica sobre as questões levantadas foi empreendida e registrada ao longo dos três primeiros tópicos, sendo que a correlação entre os assuntos e as respostas específicas aos quesitos se encontram no tópico pertinente à conclusão do trabalho.

Registre-se que algumas questões fundamentais e comuns aos quesitos encontram-se expostas no primeiro tópico, que, por esta razão, possui uma extensão maior.

A metodologia para a execução do trabalho envolveu ampla pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial, incluindo-se a análise de documentos relacionados com a constituição e a personalidade jurídica da Consulente, além de documentos oficiais pertencentes a outros órgãos e entidades da Administração Pública brasileira.

É o que ora se apresenta.

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

O primeiro quesito apresentado pela Consulente foi elaborado nos seguintes termos:

1º Quesito: As normas emitidas pelas agências reguladoras de saneamento, diante de seu poder normativo, são de vinculação obrigatória aos regulados?

A questão está relacionada com a temática do exercício do poder normativo por agências reguladoras. Mais especificamente, a questão remete à investigação sobre qual seria o grau de vinculação dos entes regulados às normas emitidas pelas agências reguladoras que atuam no setor de saneamento básico.

Para responder a esta questão, cumpre analisar uma plêiade de questões, como a origem histórica, a natureza e as características do poder normativo que é reconhecido às agências reguladoras. Também é necessário avaliar a compatibilidade deste regime jurídico com a própria Consulente, organizada sob a forma de consórcio público com personalidade de direito público e atuante no setor de saneamento básico. É o que se segue.

2.1. A delegação da função regulatória a agências reguladoras organizadas sob a forma de consórcio público em matéria de saneamento básico

Sabe-se que a função regulatória é inerente ao Estado Democrático de Direito. Em análise ampla do termo, o vocábulo “regulação” remete a atividades de intervenção sobre o domínio econômico e social. Como a intervenção sobre a economia e a sociedade é intrínseca à própria noção de Estado, sendo exatamente isso o que qualifica a organização de uma sociedade mediante a sua subordinação a uma entidade pública comum, é possível afirmar a existência de uma indissociabilidade entre Estado e a sua função de regulação.

Partindo desse balizamento fundamental, cumpre perceber que o Estado sempre exerceu e sempre exercerá alguma função regulatória, já que essencial à sua natureza, ainda que a intensidade desse exercício varie de acordo com as circunstâncias políticas econômicas e sociais vividas pela sociedade no transcorrer do tempo. Assim, a temática da regulação está necessariamente atrelada à noção de Estado, ainda que nem sempre sob essa denominação.

Apesar da indissociabilidade entre a função regulatória e a noção de Estado, a origem histórica do poder normativo atribuído às agências reguladoras, tema sobre o qual é dedicado o presente parecer jurídico, está relacionada com a reforma administrativa do Estado brasileiro, ocorrida com maior ênfase a partir da década de 1990.

Desde a época, o Estado brasileiro, que tinha como característica a prestação direta dos serviços públicos, passou a delegar, com frequência cada vez maior, a prestação desses serviços a terceiros. Nesse novo modelo de gestão dos serviços públicos, o Estado brasileiro manteve consigo o exercício direto das funções de planejamento, fiscalização e regulação desses serviços, delegando apenas a sua respectiva prestação. Trata-se de um fenômeno histórico reconhecido na doutrina como a passagem de um Estado Prestador para um Estado Regulador.

Para se ter uma noção mais aproximada do que representava o antigo Estado Prestador, que vigorou com maior ênfase entre as décadas de 1930 e 1990, veja-se, com o apoio dos registros de Caio Tácito¹, que, até o ano de 1930, o número de entidades da Administração Pública indireta, no âmbito federal, não ia além de 17, alcançando 70 na década de 1950 e chegando a 582 na década de 1980. A maior parcela dessas entidades da Administração Pública indireta tinha como propósito, justamente, a prestação de serviços considerados públicos – daí a expressão “Estado Prestador”.

No entanto, a partir da década de 1990 houve um forte movimento pela desestatização, justificado por uma grave crise fiscal e pela incapacidade de endividamento estatal, o que, por sua vez, impossibilitava os investimentos em infraestrutura, necessários para uma adequada prestação direta dos serviços públicos pelo Estado brasileiro. Conseqüentemente, houve o deslocamento da atividade estatal de prestação direta dos serviços públicos para a prestação indireta desses serviços (mediante terceiros), sendo mantida com o Estado brasileiro, dentre outras, a função de regulação desses serviços.

Anote-se, por exemplo, que entre outubro de 1991 e março de 1999 foram vendidas 115 empresas estatais². Dentre essas, houve o leilão de diversas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, o que representa, justamente, este fenômeno de transferência da prestação dos serviços públicos a terceiros.

Como dito, a partir da década de 1990, retornou-se a preferência pela prestação indireta dos serviços públicos, sobretudo em forma de concessão a terceiros, mediante a regulação da Administração Pública, exercida por intermédio de entidades denominadas por “agências reguladoras”.

¹ TÁCITO, Caio. Temas de direito público (estudos e pareceres). 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 727.

² GIAMBIAGI, Fabio; PINHEIRO, Armando Castelar. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura da privatização no Brasil. In: A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (ed.). Ministério do desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Governo Federal, 2000, p. 35

Especificamente em relação ao setor de saneamento básico, é possível perceber a insuficiência do modelo anteriormente vigente, em que a Administração Pública era a responsável pela prestação direta dos serviços. Neste sentido, a doutrina especializada de Frederico Turolla³:

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

A propósito, registre-se que os resultados até então obtidos por este modelo de Estado Regulador podem ser considerados como satisfatórios, como exemplificam os seguintes dados extraídos do Relatório Nacional de Acompanhamento dos “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)⁴, referentes ao no setor de saneamento básico no Brasil:

De 1990 a 2012, o acesso ao esgotamento sanitário passou de 53% para 77%. Logo, o Brasil também já cumpriu esta meta: a população sem acesso ao saneamento básico caiu de 47% para 23%, menos da metade do nível de 1990. [...]

A região brasileira com a melhor cobertura de esgotamento sanitário adequado é o Sudeste, também a única onde há convergência com a percentagem do abastecimento apropriado de água.

É inegável que, em razão desse fenômeno, a função regulatória do Estado passou por um período de fortalecimento e renovação acadêmica, ocupando o centro

³ TUROLLA, Frederico A. Política de saneamento básico: avanços recentes e opções futuras de políticas públicas. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Texto para discussão nº 922, ISSN 1415-4765, Brasília, 2002.

⁴ Relatório Nacional de Acompanhamento – Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Coord. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Secretaria de Planejamento e Investimento Estratégico (SPI/MP). Publicação em maio de 2014.

das luzes do direito administrativo brasileiro durante a década de 1990 e 2000. Dessa sorte, o processo de reforma da Administração Pública brasileira teve como consequência a adequação e a modernização do próprio direito administrativo à nova realidade político, social e econômica nacional⁵.

A adaptação do direito administrativo se sucedeu a partir da discussão em torno das funções desempenhadas pelo Estado brasileiro. A crise do modelo de Estado Prestador culminou na emergência do conceito de um Estado Regulador, em que este "deixa de ser controlador, diretor, planejador e indutor do desenvolvimento, e passa a atuar como regulador das atividades privatizadas, como balizador da concorrência, como estimulador da oferta de serviços essenciais num ambiente competitivo, como garantidor dos direitos do consumidor e como criador de oportunidades de negócio para a iniciativa privada e de investimento para o desenvolvimento tecnológico"⁶.

O Estado Regulador, portanto, é aquele em que há uma valorização da função regulatória estatal em comparação com a sua função de prestação direta dos serviços públicos. Esta função regulatória que, repita-se, desde a década de 1990 vem se apresentando com maior ênfase e em contornos específicos, que remetem o exercício desta função pelas agências reguladoras.

Sabe-se que o pleno exercício da função regulatória pelo Estado exige uma pluralidade de atividades, com variadas formas e conteúdos. Veja-se, por exemplo, que

⁵ Neste sentido, a doutrina de Marcos Juruena Villela Souto:

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

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

⁶ FARIA, José Eduardo. Regulação, direito e democracia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 8.

no exercício da função regulatória há uma correlação essencial entre atividades de caráter normativo (de legislação secundária, com feição técnica, direcionada ao segmento econômico regulado), fiscalizatório (sobre o exercício dessas atividades pelos entes regulados), judicante (o julgamento administrativo de controvérsias relacionadas às atividades reguladas) e de fomento (o estímulo ao desenvolvimento econômico-social).

Assim sendo, dentre as inúmeras atividades pertencentes à função regulatória, é o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, que determina os princípios e as regras gerais que devem nortear o seu exercício pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido, uma vez reconhecida pela Constituição Federal a titularidade do Estado para o exercício da função regulatória, a lei é que estabelecerá a forma e os parâmetros para esse exercício.

No modelo atual, a lei atribui o exercício da função regulatória – e, conseqüentemente, do seu respectivo poder normativo – à Administração Pública direta ou indireta, a depender do setor regulado e da forma de prestação dos serviços.

Destaque-se que, na sistemática engendrada pela mencionada reforma administrativa ocorrida na década de 1990, é possível identificar uma preferência pela delegação da função regulatória à Administração Pública indireta.

Sob a influência de um modelo aplicado em larga escala nos Estados Unidos da América⁷, a função regulatória do Estado brasileiro também passou a ser exercida por entidades autônomas e independentes, denominadas "agências reguladoras", uma novidade introduzida no direito administrativo brasileiro, no seio do

⁷ Cf. JOHNSON, Bruce Baner; SAES, Flávio Azevedo Marques de; TEIXEIRA, Hélio Janny; WRIGHT, James Terence Coulter. Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas – concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda., 1996

aludido movimento reformista, por meio de leis setoriais. Trata-se, em verdade, de um fenômeno global, como relatado pela doutrina internacional especializada. Leia-se⁸:

Como uma construção analítica, o Estado regulador representa uma mudança no modo ou no estilo de governança que se sucedeu no ambiente socioeconômico de muitas nações capitalistas avançadas durante as três últimas décadas do século XX. (tradução livre)

No âmbito nacional, sob o aspecto jurídico, a função regulatória possui fundamento constitucional, encontrando-se expressamente descrita no artigo 174 da Constituição Federal de 1988. Este dispositivo constitucional deve ser interpretado em conjunto com o dispositivo seguinte, o artigo 175, que atribui ao Estado brasileiro a incumbência de prestar serviços públicos direta ou indiretamente⁹.

Da leitura e interpretação conjunta dos artigos se extrai que, em caso de prestação indireta de serviços públicos, permanecerá com o Estado o exercício do planejamento, da regulação e da fiscalização sobre esses serviços.

Neste mesmo sentido, em se tratando de serviços de saneamento básico, é imprescindível que se leve em consideração o que dispõe a Lei Federal nº 11.445/2007, responsável por estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Registre-se que esta legislação foi promulgada pela União Federal, que materializou a sua competência constitucional para instituir as diretrizes nacionais para o

⁸ YEUNG, Karen. The Regulatory State. In: The Oxford Handbook of Regulation, 2010, p.65.

Original: "As an analytical construct, the regulatory state purports to depict a shift in the mode or style of governance that took place in the socioeconomic environment of many advanced capitalist nations during the three closing decades of the twentieth century."

⁹ Constituição Federal

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

desenvolvimento urbano, inclusive sobre saneamento básico (inciso XX do artigo 21 da Constituição Federal)¹⁰.

Para o que interessa ao presente caso, é importante registrar o que estabelece o inciso II do artigo 9º da referida Lei Federal nº 11.445/2007:

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: [...]

II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação;

Perceba-se que a norma oferece duas alternativas ao titular dos serviços públicos de saneamento básico: (i) prestar diretamente os serviços; ou (ii) proceder à delegação da prestação desses serviços. Além disso, o dispositivo indica que o titular dos serviços deve definir o ente responsável pela sua respectiva regulação e fiscalização.

Ou seja, em matéria de saneamento básico, a Lei Federal nº 11.445/2007 optou explicitamente pela definição de um ente autônomo para exercer a regulação e, portanto, não pertencente à Administração Pública direta (estruturada a partir de órgãos sem personalidade jurídica própria).

Esta conclusão é apoiada também a partir de outras referências expressas à necessidade de uma “entidade reguladora”, como exemplifica, dentre outros dispositivos, igualmente, o inciso III do artigo 11 e o inciso I do artigo 21, todos da Lei Federal nº 11.445/2007, conforme:

Lei Federal nº 11.445/2007

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: [...]

¹⁰ Constituição Federal Art. 21. Compete à União: [...]

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a **designação da entidade de regulação e de fiscalização**; [...]

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:

I - **independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora**;

II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.”
[Grifou-se]

Perceba-se que o inciso I do artigo 21 é enfático ao afirmar que o exercício da função de regulação deve atender ao **princípio da independência decisória**, o que reclama, nos termos do próprio dispositivo, a **autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora**.

Em síntese, as diretrizes nacionais aplicáveis ao setor de saneamento condicionam a delegação da prestação desses serviços à existência de um “ente responsável pela regulação”, ou seja, de uma “entidade reguladora” que detenha “independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira”. Trata-se, exatamente, do que é comumente denominado por “agência reguladora”, embora esta entidade possa ser estruturada juridicamente de diferentes formas.

A propósito dessa especificidade, o Decreto Federal nº 7.217/2010, que regulamenta a Lei Federal nº 11.445/2007, definiu a “entidade de regulação” da seguinte forma:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se: [...]

IV - entidade de regulação: entidade reguladora ou regulador: agência reguladora, **consórcio público de regulação**, autoridade regulatória, ente regulador, ou qualquer outro órgão ou entidade de direito público que possua competências próprias de natureza regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados;
[Grifou-se]

Em análise do presente caso, dentre as hipóteses previstas no inciso IV do artigo 2º do Decreto Federal nº 7.217/2010, cumpre registrar a Consulente se qualifica como uma agência reguladora organizada sob a forma de um consórcio público.

A formação de consórcios públicos entre municípios é autorizada pelo artigo 241 da Constituição Federal, que permite seja promovida a gestão associada dos serviços públicos, incluindo-se a possibilidade de se delegar a esse consórcio a competência para regular esses serviços. Leia-se:

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

Na legislação ordinária, anote-se que a Lei Federal nº 11.107/2005 disciplina as normas gerais sobre os consórcios públicos, esmiuçando a forma e os procedimentos para a constituição desses entes.

Em verdade, a constituição de consórcios públicos para a gestão associada de serviços públicos pode envolver o exercício amplo das funções relacionadas com a prestação dos serviços públicos.

Como exemplo disso, mencione-se a modelagem do primeiro consórcio público de saneamento do Brasil, denominado “Consórcio Regional de Saneamento do Sul do Piauí – Coresa Sul do PI”. Este consórcio público, estruturado com o apoio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, vinculada ao Ministério das Cidades, no

âmbito do seu Programa de Modernização do Setor de Saneamento, assumiu, além da regulação, a própria prestação dos serviços de saneamento básico¹¹.

De toda sorte, para o que interessa ao presente estudo, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro permite que municípios transfiram a consórcios públicos – tal como se qualifica a Consulente – uma parcela ou a totalidade de encargos, pessoal, serviços e bens necessários à execução dos serviços públicos que lhe competem, incluindo-se, portanto, a possibilidade de delegação da função regulatória.

No caso do saneamento básico, mais especificamente, a Lei Federal nº 11.445/2007 reitera a possibilidade de gestão associada e prevê expressamente a possibilidade de que a regulação seja delegada a entidades organizadas sob a forma de consórcio público, tal como se qualifica a Consulente. Leia-se o inciso II do artigo 3º e o artigo 8º desta norma:

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

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

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

Neste mesmo sentido, o parágrafo 1º do artigo 31 do Decreto Federal nº 7.217/2010, que regulamenta a Lei Federal nº 11.445/2007:

Art. 31. [...] § 1º **O exercício das atividades administrativas de regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá se dar por consórcio público constituído para essa finalidade** ou ser delegado

¹¹ Cf. obra publicada pelo Ministério das Cidades (2006), intitulada “Reestruturação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Estado do Piauí - o primeiro Consórcio Público de saneamento”, de autoria de Alexandra De Nicola, Antonio Olavo de Almeida Fraga Lima, Ernani Ciríaco de Miranda, Heitor Collet de Araújo Lima, Mara Silva Rosa e Rodolfo Alexandre Cascão Inácio.

JUSTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

pelos titulares, explicitando, no ato de delegação, o prazo de delegação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a ser desempenhadas pelas partes envolvidas.

É exatamente o que acontece no caso da Consulente: houve uma associação voluntária de entes federados (municípios) para a constituição de um consórcio público (consórcio intermunicipal) com o objetivo de que uma das atribuições pertinentes à prestação dos serviços de saneamento básico – a regulação desses serviços – fosse realizada sob um regime de gestão associada. Em síntese, os municípios interessados reuniram-se em consórcio e delegaram o exercício da função regulatória dos seus respectivos serviços públicos de saneamento básico para uma entidade única e comum a todos os consorciados, formatada para atuar como uma agência reguladora.

Sabe-se que as agências reguladoras costumam ser categorizadas pela doutrina como autarquias submetidas a um regime especial, para quem são destinadas "a competência para o exercício de atividades regulatórias, que envolvem, para além da regulamentação, prerrogativas de fiscalização, sanção e solução de controvérsias no âmbito administrativo, entre outras"¹², direcionadas a determinados segmentos da economia.

A propósito, registre-se a possibilidade de se atribuir a classificação autárquica também aos consórcios públicos com personalidade de direito público. Esta conclusão se dá a partir da constatação de que o Código Civil, no inciso IV de seu artigo 41, considera as associações públicas como autarquias. Reforça esta conclusão a

¹² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. As Agências Reguladoras no Direito Positivo Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1054.

interpretação conjunta do parágrafo 1º do artigo 1º, do inciso I do artigo 6º e do artigo 16 da Lei Federal nº 11.107/2005¹³.

Noutra oportunidade, este consultor teve a oportunidade de redigir trabalho acadêmico sobre o assunto, em coautoria com Odete Medauar. Leia-se¹⁴:

Tratando-se de consórcio com personalidade jurídica pública, este passa a integrar a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. Talvez, a fim de complementar este § 1º [do artigo 6º], **o art. 16 da Lei Federal 11.107/2005 tenha conferido nova redação ao inc. IV do art. 41 do Código Civil, para acrescentar, após o termo *autarquias*, a expressão *inclusive as associações públicas*, dando a entender que o consórcio como associação pública seria uma espécie de autarquia.** [Grifou-se]

Independentemente da validade desta classificação, não há dúvida alguma de que a Consulente pertence à Administração Pública indireta dos municípios consorciados e que possui competência para exercer a regulação dos respectivos serviços públicos de saneamento básico.

Cumprе assentar que, apenas pelo fato de que a Consulente se qualificar como um consórcio público com personalidade jurídica de direito público, o ordenamento jurídico brasileiro lhe reconhece a qualidade de integrante da

¹³ Lei Federal nº 11.107/2005

Art. 1º [...] § 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. [...]

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; [...]

Art. 16. O inciso IV do art. 41 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 41.

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;

¹⁴ MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Consórcios Públicos: Comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 77

Administração Pública indireta de todos os entes consorciados. É o exato teor do artigo 6º da Lei Federal nº 11.107/2005. Leia-se:

Art. 6º [...] § 1º **O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.** [grifou-se]

Mencione-se que esta modelagem é reconhecida como conveniente e adequada pelo Ministério das Cidades, o que pode ser constatado a partir do seu Manual para Apresentação de Propostas para Sistemas de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, publicado em 2012 por intermédio de sua Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Este documento contém um Modelo de Convênio de Cooperação entre Entes Federados, que, em sua Cláusula Quinta (Da regulação e fiscalização dos serviços), sugere a seguinte redação:

CLÁUSULA QUINTA (Da regulação e fiscalização dos Serviços) [...]

Alternativa “B”- **Os Serviços Públicos de Saneamento Básico** objetos da gestão associada autorizada mediante o presente Convênio de Cooperação entre Entes Federados **serão regulados e fiscalizados pelo Consórcio Público (nome do Consórcio Público)**, no qual um dos entes da Federação consorciado é o Município de (nome do Município), autorizando este órgão a executar todas as funções de órgão regulador e fiscalizador previstas na legislação, especialmente na Lei Federal nº. 11.445, de 5 de janeiro de 2007 – Lei Nacional do Saneamento Básico (LNSB). [Grifou-se]

A questão é que os consórcios públicos expressam e formalizam a cooperação entre entes diferentes federados, num verdadeiro espírito de federação, o

que é em tudo desejável. Leia-se, neste sentido, os ensinamentos de Maria Paula Dallari Bucci¹⁵:

A cooperação entre os entes federados deve, portanto, superar o *status* de mera declaração constitucional de intenções, e, devidamente regulamentada e executada, assumir a feição de conjunto de “engrenagens institucionais”, voltado às necessidades de liberdade e bem-estar de todos os cidadãos. Afinal, a federação não é um fim em si; cada habitante do País não é federal, estadual ou municipal. A forma federativa só se justifica, num contexto que não é o da agregação de unidades historicamente autônomas, como o brasileiro, se ela corresponder a uma estrutura descentralizada politicamente, capaz de diminuir desigualdades e com isso proporcionar o desenvolvimento de territórios e suas populações.

Destaque-se, ainda, que as vantagens de se atribuir a um consórcio intermunicipal a função regulatória dos serviços de saneamento básico, tal como ocorre no caso da Consulente, foi apresentada em relatório oficial publicado pela Secretaria de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades. Em estudo sobre a participação do setor privado na provisão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Brasil, foi registrado o seguinte¹⁶:

Um elemento a ser considerado é a necessidade de agregação das funções regulatórias em instituições com abrangência territorial ampla, para que não ocorra **um dos problemas mais graves enfrentados pelo setor: muitos serviços municipais sem sustentabilidade econômica e social devido à falta de escala dos sistemas, em razão da multiplicidade de titulares. A preocupação é forte, em decorrência da insuficiência de capacitação técnica para a formação de múltiplas entidades com**

¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão associada de serviços públicos e regiões metropolitanas. In: Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Luiz Guilherme Costa Wagner Júnior (coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 552

¹⁶ Relatório oficial do Exame da Participação do Setor Privado na Provisão dos Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário no Brasil; coord.: Ricardo Ramos Robles, Consórcio Inecon/Fundação Getúlio Vargas, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Ministério das Cidades, São Paulo: 2008.

capital humano capacitado para o exercício das funções regulatórias em bases adequadas. No marco regulatório instituído com a Lei 11.445/07, embora esta defina diretrizes e mecanismo de indução à cooperação interfederativa, existe a possibilidade de que as funções de regulação sejam muito fragmentadas pelo país.

Os problemas desse desenho pulverizado não se encerram na capacidade técnica, há também que se considerar o elevado custo que recairá sobre os usuários se vierem a se estabelecer milhares de agências reguladoras locais em municípios que não ofereçam escalas satisfatórias. **Ainda que muitos municípios de pequeno a médio porte possuam capacidade técnica para exercer a regulação de forma autônoma, do ponto de vista econômico geralmente é mais interessante que essa função seja exercida em associação com outros municípios, ou delegada a uma agência de âmbito estadual ou regional.** [Grifou-se]

A mesma preocupação a respeito da falta de estrutura político-administrativa dos municípios foi notada por Alceu de Castro Galvão Júnior e Wanderley da Silva Paganini, em estudo dedicado à regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. Leia-se¹⁷:

A implantação da regulação no setor de água e esgoto apresenta enormes desafios. Não obstante o déficit de infraestrutura, **há falta de capacidade político-administrativa dos entes federados, sobretudo dos municípios, para se prover regulação nos termos da lei nº 11.445** (GALVÃO JUNIOR; TUROLLA; PAGANINI, 2008).

A partir desses excertos doutrinários, há a nítida percepção de que o modelo de atribuição da competência regulatória a consórcios públicos intermunicipais, para além de inteiramente compatível com o ordenamento jurídico, é também

¹⁷ GALVAO JUNIOR, Alceu de Castro and PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. Eng. Sanit. Ambient. [online]. 2009, vol.14, n.1, pp. 79-88. ISSN 1413-4152.

recomendável nos casos em que houver uma pluralidade de municípios de uma mesma região, sejam eles de pequeno ou de médio porte.

Diante de tudo o que já foi exposto neste item, já é possível estabelecer uma primeira conclusão, a servir como premissa jurídica para o desenvolvimento do raciocínio a ser apresentado mais adiante.

Com base na Constituição Federal, na Lei Federal nº 11.107/2005 e na Lei Federal nº 11.445/2007, a primeira conclusão do presente parecer jurídico é a de que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece expressamente a possibilidade de que seja delegado o exercício da função regulatória sobre serviços públicos de saneamento básico a consórcios públicos organizados sob a forma de agências reguladoras, exatamente como ocorre no caso da Consulente.

2.2. O exercício do poder normativo pelas agências reguladoras

Como exposto no item anterior, o exercício do poder normativo se encontra dentre as atividades que competem à Administração Pública no exercício de sua função regulatória. A expedição de normas com conteúdo técnico, econômico e social é indispensável para que a prestação indireta dos serviços públicos se suceda de acordo com o planejamento do ente detentor da titularidade desses serviços.

A problemática a ser enfrentada sobre esse tema reside no fato de que o exercício do poder normativo é típico do Poder Legislativo, e não do Poder Executivo ou da Administração Pública indireta. Num raciocínio apressado, esta constatação poderia trazer dúvidas sobre a efetiva natureza e alcance dos atos normativos emanados pelas agências reguladoras. Afinal, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, sendo que os preceptivos normativos emanados pelo Poder Legislativo, por meio do processo legislativo previsto na Constituição Federal, além dos próprios dispositivos constitucionais, representam a fonte de legitimidade dos seus atos

administrativos. Sendo assim, uma conclusão equivocada levaria ao entendimento de que o poder normativo seria exclusivo do Poder Legislativo e, portanto, incompatível com as funções desempenhadas pela Administração Pública direta ou indireta.

Insista-se que é importante ressaltar a viabilidade do exercício do poder normativo da Administração Pública porque, não raramente, em direito administrativo, justamente, se sustenta ao Poder Legislativo toda a legitimidade para se determinar os caminhos de atuação da Administração Pública.

Nessa perspectiva, o Poder Legislativo representaria o único dos três poderes com competência para ditar as regras a serem seguidas pela Administração Pública. Aqueles que assim pensam defendem a equivalência da Administração Pública a um órgão executor de leis, tal como um braço mecânico do legislador, ou seja, como se não houvesse função criadora na atividade administrativa¹⁸.

Trata-se do conceito estrito do dever de observância da legalidade, segundo o qual na Administração Pública não há liberdade. Ou seja, é a interpretação mais estreita do consagrado brocardo: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.¹⁹”.

Contudo, não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico brasileiro, em variados graus, reconhece também à Administração Pública a competência para exercer o poder normativo – ou, em outras palavras, o exercício da “função normativa”. Isso quer dizer que, embora o poder normativo seja típico do Poder Legislativo, não existe exclusividade no seu exercício (assim como o Poder Executivo não detém exclusividade sobre a função administrativa e o Poder Judiciário não possui exclusividade sobre a função judicante).

¹⁸ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 137

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 82

Sem dúvidas, o exercício do poder normativo pela Administração Pública se qualifica como uma atividade normativa secundária, sujeita ao princípio da legalidade e, assim, aos limites da lei e da Constituição Federal. Todavia, é necessário perceber que o poder normativo da Administração Pública se reveste de grande importância, seja no detalhamento de suas disposições, seja no preenchimento de significado e conteúdo que a disposição legal eventualmente exija.

Acontece que já não há mais como se minimizar a função técnica e criadora da atividade administrativa. A concepção de vínculo da Administração Pública à legalidade em sentido estrito encontra-se em xeque na atualidade, pois deve ser adotado um conceito mais amplo de legalidade²⁰. Em outras palavras, a normatividade nem sempre se exaure no ato emanado pelo Poder Legislativo²¹.

A função regulatória não pode se expressar somente a partir de uma mera reprodução analítica da lei. A regulamentação de uma lei pode ser muito mais que isso, uma vez que é possível “ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar”, como explica Caio Tácito²². Leia-se, em apoio ao que se sustenta, o comentário de Carlos Ari Sunfeld²³:

A vinculação absoluta da Administração ao legislador foi a primeira grande técnica concebida para a direção sistemática da ação administrativa pelo Direito. Mas a experiência foi mostrando gargalos e insuficiências, o que levou ao paulatino enriquecimento do direito administrativo com outras técnicas. Elas alteraram aos poucos as características do sistema, inicialmente concebido como de legalismo

²⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo, Editora Atlas, 2012

²¹ Cf. TÁCITO, Caio. Temas de direito público (estudos e pareceres). 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 447.

²² Idem. p. 510

²³ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 137, 141

formal (em que o legislador faria as escolhas, o administrador as executaria e os juízes corrigiriam as ilegalidades formais), tornando-o muito mais complexo. [...]

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

A rigor, portanto, ao produzir uma norma, a Administração Pública regulamenta a lei anteriormente promulgada pelo Poder Legislativo ou atua no espaço definido e permitido por ela. Para isso, a norma decorrente da Administração não terá necessariamente a função de detalhar e especificar o comando desta lei, pois deverá apenas guardar o limite da “não contradição” (não deve contradizer ou contrariar a lei) e da “não inovação” (não pode inovar completamente, sem fundamento legal de autorização, que, no entanto, pode ser genérica)²⁴.

Assim, ao atribuir-se a um determinado órgão ou entidade da Administração Pública a competência para exercer o poder normativo sobre matéria de sua especialidade e âmbito de atuação, a lei deve fixar os respectivos limites ao exercício desta competência.

Portanto, o poder normativo atribuído às agências reguladoras possui limites bem postos, sendo que a sua extensão se identifica com a sua origem legal, não podendo contradizer ou inovar completamente a legislação aplicável, assim como deve respeitar as competências estabelecidas em seus atos constitutivos.

Desse modo, para o que interessa à presente investigação, cumpre registrar que, desde que obediente aos limites desenhados pela lei e pelos seus atos

²⁴ MIRAGEM, Bruno. A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70-71.

constitutivos, **o exercício da função regulatória pelas agências reguladoras encontra amparo no princípio da legalidade, possuindo, portanto, caráter vinculante e sendo de observância obrigatória por parte dos agentes regulados.** Afinal, "a fonte da regulação não é a norma reguladora, mas a lei"²⁵.

Nesta linha de entendimento, é possível que a entidade responsável pela regulação, manifestando o seu poder normativo, disponha sobre matérias e elabore normas jurídicas que acolham fórmulas, regras ou definições técnicas e científicas próprias dos setores regulados²⁶.

A propósito e no mesmo sentido do que ora se sustenta, leia-se a opinião de Leila Cuéllar, em sua obra intitulada "As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo"²⁷:

Os diplomas legais que recentemente instituíram agências reguladoras no Brasil atribuem a esses órgãos poder para expedir normas jurídicas. Trata-se de situação polêmica frente ao direito constitucional brasileiro, pois uma interpretação rígida dos princípios da separação dos poderes e da legalidade vedaria a possibilidade de detenção de poder normativo por parte das referidas agências.

Todavia, é preciso salientar que na própria noção de agência reguladora está implícita a idéia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa. Logo, não teria sentido criar tais entes sem que eles pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências. [...]

Importa destacar que a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem

²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. As Agências Reguladoras e Entidades Similares. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1145.

²⁶ MIRAGEM, Bruno. A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78-79.

²⁷ CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001, p. 107, 129, 141

poder elaborar normas de caráter geral, veiculatórias de sua política econômica. Tampouco seriam úteis na hipótese de configurarem mera “reprodução”, com denominação diversa, das tradicionais autarquias. Verifica-se, portanto, que as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhe foram outorgadas. [...]

A competência normativa conferida às agências reguladoras brasileiras pelos diplomas legais que as instituíram, além de inerente à própria atividade de regulação, é imprescindível, para que tais entes possam desempenhar de maneira eficiente suas atribuições.

Em se tratando de saneamento básico, registre-se que a Lei Federal nº 11.445/2007 outorga expressamente o poder normativo às entidades de regulação, conforme estabelecem expressamente os seus artigos 22 e 23, além do parágrafo 2º do artigo 25:

Art. 22. **São objetivos da regulação:**

I - **estabelecer padrões e normas** para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; [...]

Art. 23. **A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:**

I - padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços;

II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas;

III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos;

IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;

V - medição, faturamento e cobrança de serviços;

VI - monitoramento dos custos;

VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados;

VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação;

IX - subsídios tarifários e não tarifários;

X - padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; [...]

XI - medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento;
Art. 25. 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. [...]

§ 2º **Compreendem-se nas atividades de regulação** dos serviços de saneamento básico **a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços** e para a correta administração de subsídios.

[Grifou-se]

O Decreto Federal nº 7.217/2010, por sua vez, também é categórico ao atribuir às agências reguladoras o seu necessário poder normativo:

Art. 27. **São objetivos da regulação:**

I - **estabelecer padrões e normas** para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; [...]

Parágrafo único. **Compreendem-se nas atividades de regulação** dos serviços de saneamento básico a interpretação e **a fixação de critérios para execução dos contratos e dos serviços** e para correta administração de subsídios. [...]

Art. 30. **As normas de regulação dos serviços serão editadas:**

I - por legislação do titular, no que se refere:

- a) aos direitos e obrigações dos usuários e prestadores, bem como às penalidades a que estarão sujeitos; e
- b) aos procedimentos e critérios para a atuação das entidades de regulação e de fiscalização; e

II - **por norma da entidade de regulação, no que se refere às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:**

- a) padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços;
- b) prazo para os prestadores de serviços comunicarem aos usuários as providências adotadas em face de queixas ou de reclamações relativas aos serviços;

- c) requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas;
- d) metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e respectivos prazos;
- e) regime, estrutura e níveis tarifários, bem como procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;
- f) medição, faturamento e cobrança de serviços;
- g) monitoramento dos custos;
- h) avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados;
- i) plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação;
- j) subsídios tarifários e não tarifários;
- k) padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; e
- l) medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento.

A doutrina especializada também se posiciona favoravelmente ao poder normativo das agências reguladoras, como exemplifica este excerto da lavra de Wladimir Antônio Ribeiro e Ivan César Ribeiro²⁸:

Contudo, **a posição hoje hegemônica é a que reconhece o poder normativo das agências, entendendo que a Constituição permite à lei reconhecer essa competência.** Não se confunde o poder regulamentar, do chefe do Poder Executivo, com a competência de editar normas, muitas delas de conteúdo técnico ou previstas em contratos ou outros instrumentos. A lei genérica e abstrata do constitucionalismo clássico é insuficiente para os desafios sociais e econômicos atuais, sendo natural que se reconheça a órgãos do Executivo o poder de editar normas que completem o seu sentido, inclusive garantindo que alcancem eficácia.

Na esfera internacional, especialmente nos Estados Unidos da América, que, como visto, exerceu grande influência sobre o modelo brasileiro, o poder normativo

²⁸ RIBEIRO, Wladimir Antônio; RIBEIRO, Ivan César. Análise de impacto regulatório no Brasil. Migalhas, 21 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI117582,31047-Analise+de+impacto+regulatorio+no+Brasil> Acesso em 7 mai. 2015

é amplamente reconhecimento às agências reguladoras. Leia-se a doutrina internacional especializada²⁹:

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

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

Diante do exposto, uma segunda conclusão deste parecer jurídico é a de que o exercício do poder normativo é reconhecido à Administração Pública brasileira e, mais especificamente às agências reguladoras do setor de saneamento básico.

Apesar do entendimento favorável ao poder normativo da Administração Pública, é necessário registrar, apenas, que os limites do exercício desse poder encontram-se na lei e na Constituição Federal. No caso das agências reguladoras no setor de saneamento básico, as normas regulatórias por si expedidas devem obediência aos limites legais instituídos pelas leis e atos administrativos que lhe autorizaram a delegação da função regulatória e que as constituíram.

2.3. A vinculação dos agentes regulados às normas emitidas pela agência reguladora

²⁹ BURROWS, Vanessa K.; GARVEY, Todd. A brief overview of rulemaking and judicial review. Congressional Research Service. Prepared for Members and Committees of Congress, United States, 2011.

Os dois primeiros itens deste tópico estabeleceram as seguintes premissas jurídicas: (i) o ordenamento jurídico brasileiro permite a delegação do exercício da função regulatória, em matéria de saneamento básico, a agências reguladoras constituídas sob a forma de consórcio público, tal como se qualifica a Consulente; e (ii) as agências reguladoras, tal como a Consulente, têm competência para exercer o poder normativo e estabelecer normas de conteúdo regulatório, o que deve ser exercido nos limites da lei e de seus atos constitutivos.

Por dedução lógica, a conclusão que se extrai dessas premissas jurídicas é a de que **as normas emanadas pelas agências reguladoras devem ser vinculantes para os agentes regulados**. O raciocínio em sentido contrário levaria a uma conclusão carente de qualquer razoabilidade. Se não, veja-se.

Não haveria qualquer sentido em se estabelecer um modelo de gestão de serviços públicos em que, apesar de a lei exigir o trespasse da função regulatória a agências reguladoras, as normas por ela emanadas, dentro dos limites desta delegação, não vinculassem obrigatoriamente todos os agentes regulados.

Se este fosse o cenário, a competência para exercer a função regulatória restaria absolutamente esvaziada, uma vez que não haveria uma delegação propriamente dita para o exercício desta competência. E mais, no caso concreto: caso as normas regulatórias expedidas pela agência reguladora no setor de saneamento básico não fossem de observância obrigatória, **restaria prejudicado o princípio da independência decisória da entidade regulatória, instituído no inciso I do artigo 21 da Lei Federal nº 11.445/2007**.

Neste cenário, por exemplo, em se tratando de uma parceria público-privada para a concessão dos serviços municipais de saneamento básico, bastaria o descontentamento do Poder Executivo municipal a respeito de determinada norma técnica emitida pela agência reguladora para que a sua autoridade, enquanto entidade regulatória, fosse desrespeitada. Este modelo acarretaria uma absoluta insegurança

jurídica, uma vez que, ao fim e ao cabo, as normas regulatórias poderiam ser facilmente desrespeitadas sempre que em contradição com os interesses imediatos do poder concedente.

A questão é que, a partir da delegação do exercício da função regulatória às agências reguladoras, essas entidades passam a deter a competência privativa para estabelecer o arcabouço técnico-normativo do setor, no limite do conteúdo das competências que lhe foram transferidas.

No caso concreto, a Lei Federal nº 11.445/2007, ao estabelecer que a regulação da prestação indireta dos serviços de saneamento básico deve ser realizada por agência reguladora, tem como objetivo atribuir a essas entidades a competência privativa para esta regulação, nos limites estabelecidos pela própria norma. Entendimento em sentido contrário significaria um inaceitável engessamento da agência reguladora, incompatível com as funções que lhe foram atribuídas pela lei.

O propósito de se reconhecer o poder normativo às agências reguladoras, com independência decisória, é simples: garantir o equilíbrio de interesses entre todos os atores envolvidos na prestação dos serviços, seja o poder concedente, o concessionário ou os usuários. Ou seja, este modelo de delegação do exercício da função regulatória busca preservar e fomentar a qualidade desses serviços, em benefício a toda a população.

Este propósito é reconhecido pela doutrina internacional especializada, conforme exemplifica a lição do autor português Rui Cunha Marques³⁰, para quem a regulação tem como objetivo: (i) a proteção dos interesses dos utilizadores quanto às obrigações do serviço público; (ii) a promoção da eficiência e da inovação; e (iii) assegurar a estabilidade, sustentabilidade e robustez dos serviços.

³⁰ MARQUES, Rui Cunha. A regulação dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais: uma perspectiva internacional. Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), Centro de Sistemas Urbanos e Regionais (CESUR) Lisboa: 2011

Para que isso aconteça, é indispensável que o ambiente da política regulatória seja estável e que a atuação das agências reguladoras seja respeitada, a fim de que se obtenha a necessária segurança jurídica. Leia-se, neste sentido, um precedente do Superior Tribunal de Justiça, em que o Ministro relator comenta, em seu voto, uma questão semelhante, em caso análogo relacionado com o setor de telecomunicações³¹:

A propósito, já tive a oportunidade de salientar que a regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia em prol do conjunto da população brasileira. Esse objetivo, entretanto, somente será atingido com uma política regulatória estável que privilegie a ação das agências reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

A propósito do que se defende neste parecer e, especificamente no que diz respeito ao primeiro quesito formulado pela Consulente, registre-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também entende que as normas emitidas pelas agências reguladoras devem ser obrigatoriamente observadas pelos agentes regulados. Neste sentido, leia-se o seguinte trecho da ementa do acórdão que julgou o Recurso Especial nº 806.304/RS:

1. A regulação das atividades pro populo exercida pela agências reguladoras, mediante normas secundária, como, v.g., as Resoluções, é impositiva para as entidades atuantes no setor regulado³².

Desse modo, como uma terceira conclusão, diretamente relacionada com o primeiro quesito formulado, entende-se que os atos normativos emanados pelas

³¹ STJ, AgRg na MC 10915/RN, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 14.08.2006

³² STJ. REsp nº 806.304/RS, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 02/12/2008.

agências reguladoras em matéria de saneamento básico vinculam obrigatoriamente os agentes regulados, sejam aqueles pertencentes ao poder concedente (municípios), sejam concessionários (prestadores dos serviços de saneamento básico) ou mesmo usuários.

3. Delegação de competências às agências reguladoras

O segundo quesito apresentado pela Consulente foi elaborado nos seguintes termos:

2º Quesito: Uma vez feita a delegação das competências municipais de regulação e fiscalização à ARES-PCJ pode o município editar norma (lei ou decreto) com conteúdo regulatório? Poderia, inclusive, de forma justificada, não acatar a norma estabelecida (por exemplo, na fixação das tarifas)?

A questão está relacionada com a temática do poder normativo e da delegação de competências às agências reguladoras. Mais especificamente, a Consulente pretende conhecer quais são os efeitos desta delegação, sobretudo em relação à eventual existência de competência concorrente ou remanescente do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Para responder a esta questão, cumpre analisar detidamente os efeitos da delegação da função regulatória às agências reguladoras, sendo pertinente, também, a ilustração de casos análogos já enfrentados pela jurisprudência brasileira. É o que se apresenta a seguir.

3.1 Efeitos da delegação da função regulatória às agências reguladoras

Uma vez que há a instituição de uma agência reguladora responsável pelo exercício da função regulatória concernente a algum serviço público, resta configurada a delegação da competência para o exercício dessas atividades, que passa da Administração Pública direta para uma entidade pertencente à Administração Pública indireta. Ou seja, há a transferência dessas atividades, que deixam de ser exercidas pela Administração Pública direta e passam a ser desempenhadas por outra entidade, pertencente à Administração Pública indireta.

Como visto, no setor de saneamento básico, a Lei Federal nº 11.445/2007, aplicável a todos os entes federados, determina que a atividade regulatória deve ser exercida por uma entidade com independência decisória, o que demanda a sua autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Trata-se do que é comumente denominado por agências reguladoras.

No caso específico da Consulente, ressalte-se que a legitimidade da delegação da função regulatória é bastante ampla, uma vez que a constituição de consórcio público exige uma rigorosa conciliação de interesses entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo de cada município consorciado.

Isso porque a constituição de um consórcio público, de acordo com a Lei Federal nº 11.107/2005, reclama a celebração de um protocolo de intenções e a sua ratificação por lei, que representam manifestações do Poder Executivo e do Poder Legislativo, respectivamente. Ou seja, trata-se de uma decisão conjugada entre os poderes democraticamente constituídos do município, da qual se extrai, para além da legalidade, a ampla legitimidade das funções a serem desempenhadas por esta nova entidade.

A respeito do procedimento para a constituição dos consórcios públicos, este consultor já teve a oportunidade de registrar a sua opinião em obra acadêmica, a qual foi redigida em coautoria com Odete Medauar. Leia-se o seguinte excerto³³:

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

A Lei Federal 11.107/2005 qualificou o protocolo de intenções como um dos momentos prévios da celebração do contrato de consórcios. É uma espécie de acordo preliminar para o planejamento e a especificação das ações dos entes federativos interessados em se agregar em consórcio.

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

Eis um outro reflexo da denominada *Administração Pública Consensual*, que neste caso se efetiva nas relações entre pessoas públicas, o que poderia ser chamado de parceria público-pública. [...]

O contrato de consórcio público é celebrado com a ratificação do protocolo de intenções. A ratificação se efetua em cada um dos Legislativos dos entes subscritores do protocolo de intenções e se expressa por lei.

Perceba-se, portanto, que a delegação do exercício da competência regulatória para a Consulente expressa uma decisão conjugada entre o Poder Executivo (protocolo de intenções) e o Poder Legislativo (lei municipal ratificadora) do município, que concordam em atribuir a uma nova entidade o exercício de determinadas competências. O fundamento desta delegação encontra-se em manifestações de vontade dos poderes constituídos, não havendo o que se falar em constituição de consórcio

³³ MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Consórcios Públicos: Comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 46-47, 70-71

público e delegação da função regulatória sem a aquiescência do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Por corolário, uma vez que há a delegação da função regulatória à agência reguladora, passa a ser vedado à Administração Pública direta o desempenho de tais atividades. Ainda que o município, na qualidade de ente federado, mantenha consigo a titularidade sobre aquele determinado serviço público, a sua Administração Pública direta não será mais a autoridade competente para o exercício da função regulatória.

Assim, conforme aponta Marçal Justen Filho, as atividades transferidas para as agências reguladoras "são retiradas da Administração Pública direta. Ou seja, a atribuição de competências administrativas privativas em prol das agências equivale a reduzir os poderes da Administração centralizada. Isso significa que o Presidente da República, embora titular do mais alto posto do Estado, não poderá deliberar sobre assuntos de competência das agências"³⁴.

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

Este entendimento é acertado e não poderia ser diferente, já que a hipotética existência de duas autoridades competentes para o exercício do mesmo ato traria o risco da superveniência de decisões conflitantes, em prejuízo ao princípio da segurança jurídica. Afinal, como leciona Floriano de Azevedo Marques Neto, a independência da agência reguladora "só pode ser exercida com efetividade havendo marcos claros na definição do objeto da agência - marcos, esses, que permitam divisar e distinguir as competências dos órgãos reguladores em face das competências da Administração direta ou de outros órgãos"³⁵.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 672.

³⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. As Agências Reguladoras no Direito Positivo Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo

Assim sendo, em análise do quesito apresentado pela Consulente, entende-se que, desde que determinada norma regulatória seja emanada em conformidade com as competências da agência regulatória, o Poder Executivo municipal estará obrigado a acatá-la e respeitá-la.

Perceba-se que o mesmo raciocínio é aplicável ao Poder Legislativo municipal, cuja invasão das competências regulatórias exercidas pelas agências reguladoras é considerada como violação da reserva de administração.

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência do Poder Legislativo – e até do Poder Judiciário – sobre o exercício do poder normativo pela Administração Pública. A propósito deste princípio, leia-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal³⁶:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...)

Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.

Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquiria Batista (Coords.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1084.

³⁶ Supremo Tribunal Federal, RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 13-2-2012

Dessa sorte, no setor de saneamento básico, em que a União Federal, no exercício de suas competências constitucionais, definiu, por lei, como norma geral, que a regulação da prestação indireta dos serviços deve ser realizada por meio de agência reguladora, enquanto esta lei vigorar, a competência regulatória permanecerá com as agências reguladoras, e não com o Poder Legislativo municipal, por exemplo.

Analisando-se o caso concreto, em que o exercício da função regulatória pela Consulente ocorre no setor de saneamento básico, há que se reconhecer também que a fixação e a revisão de tarifas encontram-se dentre o seu rol de competências, pois é este o tratamento que o ordenamento jurídico dispensou ao setor de saneamento básico.

A título ilustrativo, registre-se o inciso IV do artigo 23 e os parágrafos 1º e 4º do artigo 38 da Lei Federal nº 11.445/2007,

Art. 23. **A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:** [...]

IV - **regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;**

Art. 38. [...] § 1º **As revisões tarifárias terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras,** ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores dos serviços.

§ 4º **A entidade de regulação poderá autorizar o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários** não previstos originalmente e por ele não administrados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. [Grifou-se]

No mesmo sentido, o inciso IV do artigo 27 e os parágrafos 1º e 4º do artigo 51 do Decreto Federal nº 7.217/2010:

Art. 27. São objetivos da **regulação:** [...]

IV - **definir tarifas e outros preços públicos que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, quanto a modicidade**

tarifária e de outros preços públicos, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade. [...]

Art. 51. [...] § 1º **As revisões tarifárias terão suas pautas definidas pelas entidades de regulação**, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores dos serviços. [...]

§ 4º **A entidade de regulação poderá autorizar o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários** não previstos originalmente e por ele não administrados, nos termos da Lei no 8.987, de 1995. [Grifou-se]

Dessa sorte, entende-se que a eventual competência regulatória remanescente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo no setor de saneamento básico não inclui a definição de tarifas, sendo que não há competência concorrente para o exercício do poder normativo.

Aliás, a eventual competência regulatória remanescente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo sempre dependerá de um juízo a respeito da extensão do poder normativo da agência reguladora, pois deverá respeitar as competências privativas que lhe foram legalmente atribuídas.

Portanto, aplicando-se o raciocínio ao caso concreto, não há o que se falar em qualquer sobreposição de competências entre a Consulente e os Poderes Executivo e Legislativo de cada município consorciado.

Isso porque tanto o Poder Executivo municipal como o Poder Legislativo desta mesma esfera devem obediência à Lei Federal nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes gerais de saneamento básico. Sendo assim, por determinação da legislação federal, sempre que houver a delegação o exercício da função regulatória a uma agência reguladora, o Poder Executivo e o Poder Legislativo dos municípios não poderão alterar, substituir, revogar ou deixar de acatar as normas regulatórias emitidas por essas agências reguladoras no âmbito de suas competências.

Cumprе ressaltar, ainda, no caso concreto, que as competências delegadas à Consulente seguiram a forma prevista na Lei Federal nº 11.107/2005, que exige a celebração de protocolo de intenções e a sua ratificação por lei. Ou seja, tanto o Poder Executivo (protocolo de intenções) como o Poder Legislativo (lei ratificadora) dos municípios consorciados manifestaram a sua aquiescência à delegação de suas competências, o que, para além da legalidade dessa decisão, robustece também a própria legitimidade das funções desempenhadas pela Consulente.

3.2 Ilustrações sobre conflitos de competência regulatória com agências reguladoras

Em reforço à argumentação apresentada no item anterior, considera-se essencial que seja apresentado o entendimento da jurisprudência brasileira sobre o tema, a partir do que será possível concluir com maior segurança em favor da impossibilidade de sobreposição de competências normativas entre as agências reguladoras, o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Em primeiro lugar, cumpre apresentar o entendimento da jurisprudência brasileira sobre a conformidade entre o ordenamento jurídico e o exercício do poder normativo pelas agências regulatórias.

Este tema foi enfrentado em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, reconheceu-se a conformidade legal e constitucional da competência regulatória das agências reguladoras, incluindo-se o seu poder normativo, desde que exercida nos limites da ordem legal, ou seja, da lei que lhe outorgou tal competência. Leia-se o seguinte excerto do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093, de 4 de novembro de 2014³⁷:

³⁷ STF. ADI 4093. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponibilizado em 04/11/2014.

Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. **Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente.** [Grifou-se]

Reconhecida a competência regulatória, é imperioso anotar o entendimento da jurisprudência brasileira sobre a impossibilidade de que o Poder Legislativo promulgue normas regulatórias que estão sob a competência dessas agências regulatórias. Este mesmo raciocínio foi ilustrado por Carlos Ari Sundfeld, em comentário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Leia-se³⁸:

A inflação legislativa, aliás, tem feito crescer o número de ações diretas de inconstitucionalidade no STF, sendo a invasão de competência regulatória do Executivo (isto é, da reserva de administração, na linguagem da Corte) um dos fundamentos de inconstitucionalidade. Já há atualmente diversos julgados em que se declarou a inconstitucionalidade de leis de regulação de serviços públicos por terem tomados decisões que seriam reservadas à Administração, visto afetarem o equilíbrio econômico dos contratos e o conjunto de direitos e deveres dos prestadores e consumidores, que estavam construídos por instrumentos administrativos.

A propósito desta temática, além da decisão ilustrativa do Supremo Tribunal Federal, apresentada no item anterior (no âmbito do Recurso Extraordinário nº 427.574), registre-se também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 883.196³⁹:

³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 152

³⁹ STJ, Recurso Especial nº 883.196, Relator: Min. Luiz Fux. Disponibilizado em 08/10/2008

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REMOÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO BASE - ERB'S. PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO - LEI MUNICIPAL EM CONTRAÇÃO AO ATO DA AGÊNCIA REGULADORA. DECISÃO DA JUSTIÇA ESTADUAL MERCÊ DO PEDIDO DE INTERVENÇÃO DA AUTARQUIA FEDERAL. CORTE ABRUPTO. INTELIGÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA MERITÓRIA DO STJ E DA SÚMULA 150 STJ. [...]

3. Destarte, sob o ângulo da razoabilidade não se revela crível [que] a atividade empreendida há uma década pela requerente, [com] o beneplácito da agência [,] tenha a sua continuidade abruptamente rompida por força de novel legislação municipal exarada de órgão administrativamente incompetente, o que nulifica o ato administrativo, mercê do disposto no art. 19 da lei federal 9.472/97, que atribui competência exclusiva à ANATEL para os fins desvirtuados pela decisão atacada. [Grifou-se]

Este mesmo raciocínio foi apresentado em outro julgamento do Superior Tribunal de Justiça, em análise do Agravo Regimental da Medida Cautelar nº 11.870, de 16 de novembro de 2006⁴⁰.

Trata-se, portanto, de um espaço próprio de autonomia da agência reguladora, que não admite a sobreposição de competências por parte do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. A propósito do reconhecimento de uma reserva de competência às agências reguladoras, a ser exercida em conformidade com a legislação, leia-se a doutrina especializada internacional, da lavra de Mário Aroso de Almeida⁴¹:

Na verdade, cumpre reconhecer que, embora tributários do modelo garantístico perante a Administração Pública herdado do Estado liberal, textos constitucionais como o nosso [Portugal, aplicável também ao Brasil] procuram a síntese com novas exigências de programas legislativos de intervenção administrativa em matéria económica e social, que não se

⁴⁰ STJ, Agravo Regimental da Medida Cautelar nº 11.870, Relator: Min. Luiz Fux. Disponibilizado em 16/11/2006

⁴¹ ALMEIDA, Mário Aroso de. Teoria Geral do Direito Administrativo. Portugal, 2012, p. 45.

compadem com definições rígidas por parte da lei e antes exigem a atribuição à Administração Pública da tarefa de as otimizar, para o que se torna necessário reconhecer-lhe um **espaço próprio de autonomia**, mediante o qual ela estabeleça uma relação funcional, que não estritamente formal, com a lei. [Grifou-se]

Destaque-se também que a jurisprudência brasileira é pacífica em favor do reconhecimento da competência das agências reguladoras para, no exercício de seu poder normativo, disciplinar a tarifa ou o preço dos serviços e produtos pertencentes ao respectivo setor regulado. Leia-se⁴²:

EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. FISCALIZAÇÃO DA ANP. REVENDA DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO POR PREÇO ACIMA DOS LIMITES ESTABELECIDOS PELA PORTARIA INTERMINISTERIAL 212/2000. PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. ARTIGO 69 DA LEI 9.478/1997. LEGALIDADE DA PORTARIA.

1. **Não merecem acolhimento as assertivas concernentes à inconstitucionalidade da Portaria Interministerial 212/2000 - a qual estabeleceria preços máximos para a revenda de óleo diesel e gás liquefeito de petróleo** -, por haver desbordado da competência legislativa enunciada pelo art. 238 da Constituição Federal.

2. **Apenas mediante a edição da lei federal nº 9.478/1997 é que foi instituída a Agência Nacional do Petróleo, e definidas as suas competências; daí a necessidade de editar normas que alcancem a especificidade das situações jurídicas subsumidas à sua competência, o que é feito, legitimamente, através de portarias.**

3. Na hipótese, a fiscalização administrativa constatou que a apelante revendia GLP em valores superiores aos limites máximos estabelecidos pela Portaria Interministerial nº 212/2000, incidindo, dessa forma, na prática de conduta consignada no art. 3º, III, da Lei 9.847/1999.

⁴² TRF5, AC 566.030, Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Disponibilizado em: 26/06/2014

4. Caso em que a parte autora não logrou infirmar os resultados da fiscalização empreendida, tampouco apontar a ocorrência de qualquer irregularidade no procedimento administrativo - hábeis a ensejar a nulidade da autuação. Deste modo, é de se reconhecer a subsistência do auto de infração lançado, o que impõe o regular processamento da execução fiscal correspondente.

5. Apelação não provida. [Grifou-se]

Aplicando-se este raciocínio ao caso concreto e ao quesito formulado, entende-se que os agentes regulados são obrigados a aceitar as normativas estabelecidas pela agência reguladora a respeito das tarifas e dos preços praticados no setor. O acatamento desta norma é obrigatório sempre que ela houver sido estabelecida pela agência reguladora em consonância com as suas competências legais. Isso ocorre no setor do saneamento básico, pois, como visto, a Lei Federal atribuiu às agências reguladoras a competência para a fixação das normas do regime tarifário (inciso IV do artigo 23 da Lei Federal nº 11.445/2007 e o inciso IV do artigo 27 do Decreto Federal nº 7.217/2010).

A título ilustrativo, mencione-se a atuação de outra agência reguladora na área de saneamento básico, também constituída sob a forma de consórcio intermunicipal, qual seja, a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – ARIS, que regula e fiscaliza os serviços de saneamento básico em 176 municípios de Santa Catarina. Em sua Deliberação nº 13/2014, por exemplo, o Diretor-Geral da ARIS autorizou uma concessionária a promover o reajuste sobre o plano tarifário. Leia-se:

DELIBERAÇÃO n. 013/2014

O Diretor-geral da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS), no uso das suas atribuições legais [...] vem DELIBERAR:

1. **Fica autorizada a Concessionária** Seluma Serviços de Limpeza Urbana de Mafra LTDA., **a promover o reajuste de 10,6768% sobre o Plano Tarifário**, de forma linear sobre as faixas de frequência de coleta

estabelecidas no edital da Concorrência Pública n. 001/2003. A reposição inflacionária encontra-se de acordo com o INPC do período de Novembro de 2012 a Maio de 2014.

2. Os novos valores de tarifas passarão a vigorar a partir de 1º de Janeiro de 2015, e somente terão eficácia após 30 (trinta) dias contados da sua efetiva publicação pela ARIS e divulgação aos usuários pela Concessionaria Seluma Serviços de Limpeza Urbana de Mafra LTDA., em jornal de veiculação no município e no site da empresa.

Esta agência reguladora, que ocupa posição análoga à Consulente, no Estado de Santa Catarina, também estabeleceu, no exercício de sua competência regulatória, diversas resoluções normativas, que são obrigatoriamente observadas pelos agentes regulados.

Como exemplo, cite-se as seguintes normas expedidas pela ARIS: (i) Resolução Normativa nº 001/2011, que estabelece as condições gerais para a prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário; (ii) Resolução Normativa nº 002/2011, que estabelece os procedimentos de fiscalização de prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e de aplicação de penalidades; (iii) Resolução Normativa nº 003/2011, que disciplina as penalidades aplicáveis aos prestadores de serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário; e (iv) Resolução Normativa 004/2012, que estabelece os procedimentos de consultas e reclamações dos usuários dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, coleta, transporte e disposição final de resíduos, limpeza urbana e sistema de drenagem.

Ainda, em relação à competência privativa das agências reguladoras para a disciplina normativa de questões regulatórias, registre-se o seguinte precedente jurisprudencial⁴³:

2. É de se afastar a alegação de que a ANS, ao baixar Resoluções com vistas à disciplina do procedimento a ser adotado de modo a viabilizar o ressarcimento ao SUS, teria desrespeitado o princípio da legalidade, extrapolando os limites impostos pela própria Lei nº 9.656/98. Editou tais atos normativos infralegais por expressa permissão legal, que lhe delegou tal atribuição, em um fenômeno que vem sendo conhecido - e aceito - com o nome de deslegalização ou delegificação. Neste, **os detalhes técnicos a regular um determinado setor econômico serão deferidos a agências reguladoras especializadas naqueles temas, as quais, mediante delegação expressa conferida por lei em sentido formal, editarão Resoluções técnicas para regulamentar a questão. A razão que subjaz a tal mecanismo de a própria lei conferir ao ato infralegal a normatização dos detalhes técnicos reside na própria impossibilidade de o Congresso Nacional deter o conhecimento técnico necessário e de acompanhar com rapidez as dinâmicas mudanças de tais setores.** [Grifou-se]

Neste mesmo sentido, registre-se o seguinte precedente jurisprudencial, que reconheceu à agência reguladora, e não ao poder legislativo, a competência para disciplinar, por meio do seu poder normativo, uma questão relacionada à venda de bens num setor regulado⁴⁴:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE MEDICAMENTOS. RESOLUÇÃO RDC Nº 27/2007. LEGALIDADE. [...]

A Lei que criou a ANVISA e definiu as suas competências autorizou a atuação normativa da agência em matéria de controle de medicamentos de uso humano, possibilitando a regulação do setor farmacêutico, em

⁴³ TRF2. APELRE 580099. Relator: Des. Federal Marcus Abraham. Disponibilizado em: 03/07/2013

⁴⁴ TRF2, AC 478344, Relatora: Des. Federal Vera Lúcia Lima. Disponibilizado em 17/09/2012

especial, o estabelecimento de procedimentos de controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, conforme se depreende dos artigos 2º, incs. II, III e VIII e § 1º, II; 6º e 7º, incs. III e XVIII, da aludida Lei 9.782/99. [...]

Daí a edição da Resolução RDC nº 27, de 30 de março de 2007, efetuada em estrita observância ao princípio da legalidade, na medida em que a edição de resoluções e outros atos infra-legais constitui o meio adequado para a regulamentação das políticas públicas, além do que às agências reguladoras foram outorgados, expressamente, não só os poderes de controle e fiscalização, mas também de normatização dentro de suas áreas de atuação.

- **A Resolução RDC nº 27/2007 não adentra o campo da competência privativa do legislador ordinário.** Em verdade, ao determinar que a venda de medicamentos seja efetuada pelo mesmo estabelecimento físico em que a prescrição médica foi apresentada, objetiva, tão-somente, estabelecer procedimento de controle da movimentação de medicamentos sujeitos a controle especial em drogarias e farmácias, visando facilitar a devida e necessária fiscalização, a fim de evitar que a população seja exposta a riscos.

O ato normativo acoimado de ilegal foi praticado, em verdade, nos limites da atribuição conferida à ANVISA, revelando-se plenamente razoável a proibição de transferência de medicamentos acabados entre farmácias, ainda que se trate de estabelecimentos filiais da mesma empresa (art. 9º, § 2º, da RDC nº 27/2007), **porquanto encontra suporte não só nos poderes de controle e fiscalização, mas também de normatização dentro das áreas de atuação da Agência.**

- Recurso de apelação da ANVISA provido, para julgar improcedente o pedido [...]. [Grifou-se]

Ainda, a título ilustrativo, outro precedente jurisprudencial, que reconheceu à agência reguladora no setor petrolífero, a competência para estabelecer a forma e o critério para distribuição de *royalties* a diferentes municípios⁴⁵:

CONSTITUCIONAL. ROYALTIES. PASSAGEM DE GASODUTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO INSTALAÇÕES DE EMBARQUE E DESEMBARQUE. LEI 7.990/1989. DECRETO 1/1991. LEI 9.478/97. PORTARIA ANP Nº 29/2001. LEGALIDADE. [...]

5. Depreende-se da Lei 9.478/97 que **a atuação da ANP na espécie, estabelecendo critérios para a distribuição de royalties através da Portaria 29/2001, encontra expressa previsão legal e se apresenta como exercício em conformidade com o poder regulamentar das agências reguladoras, pois lhe competia estabelecer a forma e o critério para distribuir o percentual de 7,50% "aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural"**. Em seu art. 49, I, alínea 'c', e II, alínea 'd', por seu turno condicionou a distribuição dos royalties em comento à forma e aos critérios estabelecidos pela ANP. Assim, a atuação da ANP, estabelecendo critérios para a distribuição de royalties, encontra previsão e autorização na Lei 9.478/97. [Grifou-se]

Perceba-se que, no âmbito da atividade normativa das agências reguladoras, a jurisprudência brasileira reconhece até mesmo a possibilidade de que sejam expedidas normas que estipulem sanções, como a aplicação de multas a infrações de suas normas regulatórias. A propósito, leia-se o seguinte precedente⁴⁶:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. DEPARTAMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS (DNC). ILEGALIDADE.

1. Em regra, apenas a lei em sentido formal e material pode descrever infrações e impor penalidades, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

⁴⁵ TRF5. AC 447648. Relator: Des. Federal Manoel Erhardt. Disponibilizado em 19/04/2012

⁴⁶ TRF1. AC 0271166420014013400. Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves. Disponibilizado em: 26/07/2011

2. **As agências reguladoras, no entanto, podem expedir norma fixando multa, por se tratar de ato decorrente do seu poder regulador previsto nas leis de regência.**
3. **A Agência Nacional do Petróleo (ANP) pode estipular infração em norma regulamentadora, mas não o extinto Departamento Nacional de Combustíveis (DNC).**
4. **Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. [Grifou-se]**

Destaque-se que, embora a competência regulatória das agências reguladoras seja privativa para o exercício do seu poder normativo, nos limites daquilo que lhe foi delegado, sem admitir sobreposição de competência normativa pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, reconhece-se ao Poder Judiciário a prerrogativa de anular os atos normativos que extrapolarem esta competência.

A propósito, leia-se a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho⁴⁷:

Diante da premissa de que a delegação reserva ao delegante as linhas de atuação do agente delegado, será sempre possível avaliar, em cada um dos atos normativos das agências, se foram observados os parâmetros legais ou se, ao revés, foram eles contrariados. A legalidade, ou não, dos atos regulatórios dependerá, portanto de sua adequação com a respectiva lei.

Anote-se que a reserva de administração, que protege e reserva o mérito das normas regulatórias à Administração Pública, desde que emanadas no exercício de suas competências, é oponível tanto ao Poder Legislativo como ao Poder Judiciário.

Isso quer dizer que a revisão judicial dos atos normativos emanados pelas agências reguladoras também deve respeitar o princípio da reserva de administração e, portanto, não contempla uma análise meritória sobre o conteúdo desses atos. A revisão

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 7, set/out/nov, 2006, ps. 9-10

do Poder Judiciário restringe-se à análise de compatibilidade entre o ato normativo e as competências da agência reguladora, mas não adentra ao mérito dessas decisões.

Neste sentido, citem-se os seguintes precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE SINAIS DE TV A CABO – PORTARIAS NºS 250/89 E 36/91 – MINISTÉRIOS DAS COMUNICAÇÕES.

1. Exaurida a precedente ordem judicial para o exame do processo administrativo, seja por incapacidade técnica ou desvio nas considerações, com resultado insatisfatório para o interessado, no circunlóquio da legalidade, **não pode o Judiciário, em substituindo a Administração Pública, inclusive abonada nas vertentes da oportunidade e conveniência, autorizar a operação do sistema de sinais de televisão.**

2. Não demonstrado, suficientemente, o direito líquido e certo, a segurança jurídica é denegada.

Firmou-se em ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ o entendimento de que: a) a delimitação da chamada "área local", para fins de configuração do serviço de telefonia e cobrança da tarifa respectiva, leva em conta aspectos predominantemente técnicos, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município; b) previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que determinará as bases do contrato de concessão; e c) **não cabe ao Judiciário adentrar o mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a configuração das "áreas locais".** 3. Recursos Especiais providos.

⁴⁸ Na sequência: Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. MS nº 4.265/DF. Relator Ministro Milton Luiz Pereira. Julgado em 10/04/1996; Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. RESP 200702809800. Ministro Relator Herman Benjamin. Julgado em 11/09/2009 e; Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 859388 / RJ. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 02/10/2008.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENERGIA. CONSUMO. TARIFA DE USO DOS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO. VEDAÇÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...) 4. **A aferição acerca da dispensa de encargos de empresas consumidoras de energia elétrica**, bem como se tal fato sobrecarregará ou não os consumidores residenciais e outros também 'cativos' **adstringe-se ao âmbito da política energética nacional, cuja discricionariedade administrativa não pode ser apreciada pelo Judiciário**. 5. Destarte, **os atos regulatórios expedidos como consectários da lei presumem-se legítimos até a aferição de sua inconstitucionalidade, obedecida a reserva de plenário e o controle concentrado**. 6. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta parte, desprovido.

Em síntese, portanto, é seguro concluir que é reservada às agências reguladoras a competência privativa para a edição de normas regulatórias, nos limites legais de sua delegação, afastando-se a competência concomitante do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Nesta sistemática, apenas, é reconhecido ao Poder Judiciário a prerrogativa de revisar os atos normativos que extrapolarem os limites desta competência, sem que isso signifique a possibilidade de revisar o seu conteúdo propriamente dito. A propósito, leia-se o outro julgado do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA. [...] REDES DE INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). AMBIENTE DE RELATIVA LIBERDADE DE INICIATIVA EMBORA SUBMETIDO À REGULAÇÃO DA ANATEL. [...] DECISÃO QUE SE CONSUBSTANCIA ATO ADMINISTRATIVO PASSÍVEL DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA ASSERÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. [...]

⁴⁹ STJ. REsp 127859. Relator: Min Mauro Campbell Marques. Disponibilizado em 05/12/2012

11. **Nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, a atuação da ANATEL é de extrema relevância para o bom desenvolvimento deste setor econômico, sendo o órgão de regulação setorial dotado de competência legal expressa para tanto. Essa competência é privativa, mas não exclusiva, razão pela qual seus regulamentos não são imunes à eventual análise por este Poder Judiciário, conforme se verá adiante.** Neste sentido, colaciona-se o precedente do Supremo Tribunal Federal, em liminar, exarado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF.

12. Não obstante, é bom que se deixe claro: **a análise aqui empreendida, em nenhuma hipótese, quer afastar a regulação que vem sendo promovida pela ANATEL no mercado de interconexão entre telefonia móvel e fixa. Muito pelo contrário, reconhece-se que esta regulação não engloba somente os valores cobrados, que estão submetidos à relativa liberdade de iniciativa, mas também aspectos técnicos podem melhorar a qualidade do serviço oferecido ao consumidor pelas concessionárias de telefonia móvel.**

13. O fato de haver discussão quanto ao preço cobrado não afasta a incidência da regulação da ANATEL, reiterando-se que os valores cobrados pelas empresas podem ser discutidos no Poder Judiciário justamente porque, no que tange às tarifas de interconexão VU-M, por expressa determinação contida na Lei Geral de Telecomunicações, às concessionárias de telefonia foi conferida a liberdade para fixar estes valores desde que não estejam em desacordo, com isso, os interesses difusos e coletivos envolvidos dos consumidores, bem como dos concorrentes consistentes, neste ponto, na manutenção de uma ordem econômica saudável à clausula geral da liberdade de iniciativa concorrencial. [Grifou-se]

O princípio de reserva de administração é compatível com a moderna teoria de separação dos poderes, que reclama o fortalecimento do exercício da função regulatória pelas agências reguladoras para que haja maior harmonia entre a

legitimidade democrática e a especialização funcional do Estado. A propósito do tema, a doutrina internacional especializada de Bruce Ackerman⁵⁰:

É tempo de transcender a perspectiva patológica e enfrentar os desafios constitucionais maiores levantados pelas ambições reguladoras expansivas do estado moderno. Entendo que há muito já ultrapassamos uma compreensão da regulação burocrática, baseada na teoria da “correia de transmissão” da legitimidade democrática, segundo a qual “os peritos” simplesmente especificam determinações contidas na lei. Reguladores *fazem* a lei e não almejaríamos que fosse de outra forma. Considerem-se, por exemplo, os problemas regulatórios advindos do meio ambiente. Embora normas democráticas possam fornecer princípios diretivos, **os parlamentos não têm tempo, tampouco perícia para analisar os dados científicos, em constante evolução, à procura de soluções responsáveis.** De fato, quando os parlamentares tentaram tomar decisões específicas sobre meio ambiente os resultados foram, não raro, totalmente contraproducentes. É necessário um desenho constitucional que assimile a necessidade da elaboração suplementar de normas voltadas ao empreendimento regulatório contínuo, mas que conscientemente confronte-se com os problemas de legitimidade daí decorrentes. [Grifou-se]

Diante do exposto, a partir das ilustrações apresentadas neste item, é possível apresentar as conclusões jurídicas em relação ao segundo quesito formulado.

Em primeiro lugar, a conclusão é a de que uma vez realizada a delegação das competências municipais de regulação à agência reguladora na área de saneamento, o Poder Executivo e o Poder Legislativo não poderão mais editar norma (decreto ou lei, respectivamente) com este mesmo conteúdo regulatório. A partir da delegação do exercício da função regulatória, a agência reguladora passa a deter competência privativa para a regulação, desde que em consonância com os limites legais

⁵⁰ Ackerman, Bruce. A nova separação dos poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 74-75

estabelecidos, sem que haja a concorrência de poder normativo regulatório entre a agência reguladora, o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Isso significa que os agentes regulados (o poder concedente, seja por intermédio do seu Poder Executivo ou do Poder Legislativo, o concessionário e os usuários) deverão acatar as normas estabelecidas, não podendo recusá-las. Caso, eventualmente, a norma emitida pela agência reguladora estiver em descompasso com a legalidade, o agente regulado interessado deverá se socorrer do Poder Judiciário, a quem compete a anulação desses atos administrativos apenas nos casos em que a competência regulatória for extrapolada. Contudo, em relação ao mérito das decisões regulatórias, emanadas no exercício de suas atribuições legais, a competência da agência reguladora, na qualidade de entidade pertencente à Administração Pública indireta dos municípios, é reservada em face da Administração Pública direta (o que inclui o Poder Executivo), do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Ainda, considerando-se, especialmente, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece às agências reguladoras do setor do saneamento básico a competência para a definição de tarifas, conforme exposto no item anterior, a partir do momento em que há a delegação da competência para o exercício da função regulatória, todos os agentes regulados deverão acatar o regime tarifário estabelecido.

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

O terceiro quesito apresentado pela Consulente foi elaborado nos seguintes termos:

3º Quesito: As normas municipais (leis e decretos) com conteúdo regulatório e que foram editadas antes da delegação de competências à Agência Reguladora ARES-PCJ, devem ser observadas pelo ente regulador ou foram revogadas pela nova competência legal?

A questão está relacionada com os aspectos temporais das normas regulatórias. Mais especificamente, a Consulente pretende saber se as normas regulatórias editadas em momento anterior à delegação do exercício da função regulatória devem ser obrigatoriamente observadas pela agência reguladora. Além disso, questiona-se, em sentido contrário, se essas normas devem ser consideradas como revogadas pela nova competência estabelecida.

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

4.1 Efeitos temporais da delegação da função regulatória às agências reguladoras

Considerando-se o que foi até agora exposto, rememore-se que a função regulatória pode ser exercida pela Administração Pública direta ou pela Administração Pública indireta. Quando o legislador opta por transferi-la à Administração Pública indireta (agências reguladoras), como é o caso dos serviços públicos de saneamento básico, opera-se uma delegação de competências, cujo exercício será materializado pela nova entidade competente **a partir desta delegação.**

Como a função regulatória é intrínseca à noção de Estado, é natural e comum que, quando da delegação das competências à agência reguladora (por exemplo, num processo de delegação da prestação de serviços em uma parceria público-privada),

já existam normas de conteúdo regulatório em vigência, expedidas com o propósito de regular o modelo anteriormente estabelecido de prestação dos serviços públicos.

Essas normas podem ter sido expedidas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, a depender do arranjo jurídico-institucional constituído no modelo anterior de prestação dos serviços públicos. Contudo, essas normas não foram emitidas com o objetivo de regular a nova modelagem de prestação de serviços e, portanto, dificilmente serão adequadas para tanto. Dessa sorte, muito provavelmente será necessário substituir essas normas.

Ocorre que, como já exposto, as agências reguladoras pertencem à Administração Pública indireta dos seus respectivos entes federados. Assim, nesta qualidade, é inequívoco que as agências reguladoras não detêm competência formal para revogar leis ou decretos, expedidos, respectivamente, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Como consequência, a não ser que haja a revogação das normas anteriormente expedidas, seja pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, os atos normativos editados em momento anterior à delegação do exercício da função regulatória permanecerão vigentes após o trespasse de competências à agência regulatória.

Trata-se de uma conclusão segura, afinal, a delegação de competência opera efeitos *ex nunc*, sendo que os preceptivos normativos operados antes da delegação não são imediata e automaticamente retirados do ordenamento jurídico.

A questão é que esta peculiaridade pode levar à falsa conclusão de que as agências reguladoras estão vinculadas e devem observância ao conteúdo das normas regulatórias anteriormente expedidas.

Contudo, como dito, trata-se de uma falsa conclusão.

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

Como exposto anteriormente, o poder normativo da agência reguladora poderá ser exercido a partir do momento em que lhe for delegada a competência regulatória pelo ente que detém a titularidade daquele determinado serviço público. No caso da Consulente, esta competência é recebida por meio de uma decisão conjugada entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo de cada município, que celebram um protocolo de intenções – onde consta o rol de competências que serão transferidas – e o ratificam por lei.

Então, a partir do momento em que é reconhecido o poder normativo à agência reguladora, nada impede que uma nova norma regulatória seja por ela estabelecida, o que substituirá os efeitos da antiga norma regulatória, apesar de sua vigência e de seu grau hierárquico (lei ou decreto).

Isso acontecerá sempre que houver compatibilidade entre o conteúdo das normas regulatórias anteriormente editadas e o poder normativo atribuído à agência reguladora. Ou seja, desde que o conteúdo da norma antiga não verse sobre assunto que extrapole a competência da agência reguladora.

Portanto, após a transferência da competência para o exercício da função normativa regulatória, a agência reguladora, nova competente pela matéria, poderá editar novos regulamentos, de modo a substituir o conteúdo normativo a ser aplicado aos agentes regulados.

Em síntese, conquanto as agências reguladoras não possuam competência para revogar formalmente a legislação, é possível que, sob o ponto de vista material, os

efeitos de uma nova norma regulatória por si emanada sejam exatamente os mesmos de uma revogação: a inaplicabilidade da norma antiga.

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

É o que se apresentará em detalhes no próximo item.

4.2 A aplicabilidade de normas regulatórias anteriormente editadas e a possibilidade de substituição do conteúdo regulatório aplicável

Em primeiro lugar, cumpre explorar com um pouco mais de profundidade a questão da impossibilidade de que uma agência reguladora revogue as normas expedidas pelo Poder Executivo ou Poder Legislativo.

A revogação de normas jurídicas deve obediência ao regime instituído pelo Decreto-Lei nº 4.567/1942, também conhecido como “Lei de Introdução às Normas Brasileiras” (redação dada pela Lei Federal nº 12.376/2010).

Segundo este diploma, “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue” (art. 2º), sendo que “[a] lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (art. 2º, §1º). Trata-se da hipótese de revogação expressa, quando há esta declaração de forma explícita, e da hipótese de revogação implícita, quando há uma incompatibilidade entre os conteúdos da lei antiga e da nova lei ou quando há a integral substituição do seu conteúdo.

Por corolário direto do que disciplina o Decreto-Lei nº 4.567/1942, entende-se que uma lei somente pode ser formalmente revogada por outra lei, não

sendo possível que normas hierarquicamente inferiores, como os decretos regulamentadores e as resoluções administrativas, por exemplo, revoguem normas qualificadas como lei.

Portanto, a não ser que uma lei responsável pela delegação do exercício da função regulatória a uma agência reguladora revogue as eventuais outras leis pertinentes ao tema, promulgadas anteriormente, não há como se reconhecer uma “revogação automática” desses diplomas. O mesmo é válido em relação aos decretos regulamentadores, uma vez que um ato administrativo emanado pela agência reguladora não é capaz de revogá-lo formalmente, já que esta competência permanece com o Poder Executivo.

Entretanto, como visto no item anterior, isso não quer dizer que a agência reguladora esteja obrigatoriamente condicionada ao conteúdo dessas normas regulatórias antigas. Isso porque, se o conteúdo desta norma anterior (seja ela decorrente de lei ou decreto) é compatível com o conteúdo das normas regulatórias a serem emitidas pela agência reguladora no exercício de seu poder normativo, é possível que haja a substituição do conteúdo regulatório da norma anterior pelo conteúdo de sua nova norma regulatória.

Isso é possível porque a delegação da competência às agências regulatórias para o exercício da função regulatória, que ocorre por intermédio de lei (no presente caso, pela Lei Federal nº 11.445/2007 e seu Decreto Federal nº 7.217/2010, além da lei ratificadora do protocolo de intenções de cada município), altera a forma e o âmbito pelos quais as novas normas regulatórias devem ser editadas.

Trata-se do fenômeno reconhecido na doutrina por “delegificação”⁵¹, por meio do qual o Poder Legislativo (no presente caso, em especial, o Poder Legislativo da

⁵¹ O instituto da “delegificação” também é denominado, na doutrina, por “deslegalização”. No presente parecer jurídico, será utilizado o primeiro termo, por ser o mais comum e, a rigor, o que melhor expressa o seu conteúdo.

União, por meio da Lei Federal nº 11.445/2007) determina qual será a extensão do poder normativo da Administração Pública sobre determinado assunto e qual será o ente competente para o seu exercício. No presente caso, vinculado ao setor de saneamento básico, o Poder Legislativo da União Federal atribuiu às agências reguladoras a possibilidade de exercer a função regulatória dos serviços de saneamento básico e, quando do exercício dessa função, detalhou o conteúdo do seu poder normativo.

A respeito do fenômeno da delegificação, leia-se a pertinente exposição de Alexandre Santos de Aragão⁵²:

O instituto da delegificação, do qual passaremos a tratar nas próximas linhas, **constitui fenômeno inteiramente distinto das manifestações de poder regulamentar** acima analisadas. **Nestas, o legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais. Os regulamentos assim expedidos não podem revogar leis anteriores e são revogáveis por leis posteriores**⁵³. **Por isto, entendemos que não podem ser impugnados mediante o argumento de ter havido delegação de poder legislativo - integram o Direito positivo, mas não possuem força de lei.**
[...]

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE, Salvador, Intituti Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007, ps. 42-45

⁵³ Comente-se, apenas, para que não haja dúvidas sobre a coerência desta passagem doutrinária com o que se defendeu no segundo tópico deste parecer jurídico, que, de fato, é reconhecida a possibilidade de que normas regulatórias estabelecidas pela Administração Pública (e, portanto, por agências reguladoras) sejam revogadas ou substituídas por lei. Contudo, em se tratando de saneamento básico, o Poder Legislativo municipal não poderá revogar as normas regulatórias expedidas por agências reguladoras, uma vez que isso dependeria de uma alteração da Lei Federal nº 11.445/2007, que atribui, obrigatoriamente, às agências reguladoras, a competência privativa para regular os serviços de saneamento básico prestados de forma indireta. Ou seja, o Poder Legislativo municipal não poderá revogar ou substituir regulamentos das agências reguladoras em matéria de saneamento porque não detém competência para instituir normas sobre o tema. Trata-se, também, do que foi exposto anteriormente como princípio da reserva de administração.

O Mestre **EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA** conceitua a delegificação ou deslegalização como "**a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração.** Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de "congelamento do grau hierárquico" normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. **Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa a vir a ser regulada por simples regulamentos.** Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora."

[...]

Por esse entendimento, **não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de um política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem o poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico?**

Por que teria que direta e indiretamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

[...]

Eduardo García de Enterría observa que "um setor da doutrina italiana, tratando sempre do conceito de delegação como transferência de poder, tem, sob este pressuposto, visto a delegação como transferência do poder ab-rogatório da lei. Porém, o argumento, que é sutil, não é, todavia, correto. **A ab-rogação da lei anterior por norma deslegalizada não é um poder próprio, mas uma simples consequência da degradação**

normativa legalmente operada. Por outro lado, a Administração se utiliza da delegação ínsita na deslegalização não apenas no momento do primeiro exercício da mesma, como também posteriormente, quando substitui esta primeira norma por outras igualmente regulamentos, momento no qual é evidente não está ab-rogando ou inovando lei, mas suas próprias disposições regulamentares anteriores. A técnica da deslegalização se limita a esse plano formal de manipulação sobre o grau hierárquico (manipulação que também se conhece em sentido contrário, com uma elevação da hierarquia normativa de uma regulação regulamentar). [...]"

Aplicando-se o raciocínio exposto, é seguro concluir que **a Lei Federal nº 11.445/2007, ao permitir que a regulação dos serviços de saneamento básico seja realizada pelas agências reguladoras, degradou formalmente o grau hierárquico pelo qual as normas regulatórias devem ser expedidas quando este modelo for adotado.** Dessa forma, a partir da delegação da competência à agência reguladora, as normas regulatórias não precisam mais ser instituídas por lei ou mesmo por decreto do Poder Executivo, pois podem vir a ser estabelecidas por simples regulamentos.

De todo modo, percebe-se que o que acontece com a emanção de uma norma regulatória após a transferência da competência para o exercício da função regulatória não é uma revogação formal propriamente dita da norma anterior, mas uma substituição da norma regulatória a ser aplicada aos agentes regulados. Percebe-se, ainda, que, sob o ponto de vista material, os efeitos são exatamente os mesmos, uma vez que os efeitos da norma anteriormente editada ficam sobrestados e o seu conteúdo deixa de ser aplicável.

Com o intuito de aprofundar a temática, insista-se na apresentação de ensinamentos doutrinários, elaborados por autores que já enfrentaram o assunto e

chegaram a conclusões compatíveis com o que ora se sustenta. Leia-se as lições de Marcos Juruena Villela Souto⁵⁴:

Destarte, **não parece razoável sustentar que uma norma regulatória possa revogar uma lei, quer do ponto de vista formal, quer do ponto de vista material; a lei pode traçar um novo marco regulatório que permita que os padrões técnicos e financeiros considerados na norma legal anterior sejam substituídos por novos padrões instituídos pela norma regulatória; trata-se, apenas, de modificação do conteúdo interno da norma (ou, em outras palavras, do insumo); o centro de decisão política, no entanto, não sai do legislador para o regulador, sob pena de subverter-se o princípio democrático, afastando a legitimidade da ação administrativa em favor da instituição da tecnocracia na Administração Pública.** A formulação das políticas públicas cabe ao agente que recebeu diretamente da sociedade tal competência; a função regulatória, frise-se, é a de implementação dessas políticas, não a de formulá-las.

Assim, **quando se vê leis autorizando a substituição de comandos legais, regulamentares ou ordinários por normas regulatórias, o que se autoriza é a apenas a substituição do insumo técnico que se revestia da forma legal e não a opção política materializada na lei.** A revogação da lei pode ocorrer com a edição de norma superior que modifica a competência da autoridade encarregada de fixar os novos conceitos oriundos da interpretação técnica; a eficácia da revogação é que pode ser diferida para o momento em que o regulador, munido de amparo legal, edita a norma regulatória. **Vale notar que, não havendo contradição entre a norma deslegalizadora e a anterior, há simples mudança de sede normativa, não cabendo falar em revogação tendo em vista o fato de a norma, originariamente, ter entrado no mundo pela forma então exigida.** A simples mudança de forma não revoga a lei se com ela não for incompatível (é o fenômeno da recepção). Logo, **a norma regulatória atuará em terreno próprio, editando o ato de sua competência, mas sem o compromisso ou a pretensão formal de revogar uma lei (embora substitua os seus efeitos).**

54 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 50-51

Insista-se, portanto, que, no caso concreto, a Lei Federal nº 11.445/2007 deu origem ao fenômeno da delegificação, uma vez que conferiu às agências reguladoras a competência o exercício do poder normativo regulatório sobre os serviços de saneamento básico.

Dessa sorte, considerando-se que esta é uma disposição constante das diretrizes gerais dos serviços de saneamento básico, somente uma nova lei federal poderia alterar o seu conteúdo. Isso porque, como já exposto, as diretrizes gerais dos serviços de saneamento básico devem ser instituídas pela União Federal (em razão de expresso comando constitucional, a saber, o inciso XX do artigo 21 da Constituição Federal⁵⁵).

Em razão disso, uma norma municipal, em forma de decreto ou em forma de lei, jamais poderá se sobrepor à norma regulatória regularmente estabelecida por agência reguladora do setor de saneamento básico.

Tampouco seria plausível supor, nessas circunstâncias, a possibilidade de que um decreto ou uma lei pudesse revogar ou substituir uma norma regulatória emanada pela agência reguladora competente.

Ou ainda, em complemento e para o que interessa ao presente tópico, não seria razoável ou adequado se reconhecer a existência de um condicionamento da agência reguladora às normas regulatórias estabelecidas pelo órgão anteriormente competente. Assim, uma vez que há a delegação de competências à agência reguladora, é rebaixado o grau hierárquico pelo qual as normas regulatórias devem ser expedidas e é possível que a entidade promova a substituição do conteúdo normativo regulatório aplicável aos agentes regulados.

⁵⁵ Constituição Federal

Art. 21. Compete à União: [...]

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Diante de todo o exposto, é possível apresentar algumas conclusões diretamente relacionadas com o terceiro quesito formulado pela Consulente.

As normas municipais (leis e decretos) com conteúdo regulatório, editadas em momento anterior à delegação de competências à agência reguladora, não são revogadas automaticamente com o trespasse da função regulatória. Porém, os efeitos dessas normas anteriormente estabelecidas ficam sobrestados enquanto a agência reguladora permanecer como a entidade competente para o exercício da função regulatória e, nesta qualidade e nos limites de sua competência, estabelecer as suas próprias normativas regulatórias.

Portanto, embora não exista uma revogação implícita e automática das normas regulatórias anteriormente emitidas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, a delegação do exercício da competência regulatória à agência reguladora discrimina e qualifica as normas regulatórias a serem aplicadas aos agentes regulados. Como consequência, poderá haver a substituição do conteúdo normativo regulatório aplicável aos agentes regulados, a depender do efetivo exercício do poder normativo pela agência reguladora.

Como dito, isso acontecerá por meio da publicação de novas normas regulatórias pela agência reguladora competente, desde que o conteúdo dessa norma seja compatível com o poder normativo que lhe foi delegado e enquanto a entidade permanecer com a competência para o exercício da função regulatória.

Assim, enquanto a agência reguladora permanecer como a entidade competente para o exercício da função regulatória, as normas por si expedidas, no exercício de suas funções, prevalecerão sobre as normas regulatórias anteriormente emanadas, que permanecerão sobrestadas e sem aplicabilidade.

Contudo, por exemplo, caso haja a retomada da prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico pelo Município e uma consequente reassunção da função regulatória, retirando-se, portanto, a competência da agência reguladora, as

normas anteriormente emitidas pelo Poder Executivo ou Poder Legislativo local, antes mesmo da delegação à agência reguladora, poderão ser novamente aplicadas, porque vigentes.

De todo modo, em circunstâncias como a apresentada neste item, sugere-se que a própria agência reguladora proponha aos agentes regulados, em especial, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo dos municípios, que realizem uma avaliação legislativa sobre suas normas. Dessa sorte, os órgãos competentes poderão adotar as providências que entenderem cabíveis, inclusive com a possibilidade de revogação das normas anteriormente expedidas.

Neste sentido, vale citar a preocupação de Nyedja da Silva Marinho, consultora vinculada à Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades, que, em curso sobre os desafios atuais da regulação no Brasil, afirmou: “O usuário pode sentir-se confuso ao ter que lidar com uma multiplicidade de organismos e de critérios normativos diferentes, de acordo com o serviço que se trate”⁵⁶.

Assim sendo, para além da questão a respeito da vigência das normas regulatórias anteriores e da sua respectiva aplicabilidade, também é importante considerar a necessidade de que todos os agentes regulados sejam informados e tenham segurança a respeito das normas regulatórias a que estão sujeitos.

5. Conclusão

⁵⁶ Disponível na biblioteca do Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS), do Ministério das Cidades, em:
<<<http://www.pmss.gov.br/index.php/component/content/archive?year=2015&month=4>>>

Diante do exposto neste parecer jurídico, apresentam-se as respostas objetivas aos quesitos formulados pela Consulente:

1º Quesito: As normas emitidas pelas agências reguladoras de saneamento, diante de seu poder normativo, são de vinculação obrigatória aos regulados?

Sim, as normas emitidas pelas agências reguladoras, em matéria de saneamento básico, são de observância obrigatória aos agentes regulados, ou seja, vinculam o poder concedente, o concessionário e os usuários.

Esta conclusão está arrimada na constatação de que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei Federal nº 11.445/2007, determina a delegação (ou seja, a transferência) do exercício da função regulatória a agências reguladoras.

A conclusão também se justifica a partir do reconhecimento de que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece à Administração Pública a competência para o exercício do poder normativo e, mais especificamente, após a reforma do Estado brasileiro da década de 1990, as leis setoriais atribuem este poder normativo às agências reguladoras.

Dessa forma, a partir da delegação do exercício da função regulatória, essas agências reguladoras, como a Consulente, têm competência privativa para exercer o poder normativo e estabelecer normas de conteúdo regulatório, o que deve ser exercido nos limites da lei e de seus atos constitutivos.

Assim, desde que as normas emitidas pelas agências reguladoras respeitem os limites de sua competência, os demais agentes regulados devem obediência aos seus preceitos, pois são destinatários da norma. Como houve a transferência da competência para o exercício do poder normativo regulatório para a

agência reguladora, o Poder Executivo não poderá mais exercer esta função e, portanto, deverá acatar as normas emitidas pela entidade.

Os demais agentes regulados (concessionários e usuários) também permanecem vinculados às normas regulatórias estabelecidas pela Administração Pública, não havendo qualquer alteração sobre esta sujeição que decorra do fato de que, a partir da delegação de competências à agência reguladora, as normas não são mais emanadas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo municipal.

Em se tratando de saneamento básico, este modelo regulatório se qualifica como opção realizada pelo Poder Legislativo federal, que atribuiu a uma entidade reguladora, com independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, a competência privativa para o exercício do poder normativo regulatório.

Dessa sorte, repita-se, não há o que se falar na possibilidade de que o Poder Executivo ou o Poder Legislativo municipal, ou ainda qualquer outro agente regulado (concessionário ou usuários), rejeite a aplicação de um ato normativo exercido no âmbito do poder normativo das agências reguladoras de saneamento básico. Todos os agentes regulados estão obrigatoriamente vinculados às normas regulatórias estabelecidas pelas agências reguladoras porque, além de destinatários da norma, a partir do momento em que há a delegação de competências, essas entidades é que detêm a competência para o exercício do poder normativo, conforme os limites legalmente estabelecidos.

Destaque-se, que, no caso da Consulente, as competências por si desempenhadas possuem grande legitimidade, uma vez que, por se tratar de consórcio público com personalidade de direito público, a sua constituição e a delegação de suas competências depende de uma decisão conjugada do Poder Executivo (protocolo de intenções) e do Poder Legislativo (lei ratificadora) de cada município consorciado.

Em síntese, portanto, desde que obediente aos limites desenhados pela lei e pelos seus atos constitutivos, o exercício da função regulatória pelas agências

reguladoras encontra amparo no princípio da legalidade, possuindo caráter vinculante e sendo de observância obrigatória por parte dos agentes regulados.

2.º Quesito: Uma vez feita a delegação das competências municipais de regulação e fiscalização à ARES-PCJ pode o município editar norma (lei ou decreto) com conteúdo regulatório? Poderia, inclusive, de forma justificada, não acatar a norma estabelecida (por exemplo, na fixação das tarifas)?

Não, uma vez realizada a delegação das competências municipais de regulação à agência reguladora na área de saneamento, o Poder Executivo e o Poder Legislativo não poderão mais editar norma (decreto ou lei, respectivamente) com este mesmo conteúdo regulatório.

A partir da delegação do exercício da função regulatória, a agência reguladora passa a deter competência privativa para estabelecer as normas regulatórias, nos termos e nos limites da legislação aplicável a cada setor.

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

Contudo, conforme ampla jurisprudência, tampouco o Poder Judiciário poderá revisar o conteúdo das normas regulatórias, uma vez que também está sujeito ao princípio de reserva de administração. Ou seja, a revisão do Poder Judiciário restringir-se-á à análise de compatibilidade entre o ato normativo e as competências da agência reguladora, mas não adentrará ou revisará o mérito dessas decisões. Em relação ao mérito das decisões regulatórias emanadas em conformidade com o exercício de suas

atribuições legais, a competência da agência reguladora é reservada em face da Administração Pública direta (o que inclui o Poder executivo), do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, o que é decorrência de sua competência privativa.

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

Especificamente em relação ao conteúdo do poder normativo das agências reguladoras em matéria de saneamento básico, registre-se que a Lei Federal nº 11.445/2007, por meio do artigo 23, reconhece, dentre outros temas, a competência dessas entidades para editar normas sobre regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão. Outros importantes conteúdos normativos reconhecidos às agências reguladoras no setor de saneamento básico são os padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços e a avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados.

Assim, considerando-se, especialmente, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece às agências reguladoras do setor do saneamento básico a competência para a definição de tarifas, a partir da delegação da competência para o exercício da função regulatória, o Poder Executivo ou o Poder Legislativo não poderá deixar de acatar o regime tarifário por elas estabelecido.

Conforme exposto ao longo do segundo tópico, a conclusão ora exposta está em plena concordância com a doutrina, com a jurisprudência brasileira e com o regime jurídico aplicável ao setor de saneamento básico.

3º Quesito: As normas municipais (leis e decretos) com conteúdo regulatório e que foram editadas antes da delegação de competências à Agência Reguladora ARES-PCI, devem ser observadas pelo ente regulador ou foram revogadas pela nova competência legal?

Em regra, caso não haja a revogação, as normas regulatórias editadas em momento anterior à delegação do exercício da função regulatória permanecem vigentes após o trespasse de competências à agência regulatória. Assim, não há qualquer regra legal que indique a existência de uma revogação implícita e automática a partir da delegação do exercício da função regulatória à agência reguladora.

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

Conquanto as agências reguladoras não possuam competência para revogar formalmente as normas expedidas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, é possível que, sob o ponto de vista material, os efeitos de uma nova norma regulatória por si emanada sejam exatamente os mesmos de uma revogação: o sobrestamento dos efeitos e a inaplicabilidade da norma antiga.

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

Este raciocínio se justifica a partir da constatação de que o poder normativo das agências regulatórias, no exercício da função regulatória, foi reconhecido por intermédio de lei, operando o fenômeno da delegificação, que altera a forma e o âmbito pelos quais as novas normas regulatórias devem ser editadas. No presente caso, vinculado ao setor de saneamento básico, o Poder Legislativo da União Federal, no

JUSTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

exercício de suas competências constitucionais, reconheceu e atribuiu um amplo poder normativo às agências reguladoras atuantes no setor de saneamento básico, conforme o artigo 23 da Lei Federal nº 11.445/2007.

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

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

Salvo melhor juízo, é o parecer.

São Paulo, 12 de maio de 2015.



Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo
na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)