

VOTO Nº 178/2023/DIREC

Caracterização do Processo

Processo: 02501.003227/2022-13 (02501.004854/2023-44)

Interessado: Assessoria Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem – ASMCA.

Assunto: Ato Normativo e Manual de Ação Mediadora e Arbitral da ANA.

RELATÓRIO

1. Trata-se de **deliberação** sobre **Análise de Impacto Regulatório** e meio de **participação social** referente a proposta de ato normativo que estabelece procedimentos para a **resolução de conflitos** entre titulares, **agências reguladoras** ou **prestadores de serviços públicos de saneamento básico**, por meio de **Procedimento Administrativo de Ação Mediadora**.
2. A atuação da ANA em ação mediadora foi estabelecida pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, que alterou a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, e incluiu o art. 4º-A, § 5º, que prevê que “a ANA disponibilizará, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadoras de serviços públicos de saneamento básico”.
3. Assim, a edição do ato foi inserida na Agenda Regulatória 2022-2024, item 9.17 – *Estabelecer procedimentos para mediação e arbitragem, com previsão de conclusão em 2023*.
4. Os trabalhos de elaboração do ato normativo contaram com o auxílio de consultoria especializada, contratada no âmbito de Acordo de Cooperação firmado com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), resultando na apresentação de três possíveis cenários de atuação da ANA na mediação e na arbitragem: Moderado, Intermediário ou Intensivo.
5. Considerando que as ações de mediação envolvem custos e que a ANA deve priorizar, neste momento, a elaboração das normas de referência, a Diretoria Colegiada, em sua 868ª Reunião Deliberativa Ordinária, realizada em 14 de março de 2022, aprovou por unanimidade a conveniência e oportunidade de edição da resolução, considerando o cenário Moderado, que apresenta menor custo, em especial, de pessoal e financeiro, o que a enquadraria como de baixo impacto.
6. Vale lembrar que o cenário Moderado limita a atuação da ANA à interpretação e aplicação das normas de referência, de acordo com a capacidade operacional da Agência.
7. Dando continuidade aos trabalhos, em 23 de agosto de 2023, a SSB encaminhou a minuta de resolução a este Diretor Relator com a sugestão de realização de consulta interna, visando colher subsídios para o seu aprimoramento. A consulta foi realizada de 1º a 8 de setembro último e, conforme Nota Informativa nº 10/2023/COGER/SSB (Doc. nº 051884/2023), não houve contribuições.



8. Na sequência, por meio da Nota Técnica nº 3/2023/COGER/SSB (Doc. nº 054713/2023), de 22 de setembro de 2023, a SSB apresentou a minuta de resolução, as informações técnicas e justificativas para a dispensa de realização da Avaliação de Impacto Regulatório, sua estratégia de implementação e a sugestão de realização da Consulta Pública.
9. Segundo a Nota, o problema regulatório a ser enfrentado pela resolução é o **aumento do custo de transação dos atores do setor de saneamento básico, em decorrência da judicialização, causando prejuízos à sociedade.**
10. Foi apresentado um modelo lógico para implementação da resolução, com os insumos e atividades necessários às ações mediadoras, os produtos e resultados.
11. Como **insumos**, tem-se equipe técnica, sistemas informatizados de apoio, como o Próton, equipamentos, infraestrutura e recursos financeiros. Já as **atividades** envolverão a estruturação de equipe permanente de mediação, a contratação de consultorias de apoio e para capacitação, a articulação interinstitucional, melhorias ou adaptações de sistemas de informação, a instauração dos processos de mediação dentre outras. E como **resultados**, foram previstos a obtenção de jurisprudência administrativa sobre as matérias, redução no número de processos regulatórios instaurados e de judicializações e menores despesas com litígios.
12. Quanto a sua **implementação**, foram enumeradas diversas incertezas, por se tratar de atividade nova e que atenderá às normas de referência, que em sua maioria está em fase de elaboração. Também não há um histórico de como será sua adoção pelas entidades reguladoras infranacionais. Assim, não há como dimensionar a demanda para atuação da ANA ou mesmo sobre a complexidade que envolverá os trabalhos de mediação.
13. Nesse contexto, a proposta é de implementação gradual e progressiva dessa atribuição, priorizando-se a estruturação e maturação adequada da ANA em prazos compatíveis, de modo que a Agência acumule expertise a atinja gradativamente a capacidade e autonomia institucional requeridas para a condução das ações mediadoras.
14. Em princípio, a área técnica propôs que a norma tivesse caráter experimental. A ideia seria de realização de um *sandbox* regulatório, entendido como sendo a criação de um ambiente experimental controlado, ou um espaço real, para teste da proposta. Porém, na minuta final apresentada, a atuação da ANA foi restringida à mediação e optou-se pela dispensa do *sandbox*.
15. Nessa perspectiva, seguindo metodologia do TCU/CGU, foi realizado levantamento dos potenciais riscos à implementação da resolução, com a quantificação de 12 eventos de risco, e realizada avaliação da probabilidade de ocorrência de cada um deles e seus impactos associados. O resultado foi a classificação de 1 evento de risco extremo, 7 eventos de risco alto, 1 de risco médio e 3 de risco baixo. Para sua minimização, foram propostas ações de controle a serem adotadas internamente pela ANA.
16. O **maior risco inerente** é o de não haver mediadores suficientes para atender à demanda da ação mediadora, considerado como risco extremo. No entanto, as quatro ações propostas para reduzir esse risco o transformariam em risco residual médio.



17. O **maior risco residual** é o vazamento de dados no sistema **Próton**, classificado como alto. Esse é um risco que, para o adequado dimensionamento, exige um estudo específico da área de Tecnologia da Informação (TI). Soma-se a esse risco a possibilidade de o sistema **Próton** ser inadequado como ferramenta para a condução de ações mediadoras.

18. Assim, será fundamental um estudo detalhado sobre as possibilidades e limitações do sistema **Próton** como suporte para a ação mediadora, ou mesmo a avaliação de outros sistemas de TI de entidades parceiras que eventualmente poderiam ser utilizados.

19. Para o monitoramento da norma, as variáveis consideradas importantes no processo precisam ser testadas ou estimadas, dentre as quais, as estimativas da demanda, a admissibilidade, o tempo médio para atendimento de cada demanda, o índice de resolução dos conflitos, entre outros.

20. Por fim, foi sugerido que o Plano de Comunicação seja estruturado de modo a servir, entre outros, para esclarecer aos potenciais usuários dos serviços que a ação mediadora poderá sofrer restrições quanto ao tipo e à quantidade de matérias que serão aceitos pela ANA.

21. A proposta de resolução foi encaminhada para a Assessoria de Qualidade Regulatória (ASREG), que realizou sua análise considerando a possibilidade de sua implementação em caráter experimental, por meio da Nota Técnica nº 11/2023/COAIR/ASREG (Doc. nº 056432/2023).

22. No que se refere à Análise de Impacto Regulatório, a ASREG entende que “realizar uma AIR sem os dados de demanda do público-alvo, por exemplo, seria o mesmo que tomar uma decisão arbitrária, sem evidências. O risco de se subdimensionar ou superestimar a estrutura e a equipe envolvida seria significativamente alto.”

23. Também cabe registrar que, no início do processo, a ASREG se manifestou pela possibilidade de dispensa de AIR, caso fosse adotado o cenário Moderado de atuação, que representaria menor custo e enquadraria a norma como de baixo impacto.

24. Em discussão técnica entre a Procuradoria (PFA), a Superintendência de Regulação do Saneamento Básico (SSB) e este Diretor Relator, sobre a abrangência da atuação da ANA, concluiu-se que, neste momento, o melhor seria iniciar com a mediação regulatória, sem prejuízo de que a ação arbitral seja disciplinada futuramente.

25. A Procuradoria (PFA) analisou a proposta, por meio do Parecer n. 1/2023/COMEA/PFEANA/PGF/AGU, e concluiu pela possibilidade jurídica de edição do ato. Quanto a sua finalidade, a PFA destacou que, ao mediar e extinguir controvérsias entre os entes, a ANA contribuirá para a manutenção dos padrões de qualidade e eficiência na prestação dos serviços de saneamento básico. No entanto, sugeriu ajustes de redação e de adequação ao ordenamento jurídico.

26. Dessa feita, pelo Despacho nº 8/2023/COGER/SSB (Doc. nº 058585/2023), a SSB encaminhou a versão revisada da minuta de resolução a este Diretor Relator, visando à deliberação da Diretoria Colegiada.

27. A proposta está dividida nos seguintes tópicos:



- a. **Das Disposições Preliminares.**
- b. **Da Mediação Regulatória.**
- c. **Do Procedimento Administrativo de Ação Mediadora**, com as subdivisões:
 - i. **Do Mediador;**
 - ii. **Da Admissibilidade, Sigilo e Impugnação do Mediador;**
 - iii. **Da Ação de Mediação Regulatória; e**
 - iv. **Dos Acordos e do Termo Final de Mediação Regulatória.**
- d. **Das Disposições Finais.**

28. Inicialmente, se apresenta o objetivo da mediação regulatória, que é a busca de solução de controvérsias cujos conflitos envolvam ou tenham se originado a partir da interpretação e da aplicação das normas de referência da ANA.

29. Ademais, indica a possibilidade de instauração da mediação, ainda que exista processo judicial em curso, sendo que as partes deverão requisitar a suspensão do processo judicial por tempo suficiente para a mediação.

30. A proposta também prevê a possibilidade de utilização de Câmaras Privadas de Mediação e define as informações que deverão ser divulgadas pela ANA, como: o objeto da controvérsia, respeitados os casos de sigilo; valor estimado; sessões de mediação; agentes presentes; e resultados alcançados.

31. Enumera os elementos necessários para a instauração da mediação e define a legitimidade para solicitar a ação de mediação (titulares e prestadores dos serviços públicos de saneamento básico e as entidades reguladoras infranacionais) e a possibilidade de solicitação de mediação individual.

32. Quanto ao Mediador, sua designação será feita pela ANA, que deverá avaliar sua expertise na matéria. Ademais, a minuta estabelece os princípios a serem obedecidos pelo mediador, que são: confidencialidade, imparcialidade e neutralidade, autonomia e respeito à ordem pública.

33. A Agência, na avaliação de admissibilidade de matéria, considerará os casos de sigilo, os custos e o cumprimento dos pressupostos, que são: plausibilidade jurídica, pertinência temática, relevância, normas de referência já publicadas e conveniência da matéria.

34. Com relação à ação de mediação, a minuta apresenta a possibilidade de sua realização de forma virtual, conforme algumas regras, e estabelece o Termo Inicial de Mediação.

35. Também foi proposta a criação do Termo Final de Mediação Regulatória, que conterà o acordo celebrado, que poderá ser total ou parcial ou, ainda, o desinteresse das partes, e ser assinado pelas partes e pelo mediador.

36. O acordo será total, quando houver consenso sobre todos os pontos da controvérsia, ou parcial, quando um ou mais pontos permanecerem sem resolução consensual.



Outrossim, o acordo poderá ser instrumentalizado por qualquer meio permitido no direito, mas deverá ser homologado pela Diretoria Colegiada.

37. Este é o relato.

VOTO

38. A proposta de ato normativo atende ao que estabelece o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, de disponibilização, pela ANA, em caráter voluntário, de Ação Mediadora nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadoras de serviços públicos de saneamento básico.

39. A atuação da Agência, ao mediar controvérsias entre entidades do setor de saneamento básico, contribui para a manutenção dos padrões de qualidade e eficiência na prestação dos serviços de saneamento básico e, em última instância, para sua universalização.

40. De forma estratégica, me posiciono no sentido de que, inicialmente, a atuação da ANA concentre-se na ação mediadora, considerando a capacidade da Agência para exercer esta função. Quanto à proposição de conferir caráter experimental à norma, entendo que não é oportuna, pois, ao publicar a resolução, esta terá validade para sua plena execução, o que não impediria sua revisão, tão logo necessário, para aprimoramento da atuação da Agência. Por sua vez, a Ação Arbitral poderá ser disciplinada futuramente, após a experiência adquirida com a ação mediadora regulatória, caso se julgue pertinente.

41. Sendo assim, a partir dos elementos trazidos à tona, o resultado regulatório em relação ao item 9.17 – *Estabelecer procedimentos para mediação e arbitragem*, da Agenda Regulatória, é de que não caberia, no momento, disciplinar a atividade de arbitragem na ANA, sem antes se adquirir expertise na ação mediadora. Assim, considera-se atendido o referido item, tão somente com a ação mediadora.

42. Ademais, será necessário, ainda, estabelecer uma rotina que permita construir um histórico de demandas e dimensionar os recursos necessários à atuação eficiente da ANA na mediação.

43. Diante do exposto, manifesto-me favoravelmente à dispensa da realização da Análise de Impacto Regulatório por baixo impacto e à submissão a Consulta Pública da minuta de ato normativo que estabelece procedimentos administrativos para a resolução de conflitos entre titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico, por meio de Procedimento Administrativo de Ação Mediadora, nos termos da minuta anexa ao Despacho nº 8/2023/COGER/SSB.

44. Recomendo, outrossim, que, antes de sua disponibilização para Consulta Pública, sejam feitos os seguintes ajustes na minuta:

- a. Revisão de citações a processos de arbitragem, como o art. 2º, §§ 1º e 2º;
- b. Incluir na redação do art. 16, Parágrafo único, o trecho sublinhado: “Parágrafo único. Se houver interesse recíproco na continuidade da mediação após 4



- (quatro) reuniões, deve haver pedido fundamentado na perspectiva de composição formulado pelas partes para a ANA.”
- c. Incluir no Art. 24, II, o trecho sublinhado:
“Art. 24. (...):
I - (...)
II - pertinência temática: o objeto da demanda, além de ser sujeito à análise de custos a serem incorridos pela ANA, deverá referir-se à matéria em que a Agência tenha atribuição legal para realizar ação mediadora regulatória, originado a partir da interpretação e aplicação das normas de referência da ANA sobre saneamento básico;
(...)
- d. Melhoria da redação do art. 37, para explicitar o agente responsável pela decisão de rejeição da homologação, se se trata de rejeição de homologação pela Diretoria da ANA (caput);
- e. exclusão dos arts. 44 e 45, que tratam do caráter experimental da norma;
- f. revisão dos “Considerandos”;
- g. verificação da subdivisão do ato, por conter somente um Título – Da Ação Mediadora e um Capítulo – Dos Procedimentos Administrativos da Mediação Regulatória (que se repete no enunciado da Seção III), e várias seções e subseções.

Brasília, 1º de dezembro de 2023.

(assinado eletronicamente)
MAURICIO ABIJAODI
Diretor

