

**COORDENAÇÃO REGULATÓRIA E A AUTONOMIA MUNICIPAL –
AS NORMAS DE REFERÊNCIA DO MARCO REGULATÓRIO DO
SANEAMENTO BÁSICO: *SOFT LAW* E *SPENDING POWER* NO JULGAMENTO
CONJUNTO DAS ADIS 6492; 6536; 6583 E 6882.**

**REGULATORY COORDINATION AND MUNICIPAL AUTONOMY – THE
REFERENCE NORMS OF THE REGULATORY FRAMEWORK FOR BASIC
SANITATION: *THE JOINT JUDGMENT OF ADIS 6492; 6536; 6583 AND 6882.***



Soraya Noura y Maurity¹

RESUMO: O julgamento do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) pelo Supremo Tribunal Federal perpassa diversas temáticas da dinâmica regulatória. Contudo, a proposta do presente trabalho é fazer um recorte específico acerca da declaração de constitucionalidade da competência da Agência Nacional das Águas (ANA) para formular normas de referência, cuja observância permite aos municípios galgarem repasses financeiros federais. A pergunta principal é a seguinte: como esses atos, sem vinculatividade imediata, ganham *enforcement* e podem se revelar efetivos para a melhoria do acesso e da qualidade do saneamento, sem descurar do desenho constitucional de repartição de competências? A pesquisa é teórica e analítica, tomando por base bibliografia nacional e estrangeira sobre *soft law* e *spending power*, bem como os julgados do Supremo Tribunal federal nas Ações Direita de Inconstitucionalidade nº 6492; 6536; 6583 e 6882.

PALAVRAS-CHAVE: Direito regulatório. Saneamento básico. *Soft law*. *Spending power*. Competência regulatório.

ABSTRACT: The judgment of the New Legal Framework for Basic Sanitation (Law No. 14,026/2020) by the Federal Supreme Court permeates several themes of regulatory dynamics. However, the purpose of this work is to analyze the declaration of constitutionality of the competence of the National Water Agency (ANA) to formulate reference norms, that allows municipalities to receive federal financial aids. The main question is the following: how do these acts, without a clear binding effect, are enforced and can be effective in improving access and quality of sanitation, without neglecting the constitutional design of the division of competences? The research is theoretical and analytical, based on national and foreign bibliography on soft law and incident mechanisms of persuasion, as well as the judgments of the Federal Supreme Court in the Right Actions of Unconstitutionality nº 6492; 6536; 6583 and 6882.

KEYWORDS: Regulatory law. Basic sanitation. Soft law. Spending power. Regulatory competence.

¹ Soraya Noura y Maurity. Percurso acadêmico: Graduada em Direito e Economia pela Université Jean Moulin III. Revalidação pela UFRJ (FND). Mestre em Direito Público e Direito Público Internacional pela Université Jean Moulin Lyon III. Mestranda em Direito da Regulação pela FGV-Direito Rio. Percurso profissional: Diretora Jurídica da Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro (2020-2021); Diretora Jurídica da Riosaúde (2022); Diretora Jurídica da Riotur (atual).

SUMÁRIO: Introdução. 1. A questão de fundo: a *soft law*, o *spending power* e o devido processo regulatório. 1.1. A fragmentação do setor e o objetivo de uniformização regulatória. 1.2. Normas de referência como atos de *soft law*? 1.3. Enforcement da *soft law* por indução: o *spending power*. 1.4. Alcance do uso da *soft law* pela ANA e o devido processo regulatório. 2. O caso concreto. 2.1. Os votos. 2.2. Discussões sobre espaços normativos e regulatórios. 3. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The bottom line: soft law, spending power and due regulatory process. 1.1. The fragmentation of the sector and the objective of regulatory standardization. 1.2. Reference norms as acts of soft law? 1.3. Enforcement of soft law by induction: spending power. 1.4. Scope of ANA's use of soft law and due regulatory process. 2. The concrete case. 2.1. The votes. 2.2. Discussions on normative and regulatory spaces. 3. Conclusion. References.

Introdução.

O julgamento do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) pelo Supremo Tribunal Federal perpassa diversas temáticas da dinâmica regulatória. Contudo, a proposta do presente trabalho é fazer um recorte específico acerca da declaração de constitucionalidade da competência da Agência Nacional das Águas² (ANA) para formular normas de referência, cuja observância permite aos municípios galgarem repasses financeiros federais. Embora a recentíssima publicação da Medida Provisória nº 1.154, em 01 de janeiro de 2023, tenha alterado a redação do art. 3º, da Lei nº 9.984/00, para extirpar a menção às normas de referências, o tema permanece relevante, pelo que os arts. 4º-A e 4º-B, da Lei nº 9.984/00, e 50, III, da Lei nº 11.445/07, se mantiveram inalterados e o Decreto nº 11.333/2022 atribuiu à Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, vinculada ao Ministério das Cidades, a competência para “*instituir as normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico e acompanhar o seu processo de implementação*”.

As normas de referência, de adesão, *a priori*, voluntária, consubstanciam instrumentos de *soft law* do direito interno³. A *soft law*, como técnica regulatória (para)jurídica, carente dos clássicos elementos normativos da obrigatoriedade e de coercitividade direta do

² Antiga “Agência Nacional das Águas e do Saneamento Básico”, cuja alteração de nomenclatura foi promovida pelo art. 60, da Medida Provisória nº 1.154/2023, publicada em 01 de janeiro de 2023.

³ O uso dessa classificação para trabalhar a natureza jurídica das normas de referência vale como instrumento para facilitar o estudo do tema, pelo que o agrupamento em categorias, embora sempre arbitrário, torna possível extrair um referencial teórico útil para entender as características próprias de um instituto e suas implicações.

Estado, prenuncia uma nova maneira de fazer políticas públicas, mais *flexível*⁴⁻⁵, com vista a conferir maior adaptabilidade e horizontalidade aos espaços usualmente colonizados pelo Direito tradicional. Servem para o enfrentamento das questões mais simples às extremamente complexas.

Sendo assim, com o objetivo de uniformizar a regulação do setor de saneamento básico e resolver uma dificuldade sistêmica derivada da titularidade fragmentada⁶ da matéria, a Lei nº 14.026/2020 estabeleceu a competência da ANA para editar normas de referência sobre diversas áreas técnicas, jurídicas, contábeis, financeiras, econômicas e administrativas do setor de saneamento, voltadas, *in fine*, à universalização e sustentabilidade do serviço.

Mas como esses atos, sem vinculatividade imediata, ganham *enforcement* e podem se revelar efetivos para a melhora do acesso e da qualidade do saneamento, sem descurar do desenho constitucional de repartição de competências?

Nesta dianteira, os julgados das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6492; 6536; 6583 e 6882 trazem um valioso pontapé na discussão acerca da constitucionalidade formal e material da competência da ANA para editar normas de referências, cuja conformação permite aos entes subnacionais obterem acesso a recursos financeiros federais (*spending power*). A *soft law* não é mais um *non sequitur*, relegado ao “não-direito”. Pelo contrário, aproveita essa ambiguidade como valioso e interessante instrumento regulatório para coordenação de uma complexa rede de atendimento de água e esgoto, inserta numa também complexa modelação federativa. Assim, o objetivo do presente trabalho é abordar a temática à luz de uma teoria normativa sobre o uso ideal da *soft law* como técnica regulatória em harmonia com o desenho

⁴ As opções por desestatizar as fontes normativas do direito e flexibilizar seu modo de proceder se inserem no bojo da uma célebre antítona: vivemos numa sociedade complexa em plena mutação, em meio à crise do Estado, da lei e da representatividade democrática. Hoje, fala-se em Estado negociador, conciliar, regulador, recursivo ou reflexivo, em que o discurso político e jurídico se inclina com vista à mais flexibilidade e irrompe com uma rigidez normativa monista, unilateral e admitida como princípio estabelecido. O direito é desestatizado, desterritorializado, e a *soft law* passa a desempenhar um papel de maior proximidade, adaptabilidade, participação e consensualidade na vida em comunidade. DELMAS-MARTY, Mireille. *Pour un droit commun* (Librairie du XXIe siècle) (French Edition) Editions du Seuil. Edição do Kindle. p. 53-65. Ver também: GUERRA, Sérgio. *Discrecionabilidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 6ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Sobre o direito pós-moderno, flexível, adaptável, plural e pragmático: CHEVALLIER, Jacques. *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*. RDP - RD publ. - Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Librairie générale de droit et de jurisprudence - LGDJ, 1998, Nº 3, pp. 659-714. fihal-01728684.

⁵ A flexibilidade se insere num ambiente que *descredita a pretensão totalizante da Lei*. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 94-95.

⁶ PEREIRA, Cesar. *Normas de Referência da ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) e conflitos regulatórios*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.175, set. 2021. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE175/Cesar-NormasANA.pdf>. Acesso: 05/01/23. p. 2.

federativo atual do setor do saneamento, cujo tratamento demanda prestação dinâmica e regionalizada.

Para tanto, parte-se de da seguinte premissa: a *soft law*, sob uma perspectiva pragmática, possui inegáveis efeitos práticos, com repercussões jurídicas e extrajurídicas sobre terceiros; assim, consubstancia uma técnica normativa regulatória. Aqui, porque a *soft law* alcança seus objetivos – de moldar comportamentos – quando suas prescrições são seguidas, a sua eficácia equivale a sua efetividade. Com fulcro nessas premissas, a hipótese que se defende é que, em razão desse potencial de eficácia, atos de *soft law* podem vir a ser abusivamente empregados. Assim, quanto maior o potencial de eficácia, maiores os riscos de abusividade do uso do instrumento e a necessidade de haver balizas materiais e procedimentais para a elaboração e aplicação da *soft law* que garantam seja respeitada a *voluntariedade* da adesão aos preceitos que predica.

Para demonstrar a hipótese, *num primeiro momento*, será abordada a questão de fundo dos julgados (1), destacando-se o objetivo de uniformização das normas de referência, diante da fragmentação do setor de saneamento básico (1.1.); o enquadramento teórico de normas de referência como *soft law* (1.2.); para, *então*, analisar o potencial de abusividade do mecanismo de *spending power* como meio de *enforcement* da *soft law* (1.3.); e seu alcance diante de um balizamento por devido processo regulatório (1.4). *Em seguida*, serão aprofundados os debates do julgado das ADI's 6492; 6536; 6583 e 6882 (2), perpassando os votos dos Ministros, de sorte a avaliar como a Supremo Corte parametrizou a constitucionalidade da competência da ANA para editar normas de referência (2.1.) e os possíveis espaços de atuação normativa ou regulatória da ANA (2.2).

A pesquisa abrange análise bibliográfica e teórica no direito interno e no direito comparado, porquanto nesta, a abordagem calcada na distinção entre *hard law e soft law* é mais comum.

1. A questão de fundo: a *soft law*, o *spending power* e o devido processo regulatório.

1.1. A fragmentação do setor e do objetivo de uniformização regulatória.

Em 2021, o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) apontava que apenas 55,8% da população total era atendida com rede de esgoto⁷, enquanto somente 50,3% possuía tratamento de esgoto gerado⁸.

A aprovação do projeto de lei nº 4.162/2019⁹ e a conseqüente promulgação do Novo Marco Legal de Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) refletem a urgência de se estabelecer novos arranjos jurídicos e institucionais na busca de soluções mais eficientes para impulsionar a universalização do acesso e da fruição aos serviços de saneamento básico. O novo Marco Legal¹⁰ incorpora as metas de universalização do Plano Nacional de Saneamento Básico - PLAN SAB¹¹, e quer garantir, até 31 de dezembro de 2033¹², o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável¹³ e 90% (noventa por cento) com coleta e tratamento de esgoto. As metas são ousadas e necessárias.

O desafio, além da questão eminentemente social, é coordenar a grande variabilidade de regulação do setor, oriunda de cerca de 86 (oitenta e seis) agências reguladoras de serviços de água e esgoto atuante no país. São 26 (vinte e seis) de abrangência estadual, 19 (dezenove) de abrangência intermunicipal e 41 (quarenta e um) agências reguladoras municipais¹⁴, para a regulação de um serviço cuja competência administrativa pertence aos municípios e aos Estados, em conjunto com os municípios, quando integram região metropolitana¹⁵.

O manancial de agências e regulações do setor retratam o atual estado da repartição constitucional de competências numa federação em três níveis e que admite a regionalização de funções públicas. A Constituição da República (CRFB/88) atribui à União competência administrativa para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluído o saneamento básico (art. 21, inciso XX) e para instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos

⁷ Fonte SNIS: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snis/painel>

⁸ Fonte SNIS: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snis/painel/es>

⁹ A Exposição de Motivos do PL n.º 4.162/2019, cujo texto resultou na Lei n.º 14.026/2020, apontou os graves problemas de acesso ao saneamento básico no país e esclareceu a necessidade de atualizações legislativas voltadas a impulsionar o incremento do serviço.

¹⁰ Ver art. 10-B e 11-B da Lei nº 11.445/2007, na redação da Lei 14.026/2020.

¹¹ Decreto 8.141/2013 e Portaria Interministerial 571/2013.

¹² Extensível até 2040. Art. 11-B, § 9º, da Lei nº 11.455/2007.

¹³ Está hoje, em 84,2%. Fonte: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snis/painel/ab>. Acesso em 12/12/2022.

¹⁴ Fonte: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>. A fonte não é um cadastro oficial, mas contempla as entidades que participaram das discussões sobre as Normas de Referência com a Agência Nacional de Águas (ANA).

¹⁵ Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

hídricos (inciso XIX). O art. 23, da CRFB/88, por sua vez, prevê a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de melhoria das condições de saneamento básico (inciso IX), cuidar da saúde (inciso II), proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI). Ao lado dessas competências materiais, há competência legislativa concorrente sobre a saúde pública (art. 24, XII) e a União possui competência privativa para legislar sobre águas (art. 22, inciso IV, da CRFB/88), cujo domínio pode ser federal (art. 20, inciso III) ou estadual (art. 26). Ademais, os Estados podem instituir, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º), com efetiva competência decisória e gerencial em matéria de saneamento básico (art. 8º, II, da Lei nº 11.445/07). Em arremate, o Supremo Tribunal Federal (STF) havia definido, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842-RJ (*Leading case*)¹⁶, a competência dos municípios para a execução dos serviços públicos de saneamento básicos, embora admita a viabilidade jurídica da adesão compulsória às regiões metropolitanas quando houver interesse comum ou coletivo a um sistema integrado, observadas certas condições. Alia-se a isso, a multiplicidade de atores públicos e privados que o setor envolve, bem como a interface técnico-econômica e administrativa do ramo, cuja complexidade nem sempre é acompanhada da equivalente capacidade institucional e estrutural dos municípios¹⁷.

Para enfrentar esse desafiador cenário de regulação multinível e multifontes, para retomar as expressões de Egon Bockmann, a lei previu um interessante arranjo que tenta equilibrar, *de um lado*, a preservação das competências administrativas municipais e regionais para a prestação do serviço e, *de outro*, a necessidade de uniformização regulatória do sistema.

Para tanto, o art. 3º, da Lei nº 14.026/2020, no que altera o art. 4º-A, § 1º, da Lei nº 9.984/00, atribui competência à ANA para editar normas de referência sobre diversos tópicos regulatórios, como: (i) padrões nacionais de qualidade e eficiência; (ii) regulação tarifária; (iii) padronização dos instrumentos negociais; (iv) metas de universalização dos serviços; (v) critérios para a contabilidade regulatória; (vii) metodologia de cálculo de indenizações devidas; (viii) governança das entidades reguladoras; (ix) reuso dos efluentes sanitários tratados; (x)

¹⁶ Histórico sobre o tema: SAMPAIO, Patrícia. *A Histórica Controvérsia Federativa sobre a Titularidade dos Serviços de Saneamento e as Inovações Trazidas pela Lei nº 14.026/2020: Normas de Referência da ANA e Incentivos à Regionalização*. In: Novo Marco Legal do Saneamento. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4186>. Acesso em: 13/12/2022. p.167-177.

¹⁷ HEINEN, Juliano. (2022). *Normas de referência da agência de águas (e saneamento básico) no Brasil a partir do novo marco legal do setor (Lei nº 14.026/2020)*. Revista De Direito Administrativo, 281(3), 215–247. <https://doi.org/10.12660/rda.v281.2022.88322>.

parâmetros para determinação de caducidade; (xi) normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes; e (XIII) conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

Essas normas almejam estabelecer padrões para a adequada prestação e expansão dos serviços (art. 22, I, da Lei nº 11.455/2007), com diretrizes voltadas a alcançar metas de universalização do acesso e de fruição dos serviços, por meio da uniformização do setor, observadas as peculiaridades locais e regionais (arts. 4º-A, §7º c/c 48, inciso III, da Lei nº 11.445/2007). Ainda, a lei prevê a competência da ANA para verificar o impacto regulatório e o cumprimento das normas de referência (arts. 4º-A, § 6º; 4º-B, § 2º, da Lei nº 11.445/07), embora não detalhe o modo de aferição, nem a finalidade (se informativa ou fiscalizatória). Com isso, pode-se dizer que a ANA, com o manejo de normas de referência, desempenha um papel de coordenador regulatório no setor do saneamento básico, tornando-se, por lei, uma superagência regulatória? As normas de referência são um modelo legítimo de desenho de políticas regulatórias?

Essas novas competências atribuídas à ANA não ficaram imunes a críticas e foram questionadas no bojo das ADIs nºs 6492; 6536; 6583 e 6882.

1.2. Normas de referência como atos de *soft law*?

Nos termos da lei, as normas de referência são padrões técnico-regulatórios que não possuem caráter obrigatório e coercitivo, elementos de uma definição clássica de normatividade – *heterônomo e monista*¹⁸. São atos *soft*. Mas o que seriam atos de *soft law* no direito interno?

¹⁸ A *soft law*, contudo, pode ser concebida como uma técnica normativa ou um novo paradigma de normatividade. Etimologicamente, a palavra “norma” vem do latim e se refere ao esquadro, ao modelo, ou seja, ao instrumento de referência que serve para traçar linhas, direções. A normatividade, no sentido de que fornecesse modelos sugeridos de comportamentos ou guias de conduta da vida social, vai além das regras jurídicas imperativas. Assim, a *norma* não se cingira a descrever comandos imperativos, podendo também ser juridicamente paranética. A *soft law*, porque almeja (e, muitas vezes, consegue) moldar comportamentos, representaria uma *técnica normativa*, formalizada por atos *sui generis*, cujo objetivo é calcado nas *finalidades* que deseja alcançar. São, então, privilegiados elementos de consensualidade, negociação e reflexividade. Esse novo paradigma de juridicidade, para Catherine Thibierge, se desenvolve dentro de uma ideia de gradação nas texturas do Direito (“*gradation dans les textures du droit*”). A gradação traz uma escada de densidade normativa (“*échelle de densité normative*”, que oscila entre o *very hard law* (“*droit très dur*”), obrigatório e passível de sanções, e o *very soft law* (“*droit très souple*”), declaratório e sem previsão de sanção. THIBIERGE, Catherine. *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit*. In Revue Trimestrielle de Droit Civil. 1/10/2003, p. 622. Ver também: LAVERGNE, Benjamin. *Le droit souple devant le juge administratif français*, in Le controle juridictionnel des actes de droit souple sous la direction de JOUVE (Denis), PAILLER (Pauline), Presses universitaires de Reims, 2017, pp. 25-26.

Uma noção de *soft law* nasce nos idos dos anos 1930¹⁹, com função regulatória internacional²⁰, em vista a conciliar soberanias e amaciar as desgastadas relações coloniais da metrópole Inglesa²¹. A técnica se desenvolve também no direito europeu²², articulado por organismos não governamentais ou confederativos.

Porque bem-sucedido no plano internacional, seu modo de proceder começa, também, a inspirar o direito nacional²³, principalmente nos espaços em que a Constituição ou a lei não detalhou competências ou quando se mostram insuficientes ou inadequadas para conferir efetividade à norma²⁴. A inclinação por maior flexibilidade tem o mérito de valorizar o contexto e atores a que se dirige, pelo que leva a sério os impactos de cada medida estatal²⁵ e aposta em arranjos institucionais mais reativos e adaptáveis a esse contexto²⁶. O Conselho do Estado Francês, confrontado ao crescente uso da ferramenta e a seus potenciais impactos jurídicos, dedicou os seus tradicionais trabalhos anuais, em 2013, ao estudo da *soft law* e foi precursor ao desenvolver uma doutrina do uso e do controle da *soft law* interno²⁷, elaborando, para tanto, três parâmetros cumulativos de identificação.

¹⁹ Há quem entenda que a *soft law* tem origem anterior, especialmente relacionado à *lex mercatoria*. Nesse sentido: MEYER, Lars. *Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*. In Denver Journal of International Law & Policy. Vol. 34. Article 7. 2006.

²⁰ *Os termos teriam sido cunhados por Arnold McNair*. O primeiro presidente da História do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. McNAIR, Arnold D. *The Functions and Differing Legal Character of Treaties*. 11 Brit. Y.B. Int'l L. 100 (1930). *Oriunda das práticas de "gentlemen's agreements" ou "memorandum of agreement", em que os Estados formulam cartas de intenções, sem efeitos vinculantes*.

²¹ CKREYE, Robin. *Soft law and Administrativo Law – A new Challenge*. AIAL Forum n° 61, p. 1.

²² MONNET, Jean. *"Soft Law," "Hard Law," and European Integration: Toward a Theory of Hybridity* NYU School of Law. New York, NY 10012.

²³ *Orly Lobel descreve a soft law como característico do "renew deal", em que a preferência de regulação por comando e controle (top-down) é suplantada por medidas de maior governança, horizontalidade e flexibilidade, a exemplo das "recomendações"*. LOBEL, Orly. *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*. Minnesota Law Review. 663. 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/663>. Acesso em 20/10/2022. p. 346. *Pedro Costa Gonçalves aponta a importância de instrumentos de soft law (regolazione flessibile) de autoridades administrativas com funções de regulação pelo que refletem um novo modelo, baseado no consenso, mais efetivo para cobrir certas áreas de atuação da Administração*. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 3ª edição, 2018. p.68-70. SARMIENTO, Daniel. *El Soft Law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

²⁴ CREYKE, Robin. *"Soft Law" and Administrative Law: a new challenge*. In Aial Forum n° 61, ISSN 1322-9869. 2009, p. 15-23. Disponível em <http://netk.net.au/Articles/Fraud1.pdf>. Acesso: 20/07/2022.

²⁵ VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil / Alice Voronoff*. – Belo Horizonte : Fórum, 2018. p.131-135.

²⁶ MEKKI, Mustapha. *Propos introductif sur le droit souple*. In: Le Droit Souple. Journées nationales. Tome XIII / Boulogne-sur-Mer. Éditions Dalloz, ISBN: 978-2-247-08211-7. 2009. p.18. ver também sobre *souplesse et adaptabilité du droit suple*. CHEVALLIER, Jacques. *Droit et action publique. Le droit figure du politique*. Etudes offertes à Michel Miaille, 2009. fhal-01722487f. p.1.

²⁷ *Desafiando aqueles que ainda resmungavam tratar-se de um droit mou, un droit flou, un droit gazeux* Os termos são como parecem: pejorativos. Para Prosper Weil, por exemplo, a *soft law* não poderia ser concebida como direito, contribuindo tão somente para uma fonte de desordem do direito. WEIL, Prosper. *Vers une normativité relative en droit international ?*. In RGDIP, 1982, n° 86.

Primeiro, o ato deve ter por objeto *modificar ou orientar os comportamentos* de seus destinatários, suscitando, na medida do possível, a sua *adesão*. Esse critério alija, por exemplo, os atos preparatórios para elaboração de uma norma, cujo objetivo é orientar a redação da norma em si, e não, própria e diretamente, orientar comportamentos. Segundo, os atos *não podem criar, por si só, direitos ou obrigações vinculantes* para os seus destinatários. Esse critério diferencia a *soft law* da *hard law* (leis e regulamentos), como também dos *contratos*, dos quais se originam direitos e obrigações para as partes. Assim, a *soft law* não tem o potencial para inovar no ordenamento jurídico e *impor* comportamentos. Por fim, os atos devem apresentar, pelo seu conteúdo e modo de elaboração, certo *grau de formalização e estruturação que os aproximam das regras de direito*. Esse critério tem por objetivo diferenciar a *soft law* de toda e qualquer ato declaratório, sem efeito cogente que possa influenciar comportamento (como religião, moral, exortação política, doutrina, etc.). Todavia, não há uma forma específica e pré-determinada de veiculação do seu conteúdo, mas um plexo multiforme de atos.

Em complemento, vale mencionar a definição trazida por Jacob Gersen e Eric Posner, segundo os quais a *soft law* é uma regra emitida por uma autoridade que não cumpre as formalidades ou os procedimentos constitucionais para que a regra seja juridicamente vinculativa²⁸. Assim sendo, a *soft law* suscitaria uma dinâmica pelos seus destinatários por meio de uma adesão *voluntária*²⁹.

No que pertine ao conteúdo que veicula, a *soft law* é versátil e heterogênea, tudo em vista à maior permeabilidade e adaptabilidade às necessidades de seu ambiente. Assim, pode

²⁸ GERSEN, Jacob E.; POSNER Eric A. “*Soft Law: Lessons from Congressional Practice*.” Stanford Law Review, vol. 61, no. 3, 2008, pp. 573–627. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/40379694>. Acesso em 26/11/2022. p. 579.

²⁹ Isso decorre de uma concepção clássica, monista e heterônoma, do Direito, de que a norma só é válida se provier do Estado, legítimo detentor do monopólio da força, consoante balizamento procedimental e material constitucionalmente estabelecido. CARBONNIER, Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. LGDJ, 10eme ed 2001. p. 18-19.

se articular como regra³⁰, princípios (*principles-based regulation*³¹), padrão³², *standard*³³ ou, eventualmente, em silêncio³⁴.

A vantagem da *soft law* é que, porque não se traduz como imperativa, dispensa, em princípio, obediência a procedimentos formais e materiais para a sua adoção, embora a lei possa vir a prevê-los³⁵. Ao mesmo passo que se mantêm incólumes, ao menos, nas aparências, as competências normativas e administrativas dos entes subnacionais, a técnica regulatória da *soft law* permite que um ente ou órgão coordene e harmonize a regulação setorial nos espaços em que careceria, classicamente, de competência normativa direta. Mas como esses atos ganham *enforcement*?

1.3. Enforcement da *soft law* por indução: o *spending power*.

O ponto nodal do uso da *soft law* é que sua efetividade é engendrada por meio da adesão voluntária ao conteúdo que predica³⁶. A partir daí, há alguns fatores, inerentes à

³⁰As distinções não são pacíficas, nem absolutas, mas sujeitas a divergências teóricas e conceituais. Idealmente, a regra corresponderia a uma obrigação jurídica, elaborada *ex ante*, na qual se relacionam um fato e sua consequência. Estruturalmente, a regra mandatória seria composta por um antecedente (o problema sobre o qual a regra pretende incidir), um conseqüente (resposta) e a justificação subjacente (o propósito da regra), a qual não é sempre expressa ou relevante para a validade da regra. Para o Schauer, regras são relações mais opacas que se estabelecem entre a estrutura e o destinatário. SCHAUER, Frederick F. *Formalism*. The Yale Law Journal, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988.

³¹ Julia Black identifica quatro formas de regulação baseada em princípios: regulação formal, substantiva, plena e policêntrica. A despeito de seus paradoxos, seus defensores argumentariam que fornece um regime regulatório flexível que pode facilitar a inovação. BLACK, JULIA. *Forms and Paradoxes Of Principles Based Regulation*, LSE WORKING PAPERS 13/2008. Também de difícil delimitação com os *standards*. Julia Black equipara os conceitos em suas diferenças com o conceito ideal de regra. BLACK, Julia. *Regulators as Rulemakers*. Tese (Doctor of Philosophy) – Faculty of Law of the University of Oxford. Oxford, 1993, p. 12. Para Daniel Sarmiento, a *soft law* possui natureza dual, a corresponder ora à *soft law*, ora à *hard law*.

³² Quando o objetivo, ao menos, nas aparências, é descrever funcionalidades e não criar regras rígidas ou passíveis de sanções. O *padrão*, aqui, é entendido como uma *referência* comum e recomendável, seja descrita com vagueza ou não, porque é desenvolvido ao longo do tempo, mas da qual é possível desviar se necessário. Esse desvio do padrão técnico se inspira numa compreensão de razoabilidade como *equidade*, para adaptação de generalização probabilística da norma às especificidades do caso, e de razoabilidade como *congruência*, para adaptação do direito à realidade social. KAPLOW, Louis. *Rules Vs. Standards: And Economics Analysis*, Duke Law Journal, Vol. 42, 557, 1992. p. 598.

³³ O *standard* se articularia de por termos de maior vagueza ou imprecisão. Sobre o tema, ressalva-se a imprecisão conceitual da taxinomia entre regras e *standard*. SCHAUER, Frederick. *The Convergence of Rules and Standards*. New Zealand Law Review, 2003.

³⁴ Como exemplos, o famigerado *nudge*, ou, ainda, o *shared space* <https://www.ambientelegal.com.br/espacos-compartilhados-drachten-a-cidade-sem-sinais/>

³⁵ SARMIENTO, Daniel. *La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law*. *Cuadernos de derecho publico*. mai./ago. 2006, n. 28, p. 225. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>. Acesso em: 12/12/2022.

³⁶ A coerção, imanente ao direito apenas seria tolerada se prévia e textualmente estabelecida por fontes socialmente reconhecidas como de válida produção da norma (*pas de tutelle sans texte*). Dessa forma, só *voluntariamente* seria

elaboração do ato³⁷ (fatores *ex ante*) ou incidentes sobre este (fatores *ex post* ou externos)³⁸, que podem contribuir para a adesão aos seus preceitos, conferindo-lhe maior efetividade. Um desses fatores externos é o “*spending power*”. Pela técnica do *spending power*, um ato prescritivo é elaborado por uma entidade especializada e a opção por aderir ao conteúdo desse ato abre acesso a repasses de recursos orçamentários ou financeiros. Aqui, é a força do dinheiro que persuade³⁹. À diferença do ato de *soft law* em si, o *spending power*, porque é capaz de influenciar, com mais peso, o comportamento de terceiros, é geralmente parametrizado por lei (*hard law*).

Esse foi o método escolhido pelo Congresso Nacional no Novo Marco Legal do Saneamento Básico, o qual previu, como instrumento legal de indução ao cumprimento das normas de referência, a alocação de recursos públicos federais, conforme art. 50, III e §8º⁴⁰, da Lei nº 11.445/07, alterado pela Lei nº 14.026/20. A ideia, que se depreende da exposição de motivos do projeto de lei, é impulsionar a criação de um sistema de incentivos para uniformizar o tratamento regulatório da matéria, cuja versatilidade e falta de padronização eram descritas como obstáculos ao desenvolvimento do setor⁴¹ e à qualidade das normas regulatórias em todo

possível aderir a um modelo referencial de comportamentos que carecesse desse tradicional *iter* procedimental da norma. Na visão de alguns teóricos, como Frederick Schauer. SCHAUER, Frederick F. *The Force of Law*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press; 2015. doi:10.4159/9780674736191. H.L.A Hart, no entanto, desafia a compreensão do direito como um conjunto de ordens coercitivas. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. / Herbert Lionel Adolphus Hart; tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. - Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

³⁷ Como: (i) quando a adesão é unilateral a preceito eminentemente técnico, elaborado com expertise; (ii) em razão da credibilidade reputacional do autor do ato; (iii) quando combina maior cooperação e consensualidade; (iv) quando é mais adaptável ou flexível, seja quando (iv.1) é impregnado por uma abordagem mais horizontal, em respeito à autonomia privada, seja quando (iv.2) se volta a evitar a regulação *hard*.

³⁸ A exemplo: (i) da incorporação da *soft law* ao *hard law*, isto é, à norma tradicionalmente coercitiva e obrigatória; (ii) de fatores sociais ou sociológicos, como o efeito em rede; (iii) de fatores psicológicos ou quase-jurídicos, porque relacionados às preocupações reputacionais dos destinatários do ato; e, (iv) de fatores financeiros. Em comum, esses mecanismos ganham maior legitimidade quando possuem alguma previsão legal e, eventualmente, alguns parâmetros procedimentais e materiais.

³⁹ ENGD AHL, D. *The Spending Power*. Duke Law Journal, v. 44, n. 1, p. 1-109, Oct. 1994. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol44/iss1/1/>. Acesso em: 13/10/2022.

⁴⁰ Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão (...) condicionados: (...) III – à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA.

⁴¹ Exposição de motivos. Alíneas 11 a 13. “11. A grande variabilidade de regras regulatórias se consolidou como um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços. A Constituição Federal atribui a titularidade dos serviços de saneamento básico aos municípios, atribuição acolhida pela Lei n. 11.445/2007, que faculta aos titulares regular diretamente ou delegar a regulação desse setor. Esse arranjo explicitou as diferentes capacidades regulatórias dos diferentes titulares, resultando numa miríade de situações. 12. Doze anos após a edição da Lei n. 11.445, de 2007, o país continua convivendo com um arranjo institucional de mais de 49 agências reguladoras responsáveis pela regulação de 2.906 municípios dos 5.570 existentes, ou seja, 48% dos municípios não possuem nenhum tipo de regulação e num ambiente em que cada município pode ter a sua agência reguladora. 13. Um primeiro problema decorrente deste arranjo, se deve à baixa capacidade regulatória dos titulares do serviço, o que afeta negativamente a eficiência e desenvolvimento do setor de saneamento básico, e influencia na qualidade e preço dos serviços de forma inadequada. Uma segunda consequência da falta de padronização regulatória é a

o território nacional⁴². Idealiza-se, com o *spending power*, obter mais coalescência com vista à *performance* regulatória.

Entretanto, ao sabor do poderio econômico do município, de sua capacidade institucional e do grau de participação efetiva na elaboração da norma de referência, o *spending power* é criticado por tornar, *na prática*, atos de *soft law* instrumentos quase unilaterais e impositivos⁴³. Dessa forma, como garantir que a conformação às normas de referência preserve o elemento volitivo e resguarde a autonomia constitucional dos entes? Atos de *soft law* permitem fugir da repartição constitucional de competências?

Diante dessas aparentes contradições, o art. 4º-A, § 4º, inciso I a III, e § 10, da Lei nº 9.984/1998, parametrizou o *iter* de adoção desses atos. Para a edição de uma norma de referência, soa imperativo à ANA: (i) avaliar as melhores práticas regulatórias do setor, mediante estudos técnicos; (ii) ouvir as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios; (iii) realizar consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos; (iv) possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e, de modo facultativo, a ANA pode (v) constituir grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas. A despeito dos incisos não definirem um procedimento rígido, servem como parâmetros para contemporizar a evidente força persuasiva do *spending power*. Assim, quanto maior a efetividade de um ato de *soft law* – como é o caso do uso do *spending power* –, maior a necessidade de zelar por elementos que integram um *devido processo regulatório*, a exemplo da ativa cooperação, consenso técnico e adaptabilidade na sua elaboração⁴⁴.

1.4. Alcance do uso da *soft law* pela ANA e o devido processo regulatório.

existência de custos de transação relevantes aos prestadores, públicos e privados, que trabalham para diferentes titulares. Estes são obrigados a se adaptar a regras regulatórias potencialmente muito diferentes na prestação de um mesmo serviço.”

⁴² Alínea 14.

⁴³ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento*. In: Revista Direito do Estado. Ano 2020. Num 467. 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento>. Acesso em 24/10/2022.

⁴⁴ Sobre o devido processo regulatório: BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática* / Gustavo Binenbojm, André Cyrino, Alice Voronoff, Rafael L. F. Koatz . – Belo Horizonte : Fórum, 2020. p.96-108.

O recém-desenvolvimento da *soft law* é naturalmente ligado à uma diluição e a uma dessacralização da verticalidade das instituições⁴⁵, as quais abrem espaço para relações em redes, desestatizadas e desterritorializadas⁴⁶. Entretanto, lançar mão da *soft law* não substitui nem pode servir de subterfúgio para que o órgão ou a entidade pública se despeça em absoluto das regras de competência e/ou de balizas formais e materiais de criação de normas jurídicas⁴⁷. Conquanto dispense o uso da força organizada do Estado, a *soft law* permite, na prática, o exercício da discricionariedade sem as balizas que seriam justamente aplicáveis para o controle da discricionariedade⁴⁸. Por isso, não se pode ignorar a *soft law* ao pretexto de não ser Direito, no sentido clássico, ao risco de aniquilar garantias procedimentais fundamentais da ordem constitucional. A *soft law* não é uma fuga do Estado de Direito⁴⁹, pelo contrário, revela, sob uma perspectiva pragmática⁵⁰, uma forma mais adaptável, horizontal e flexível de ocupação de espaços usualmente desenhados pelo Direito. Por outro lado, a *soft law* voltada à harmonização e coerente regulação de um setor, permite estabelecer padrões com consistência e previsibilidade, elementos estes também caros ao Estado do Direito.

De forma mais drástica, para o espanhol Daniel Sarmiento, a aparição da *soft law* no direito público deve ser compreendida como uma manifestação do poder público *dentro do espaço constitucional*, com o objetivo de dar cumprimento a programas normativos estabelecidos pela Lei e pela Constituição⁵¹. Logo, embora não haja um procedimento rígido

⁴⁵ SOREL, Jean-Marc. *Propos introductifs*. in Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international (dir. Pascale Deumier et Jean-Marc Sorel), collection « Contextes », LGDJ, 2018, p.9.

⁴⁶ “Espace “désétatisé”: sources étatiques et non étatiques (...) Des sources internationales du droit aux sources locales et/ou d’origine privée, la relativité qui atteint l’espace normatif se retrouve – les deux phénomènes étant sans doute liés – quand on considère le « temps normatif »”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Pour un droit commun* (Librairie du XXI^e siècle) (French Edition) Editions du Seuil. Edição do Kindle. p. 53-65. Ver também: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. 3.ed, 1^a. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Edição Kindle. p. 374.

⁴⁷ Como lembra Bernardo Sordi, os conceitos de “*Rechtsstaat*”, “*État de droit*” e “*Rule of Law*” se desenvolveram no pensamento político-jurídico não só para descrever, de forma imediata, as estruturas do Poder, mas também para descrever o modo como é legitimamente exercido. SORDI, Bernardo. *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law*. In *Comparative Administrative Law-Research Handbooks*. in *Comparative Law series*. Edited by Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth and Blake Emerson. p.25-35.

⁴⁸ WEEKS, Greg. *Soft Law and Public Authorities (Hart Studies in Comparative Public Law)*. Bloomsbury Publishing. Edição do Kindle.

⁴⁹ Frederick Schauer não deixa de recordar que a Constituição existe não só para limitar o poder dos “maus agentes” (*bad officials*), mas, e de forma até mais importante, para conter os “bons agentes” (*good officials*) de fazer o que pensam ser coisas boas, ou que, eventualmente, sejam coisas boas no curto prazo, mas que, no longo prazo, representam um detrimento do interesse público. SCHAUER, Frederick F. *The Force of Law*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press; 2015. doi:10.4159/9780674736191. p. 92.

⁵⁰ CHEVALLIER, Jacques. *Op.cit.* p.1-12.

⁵¹ SARMIENTO, Daniel. *La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. Cuadernos de derecho publico*. mai./ago. 2006, n. 28, p. 225. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>. Acesso em: 12/12/2022. p. 265.

para a adoção da *soft law*, o poder público só poderia adotar esse tipo de disposições sempre que contar com a respectiva competência territorial e material, constitucional ou legalmente atribuída⁵².

Sendo assim, a *soft law* não pode servir de meio para que os órgãos e entidades públicas se despeçam das regras de deliberação parlamentar, que fundamentam os princípios da legalidade e da segurança jurídica⁵³. Da mesma forma, a edição de um ato de *soft law* não poderia mascarar a usurpação de esfera de competência própria de outros órgãos ou entidades públicas, sem respeito aos quadrantes procedimentais e materiais insertos na lei ou na Constituição, criando uma “federalização em branco”⁵⁴. Como ressalva, o autor ressalta ser possível, por meio da *soft law*, modular ou compartilhar espaços de competência entre órgãos e entidades públicas em cooperação, com uma maior liberdade procedimental⁵⁵.

Para Floriano Azevedo Marques Neto, contudo, há uma necessária distinção a ser feita quanto ao alcance do poder “*normativo*” e aquele detido pelo agente “*regulador*”⁵⁶, cuja dicotomia fora expressamente insculpida no art. 174, da Constituição da República⁵⁷. Nesta linha, embora a regulação seja uma atividade necessariamente balizada, suas limitações não se acoplam exatamente àqueles estipuladas para o poder normativo. “*Regular não é o mesmo que regulamentar*”⁵⁸.

Assim, no arcabouço legal e constitucional vigente, seria possível depreender competência compartilhada decorrente dos arts. 21, XX e XIX; 22, IV, 23, II, VI, IX; 24, XII, e 30, da CRFB/88, a consagrar a ANA como uma possível “metarreguladora” do setor.

Embora a centralização e uniformização de regras regulatórias possa ser contestada como sendo a opção necessariamente mais eficiente para a qualidade da prestação de um serviço num determinado mercado⁵⁹, fato é que, na realidade brasileira, a uniformização normativa por

⁵² *Idem*. p. 226.

⁵³ Nesse sentido também se posiciona o Conselho de Estado.

⁵⁴ OLIVEIRA, C. R. de. (2022). *Regulação do saneamento básico: do poder normativo à norma de referência*. Revista Digital De Direito Administrativo, 9(2), 82-98. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p82-98>.

⁵⁵ *Idem*. p. 231.

⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005. A função regulatória abarcaria competências: (i) normativa; (ii) adjudicatória; (iii) fiscalizatórias; (iv) sancionatória; (v) arbitral; e (vi) de recomendação. p.37-39.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ *Idem*. p.38.

⁵⁹ Barry Weingast, em artigo seminal, baseado nos trabalhos de Douglass C. North, descreve que a descentralização de competências fomentaria a competição entre Estados-membros para a melhora do seu próprio arcabouço normativo e regulatório com o fito de atrair empresas em seu território, em prol, portanto, do desenvolvimento no mercado. WEINGAST, Barry R. *The Economic Role of Political Institutions: Market-*

soft law reflete inovação jurídica em prol de um sistema simplificado, congruente e constante. Assim, a lei incentiva a prestação regionalizada do serviço, diminuindo a tendência à excessiva multiplicidade de centros de poder.

Em contrapartida, há argumentos no sentido de que o *spending power* atrelado à conformação das normas de referência coloca à prova o alcance da autonomia administrativa dos entes subnacionais. A autonomia municipal contém, primordialmente: (i) a *autoadministração*, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) o *autogoverno*, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo.

O *iter* procedimental para a adoção das normas de referência é, portanto, crucial para que não se quede abusiva e contrária ao núcleo básico do pacto federativo. Dessa forma, a discussão acerca da constitucionalidade acerca da competência formal da ANA para editar normas de referência, valendo-se do mecanismo indutivo da *soft law*, é essencial para a dinâmica regulatória. Não significa, porém, que toda norma de referência editada pela ANA será materialmente válida.

2. O caso concreto.

2.1. Os votos.

O Novo Marco Legal de Saneamento Básico foi objeto de quatro ações diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6492; 6536; 6583 e 6882), de relatoria do Ministro Luiz Fux, as quais foram ajuizadas, respectivamente, pelo Democrático Trabalhista (ADI 6492), pelos Partido Comunista Brasil, Partido Socialismo e Liberdade e Partido dos Trabalhadores (ADI 6536), pela Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento – Assemae (ADI 6583) e pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – Aesbe (ADI 6882).

Nas petições iniciais, diversos pontos da lei nº 14.026/2020 foram questionados⁶⁰, dentre os quais os dispositivos que atribuem à ANA competência para editar normas de

Preserving Federalism and Economic Development. Journal of Law, Economics, & Organization, Apr., 1995, Vol. 11, No. 1 (Apr., 1995), pp. 1-31. Published by: Oxford University Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/765068>. Acesso em 13/12/2022. A conclusão é criticada por Susan Rose-Ackerman e Jonathan Rodden. *Does Federalism Preserve Markets?* In Virginia Law Review, Oct., 1997, Vol. 83, No. 7, Symposium: The Allocation of Government Authority (Oct., 1997), pp. 1521-1572. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1073767>. Acesso em 13/12/2022.

⁶⁰ “Lei federal 14.026/2020, que “atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de

referência sobre o serviço de saneamento, cuja conformação permite o acesso a recursos federais (art. 13, da Lei nº 14.026/2020; arts. 4º-A, 4º-B e 48, III, da Lei federal nº 9.984/2000; e arts. 23, §§ 1º, 1º-A e 1º-B, e 50, da Lei federal nº 11.445/2007, todos com redação dada pela Lei nº 14.026/2020).

Embora com objetos e parâmetros diferentes⁶¹, em comum, os autores das ações⁶² arguíram que o serviço público de saneamento se inclui nas competências originárias dos municípios, de interesse local, de modo que a lei federal não poderia reduzir, direta ou indiretamente, as suas atribuições constitucionais, por intermédio de condicionantes inseridas nas normas de referência nacionais, cujo atendimento é pressuposto para o acesso ao financiamento público da União e dos órgãos ou entidades da Administração Pública federal. O método implicaria um esvaziamento das competências municipais, a transmutar a natureza facultativa das normas de referências em verdadeiros atos coativos e obrigatórios sobre matéria de normas específicas, sem a respectiva previsão constitucional para emanção de tal fonte normativa⁶³. Ainda, a elegibilidade da União para as transferências voluntárias revelaria abuso do poder econômico, em violação ao pacto federativo.

Em suma, portanto, os parâmetros constitucionais apontados são referentes à violação ao Pacto Federativo (arts. 1º, 18, 30, I e V, e 34, VII, alínea ‘c’, CRFB/88), à estruturação da Administração Pública (arts. 37, *caput*, e II, da CRFB/88), à vulneração das competências legislativas (arts. 22, XXVII e 24, XI) e ao desrespeito à força vinculante da decisão da Corte Constitucional nas ADI 2.340/SC (rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.

julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados”

⁶¹ Ver tabela ao final do texto.

⁶²

Link	para	as	petições	iniciais:
https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5965908		(ADI		6492);
https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5977458		(ADI		6536);
https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6028297		(ADI		6583);
https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6190501		(ADI 6882).		Acesso em: 12/12/2022.

⁶³ Embaralharam-se competência normativa e regulatória. Sobre o tema, ver a interpretação de Floriano Marques Neto sobre o art. 174, da Constituição. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica*. In: Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p.85-93, jun.2009.

06/03/2013); ADI 1.842/RJ (rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013); e ADI 2077/BA (rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30/08/2019).

A Advocacia Geral da União se pronunciou pela improcedência dos pedidos formulados nas ADI nºs 6536⁶⁴ e 6583⁶⁵. O órgão destaca a lei como sendo “um marco promissor” para a universalização adequada do serviço e regionalização do serviço. Especificamente quanto ao arranjo institucional envolto às normas de referência, argumenta que promove a segurança jurídica por meio da uniformização de um ambiente regulatório anteriormente fragmentado. Para o órgão jurídico, os atos “*prestigiam a capacidade técnica [das agências reguladoras subnacionais] e não se imiscuem em assuntos que se inserem na esfera de autonomia dos demais entes federativos*”. Outra vantagem apontada pelo órgão jurídico é relativa ao potencial de simplificação do direito num universo de medidas regulatórias, cuja disfunção dificultaria a transparência e a compreensão das normas do setor, em prejuízo a seu desenvolvimento⁶⁶. Ainda, para a AGU, as normas de referência não refletem uma intrusão nas competências próprias dos Municípios, pelo que a atribuição para a promoção de programas de saneamento básico não está dentre aquelas locais reservadas aos Municípios, mas, sim no elenco das competências comuns e concorrentes (arts. 23, IX, 22, XXVII, 24, XI, da CRFB/88). Alia-se a isso que as normas de referência não seriam vinculantes para os Estados e Municípios, tratando-se de “*meros instrumentos de incentivo à padronização regulatória, voltadas a emprestar maior comparabilidade aos indicadores de desempenho técnico, econômico-financeiro e ambiental*”, para conferir um padrão mínimo de prestação dos serviços e de conteúdo dos contratos firmados, ínsito à regulação por incentivos ou por indução, a descartar alegações de violação às normas orçamentárias. O objetivo é dar clareza e segurança jurídica ao setor, com vista a conferir qualidade de atendimento aos usuários, universalização planejada do serviço e resguardar o uso eficiente de recursos públicos.

⁶⁴

Link para a petição:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5977458>. Acesso em: 12/12/2022.

⁶⁵

Link para a petição:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6028297>. Acesso em: 12/12/2022.

⁶⁶ A Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade da Ordem dos Advogados do Brasil pontua as dificuldades regulatórias no setor: A reforma do marco busca ainda enfrentar os seguintes problemas da atual estrutura de regulação do setor: (i) Ausência de uniformidade na regulação dos serviços de saneamento em nível nacional; (ii) falhas de governança regulatória; (iii) Reduzida capacidade institucional de parte das agências (sobretudo municipais, de pequeno porte); (iv) captura do regulador (principalmente pública).

O Ministério Público Federal⁶⁷ também considerou a dinâmica regulatória das normas de referência de caráter nacional constitucional, porque lastreadas na competência legislativa e administrativas da União, com vistas a mitigar desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CRFB/88), por meio da instituição de referências de regulação, voltadas à incorporação de melhores práticas de gestão regulatória. O Procurador-Geral da República enfatizou que a adesão a normas de referência é técnica regulatória de competição por qualidade (*yardstick regulation*), a qual emula comportamentos competitivos em ambiente monopolísticos, parametrizada por incentivos ou por indução (*soft regulation*), em que são preferidas sanções premiais à imposição de sanção de índole punitiva.

O Relator das ações, Ministro Luiz Fux, optou pelo rito abreviado do art. 12, da Lei nº 9.868/1999, no julgamento das ADIs 6536, 6583 e 6882⁶⁸, e indeferiu a medida cautelar requerida na ADI 6492⁶⁹, pelo que não restou evidenciada a probabilidade do direito referente a um conflito federativo. Isso, em razão da competência privativa da União para instituir diretrizes para o saneamento básico (art. 21, XX) e para instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (art. 21, XIX) e, de outro, a competência comum aos entes para promover a melhoria das condições do setor (art. 23, IX), além da matéria sanitária (art. 200, IV).

Quanto ao mérito, entendeu o Ministro Relator pela improcedência das ações e declarou a validade do novo marco legal, como legítima e madura opção do Congresso Nacional para aumentar a eficácia da prestação dos serviços de saneamento básico, o que se demonstra pela preocupação por uma regulamentação feita por quem conhece melhor o terreno, infensa à ingerência política. O Ministro Luiz Fux enfatizou que o Marco Legal preserva o arranjo federativo, eminentemente complexo, a demandar coordenação e atuação conjunta da União, Estados e Municípios sobre o tema. Assim, com base no art. 21, XX, da CRFB/88, afirma que

⁶⁷ Link para as petições:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5965908> (ADI 6492);

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6028297> (ADI 6583). Acesso em: 12/12/2022.

⁶⁸

Link:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5977458>. Acesso em 11/12/2022.

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6190501>. Acesso em 11/12/2022.

⁶⁹ Link para a decisão cautelar: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5965908>. Acesso em 11/12/2022.

a “*circunstância de a titularidade do serviço de saneamento básico ser dos Municípios não implica de modo algum que a União não possa ter influência sobre os padrões desses serviços.*”

No que pertine às normas de referência editadas pela ANA, o Ministro ressaltou que não são vinculantes para os Estados e Municípios, tratando-se de “*meros instrumentos de incentivo à padronização regulatória, voltadas a emprestar maior comparabilidade aos indicadores de desempenho técnico, econômico-financeiro e ambiental*”, que integram uma regulação por incentivos ou por indução. Como premissa, contudo, destacou que essas diretrizes “*precisam acompanhar o estado da técnica, que é dinâmico e dependente de um agudo conhecimento dos aspectos peculiares do serviço.*”

O Relator foi acompanhado pelos Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Divergiram os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

O Ministro Gilmar Mendes também ressaltou a natureza não vinculativa das normas de referência e a consequente engenharia do Novo Marco Legal para tornar atrativa a adoção das melhores práticas regulatórias, utilizando como instrumento de incentivo o acesso aos recursos públicos. Especificamente quanto à autonomia dos municípios, o Ministro citou o Prof. Baracho, segundo o qual “*a autonomia pressupõe poder de direito público não soberano, que pode, em virtude de direito próprio, e não em virtude de delegação, estabelecer regras de direito obrigatórias*”⁷⁰, bem como destaca a doutrina clássica acerca de suas atribuições ou capacidades essenciais, quais sejam: “*a) poder de autoorganização (elaboração de lei orgânica própria); b) poder de autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; e d) poder de autoadministração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas*”⁷¹.

Em seguida, reitera que o “*design regulatório*” referente ao *spending power*, consubstanciaria verdadeiro modelo de regulação por incentivos ou por indução, por meio de sanção premial, com vista à universalização do acesso ao saneamento básico e à melhoria da qualidade de prestação desses serviços, sintomático de uma bem-vinda transformação no *enforcement* regulatório, que se despede de onipotência das estratégias de comando e controle.

⁷⁰ Citação do julgado. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 85.

⁷¹ Citação do julgado. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

Por consequência, o Novo Marco do Saneamento não violaria a autonomia dos entes federativos subnacionais, na medida em que a competência da ANA não é direta, mas indireta, buscando a diminuição da insegurança jurídica e dos riscos de falha regulatória no setor. A ANA passaria a ser “*uma agência de coordenação do planejamento regulatório a nível nacional*”, atuando como um “*hub de produção normativa e de acompanhamento diuturno da qualidade regulatória das agências municipais.*” Como contraponto, ressalta a necessidade de preservação do princípio da publicidade pela ANA – *que, diga-se, é plenamente aplicável à soft law pública*⁷² - em razão do dever legalmente estabelecido de manter atualizada e disponível em seu site a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

Para a Ministra Carmen Lúcia, o *speding power* criado pelo Marco do Saneamento é legítimo porque atinge apenas os recursos da União cujos repasses não são constitucionalmente obrigatórios. Dessa sorte, não haveria inconstitucionalidade em condicionar repasse de recursos voluntários, o que não frustra a regra constitucional de repartição de receitas (Arts. 157-160, da CRFB/88).

Edson Fachin, abrindo divergência, votou no sentido de promover interpretação conforme aos art. 3º, no que inclui os arts 4º-A e 4º-B, na Lei 9984/00; ao art. 7º, no que altera os artigos 22, 23 e 50, da Lei nº 11.445/07, todos da Lei nº 14.026/20, para que respeitem o disposto no art. 30 do texto constitucional, para vedar a impossibilidade de acesso aos recursos federais pela não observância cogente das normativas da ANA. Para tanto, reiterou as conclusões alcançadas na ADI nº 1842, segundo as quais “*a concorrência entre o princípio do interesse comum e a autonomia municipal não deve traduzir-se em total centralização do poder decisório metropolitano*”. Em seguida, entendeu haver violação ao disposto nos arts. 1º, 18, e 30, I, II e V, por compreender que a exigência de observância das normas de referência expedidas pela ANA se quedaria compulsória. Ainda, o Ministro entendeu que o “*soft power*” da União, porque reveste natureza financeira, acaba por estrangular a competência decisória dos demais entes políticos, numa “*verdadeira chantagem, a impedir o exercício de atribuição constitucionalmente conferida ao ente*”. Em razão disso, considerou os dispositivos da lei desproporcionais, bem como ilegítima a legislação que, segundo ele, exija “*o abandono, pelos entes municipais, de parcela imensa de suas atribuições constitucionais na matéria, para*

⁷² A *soft law* pública é aquela que emana de algum órgão ou entidade de personalidade jurídica de direito público. O espanhol Daniel Sarmiento enfatiza a necessidade de que esses atos sejam públicos e transparentes. SARMIENTO, Daniel. *La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. Cuadernos de derecho publico*. mai./ago. 2006, n. 28, p. 225. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>. Acesso em: 12/12/2022. p. 228-229.

receber o devido financiamento, que virá, ao final, em benefício da população mais desassistida.”

A ministra Rosa Weber, também em voto divergente, ressaltou a necessidade de observância do princípio da subsidiariedade para nortear a atuação dos entes federativos maiores.

3. Conclusão.

O caso ora analisado reflete importante decisão da Suprema Corte na dinâmica regulatória brasileira, a qual enfrenta diversos aspectos de uma nova modelagem regulatória e institucional para uniformização e coordenação de um setor, até então, extremamente fragmentado, disfuncional e ineficiente. O caso é emblemático porque consolida a validade jurídica dos órgãos e entidades públicos de se valerem da técnica da *soft law*, dentro de suas esferas competências, mas cujas balizas formais e materiais não são interpretadas de forma tão rígida quanto àquelas relacionadas à edição de normas clássicas. A técnica, contudo, não prescinde de prévio devido processo regulatório, essencialmente quando o seu potencial de efetividade é alto. Assim, a lei impulsiona que esses instrumentos gozem de expertise, tecnicidade, participação, horizontalidade e proximidade com o ambiente regulado, de modo a garantir a legitimidade da adesão a seus conteúdos (por vias outras que a clássica submissão passiva e pré-estabelecida à norma coercitiva).

Aos olhos do STF, a *soft law* induzida é a aposta para gerar constância e segurança jurídica no setor, no intuito, não de desprezar, mas de fortalecer o próprio sistema federativo, tudo em prol da consecução universalizada dos direitos fundamentais mais basilares dos cidadãos.

Referências.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992, 218 p.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 96-108.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Edição Kindle.

BLACK, Julia. *Regulators as Rulemakers*. Tese (Doctor of Philosophy) – Faculty of Law of the University of Oxford, Oxford, 1993.

BRASIL, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)*. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/>. Acesso em: 13/12/2022.

_____. *Entidades Infranacionais*. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>. Acesso em 10/12/2022.

BRASIL. *Lei nº 9.984, 17 de julho de 2000*. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm. Acesso em: 11/12/2022.

_____. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). Brasília-DF: Presidência da República. [2007]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 11/12/2022.

_____. *Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Brasília-DF: Presidência da República (2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm#:~:text=%E2%80%9CDisp%C3%B5e%20sobre%20a%20cria%C3%A7%C3%A3o%20da,para%20a%20regula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os. Acesso em: 11/12/2022.

_____. *Medida Provisória nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023*. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-

2026/2023/Mpv/mpv1154.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.154%2C%20DE,Art. Acesso em 06/01/2023.

_____. *Projeto de Lei nº 4162, de 2019*. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento; [...]. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8062567&ts=1630417584620&disposition=inline>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842*. Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 16/09/2013 - ATA Nº 133/2013. DJE nº 181, divulgado em 13/09/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 11/12/2022.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.492/DF*. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade e Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5965908>. Acesso em: 11/12/2022.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6492*. Relator: Min. Luiz Fux. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 25/05/2022 - ATA Nº 88/2022. DJE nº 100, divulgado em 24/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5965908>. Acesso em: 11/12/2022.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6536*. Relator: Min. Luiz Fux. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 25/05/2022 - ATA Nº 88/2022. DJE nº 100, divulgado em 24/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5977458>. Acesso em: 11/12/2022.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6583*. Relator: Min. Luiz Fux. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 25/05/2022 - ATA Nº 88/2022. DJE nº 100, divulgado em 24/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6028297>. Acesso em 11/12/2022.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6882*. Relator: Min. Luiz Fux. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 25/05/2022 - ATA Nº 88/2022. DJE nº 100, divulgado em 24/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6190501>. Acesso em: 11/12/2022.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: Pour uns socilogie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ, 10eme ed, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. *Droit et action publique*. HAL Open Science. Le droit figure du politique: Etudes offertes à Michel Miaille, 2009. HAL Id: <https://hal.science/hal-01722487>.

_____. *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*. In RDP - RD publ. - Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger,

Librairie générale de droit et de jurisprudence - LGDJ, 1998, n° 3, pp. 659-714. HAL Id: [hrrps://hal.science/hal-01728684](https://hal.science/hal-01728684).

CREYKE, Robin. Soft law and Administrative Law: A New Challenge. *Australian Institute of Administrative Law: AIAL Forum*, Mawson, n. 61, p. 15-22, jan. 2010

CONSEIL D'ÉTAT. *Le droit souple*. Études. Rapport. 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=conseil+detat+rapport+droit+souple&oq=conseil+detat+rapport+droit+souple&aqs=chrome..69i57j0i22i30i625l5.3575j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em 12/12/2022.

ENGDAHL, David. The Spending Power. *Duke Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 1-109, Oct. 1994. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol44/iss1/1/>. Acesso em: 13/10/2022.

GERSEN, Jacob E.; POSNER Eric A. Soft Law: Lessons from Congressional Practice. *Stanford Law Review*, v. 61, n. 3, 2008, pp. 573–627. JSTOR, Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40379694>. Acesso em 26/10/2022.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 3ª edição, 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Carolina. *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 6ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUZELA, Rafaella Peçanha. Normas de referência para o setor de saneamento: um exame conceitual. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 187-206, abr./jun. 2021.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEINEN, Juliano. Normas de referência da agência de águas (e saneamento básico) no Brasil a partir do novo marco legal do setor (Lei nº 14.026/2020). *Revista de Direito Administrativo da FGV*, v. 281, n. 3, p. 215-247, set/dez 2022. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v281.2022.88322>.

KAPLOW, Louis. Rules Vs. Standards: And Economics Analysis. *Duke Law Journal*, v. 42, p. 557-629, 1992.

LAVERGNE, Benjamin. La justicabilité du droit souple devant le juge administratif français et le juge de l'Union européenne. *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 2, p. 73-122, 2017.

LOBEL, Orly. The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought. *Minnesota Law Review*, v. 89, 663, p. 342-470, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/663>. Acesso em 20/10/2022.

McNAIR, Arnold D. The Functions and Differing Legal Character of Treaties. *British Year Book of International Law* 11, p. 100-118, 1930.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

_____. *A Regulação no Setor de Saneamento*, in: CORDEIRO, Berenice de Souza (Organização). *Instrumentos das Políticas e da Gestão dos Serviços Públicos de Saneamento Básico*, 1ª edição, Brasília, Ministério das Cidades (PMSS), v. 1, 2009, p. 165-191.

_____. *Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica*. In: Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p.85-93, jun.2009.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. *Revista de Direito do Estado*, Ano 2020, n. 467. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento>. Acesso em: 24/10/2022.

MEYER, Lars. Soft Law for Solid Contracts - A Comparative Analysis of the Value of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization. *Denver Journal of International Law & Policy*, Denver, v. 34, n. 1, Article 7, jan. 2006.

TRUBEK, David; COTTRELL, Patrick; NANCE, Mark. “Soft Law,” “Hard Law,” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity. *Jean Monnet Working Paper 2*, NYU School of Law, New York, p. 47, 2005.

OLIVEIRA, C. R. de. Regulação do saneamento básico: do poder normativo à norma de referência. *Revista Digital de Direito Administrativo da USP*, v. 9, n. 2, p. 82-98, 2022. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p82-98>.

PEREIRA, Cesar. *Normas de Referência da ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) e conflitos regulatórios*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 175, set. 2021. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE175/Cesar-NormasANA.pdf>. Acesso em 13/12/2022.

ROSE-ACKERMAN, Susan; RODDEN, Jonathan. Does Federalism Preserve Markets? *Virginia Law Review*, v. 83, n. 7. Symposium: The Allocation of Government Authority, pp. 1521-1572, Oct. 1997. DOI: <https://doi.org/10.2307/1073767>. Acesso em 13/12/2022.

SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. *Cuadernos de derecho publico*, n. 28, p. 221-266, mai/ago. 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>. Acesso em: 12/12/2022.

SCHAUER, Frederick F. Formalism. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988.

_____. *The Convergence of Rules and Standards*. *New Zealand Law Review*, 2003.

SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015. DOI: <https://doi.org/10.4159/9780674736191>.

SORDI, Bernardo. *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law*. In *Comparative Administrative Law-Research Handbooks*. in *Comparative Law series*. Edited by Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth and Blake Emerson.

SOREL, Jean-Marc. *Propos introductifs*. In: *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (dir. Pascale Deumier et Jean-Marc Sorel), collection: Contextes. LGDJ, 2018.

THIBIERGE, Catherine. *Le droit souple: réflexions sur les textures du droit*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2003.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WEEKS, Greg. *Soft Law and Public Authorities (Hart Studies in Comparative Public Law)*. Bloomsbury Publishing. Edição Kindle.

WEIL, Prosper. *Vers une normativité relative en droit international?* *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, n. 86, 1982.

WEINGAST, Barry R. *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development*. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 11, n. 1, p. 1-31, apr. 1995. Oxford University Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/765068>. Acesso em: 13/12/2022.

Recebido em: 08/02/2023

1º Parecer em: 03/01/2023

2º Parecer em: 13/03/2023