

2021

MARIA LUIZA MACHADO GRANZIERA  
CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA

**ORGANIZADORES**

# O NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

 EDITORA  
**FOCO**

2021 © Editora Foco

**Organizadores:** Maria Luiza Machado Granziera e Carlos Roberto de Oliveira

**Autores:** Carlos Roberto de Oliveira, Daniela Malheiros Jerez, Eduardo Isaías Gurevich, Gustavo Justino de Oliveira, José Carlos de Oliveira, Kaline Ferreira, Maria Luiza Machado Granziera, Mariana Campos de Souza, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Raul Miguel Freitas de Oliveira, Rodrigo Pagani de Souza, Rui Cunha Marques, Thiago Marrara, Vanessa Rosa, Wladimir Antônio Ribeiro

**Diretor Acadêmico:** Leonardo Pereira

**Editor:** Roberta Densa

**Assistente Editorial:** Paula Morishita

**Revisora Sênior:** Georgia Renata Dias

**Capa Criação:** Leonardo Hermano

**Diagramação:** Ladislau Lima e Aparecida Lima

**Impressão miolo e capa:** XXXXX

---

---

**DIREITOS AUTORAIS:** É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

*NOTAS DA EDITORA:*

**Atualizações e erratas:** A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

**Erratas:** A Editora se compromete a disponibilizar no site [www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br), na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (10.2020) – Data de Fechamento (10.2020)

**2021**

Todos os direitos reservados à  
Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Nove de Julho, 1779 – Vila Areal  
CEP 13333-070 – Indaiatuba – SP

E-mail: [contato@editorafoco.com.br](mailto:contato@editorafoco.com.br)  
[www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br)

# APRESENTAÇÃO

A Lei 14.026, de 15.07.2020, atualizou o Marco Regulatório do Saneamento Básico no país, instituído pela Lei 11.445/2007, que dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico. Para ajustar essa alteração ao ordenamento jurídico, introduziu modificações na Lei 9.884/2000, de 17.07.2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico; na Lei 10.768, de 19.11.2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; na Lei 11.107, de 06.04.2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; na Lei 12.305, de 02.08.2010, para tratar de prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; na Lei 13.089, de 12.01.2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a unidades regionais e a Lei 13.529, de 04.12.2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

A estrutura normativa brasileira, dessa forma, foi aprimorada, com vistas a equacionar gargalos existentes na legislação sobre saneamento básico, e que se referem, precipuamente, aos seguintes fatos:

1. No Brasil, até a edição da Lei 14.026/2020, 5.570 municípios, nas mais variadas situações econômicas, financeiras, sociais, geográficas, hidrológicas e ambientais, vêm exercendo a titularidade dos serviços de saneamento básico: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos urbanos e drenagem urbana. O sucesso do exercício dessa titularidade, todavia, condiciona-se à existência de uma estrutura técnica e financeira para fazer frente aos desafios impostos pelo saneamento básico.

2. Essa diversidade e dificuldades ensejam um olhar não tão pulverizado, mas a partir de uma instância de caráter nacional, capaz de trazer para um determinado núcleo os grandes temas relacionados com esses serviços. Na legislação vigente essa atribuição coube à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, para estabelecer normas de referência.

3. Dados recentes compilados pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico apontam a existência de 72 (setenta e duas) agências reguladoras de saneamento básico no Brasil, sendo: 24 (vinte e quatro) agências estaduais, 1 agência distrital, 34 (trinta e quatro) agências municipais e 13 (treze) agências intermunicipais (consórcios públicos). O número continua em franca expansão e critérios de governança e padrões de sustentabilidade econômica dessas entidades não têm sido discutidos.

4. Outro ponto atacado pela nova Lei diz respeito à universalização da regulação, obrigando todos os municípios, em todos os componentes de saneamento básico, a indicarem uma agência reguladora para fiscalização dos serviços. Com mais de uma dé-

cada da Política Nacional de Saneamento Básico, ainda temos mais de 1.800 municípios sem regulação, o que pressupõe a continuidade do modelo anterior à lei e tão atacado, tarifas sem critérios técnicos, falta de metas para investimentos e fiscalização precária dos serviços.

5. Embora o Brasil represente a nona economia do mundo, é necessário investir em saneamento básico. Com as seguidas crises econômicas que o país vem enfrentando, as perspectivas de avanço nesse setor não se mostram promissoras. Por essa razão, entre outras, a tendência da norma é abrir caminho para as concessões privadas, viabilizando maiores investimentos.

Nesse cenário, vislumbramos a oportunidade de tratar das alterações havidas no Marco do Saneamento Básico, apresentando um conjunto de textos que tratam dos temas mais nevrálgicos, apontando os aspectos legais e de efetividade da nova norma.

O Capítulo I – Recursos Hídricos, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) e as novas atribuições do marco regulatório –, é composto por três textos. O primeiro deles, da autoria de Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Jerez, trata do papel do saneamento básico na proteção dos recursos hídricos, explicitando a inter-relação existente entre esses dois temas embora componham políticas públicas diversas.

O segundo texto, de Gustavo Justino de Oliveira e Kaline Ferreira – “A mediação e a arbitragem dos conflitos no setor de saneamento básico à luz da lei federal 14.026/20”, trata dessa inovação trazida para as funções da Agência, relativa à possibilidade, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, de exercer ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico.

O terceiro texto do Capítulo, de Rui Cunha Marques, refere-se à “Reforma do setor de saneamento no Brasil: o reforço da regulação e do papel da ANA” – e discute o novo quadro legal e regulatório do setor de saneamento no Brasil e, em particular, o papel da ANA e das Normas de Referência.

O tema do Capítulo II consiste na Regulação do saneamento básico e o novo marco regulatório, tendo cabido a Thiago Marrara de Matos discorrer sobre o “Mosaico regulatório: as normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei n. 14.026/2020”. Nesse texto, o autor trata do conteúdo das normas de referência para a regulação do saneamento básico, apresentando um panorama das inovações promovidas pela nova lei, com destaque às principais alterações realizadas em seis leis federais além de esclarecimentos sobre a regulação dos serviços de saneamento, que constitui um dos pilares da política pública, ao lado do planejamento, da organização, da fiscalização e da prestação e de um exame do instituto jurídico da “norma de referência” que a ANA, agora como Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, empregará no intuito de construir um “mosaico regulatório”.

Seguindo a linha da regulação, Carlos Roberto de Oliveira tratou da matéria abordando “A regulação infranacional e o novo marco regulatório” tecendo comentários às novas disposições da lei e da nova atribuição da ANA, sobretudo no tocante à função regulatória e ao relacionamento com as agências reguladoras infranacionais de saneamento básico. Vários são os impactos, notadamente diante da edição de normas de referência que, em

sua essência, passam a mitigar o amplo poder normativo que era conferido às agências reguladoras pelo art. 23 da Lei federal 11.445/2007. O artigo aprofunda o debate nesse polêmico ponto e que ainda gera incertezas e dúvidas.

Rodrigo Pagani de Souza relacionou a “Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal”, apontado as fragilidades da norma à luz da Constituição Federal.

O Capítulo III versa sobre “O novo marco regulatório e a modelagem de contratação no saneamento básico”. Nele, José Carlos de Oliveira aborda “O processo de contratação das empresas: licitação e contratos”, instrumentos do direito administrativo ínsitos à privatização dos serviços, pois constituem o meio de delegação dos serviços públicos ao empreendedor de direito privado.

Considerando as alterações havidas na lei em relação aos contratos, Wladimir Antonio Ribeiro aborda “O contrato de programa”, realizando uma análise estrutural do instituto, de forma a caracterizá-lo como instituto jurídico específico. Além disso, apresenta as características que o contrato de programa possui no âmbito da prestação de serviços públicos, analisando os impactos trazidos pela Lei 14.026/2020 nesses contratos.

Sobre a “Remuneração dos serviços”, Eduardo Gurevich e Vanessa Rosa apontam as formas de remuneração dos serviços de saneamento básico, dando ênfase para o esforço do legislador no sentido de corrigir as fragilidades existentes. Segundo os autores, muitas das novas regras dizem respeito à promoção eficaz da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, abordando direta ou indiretamente o relevante tema da remuneração dos prestadores. Sem remuneração adequada, não há eficiência operacional nem recursos suficientes e bem utilizados visando o propósito maior – que é o atingimento das metas, com a diminuição, o quanto possível, do enorme déficit no saneamento básico do país.

Por fim, o Capítulo IV traz as “Questões de fundo introduzidas pelo marco regulatório”. A titularidade dos serviços, explicitada na lei como dos Municípios para os casos de interesse local e do Estado e municípios, para as hipóteses de interesse comum, é o tema da lavra de Raul Miguel Freitas de Oliveira: “A titularidade dos serviços de saneamento básico na lei de atualização do marco legal do saneamento básico”.

No que se refere à regionalização dos serviços, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio aborda “A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços”. Para tanto, apresenta um breve panorama histórico da disputa entre Estados e municípios pela titularidade dos serviços de saneamento básico e um pano de fundo sobre o atual déficit de saneamento observado no país. Além disso, comenta as falhas de mercado encontradas no setor, com a apresentação de dados que suportam a opção por soluções regionais, apresentando as principais normas da reforma do Marco Legal do Saneamento Básico que trataram da prestação regionalizada do serviço.

Mariana Campos de Souza, ao escrever sobre o “Controle social nas normas de referência”, apresenta os mecanismos e instrumentos de controle social dos serviços públicos de saneamento básico previstos na Lei 11.445/2007, que permanecem sob a égide do novo marco regulatório (Lei 14.026, de 2020), e no seu regulamento – Decreto 7.217/2010, além da Lei 12.305/2010. A serem adotados pelo Poder Público e pelas entidades reguladoras e fiscalizadoras bem como analisa em que medida esses mecanis-

mos e instrumentos deverão ser empregados pela ANA na elaboração das suas normas de referência e se a ANA poderá contribuir com as demais entidades na concepção e implementação de medidas de controle.

Finalmente, Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Jerez abordam “A integração do planejamento nas políticas de saneamento e de recursos hídricos”, tratando da implementação dos Planos de Recursos Hídricos de Bacias Hidrográficas e os Planos Municipais de Saneamento, apontando os desafios para estabelecer um sistema de governança com vistas ao avanço da gestão tanto da água como do saneamento básico.

Todos os autores possuem experiência nos temas tratados, o que confere a esta obra profundidade e ao mesmo tempo clareza sobre os temas tratados, de modo a suscitar novas discussões sobre pauta tão relevante para o país, sobretudo em questões de saúde, meio ambiente e inclusão social.

Boa leitura!

*Carlos Roberto de Oliveira*

*Maria Luiza Machado Granziera*

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

Carlos Roberto de Oliveira e Maria Luiza Machado Granziera .....	III
--	-----

## CAPÍTULO I

### RECURSOS HÍDRICOS, AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA E AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DO MARCO REGULATÓRIO

#### 1. O PAPEL DO SANEAMENTO BÁSICO NA PROTEÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez .....	3
---	---

#### 2. A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM DOS CONFLITOS NO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI FEDERAL 14.026/2020

Gustavo Justino de Oliveira e Kaline Ferreira .....	13
---	----

#### 3. A REFORMA DO SETOR DE SANEAMENTO NO BRASIL: O REFORÇO DA REGULACÃO E DO PAPEL DA ANA

Rui Cunha Marques.....	37
------------------------	----

## CAPÍTULO II

### REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO E O NOVO MARCO REGULATÓRIO

#### 1. “MOSAICO REGULATÓRIO”: AS NORMAS DE REFERÊNCIA DA ANA PARA A REGULACÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI 14.026/2020

Thiago Marrara .....	57
----------------------	----

#### 2. A REGULACÃO INFRANACIONAL E O NOVO MARCO REGULATÓRIO

Carlos Roberto de Oliveira .....	73
----------------------------------	----

#### 3. DIRETRIZES PARA O SANEAMENTO BÁSICO E O PAPEL DA ANA NO NOVO MARCO LEGAL

Rodrigo Pagani de Souza .....	89
-------------------------------	----

### **CAPÍTULO III**

#### **O NOVO MARCO REGULATÓRIO E A MODELAGEM DE CONTRATUALIZAÇÃO NO SANEAMENTO BÁSICO**

<b>1. O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DAS EMPRESAS: LICITAÇÃO E CONTRATOS</b>	
José Carlos de Oliveira .....	105
<b>2. O CONTRATO DE PROGRAMA</b>	
Wladimir António Ribeiro .....	115
<b>3. REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS</b>	
Eduardo Isaías Gurevich e Vanessa Rosa.....	141

### **CAPÍTULO IV**

#### **QUESTÕES DE FUNDO INTRODUZIDAS PELO MARCO REGULATÓRIO**

<b>4. A TITULARIDADE DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NA LEI DE ATUALIZAÇÃO DO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO</b>	
Raul Miguel Freitas de Oliveira.....	155
<b>5. A REFORMA DO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO E O INCENTIVO À PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS</b>	
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio .....	171
<b>6. CONTROLE SOCIAL NAS NORMAS DE REFERÊNCIA DA ANA</b>	
Mariana Campos de Souza.....	185
<b>7. A INTEGRAÇÃO DO PLANEJAMENTO NAS POLÍTICAS DE SANEAMENTO E DE RECURSOS HÍDRICOS</b>	
Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez .....	197



**CAPÍTULO I**  
**RECURSOS HÍDRICOS,**  
**AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA**  
**E AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DO**  
**MARCO REGULATÓRIO**



## 2

# A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM DOS CONFLITOS NO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI FEDERAL 14.026/2020

*Gustavo Justino de Oliveira*

Pós-Doutor em Arbitragem Internacional pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hamburgo-Alemanha) e em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP e no IDP (Brasília). *Visiting Researcher* no *Amsterdam Center for International Law* da Universidade de Amsterdam (Holanda). Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. *Certificate Program in Global Arbitration Law and Practice: National and Transborder Perspectives – Queen Mary, University of London* (Inglaterra). *International Arbitration & Mediation Training and Assistance Institute (IATAI), Fordham Law School* (New York, USA). *Program on Negotiation, Harvard Law School* (Boston, USA). Fundador e Coordenador do Grupo de Estudos “Arbitragem e Administração Pública” do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr (2012 – 2016). Associado à Câmara de Comércio Internacional-CCI. Árbitro especializado em Direito Público, atuante na CCI, CAM-CCBC, CAM-BOVESPA, Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, CAMARB, CAESP, CBMAE e CBMA.

*Kaline Ferreira*

Doutora em Direito Público pela *Université Montesquieu Bordeaux IV*. Mestra em Direito Público Universidade Federal da Bahia. Professora Adjunta de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Coordenadora-Geral da CCAF. Advogada da União-AGU.

**Sumário:** 1. O “*aggiornamento*” do marco legal do saneamento básico pela Lei Federal 14.026/2020. 2. O espaço da mediação e da arbitragem na resolução dos conflitos referentes à prestação dos serviços de saneamento básico na Lei Federal 14.026/2020: a relevância do “sistema de justiça multiportas” (NCPC, art. 3º, §3º), da tutela administrativa efetiva e autocomposição (CF art. 5º, incs. LIV, LV e LXXVIII) e do consensualismo e “compromisso negocial” da LINDB (Lei Federal 13.655/2018, art. 26) como diretrizes hermenêuticas. 2.1 Panorama geral do enquadramento jurídico-normativo da mediação e da arbitragem no setor público. 3. A mediação no novo marco legal do saneamento e o papel da ANA. 3.1 A mediação como elemento intrínseco da atividade regulatória. 3.2 As agências reguladoras brasileiras e as suas estruturas de resolução consensual de conflitos: uma construção ainda insuficiente. 4. A arbitragem no novo Marco Legal do Saneamento Básico. 4.1 A “*ação arbitral*” da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico-ANA (atual redação do art. 4º-A, § 5º da Lei federal 9.984/2000). 4.2 A “arbitragem como mecanismo privado para resolução de disputas decorrentes dos contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico” (atual redação do art. 10-A, § 1º da Lei federal 11.445/2007). 5. Sinalizações finais. 6. Referências.

## 1. O “AGGIORNAMENTO” DO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO PELA LEI FEDERAL 14.026/2020

O marco legal do saneamento básico inaugurado pela Lei Federal 11.445/07 sofreu sensíveis alterações e inovações com a edição da Lei Federal 14.026/20. Embora este novo diploma legislativo em seu art. 1º determine tratar-se de “atualização” do marco legal original, percebe-se com clareza que tal *aggiornamento* não somente ocorreu, como foi bastante acentuado e verticalizado, não sendo totalmente equivocado referir-se a um “novo marco legal do saneamento básico”.

Com efeito, ao inovar nas diretrizes do marco legal de saneamento básico aqui sintetizadas como (i) uniformidade da regulação e novos papéis para uma “nova ANA”, a qual passa a denominar-se Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, (ii) concorrência e competitividade entre entes públicos e privados na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, por meio do contrato de concessão – exclui-se legalmente o contrato de programa, (iii) incentivo à prestação regionalizada desses serviços e (iv) sistema de financiamento renovado e no regramento para o acesso a recursos federais, não há como negar tratar-se sim de um novo marco legal do setor, o qual certamente terá desafios consideráveis para sua real implementação, pois no limite apoia-se em uma necessária mudança de cultura regulatória e prestacional dos serviços de saneamento básico, até aqui fortemente estatizados.

Sem prejuízo disso, este artigo busca especialmente focalizar o espaço e os usos que o novo marco legal respectivamente reserva e estimula para a mediação e a arbitragem, enquanto métodos extrajudiciais de solução de conflitos no setor do saneamento básico.

## 2. O ESPAÇO DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS REFERENTES À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NA LEI FEDERAL 14.026/2020: A RELEVÂNCIA DO “SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS” (NCP, ART. 3º, § 3º), DA TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA E AUTOCOMPOSIÇÃO (CF ART. 5º, INCS. LIV, LV E LXXVIII) E DO CONSENSUALISMO E “COMPROMISSO NEGOCIAL” DA LINDB (LEI FEDERAL 13.655/2018, ART. 26) COMO DIRETRIZES HERMENÊUTICAS

No que tange ao espaço reservado e aos usos estimulados para a mediação e a arbitragem na resolução dos conflitos no setor do saneamento básico, a partir das modificações operadas pela Lei federal 14.026/20, temos basicamente dois dispositivos, aos quais pretende-se conferir adequada hermenêutica neste trabalho:

“Lei federal 9.984/2000 –

Art. 4º-A (...)

§ 5º 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.

Lei federal 11.445/07 –

Art. 10-A (...)

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionados, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

Entretanto, antes de avançar na interpretação de ambos os dispositivos acima elencados, essencial estabelecer ao menos *três importantes diretrizes hermenêuticas* na matéria.

A *primeira* é a que decorre do art. 3º, § 3º, do Novo Código de Processo Civil: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Este preceito do NCPC basicamente determina que o sistema de justiça brasileiro passa a ser um sistema de justiça multiportas, ou seja, abrange métodos judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos, que serão manejados pelos interessados a partir de uma lógica de adequação e de especialidade, tendo em vista a própria natureza e qualidade do conflito. Sobre o tema, “[h]oje em dia há um sistema multiportas, isto é, há mais de uma modalidade para a solução do conflito envolvendo a Administração. Isso porque o ordenamento jurídico coloca à disposição da Administração várias formas de solução de suas controvérsias, muitas vezes, de forma sucessiva”<sup>1</sup>.

Em prol deste sistema de justiça multiportas, é seguro concluir que atualmente o cenário jurídico-normativo-institucional pátrio é amplamente favorável à adoção de Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs), quer por meio da mediação, quer por meio da arbitragem, ou ainda por negociação entre as partes e até mesmo pela instituição de um *Dispute Board*.

A *segunda diretriz* advém do Texto Constitucional, a partir de uma combinação dos incisos LIV, LV e LXXVIII do art. 5º da Constituição de 1988, pois do entrelaçamento das garantias constitucionais do devido processo legal, processo administrativo e duração razoável do processo administrativo emerge a rigor o “direito fundamental à tutela administrativa efetiva”.<sup>2</sup> Indubitavelmente, deste direito fundamental extrai-se que toda vez que surgir um conflito na esfera administrativa, os próprios órgãos e entidades administrativas tem o dever de conferir a este conflito o melhor e mais adequado tratamento, buscando solucioná-lo nas próprias instâncias administrativas, inclusive com o emprego de métodos autocompositivos como a negociação, a mediação, a conciliação e os *dispute boards*.

Finalmente, a *terceira diretriz* hermenêutica refere-se ao consensualismo e “compromisso negocial” previstos na vigente LINDB em seu art. 26,<sup>3</sup> o qual estabeleceu de

1. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Curso prático de arbitragem administração pública*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. Sobre Justiça Multiportas, cf. DIDIER JR., Fredie. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). *Justiça multiportas*. Salvador: JusPodium, 2017. p. 35-66.
2. Sobre o tema da “tutela administrativa efetiva”, consultar HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese de Doutorado. UFPR, Curitiba, 2014.
3. Para uma boa interpretação do art. 26 da LINDB, cf. GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. RDA, ed. especial LINDB, nov. 2018. p. 135-169.

forma ampla a possibilidade de que sejam celebrados compromissos entre autoridades administrativas e particulares para a eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Ou seja, há uma autorização normativa expressa para que acordos sejam entabulados com o objetivo de eliminar situação contenciosa na aplicação do direito público.

Para melhor compreensão do tema e da interpretação que se pretende conferir aos novos art. 4º-A, § 5º da Lei federal 9.984/2000 e art. 10-A, § 1º da Lei federal 11.445/07, parece pertinente apresentar um panorama normativo pátrio atualizado contendo as principais regras e incentivos à mediação e à arbitragem no setor público.

## 2.1 Panorama geral do enquadramento jurídico-normativo da mediação e da arbitragem no setor público

A utilização da mediação e da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública é prática que ganhou ênfase nos últimos anos. Este movimento se intensificou ainda mais desde a promulgação da Lei Federal 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei Federal 9.307/1996) e autorizou expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta (§1º do artigo 1º). A partir disso, “as dúvidas sobre a legitimidade da arbitragem empregada pela Administração foram solucionadas”<sup>4</sup>.

Há que se mencionar, ainda, que existe autorização expressa para o uso da arbitragem na Lei das Concessões (art. 23-A da Lei Federal 8.987/1995), na Lei das PPPs (inciso III do artigo 11 da Lei Federal 11.079/2004), na Lei do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (artigo 44-A da Lei Federal 12.462/2001) e em setores regulados, como no inciso X do artigo 43 da Lei Federal 9.478/1997 (Oil & Gas), no inciso XVI do artigo 35 da Lei Federal 10.233/2001 (ANTT e ANTAQ) e nos §§ 5º a 7º do artigo 4º da Lei Federal 10.848/2004 (ANEEL). Mais recentemente, autorizou-se o uso da arbitragem – e também da mediação – para a definição de valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública (Lei Federal 13.867/2019).

A propósito, o cenário não é diferente em relação ao instituto da mediação. Há poucos anos, houve a publicação da Lei Federal 13.140/2015, que enfatizou e disciplinou a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, prevendo, inclusive, a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública (artigo 32). No seu art. 43, estatui-se inclusive que “os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas”.

Destaca-se, nesta categoria, como protagonista das experiências de mediação institucional no âmbito federal, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União (AGU), regulamentado pelo artigo 18 do Anexo I do Decreto Federal 7.392/2010. Nos últimos anos, a CCAF

4. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 41.

tem desempenhado uma função relevante para a resolução de conflitos complexos envolvendo algum órgão ou entidade da Administração Pública federal, inclusive, para a mediação de conflitos em que há a presença de particulares.

A Advocacia Pública também vem se profissionalizando para a atuação em arbitragens, a exemplo do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (AGU). A propósito do tema, como publicado anteriormente, tem-se que “desde 2015 a PGE-SP pioneiramente instituiu a Assistência de Arbitragens, integrada à área do seu Contencioso Geral, assumindo a representação direta do Estado de São Paulo em processos arbitrais. Mais recentemente, junto à Consultoria-Geral da União, foi instituído o Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA), unidade responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos e de contencioso arbitral em que a União seja parte ou interessada (Portaria 320, de 13.06.2019)”<sup>5</sup>.

A predileção pelo uso de Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESC)s restou consagrada também em diplomas normativos específicos, a exemplo da Lei Federal 13.448/2017, que estabeleceu diretrizes para a prorrogação e relicitação de contratos de parceria, especificamente para os empreendimentos públicos qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), criado pela Lei Federal 13.334/2016.

Em prol da arbitragem, a Lei Federal 13.448/2017 previu, como condição para a relicitação do contrato de parceria, a celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constará o compromisso arbitral para a resolução das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo Poder Concedente (inciso III do artigo 15). Esta pode ser identificada como uma arbitragem específica decorrente da relicitação.

Nada obstante, em mais uma comprovação do contexto favorável aos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, o artigo 31 da Lei Federal 13.448/2017 também indicou que “*As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias*”.

A propósito, também recentemente, o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI) circulou, para consulta pública, uma minuta de resolução que pretende a aprovação de “cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – PPI”, em documento cujo conteúdo é abertamente favorável ao uso de MESC)s.

Em outra demonstração inequívoca de fomento à arbitragem, publicou-se o Decreto Federal 10.025/2019, que disciplinou o uso da arbitragem em litígios que envolvam a Administração Pública federal em determinados setores de infraestrutura.

5. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Incentivos às arbitragens com a Administração Pública. *Portal Jota*, 27 jun. 2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incentivos-as-arbitragens-com-a-administracao-publica-27062019]. Acesso em: 09.12.2019.

Além disso, há que se considerar que as próprias instituições arbitrais estão adequando os seus regulamentos para que possam receber as arbitragens envolvendo a Administração Pública. Três exemplos, a título ilustrativo, podem ser encontrados nas normativas do CAM-CCBC (Resoluções Administrativas 09/2014 e 15/2016), da CAMARB (versão 09/2017, item XII “Dos procedimentos com a participação da Administração Pública”) e na Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da FIESP/CIESP (Resolução 3/2018).

O apreço pelos MESCs no âmbito do Poder Judiciário não diverge. Mencione-se, a título ilustrativo, os Enunciados do Conselho da Justiça Federal-CJF, aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (2016), em que muitos desses enunciados tiveram como objeto matéria envolvendo arbitragem e Administração Pública. Além disso, é de se registrar que a jurisprudência brasileira é notoriamente favorável à promoção, estabilidade e executividade da sentença arbitral<sup>6</sup>, sendo raros os casos em que houve a sua anulação<sup>7</sup>.

Outras medidas concretas estão sendo adotadas por órgãos relevantes do governo federal na contemporaneidade e podem ser citadas. Neste sentido, cumpre mencionar a recentíssima criação da Escola Nacional de Prevenção e Solução de Conflitos (ENAPRES), pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, instituída pela Portaria 863/2019, que visa a estimular métodos de prevenção e solução de conflitos como a arbitragem, conciliação, *dispute board*, mediação e negociação.

Portanto, nota-se que o ambiente jurídico-político-normativo atual é propício à formação de consensos e acordos, em deferência à autonomia das partes, assim como à obtenção de decisões tecnicamente mais qualificadas por meio de mediação e de arbitragem, caso seus usos revelarem-se mais adequados nos casos concretos.

### 3. A MEDIAÇÃO NO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO E O PAPEL DA ANA

A mediação amolda-se confortavelmente à atividade regulatória.

Essa atividade apresenta, na sua própria razão de ser, características que a aproximam muito do que se busca quando se opta pelo caminho do consenso para resolver um conflito de interesses. As nossas agências reguladoras foram idealizadas a partir dos modelos anglo-saxônicos para neutralizar as pressões conjunturais que comumente impactam nas relações e interesses que envolvem a prestação do serviço público. Nesse setor econômico, de formação e composição complexa – integração do público com o privado – fez-se necessário a criação de uma estrutura com maior independência e que, atuando num ponto equidistante em relação aos interesses dos usuários, dos prestadores

6. Inclusive a jurisprudência do TCU sobre a arbitragem nas concessões de aeroportos, sendo que “[n]o acórdão 024.301/2018-3, ao analisar a nova rodada de concessão de aeroportos, a Corte não se opôs à previsão de arbitragem pelo edital”. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Curso prático de arbitragem administração pública*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 53.

7. Nas palavras de Arnaldo Wald: “A eficiência da arbitragem se comprova, pois, foram relativamente poucas as ações anulatórias de decisões arbitrais propostas e pouquíssimas as que foram julgadas procedentes”. WALD, Arnaldo. Prefácio. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 10.



dos serviços concedidos e do próprio Poder Executivo, fosse capaz de manter o equilíbrio necessário para a eficiência e a blindagem às pressões políticas, indispensável para a estabilidade e segurança jurídica que o setor requer.

O diálogo, a negociação e a transparência caracterizam a moderna atividade regulatória. A entidade que regula um setor econômico jamais conseguiria cumprir de forma exitosa sua missão, caso não substituísse a imposição da vontade estatal pelo diálogo e pela negociação, o que fez com que Floriano Marques concluísse que o estado regulador atua *arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências*.<sup>8</sup>

Diante disso, extrai-se que a mediação, como modo consensual de resolução de litígios, não representa na atividade regulatória apenas a ideia de flexibilização do contencioso administrativo que se abre a outras formas de solução de litígios além do juiz. Nesse setor, ela é muito mais que isso, ela se imiscui e, ao mesmo tempo, se confunde com a própria regulação que é a finalidade e razão de ser da agência reguladora. Trata-se de uma simbiose, não existe regulação eficaz sem se desenvolver a mediação de interesses entre os atores envolvidos – usuários, concedente, concessionários – em suas múltiplas relações.

As inovações normativas trazidas no novo marco legal do saneamento – Lei 14.026/2020 – inclui o aumento de competências da Agência Nacional de Águas (ANA), que passou a poder editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, ensejando uma previsão expressa para que a ANA disponibilizasse, *em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico*.<sup>9</sup>

Vale destacar, todavia, que essa norma não trouxe nenhuma previsão inédita nesse tema. A lei geral das agências reguladoras – Lei 13.848/2019 – já previa a observância de mecanismos de solução de controvérsias admitindo expressamente a mediação, *nos termos da (Lei da Mediação – Lei 13.140/2015)*.<sup>10</sup> Além disso, a lei 9.427/1996, que instituiu a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica também já trazia previsão similar ao estabelecer como competência da agência *dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes*

8. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação dos Serviços Públicos*. São Paulo: RDA, 2002, p. 59.

9. Lei 14.026/2020: Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

[...]

§ 5º 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 prestadores de serviços públicos de saneamento básico.”

10. Art. 29. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.

[...]

§ 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas.

e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.<sup>11</sup> A ANP – Agência Nacional de Petróleo Gás e Biocombustíveis também possui a Resolução 43/2009, que prevê, como competência da agência, *adotar procedimentos, no âmbito de suas atribuições legais, para a mediação de conflitos decorrentes de situações não previstas nesta Resolução.*

Demonstra-se, assim, que as agências reguladoras de uma forma geral, pela própria atividade que exercem e para qual foram concebidas, já se originam dotadas de vocação para a mediação de interesses entre os atores envolvidos no setor econômico que regulam. Some-se a isso os normativos que as regulam, que já são há algum tempo explícitos no propósito de atribuir às agências reguladoras a competência para dirimir os conflitos gerados no setor por meio de métodos autocompositivos.

Objetivando fomentar a universalização dos serviços públicos, é essencial que a mediação seja encarada como um aferidor do grau de eficiência das Agências no exercício de suas atividades. Ao adotar o consenso como forma de dirimir os conflitos gerados nas relações entre usuários e concessionários ou permissionários e poder concedente, a Agência Reguladora reduz a tensão entre esses agentes, equilibra os variados interesses e se utiliza desse conflito para aperfeiçoar sua atividade de regulação.

Em se tratando da Agência Nacional de Águas, a mediação não chega como novidade nem na norma nem na sua atuação. A ANA, desde 2017, atua na mediação de conflito envolvendo a Hidrovia Tietê-Paraná, tentando equacionar os vários interesses de exploração dos recursos hídricos, elétrico e de navegação da hidrovia. Essa hidrovia é um dos principais corredores de escoamento da produção de soja, milho, fertilizantes e outros produtos agrícolas. O desvio de água para aproveitamento energético aliado à seca causou o fechamento da hidrovia por 20 (vinte) meses entre 2014 e 2016 gerando um prejuízo de bilhões aos setores econômicos.<sup>12</sup>

A instalação de uma *Sala de Crise* no âmbito da ANA, fez com que a agência aproximasse para um diálogo os representantes dos setores de recursos hídricos, elétrico e de navegação – entidades do governo federal e estaduais, operadores privados da Hidrovia, agentes operadores dos aproveitamentos hidrelétricos, que discutiram em reuniões e acordam condições de operação dos reservatórios para a manutenção de níveis mínimos necessários para a navegação. Assim, foi evitada a interrupção da Hidrovia em 2017.

Essa denominada *Sala de Crise* é uma genuína estrutura administrativa que pratica autocomposição de conflitos. Embora não tenhamos dados suficientes para determinar se a técnica aplicada nas reuniões organizadas pela ANA seja efetivamente de mediação, fica evidente que se trata de um método autocompositivo, onde os envolvidos no con-

11. Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

[...]

V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

12. Estudo de Caso Hidrovia Tietê-Paraná – IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: [file:///C:/Users/AGU/Downloads/Apresentacao-Estudo-de-Caso-Hidrovia-Paranaiba-Tiete-Parana.pdf]. Acesso em: 18.08.2020.

flito, titulares dos interesses em jogo participam ativamente da construção conjunta das soluções para o problema da escassez de água.

A ANA nesse caso não arbitra as condições de exploração da hidrovia nem determina impositivamente nenhuma medida a ser seguida ou suportada pelos sujeitos envolvidos no conflito. A postura assumida pela ANA é de mediadora de interesses conflitantes. Ela escuta os interessados, agrega dados técnicos para que eles possam tomar decisões informadas acerca dos níveis mínimos necessários para que sejam mantidas as condições de operação da hidrovia e auxilia na negociação gerando opções para um aproveitamento elétrico dos potenciais, sem impedir ou dificultar a navegação na hidrovia.

### 3.1 A mediação como elemento intrínseco da atividade regulatória

No momento atual, a ANA assume um papel de “Reguladora das Reguladoras”. O novo marco regulatório nacionalizou a regulação, transformando a ANA na agência que coordenará essa convergência regulatória e uniformizará as regras gerais do setor. Assim, imbuída também de mediar os conflitos que surgirem a partir das normas de referência que ela própria editará, a ANA desempenhará a sua função em sua mais absoluta integralidade. Ela iniciará o trabalho de elaboração das normas mediante *consultas e audiências públicas* e com a *realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*<sup>13</sup>; e após, durante a aplicação dessas normas e integração delas com as outras normas locais do setor, a ANA também atuará como mediadora dos conflitos que essa trama normativa potencialmente causará.

Consta como objetivos para a regulação no novo marco legal do saneamento básico a universalização e a cooperação federativa.<sup>14</sup> A maneira mais eficiente de se alcançar esses objetivos é aliando a competência normativa – edição de normas de referência – com a estruturação de um mecanismo interno e consensual de resolução de conflitos. Dessa forma, a ANA percorrerá todo o ciclo necessário para garantir a racionalidade das decisões, tentando imunizar-se da repolitização de suas estruturas em processos jurisdicionais.<sup>15</sup>

13. Lei 14.026/2020:

Art. 4º [...]

§ 4º No processo de instituição das normas de referência, a ANA:

I – avaliará as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios;

II – realizará consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e

III – poderá constituir grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas.

14. Lei 14.026/2020:

Art. 4º [...]

§ 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão:

[...]

III – estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária;

15. DE GIORGI, Raffaele. A Administração Pública na Sociedade Complexa. RDA – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 9-22, jan./abr. 2011.

A mediação realizada pela ANA assemelha-se muito com uma técnica denominada de *magistratura de influência*.<sup>16</sup> Esses entes reguladores solucionam os conflitos pelo consenso, mas não podem se desinvestir da *autoridade moral* que adquirem por deterem o conhecimento técnico da matéria e a posição de reguladora maior do setor. Assim, além de assistir aos diálogos e às negociações, esses entes influenciam na tomada de decisão, gerando opções e apontando soluções viáveis aos envolvidos no conflito.<sup>17</sup>

Na França, Jean-François Brisson considera que a mediação desenvolvida perante entes públicos deve ser exercida diferentemente do que acontece nas relações privadas. Para o autor, em relações de direito público, o mediador deve analisar a situação e sugerir uma solução viável para o caso, valendo-se da sua autoridade moral.<sup>18</sup>

Essa definição coloca a mediação sob a ótica do direito administrativo da Europa continental. Brisson defende que, numa relação de verticalidade, que pressupõe desigualdade jurídica, o consenso jamais será obtido por um mediador neutro, portanto, necessário se torna o exercício de um poder de persuasão fortalecido pela credibilidade moral desse agente indutor.

O traço consensual é comum a todos os modos autocompositivos de conflitos. É a diferença na medida e dimensão dessa característica consensual que vai impor as particularidades de cada um desses modos. A princípio, qualquer hierarquia ou supremacia de um dos integrantes de uma negociação ou mediação sobre o outro seria suficiente para inviabilizar um consenso válido. Qualquer risco de imposição de poder ou de vontade de uma das partes sobre a outra aniquilaria a autonomia da vontade, que é própria da resolução consensual. Isso não ocorre, todavia, nas mediações envolvendo entes públicos.

A vontade administrativa não é da mesma natureza que a vontade humana, ela é externa e institucionalizada, enquanto a vontade dos cidadãos é interna e pessoal. Assim, a construção do consenso que depende, nesses casos, de uma conciliação de vontades de naturezas diversas, vai enfrentar dificuldades anormais, não encontradas no direito privado.<sup>19</sup>

É a obediência a procedimentos que representará o antídoto formal necessário para demonstrar a legitimidade da formação da vontade pública coincidente ou concertada com a vontade do particular. Logo, a complexidade da natureza de uma vontade que não é humana exige técnicas que, para a sua formação, fogem ao senso comum.

As instituições que utilizam a persuasão estão mais adaptadas ao contencioso administrativo do que os meios puramente neutros, apáticos, que apenas assistem sem se interferir no diálogo posto à mesa. A autoridade moral da magistratura de influência torna o procedimento mais propositivo, mais eficaz e mais seguro. A condução do trata-

16. DAVI, Kaline Ferreira. *Magistratura de Influência: uma alternativa ao contencioso administrativo tradicional*. *Revista Brasileira de Direito Público*: RBDP, Belo Horizonte, v. 12, n. 45, p. 123-135, abr./jun. 2014.

17. BRISSON, Jean-François. *Bibliothèque de Droit Publique*. T. 185. *Les Recours administratifs en droit public français*, Paris: LGDJ, 1996, p. 202 et 215.

18. BRISSON, Jean-François. *Régler autrement les litiges administratifs: Les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés? Revue de Droit Public*, 1996. p.792-846.

19. DELAUNAY, Bénédicte. *Bibliothèque de Droit Public*, T.172, *L'amélioration des Rapports entre l'administration et les Administrés*. Paris: LGDJ, 1993.

mento dos conflitos por um ente público torna o arranjo final mais confiável do ponto de vista formal.

A adaptabilidade dessas técnicas às necessidades e às especialidades do contencioso administrativo, mais especificamente na atividade regulatória, cria a figura do *consenso induzido*, o que representa uma tendência dos métodos autocompositivos de litígio aplicados à realidade administrativa. As partes encontram uma conciliação de interesses após a intervenção de um ente que representa uma autoridade independente e que persegue o interesse público.

O equilíbrio entre a indução e a equidistância é fundamental, até mesmo porque essa persuasão não poderia ultrapassar o sensível e o tênue limite que separa *convencer* e *constranger*. Os envolvidos, públicos ou privados, precisam estar à mesa na condição de *agentes morais autônomos*, para aceitar ou não as opções oferecidas pelo ente regulador, assim como para propor outras opções e soluções.<sup>20</sup>

A mediação é o equilíbrio entre a persuasão e a autonomia dos interesses. Esse equilíbrio caracteriza o modelo administrativo que ensejou a criação das Agências Administrativas Independentes na Europa. O Estado contemporâneo não é mais o imperador, mas sim o mediador. Ele não encontra mais espaço para impor suas condições, mas pode negociá-las. É desta forma que de um lado o Estado vai legitimar a regulação das relações econômicas na prestação dos serviços públicos e, por outro lado, vai conseguir bons resultados materializando o seu dever de eficiência.

### 3.2 As agências reguladoras brasileiras e as suas estruturas de resolução consensual de conflitos: uma construção ainda insuficiente

Cada uma das agências reguladoras brasileiras foi instituída com a possibilidade de desenvolver estruturas internas voltadas especificamente para solucionar, de forma consensual, os conflitos gerados entre agentes concessionários, concedentes e usuários do setor que atuam. Na prática, entretanto, isso não aconteceu da forma como preconizado normativamente. Algumas agências reguladoras até possuem alguma estrutura interna voltada para a prática da autocomposição, todavia, isso aconteceu de forma muito tímida e insatisfatória, considerando a extensa vocação dessas agências para a prática da mediação.

A PREVIC (Superintendência Nacional de Previdência Complementar)<sup>21</sup> possui desde 2019 a CMCA – Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem. Essa câmara é a única estruturada nesses moldes, como um órgão permanente e específico para a resolução de conflitos no âmbito interno de uma agência reguladora. Instituída pela

20. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo. Disponível em: [http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859]. Acesso em: 20.05.2017.

21. É uma autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Economia, com sede e foro no Distrito Federal, tendo atuação em todo o território nacional como entidade de fiscalização e supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas referidas entidades. Instituída pela Lei 12.154, de 23 de dezembro de 2009.

Instrução 17, de 13 de setembro de 2019, ela tem competência para mediar, conciliar e *arbitrar*<sup>22</sup> conflitos entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores.

De acordo com essa instrução normativa a CMCA é presidida por um Procurador Federal, que pode ser o Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto à Previc, e sua composição é bastante peculiar, é, integrada por mediadores, conciliadores e árbitros escolhidos entre profissionais com notório conhecimento jurídico em previdência complementar fechada, e deverão comprovar além de sua competência, ter reputação ilibada.<sup>23</sup>

Essa norma administrativa interna deve ser interpretada conforme a Lei 13.140/2015 sob pena de incorrer em ilegalidade. A mediação é uma atividade técnica (art. 1º, parágrafo único da lei 13.140/2015), portanto, quando é exigido notório conhecimento jurídico, deve ser lido também que esses profissionais escolhidos deverão ser capacitados tecnicamente para exercer a mediação, ou ao menos a Previc deve fornecer essa capacitação específica.

Outro ponto que merece destaque é o envolvimento no conflito de algum órgão da Administração Pública Federal direta. Nesses casos, por haver participação da União, a mediação terá sua competência deslocada para a CCAF, o que ocorre por força de vários dispositivos do Capítulo II da Lei 13.140/2015.

Podemos citar também a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, instituída pela Resolução Conjunta 2, de 27 de março de 2001 (Aneel, Anatel e ANP), sendo composta por dois representantes de cada uma dessas Agências. Os conflitos de sua competência eram apenas aqueles que versassem sobre matéria de aplicação e interpretação do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo. O compartilhamento de postes, por exemplo, era um conflito corriqueiramente submetido a essa comissão.

Em referência a essa estrutura, ressaltamos que, embora houvesse no seu rito uma etapa de negociação entre os interessados, os membros da comissão decidiam ao final,

22. Sobre crítica à função de “arbitrar” da CMCA, veja nota de rodapé n. 38 *infra*.

23. Art. 2º [...]

§ 4º A relação com a composição atualizada dos árbitros, conciliadores e experts será aprovada semestralmente pelo Presidente da CMCA.

§ 5º A lista de conciliadores e árbitros selecionados pelo Presidente da CMCA, com profissionais com notório conhecimento em previdência complementar fechada interessados em atuar junto à CMCA, deve ser publicada na página eletrônica da Previc.

§ 6º Somente poderão integrar os quadros de mediadores, árbitros e peritos na Previc aqueles profissionais que forem submetidos previamente à análise quanto à sua competência e reputação ilibada.

§ 7º Verificada a ocorrência de qualquer fato ou ato que desabone a reputação de árbitro, conciliador ou expert, inclusive conflito de interesses, o presidente da CMCA poderá rever a relação em prazo inferior ao contido no § 4º.

§ 8º Aplicar-se-ão aos servidores constantes da relação, para os ns. do § 6º, no que couber, os deveres e proibições da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem como da Lei 12.813, de 16 de maio de 2013, e, para os membros indicados pelas entidades representativas da sociedade civil, os mesmos requisitos exigidos pela legislação do regime de previdência complementar fechado.

§ 9º Da exclusão de árbitro, conciliador ou expert, caberá recurso ao Presidente da CMCA, em primeira instância, e à Dicol, em segunda instância, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação de cada uma das decisões.

determinando uma solução, caso não fosse obtido o consenso, o que demonstra ser essa uma estrutura de autotutela, mas não uma estrutura de autocomposição propriamente dita.

Essa comissão foi extinta pelo Decreto 9.579/19 que determinou a extinção de “colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, e estabeleceu “diretrizes, regras e limitações” para a criação de novos “colegiados”.

Na ANEEL, em moldes diferentes, existe a Superintendência de Mediação Administrativa Setorial instituída pela Portaria MME 349, de 28 de novembro de 1997, que aprovou o Regimento Interno da ANEEL. Essa norma diz muito pouco sobre a referida superintendência, que tem seu funcionamento especificado no *Caderno Temático. V. 8 da ANEEL*, que estabelece o uso da mediação em suas atividades.<sup>24</sup> Analisando o *Roteiro de Mediação* percorrido por essa Superintendência no historiograma inserido no citado Caderno Temático, verificamos ser ela uma típica estrutura autocompositiva.

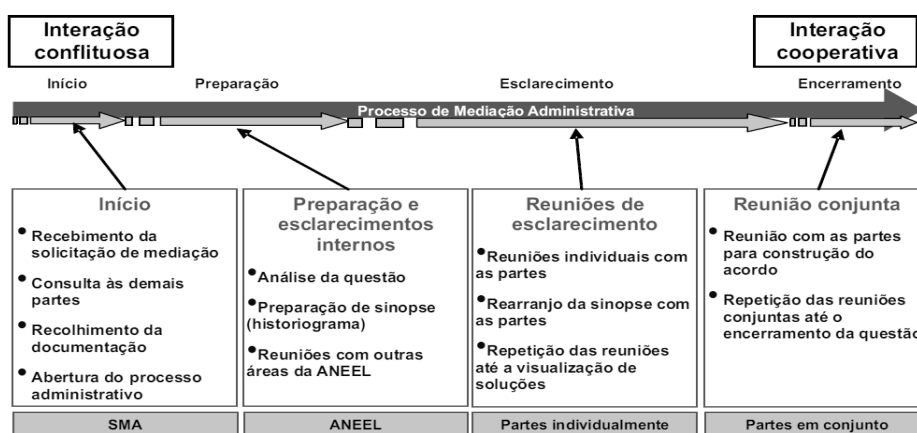


Figura 1 - Roteiro Básico de Mediação

Conforme dados do Sistema de Gestão de Mediações – SGM da Agência, ANEEL/SMA, demonstrou-se que a estrutura autocompositiva da SMA/ANEEL é eficaz. Ela tem empreendido uma média de 30 (trinta) mediações anuais, das quais resultam acordos em aproximadamente 90% dos procedimentos instaurados. Segundo informam: *Tal percentual de êxito deve-se, de forma significativa, à postura das partes, as quais acabam por compreender que uma solução mediada é sempre melhor do que um impasse continuado.*

Essas são as estruturas que ilustram e encerram o número total de órgãos criados pelas agências reguladoras para desenvolverem a mediação como forma de resolução de litígios, sendo que uma delas foi extinta. Quantitativamente não há como negar a desproporção entre o número de estruturas criadas em relação à quantidade de agências reguladoras em operação no Brasil. Essa desproporção, contudo, é mais acentuada

24. Agência Nacional de Energia Elétrica (Brasil). *Solução de divergências: mediação*. v. 8. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2008.

quando a observamos do ponto de vista da vocação da atividade regulatória e dos desafios enfrentados por esses organismos.

Seria para eles um caminho estratégico, simples e eficaz investir na institucionalização da mediação como principal solucionadora de conflitos e harmonizadora de interesses.

#### 4. A ARBITRAGEM NO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Na Lei federal 14.026/20, a arbitragem vem mencionada em dois diferentes dispositivos, porém com significados, funções e efeitos bastante distintos.

Assim, por razões didáticas e hermenêuticas, trataremos separadamente da (a) “ação arbitral” da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico-ANA (atual redação do art. 4º-A, § 5º da Lei federal 9.984/2000) e da (b) “arbitragem como mecanismo privado para resolução de disputas decorrentes dos contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico” (atual redação do art. 10-A, § 1º da Lei federal 11.445/07).

##### 4.1 A “ação arbitral” da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico-ANA (atual redação do art. 4º-A, § 5º da Lei federal 9.984/2000)

Em razão da expansão das atividades da ANA, novas atividades foram acrescentadas em seu âmbito de competências originárias pela Lei federal 14.026/20, agora estendidas para o setor de saneamento básico, o legislador pátrio conferiu ao ente regulador várias novas funções.

Decupando-se o estatuído no art. 4º-A, § 5º, da Lei federal 9.984/2000, em sua redação atual, enuncia-se que (i) a ANA disponibilizará, (ii) em caráter voluntário (iii) e com sujeição à concordância entre as partes, (iv) ação mediadora ou (v) ação arbitral, (vi) as quais incidirão sobre os conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadoras de serviços de saneamento básico.

Primacialmente, percebe-se com clareza que a nova “ação arbitral” da ANA, que passa a ser aplicável ao setor de saneamento público, nada tem a ver com a “arbitragem comercial” prevista e disciplinada pela Lei federal 9.307/96. Não se trata, portanto, da “arbitragem própria” ou “arbitragem típica”, compreendida como mecanismo extrajudicial e heterocompositivo de resolução de litígios, regida pela Lei Brasileira de Arbitragem-LBA e, no que diz respeito a litígios oriundos de boa parte de contratos públicos de infraestrutura de âmbito federal, regulamentada pelo Decreto 10.025/19.

Tal constatação inicial é de suma importância para que se possa conferir adequada interpretação a esta “ação arbitral” da ANA.

Embora o vocábulo empregado aparentemente seja o mesmo – “arbitragem” – a “ação arbitral” aqui refere-se especificamente a uma modalidade de tomada de decisão administrativa, normalmente inserida no contexto de processos administrativos decisórios de órgãos públicos ou entidades administrativas – ente regulador abrangido<sup>25</sup> – que

25. Sobre o tema, cf. AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no âmbito das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 119-125. abr. 2014, CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: TALAMINI et al. (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.



tem por finalidade a resolução definitiva de um dado conflito administrativo, em última instância administrativa.

Com efeito, quando afirmamos “aparentemente”, a rigor há somente uma suposta identidade de vocábulo, porque de antemão teríamos de separar (a) arbitragem da Lei federal 9.307/96 do (b) *arbitramento*, cuja definição mais adequada é justamente a acima indicada. Todavia, será comum encontrar na legislação brasileira o uso atécnico do termo “arbitragem” – e por isso podemos nos referir a este instituto como “arbitragem imprópria” ou “arbitragem atípica” – que incide no amplo terreno decisório das agências reguladoras (ou entes públicos em geral) significando, não a arbitragem própria ou típica da LBA, mas o “arbitramento de conflitos” no âmbito de um ente administrativo,<sup>26</sup> que ensejará uma decisão administrativa definitiva em última instância administrativa.

Portanto, a “ação arbitral” que a ANA poderá dispor aos titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico, na verdade, é um “arbitramento”<sup>27</sup> de conflitos entre tais players, que resultará em uma decisão administrativa da ANA.

Algumas considerações adicionais importam para que se apreenda o conteúdo e os limites da decisão que poderá ser tomada pela ANA, quando um ente regulador seja chamado a dirimir conflitos no setor de saneamento básico.

Destaque-se que a nova “ação arbitral” ou “arbitramento” da ANA afina-se plenamente com coordenação regulatória, supervisão regulatória ou mesmo a “regulação por exposição” (*sunshine regulation*) – esta última que parece encaixar-se melhor no contexto normativo ora em análise – que o legislador conferiu ao ente regulador na Lei federal 14.026/20.

Atividade regulatória originária do setor de saneamento básico a ANA não exerce *per si*, pois este é papel reservado às agências reguladoras de âmbito estadual ou municipal.<sup>28</sup> No entanto, enquadre-se técnica e juridicamente como se pretenda melhor enquadrar o que a ANA passará a desempenhar no novo marco legal do saneamento básico, teremos um terreno amplo e fértil para conflitos regulatórios e contratuais; interfederativos, públicos e público-privados, os quais tenham ou não a ANA como parte do conflito. A

---

p. 15-61; e PASTORE, Ana Claudia Ferreira. Soluções alternativas para resolução de conflitos e Agências Reguladoras: limitações e propostas. In: GABBAY, Daniela Monteiro et al. *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 551-571, entre outros.

26. Sobre “arbitramento de conflitos no setor público”, conferir primorosamente o capítulo VIII de ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 147-167. Segundo o autor, “o arbitramento realizado pelo Consultor-Geral da união não constitui exercício privado de poderes jurisdicionais (isto é, arbitragem). A aproximação do instituto com o fenômeno arbitral – referido como tal pelos atos normativos que o regem – reside no fato de que ele opera a substituição da vontade dos órgãos e entidades conflitantes por juízo técnico emitido por terceiro” (Op. cit., p. 158).
27. No Parecer 00001/2019/CCAF/CGU/AGU consta que “o denominado ‘arbitramento’ é um instrumento de resolução de controvérsia jurídica que encontra lugar quando as tentativas de resolução consensual restam infrutíferas e o conflito persiste por força, principalmente, dessa controvérsia, que geralmente, é a principal causadora do conflito”.
28. Vale registrar que proposta no STF a ADIN 6.492-DF contra diversos dispositivos da Lei federal 14.026/20, seu Relator Min. Luiz Fux indeferiu liminarmente a Medida Cautelar, ressaltando que “para além de uma deferência técnica à especialização do setor e do experimentalismo democrático, que protege novas iniciativas em escolhas regulatórias, é a urgência de políticas voltadas a sanear uma situação socioeconômica de aviltante gravidade que afasta a concessão na cautelar no presente caso” (j. 03.08.20).

imane correlação “mediação-regulação” foi acima enfrentada no item 3 deste artigo, e aqui pode também ser aproveitada para demarcar o espaço material da “ação arbitral” da ANA inserida na atual redação do art. 4º-A, § 5º da Lei federal 9.984/2000.

No entanto, há na matéria ora enfocada algumas peculiaridades.

O “arbitramento” em si tradicionalmente representa uma forma de tomada de decisão administrativa de determinado conflito público, carreado obrigatória ou voluntariamente para a instância administrativa que tem competência específica para arbitrar. Geralmente, esta instância de arbitramento integra a mesma organização administrativa na qual o conflito ocorreu: federal, estadual, municipal ou distrital. Por isso pode-se denominá-lo “arbitramento administrativo”. De outra parte, o “arbitramento regulatório” ocorrerá nos casos em que o arbitramento é previsto na legislação especial de setores regulados, e o conflito a ser dirimido ou tem a participação do próprio ente regulador como parte, ou envolve entes públicos e/ou privados que direta ou indiretamente são (i) regulados por este mesmo ente regulador ou (ii) impactados pela atividade regulatória (p.ex. usuários e/ou consumidores).<sup>29</sup>

Exemplo de arbitramento administrativo, tem-se no art. 18, inc. VI, do Decreto 7.392/10, o qual atribui à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF, vinculada à Advocacia-Geral da União-AGU, “propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação”.<sup>30</sup> Igualmente, embora sem empregar o termo “arbitramento”, encaixar-se-ia neste instituto a competência do Advogado-Geral da União prevista no art. 4º, inc. XI, da LC 73/93: “...prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal”.

Por outro lado, hipótese “de “arbitramento regulatório”, pode-se encontrar no art. 20 da Lei federal 9.478/97: “[o] regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento”. Do mesmo modo, mas sem mencionar “arbitramento”, temos o art. 3º, inc. V, da Lei federal 9.427/96, o qual atribui à ANEEL competência para “V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” e (ii) no art. 19, inc. XVII, da Lei federal

29. Embora empregando o termo “arbitrar” em sentido amplo, na ADIn 2095-RS o STF decidiu que caberia às Agências Reguladoras genericamente o “encargo de prevenir e arbitrar segundo a lei os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente” (MC.j. em 22.03.2000, Min. Rel. Octavio Gallotti, Pleno; Mérito j. em 11.10.2019, Min. Cármen Lúcia, Pleno). Com um sentido de “arbitramento”, o art. 29 da Lei Federal 13.848/19 – A Lei Geral das Agências estabelece: “No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial. [...] § 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas” (g.n.).

30. Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 1, n. 2, p. 183-212. 2015.

9.472/97, que confere à ANATEL competência para “*compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações*”.

No caso do arbitramento regulatório da ANA, em decorrência da letra da lei, percebe-se que tal arbitramento terá caráter voluntário – não obrigatório, portanto – e será pelo ente regulador disponibilizado aos titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico que, necessariamente, terão de aderir a este arbitramento, manifestando expressamente sua concordância para submeter um dado conflito a ser dirimido por esta modalidade decisória.

Ora, a ANA exercerá sua “ação arbitral” de conflitos *exclusivamente* se houver aderência prévia e expressa das partes integrantes de um conflito de saneamento básico ao arbitramento regulatório. Satisfeita esta condição, a ANA poderá dirimir o conflito a ela submetido pela via do arbitramento, ou seja, decidirá o conflito enquanto legítima instância de arbitramento escolhida pelas partes.

Diferentemente da mediação – que estimula a autocomposição das partes do conflito – o arbitramento desencadeia e representa uma tomada de decisão do conflito, sendo a ANA a “instância administrativa decididora”. Entretanto, a qualidade desta decisão administrativa por arbitramento destoará dos atributos que geralmente uma decisão por arbitramento administrativo ou arbitramento regulatório costumam deter. É que em virtude da posição da ANA no setor de saneamento básico a partir da Lei federal 14.026/20, seria possível sustentar que o ente regulador tomará uma decisão que será “definitiva” na esfera administrativa e será esta instância da ANA considerada “última instância administrativa”?<sup>31</sup>

Conforme sustentamos acima, a ANA não é propriamente o ente regulador do setor de saneamento básico. Sua atribuição regulatória enquadra-se mais “reguladora por exposição” (*sunshine regulator*).<sup>32</sup> Sem prejuízo disso, preenchidas as condições exigidas pelo art. 4º-A, § 5º, da Lei federal 9.984/2000, findo o arbitramento a ANA ira dirimir o conflito a ela submetido por meio de uma decisão, a qual no contexto da organização

31. A Resolução 5.845, de 14 de maio de 2019, da ANTT “dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT”. De interesse para nosso trabalho é a diferenciação precisa que este ato normativo faz entre, de um lado, mediação-autocomposição da Lei federal 13.140/15, e de outro, a arbitragem da Lei federal 9.307/96. E no art. 4º da Resolução estipula-se que “as controvérsias só poderão ser submetidas ao regramento descrito nesta Resolução após decisão definitiva da ANTT”, sendo que por decisão definitiva compreende-se “a decisão administrativa quando dela não couber mais recurso”. Para fins de eventual judicialização da decisão administrativa de arbitramento da ANA, não há que se falar em cabimento de recurso administrativo, portanto o arbitramento em si pode ser considerado decisão definitiva e por isso sujeito à impugnação judicial.

32. Sobre “regulação por exposição”, cf. MARQUES, Rui Cunha; SIMÕES, Pedro. Does the sunshine regulation approach work? Governance and regulation model of the urban waste services in Portugal. *Resources Conservation and Recycling*, v. 52, n. 8-9, 2008, p. 1040-1049; DE WITTE, Kristof; SAAL, David S. Is a little sunshine all we need? On the impact of sunshine regulation on profits, productivity and prices in the Dutch drinking water sector. *Journal of Regulatory Economics*, v. 37, n. 3, p. 219–242, 1 jun. 2010; BOLOGNESI, Thomas; PFLIEGER, Géraldine. In the shadow of sunshine regulation: Explaining disclosure biases. In: *Regulation and Governance*, 2019. doi: 10.1111/rego.12286; COSTA, Samuel Alves Barbi et al. Projeto Sunshine: a regulação por exposição aplicada ao Estado de Minas Gerais. *X Congresso Brasileiro de Regulação*, 4., 2017, Florianópolis. Brasília, Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), 2017 e HEINEN, Juliano. A regulação do saneamento básico no Brasil. In: CONJUR. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/juliano-heinen-regulacao-saneamento-basico-brasil]. Acesso em: 10.09.2020, entre outros.

do setor de saneamento básico será equiparada a uma decisão administrativa tomada em última instância.

Obviamente, esta configuração vai depender das cláusulas do Termo de Submissão do Conflito do Setor de Saneamento Básico ao Arbitramento da ANA, devidamente assinado pelas partes integrantes do conflito e pela ANA. E provavelmente das normas de um pertinente e necessário Regulamento de Mediação e Arbitramento, o qual provavelmente a ANA terá de editar, se tiver por intento conferir previsibilidade e confiabilidade a estas ações de mediação e de arbitramento que passará a disponibilizar aos players do setor de saneamento básico.

No entanto, o que cumpre registrar é que esta decisão administrativa tomada pela ANA em sede de arbitramento certamente poderá ser submetida à apreciação jurisdicional pelas partes, desde que haja nulidades ou abusividade na tomada da decisão administrativa – o arbitramento em si é um processo administrativo – que gerem lesão ou ameaça de lesão a quaisquer das partes (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição de 1988).<sup>33</sup> A decisão administrativa do arbitramento regulatório da ANA será caracterizada ou equiparada como decisão administrativa definitiva, tomada em última instância administrativa, desde que isso esteja de algum modo explicitado no Termo de Submissão ao Arbitramento e/ou eventual Regulamento da ANA que discipline a matéria.

Um último ponto merece atenta reflexão: qual a natureza dos conflitos do setor de saneamento básico que poderão ser em tese submetidos ao arbitramento regulatório da ANA?

Primeiro, considerando as atribuições regulatórias da ANA – editar normas de referência nacionais para o setor de saneamento básico, que serão adotadas ou não pelos demais entes federados subnacionais nos termos do vigente art. 4º-B da Lei federal 9.984/2000 – entende-se que conflitos regulatórios claramente poderão ser objeto de arbitramento.

A dúvida reside se conflitos contratuais também poderão ser dirimidos desta maneira. Se os titulares e agentes reguladores subnacionais adotam as regras de referência da ANA, tais regras muito provavelmente irão moldar os contratos firmados com entidades públicas ou privadas para a prestação do serviço de saneamento básico. Então, a princípio, poderá haver arbitramento. Mas se os titulares e agentes reguladores subnacionais não adotam as regras de referência da ANA, não haveria muito sentido para que a ANA fosse escolhida a arbitrar eventuais conflitos. Sem prejuízo disso, em todos os casos acima

33. Nesse sentido, em caso referente a arbitramento de conflito promovido pela ANATEL, cf. STJ, RESP 1.275.859-DF, 2ª T., Rel. Min Mauro Campbell Marques, j. em 27.11.2012, p. DJe 05.12.2012, no qual constou que “16. Nunca é demais relembrar que vigora no Brasil o sistema da unidade de jurisdição, o qual – ao contrário do sistema contencioso francês – possibilita a parte a ingressar no Poder Judiciário independentemente da solução alcançada nas vias administrativas, salvo algumas exceções previstas tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional. 17. Esta observação tem relevância para o deslinde da presente controvérsia, na medida em que nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), tampouco a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos – quanto à legalidade e legitimidade – praticados por estas agências de regulação setorial. Entendimento em sentido contrário implicaria em assumir o ilógico de que os litigantes em contendas administrativas não possam usufruir de seu direito individual fundamental de recorrer a um terceiro imparcial – o Estado Juiz – para ver solucionados seus conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida”.

apontados, as partes deverão manifestar expressamente a sua concordância em submeter tais conflitos contratuais ao arbitramento da ANA.

Finalmente, em virtude da redação do art. 4º-A, § 5º, da Lei federal 9.984/2000, parecem estar excluídos dos conflitos submissíveis ao arbitramento da ANA conflitos que envolvam os usuários dos serviços de saneamento básico como parte, unicamente porque estes não foram listados no dispositivo ora em comento. Tais conflito, a depender das legislações estaduais e locais, deverão ser dirimidos pelas agências reguladoras subnacionais, e não a ANA.

#### **4.2 A “arbitragem como mecanismo privado para resolução de disputas decorrentes dos contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico” (atual redação do art. 10-A, § 1º, da Lei federal 11.445/2007)**

No que diz respeito às diferentes formas de prestação e das possíveis modelagens jurídicas que podem ser empregadas para formalizar a delegação dos serviços públicos de saneamento básico, a Lei federal 14.026/20 provocou mudanças significativas. Foge aos limites deste trabalho focar no detalhe cada uma dessas inovações normativas.

Entretanto, conferindo interpretação à nova redação do art. 10-A, § 1º, da Lei federal 11.445/07 – escopo do nosso trabalho – é nítido que a arbitragem ali referida é a “arbitragem comercial”, um dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, explicitamente previstos no ordenamento jurídico como alternativos ou mais adequados aos sistema de jurisdição judiciária, regulamentado pela Lei federal 9.307/06, a Lei Brasileira de Arbitragem-LBA.

Isto posto, decupando-se o preconizado no art. 10-A, § 1º, da Lei federal 11.445/07, temos que (i) os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico (ii) poderão prever (iii) mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionados, (iv) inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, (v) nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Um primeiro ponto a destacar: tanto a arbitragem, como outros mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos – negociação, mediação, conciliação, *dispute boards* – poderão estar previstos no contrato que envolver a prestação de saneamento básico. Trata-se, portanto, de uma escolha (i) pela arbitragem isoladamente ou (ii) pela arbitragem, combinada com negociação, mediação, conciliação e/ou *dispute boards*, gerando o que se denomina “cláusula compromissória escalonada” (porque a arbitragem somente poderá ser instaurada após a utilização dos demais mecanismos previstos, os quais geralmente constituem fases ou etapas precedentes, nos termos da cláusula compromissória).

Prosseguindo, de todos os mecanismos extrajudiciais que também poderão ser empregados e previstos em cláusula contratual, a arbitragem é o único método heterocompositivo – os demais são autocompositivos, em regra – e nessa característica essencial torna-se instituto equiparável à jurisdição judiciária. Todavia, uma vez prevista no con-

trato, a cláusula arbitral (cláusula compromissória) tem o condão de afastar o Judiciário como instância originária de solução de litígios contratuais.<sup>34</sup>

Obviamente, há uma série de nuances aqui, como por exemplo, (a) o litígio terá de ter por objeto “direitos patrimoniais disponíveis” para ser arbitrável, (b) caberá analisar o “escopo da cláusula compromissória”,<sup>35</sup> para saber se aquele dado litígio contratual – embora versando sobre direitos patrimoniais disponíveis – encontra-se abrangido pelo escopo dessa cláusula e (c) se é possível ao Tribunal Arbitral controlar a constitucionalidade ou legalidade daquela lei, medida administrativa ou norma regulatória para decidir o litígio (sindicabilidade arbitral).<sup>36</sup> De todo o modo, a arbitragem poderá ser a escolha do método a ser empregado para decidir sobre os litígios dos contratos de prestação de serviços de saneamento básico.

Sobre os tipos de contratos públicos que formalizarão prestação dos serviços de saneamento básico, a Lei federal 14.026/20 unificou no contrato de concessão o tipo contratual que viabilize a prestação desses serviços “por entidade que não integre a administração do titular (...), vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária” (atual art. 10 da Lei federal 11.445/07).

Ocorre que as parcerias público-privadas também poderão ser admitidas, uma vez que o art. 10 acima referido estabelece “nos termos do art. 175 da Constituição Federal”, o art. 11-A da Lei federal 11.445/07 é expresso nesse sentido e a Lei federal 11.079/04 instituiu duas novas modalidades de concessão por ela disciplinada, a concessão administrativa e a patrocinada.

Tanto a Lei federal 8.987/95, como a Lei federal 11.079/04 preveem explicitamente a arbitragem como mecanismo extrajudicial elegível nos contratos como a forma de resolução dos litígios deles decorrentes, em redação muito similar ao art. 10-A, § 1º, da Lei federal 11.445/07.<sup>37</sup>

E por que a arbitragem insere-se no cenário estimulador de maior competitividade entre os atores públicos e privados que a Lei federal 14.026/20 visou instituir? Conforme já foi ressaltado, “desde que devidamente alinhada à natureza e à realidade de um dado contrato público, a arbitragem tende a (i) reforçar a gestão eficiente dos contratos, pois fortalece o dever de aderência e de *compliance* das partes em relação às cláusulas e obrigações contratuais, (ii) atrair investimentos nacionais e estrangeiros do setor privado, com a abertura da competição para novos e melhores *players*, (iii) reduzir custos de transação, desde que sua previsão esteja combinada à existência de uma adequada matriz de risco (partilha de responsabilidades), e possa ser discutida em procedimentos prévios

34. Sobre as relações juízo arbitral e juízo judiciário, cf. excelente obra de MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

35. Consultar ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Cláusula arbitral e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

36. Para estas e todas as principais problemáticas atinentes à arbitragem e Administração Pública, cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Curso prático de arbitragem administração pública*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

37. Cf. JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

de MIPs e MPMIs, (iii) estimular a obtenção de propostas mais vantajosas formuladas pelos licitantes e (iv) prevenir litígios contratuais decorrentes de inexecução intencional de cláusulas e obrigações contratuais”<sup>38</sup>.

Quais os tipos de litígios em razão da matéria poderão ser arbitráveis nos contratos de prestação de serviços de saneamento básico. A lei não indicou uma lista, nem mesmo em caráter exemplificativo. Porém, desde que o objeto do litígio verse sobre direito patrimonial disponível (LBA, art. 1º, §1º), as possibilidades parecem ser bastante amplas, tais como (a) reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, (b) cálculo das indenizações decorrentes de extinção, transferência, subdelegação do contrato e (c) inadimplemento de obrigações contratuais pelas partes, acrescidas da incidência de penalidades e o seu cálculo. Na prática, isso vai depender da redação da cláusula compromissória, do escopo da cláusula compromissória, e eventuais Regulamentos de Arbitragem dos entes federados ou até normas de referência e/ou resoluções da própria ANA.

Aliás, é bastante recomendável à ANA que edite atos normativos que tratem especificamente de todas matérias analisadas nesse trabalho, para estabelecer parâmetros e certa uniformização do uso da arbitragem nos contratos de concessão, podendo até se empregar modelos de cláusula padrão de arbitragem, como inclusive vem sendo feito no PPI do Governo Federal desde 2019.

Mesmo com a previsão na Lei federal 14.026/20 de regras de transição de outras modalidades contratuais para o contrato de concessão no setor de saneamento, anuncia-se muita turbulência envolvendo a execução dos contratos de programa ainda vigentes. Alguns deles, inclusive, preveem originalmente cláusulas arbitrais. Todavia, mesmo aqueles que não contêm cláusulas arbitrais, não se proibiria às partes de firmarem o compromisso arbitral previsto no art. 6º da LBA. Então, exsurge aqui também, ainda que em tese, outra possibilidade de uso da arbitragem para a resolução dos litígios decorrentes de contratos de prestação de serviços de saneamento básico no *nomo marco legal* instituído pela Lei federal 14.026/20.

Finalmente, um ponto indiscutivelmente importante: a arbitragem referida na atual redação do art. 10-A, § 1º, da Lei federal 11.445/07, jamais poderá ser diretamente exercida pela ANA, por se tratar do exercício de uma função jurisdicional, nos termos do art. 3º, § 1º, do NCPC e da Lei federal 9.307/96. Com efeito, a arbitragem referida no art. 10-A, § 1º, da Lei federal 11.445/07 é “jurisdição arbitral”, ao passo que a jurisdição exercida pelo Poder Judiciário é “jurisdição judicial”, e nunca poderá ser exercida por um órgão ou entidade integrante do Poder Executivo, ou mesmo por uma Câmara instituída pela Administração Pública, como é o caso da CCAF<sup>39</sup>.

38. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? In: *Contraponto jurídico. Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2018, p. 29-46. p. 36.

39. Nesse sentido, esclarecedoras são a análise e as conclusões contidas no Parecer 00001/2019/CCAF/CGU/AGU, pois ali fica registrado que “a CCAF não é uma câmara de arbitragem e aos seus processos não se aplica a Lei 9.307/1996”. Bem por isso, causa muita estranheza a criação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem – CMCA vinculada à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC (autarquia federal de natureza especial instituída pela Lei federal 12.154/09) pela Instrução 17, de 13 de setembro de 2019, a quem cabe a competência de “dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996” (Art. 1º do Regulamento da CMCA). Na mesma linha de inconstitucionalidade formal e material manifestas, a Lei

Por isso cabe reiterar: a ANA somente poderá exercer diretamente a “ação arbitral” constante na atual redação do art. 4º-A, § 5º, da Lei federal 9.984/2000, também denominada de “arbitramento”, conforme já enfrentado *supra*.

## 5. SINALIZAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou construir interpretações possíveis e razoáveis aos artigos 4º-A, § 5º da Lei federal 9.984/2000 e 10-A, § 1º da Lei federal 11.445/07, com a nova redação a eles conferida pela Lei federal 14.026/20, os quais tratam respectivamente (a) das ações de mediação e de arbitramento da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e (b) da arbitragem nos contratos de prestação de serviços de saneamento básico.

O novo marco legal do saneamento básico trará inúmeros desafios para sua implementação, mas tornou-se necessário uma atualização com propostas inovadoras como as contidas na Lei federal 14.026/20, se efetivamente o Brasil pretende alcançar patamares mais condizentes de qualidade de uma de suas infraestruturas ao mesmo tempo mais essenciais e mais deficitárias no âmbito dos serviços públicos.

Conforme ressaltamos neste estudo, a mediação e o arbitramento previstos no novo art. 4º-A, § 5º, da Lei federal 9.984/2000 como novas competências da ANA alinham-se muito bem à própria atividade normativa e regulatória que o ente regulador passará a desempenhar, e terá papel central para o sucesso do novo marco legal que o legislador inaugurou. A finalidade aqui é imprimir maior qualidade decisória à ANA em suas novas funções regulatórias no setor de saneamento básico, plenamente condizente com (i) o sistema de justiça multiportas brasileiro (NCPC, art. 3º, §3º), (ii) a busca pela tutela administrativa efetiva e da autocomposição (CF art. 5º, incs. LIV, LV e LXXVIII) e (iii) a relevância da consensualidade e das funções do “compromisso negocial” da LINDB (Lei Federal 13.655/18, art. 26).

Por outro lado, a possibilidade de inserção de cláusula arbitral e outros mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos nos contratos de prestação dos serviços de saneamento básico, incentivado no novo marco legal, enfatiza as diretrizes hermenêuticas acima elencadas, gerando mais segurança jurídica aos atores privados do mercado no cenário de atração do investimento privado que se intenta instituir. É que a arbitragem tende a ensejar decisões dos litígios contratuais de elevada qualidade técnica, além de serem tomadas mais rapidamente e por árbitros tendencialmente mais especializados nos temas do conflito. Ademais disso, geralmente a arbitragem em infraestruturas reguladas atua como um mecanismo compensatório e mitigador dos riscos que os players acabam por assumir como partes dos contratos públicos. Portanto, trata-se de inovação normativa que igualmente merece homenagens.

Finalmente, espera-se que a ANA possa, por meio de sua nova Agenda Regulatória – “instrumento de planejamento da atividade normativa que conterà o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência” (art. 21 da

---

Complementar 144, de 24 de julho de 2018, do Estado de Goiás, que cria a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA).



Lei federal 13.848/19 – Lei Geral das Agências) – editar atos normativos disciplinando adequadamente todos estes temas, os quais reputamos absolutamente relevantes para a efetividade e estabilidade do marco legal do saneamento básico instituído pela Lei federal 14.026/20.

## 6. REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no âmbito das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo, v. 2, n. 7, p. 119-125. abr. 2014.
- BOLOGNESI, Thomas; PFLIEGER, Géraldine. In the shadow of sunshine regulation: Explaining disclosure biases. *Regulation and Governance*, 2019. doi: 10.1111/rego.12286.
- BRASIL. Estudo de Caso Hidrovia Tietê-Paraná – IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: [file:///C:/Users/AGU/Downloads/Apresentacao-Estudo-de-Caso-Hidrovia-Paranaiba-Tiete-Parana.pdf]. Acesso em: 18.08.2020.
- BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. *Solução de divergências: mediação*. v. 8. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2008.
- BRISSON, Jean-François. *Bibliothèque de Droit Public*. T. 185. Les Recours administratifs en droit public français, Paris: LGDJ, 1996, pp. 202 et 215.
- BRISSON, Jean-François. Régler autrement les litiges administratifs: Les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés? *Revue de Droit Public*, 1996. pp.792-846.
- CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: TALAMINI et al. (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010
- COSTA, Samuel Alves Barbi et al. Projeto Sunshine: a regulação por exposição aplicada ao Estado de Minas Gerais. *X Congresso Brasileiro de Regulação*, 4., 2017, Florianópolis. Brasília, Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), 2017.
- DAVI, Kaline Ferreira. Magistratura de Influência: uma alternativa ao contencioso administrativo tradicional. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, v. 12, n. 45, p. 123-135. Belo Horizonte, abr./jun. 2014.
- DE GIORGI, Raffaele. A Administração Pública na Sociedade Complexa. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 256, p. 9-22. Rio de Janeiro, jan./abr. 2011.
- DELAUNAY, Bénédicte. *Bibliothèque de Droit Public*, T.172, L'amélioration des Rapports entre l'administration et les Administrés. Paris: LGDJ, 1993.
- DE WITTE, Kristof; SAAL, David S. Is a little sunshine all we need? On the impact of sunshine regulation on profits, productivity and prices in the Dutch drinking water sector. *Journal of Regulatory Economics*, v. 37, n. 3, p. 219-242, 1 jun. 2010.
- DIDIER JR., Freddie. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: DIDIER JR., Freddie (Coord.). *Justiça multiportas*. Salvador: JusPodium, 2017.
- ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Cláusula arbitral e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 1, n. 2, 2015, p. 183-212.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *RDA*, ed. especial LINDB, p. 135-169. nov. 2018.

- HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese de Doutorado. UFPR, Curitiba, 2014.
- HEINEN, Juliano. *A regulação do saneamento básico no Brasil*. CONJUR. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/juliano-heinen-regulacao-saneamento-basico-brasil>]. Acesso em: 10.09.2020.
- JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação dos Serviços Públicos*. São Paulo: RDA, 2002.
- MARQUES, Rui Cunha; SIMÕES, Pedro. Does the sunshine regulation approach work? Governance and regulation model of the urban waste services in Portugal. *Resources Conservation and Recycling*, v. 52, n. 8-9, p. 1040-1049. 2008.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? *Contraponto jurídico. Revista dos Tribunais*, p. 29-46. São Paulo, 2018.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Incentivos às arbitragens com a Administração Pública. *Portal Jota*, 27 jun. 2019. Disponível em: [[www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incentivos-as-arbitragens-com-a-administracao-publica-27062019](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incentivos-as-arbitragens-com-a-administracao-publica-27062019)]. Acesso em: 09.12.2019.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem administração pública*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.