

NOTA TÉCNICA Nº 3/2023/COGER/SSB
Documento nº 02500.054713/2023-82

Brasília, 22 de setembro de 2023.

Ao Superintendente Adjunto de Regulação de Saneamento Básico

Assunto: Apresentação da Norma de Procedimentos sobre a Ação Mediadora e Arbitral da ANA, em caráter experimental e temporário, e solicitação de abertura de consulta pública.

Referência: 02501.003227/2022-13

I. OBJETIVO

1. A presente Nota Técnica visa apresentar uma proposta, em caráter experimental e temporário, de norma de procedimentos sobre a Ação Mediadora e Arbitral da ANA e solicitar a abertura de consulta pública, com a finalidade de colher contribuições para o aprimoramento dos procedimentos ora propostos.

II. BASE LEGAL DE ATUAÇÃO DA ANA

2. Em 15 de julho de 2020, foi promulgada a Lei nº 14.026, que atualiza o marco legal do saneamento básico (Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007) e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, atribuindo à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, dentre outras alterações legais.

3. Uma das modificações produzidas nessa Lei refere-se ao art. 4º-A, § 5º, que estabelece que **“a ANA disponibilizará, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadoras de serviços públicos de saneamento básico.”**

III. ANTECEDENTES

4. Por se tratar de algo novo para a Agência, foi contratado o Escritório Justino de Oliveira Advogados, contratado pelo BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento no âmbito do Acordo de Execução ATN/OC – 18816 – BR com a ANA, para auxiliar a ANA a estruturar a referida competência. Tal Acordo foi aprovado pela DIREC – Diretoria Colegiada da ANA, em sua 852ª Reunião Administrativa Ordinária, realizada em 27 de setembro de 2021, por unanimidade, para “Apoyo ao Desenvolvimento e Implantação da Regulação Nacional dos Serviços de



Saneamento Básico do Brasil”, conforme Voto nº 118/2021/DIREC (Documento nº 02500.044835/2021-07).

5. O Acordo como um todo prevê um montante de US\$ 600,000 (seiscentos mil dólares americanos) e especificamente para a elaboração do manual de ação mediadora e arbitral, um montante de US\$ 30,000 (trinta mil dólares americanos) não reembolsáveis.

6. O produto 1 foi entregue no dia 11 de maio de 2022, e no dia 13 de maio de 2022 a ANA solicitou complementação. A versão final do Produto 1 foi entregue no dia 20 de maio de 2022, sendo exarado parecer de análise no dia 01/06/2022 (Documento nº 02500.029701/2022-39) pela extinta ASMCA – Assessoria de Mediação, Conciliação e Arbitragem, da ANA. Este produto tratou basicamente de detalhar o estado da arte da mediação e arbitramento no Brasil e no mundo, e definições de alguns conceitos.

7. Por sua vez, o Produto 2 foi entregue no dia 07 de julho de 2022, e o trabalho analisado pela ASMCA por meio do Parecer nº 2/2022/ASMCA (Documento nº 02500.042334/2022-69), que concluiu que os requisitos extrínsecos ao Produto foram cumpridos de forma satisfatória pelo Escritório Justino de Oliveira Advogados.

8. No dia 14 de setembro de 2022 foi realizado o webinar “Manual de Procedimentos Internos de Mediação, Conciliação e Arbitragem no âmbito do Setor de Saneamento Básico do Brasil”, com o objetivo de colher impressões e expectativas dos principais participantes do mercado para a elaboração dos cenários e procedimentos do Manual de Conciliação, Mediação e Arbitragem.

9. Importa ressaltar que o Produto 2 delineou três possíveis cenários para a atuação da ANA em mediação e arbitramento, um cenário com atuação modesta, outro com atuação intermediária e, por fim, um cenário com atuação intensiva.

10. Para a entrega do Produto 3, entretanto, fez-se necessária a manifestação da DIREC sobre qual cenário deverá ser adotado para a elaboração da proposta de norma procedimental de ação mediadora e arbitral, dentre aqueles elencados no Produto 2 ou um outro cenário definido pelo juízo de conveniência e oportunidade da ANA.

11. Paralelamente, foi definido pela Resolução ANA nº 138, de 14 de dezembro de 2022, que aprova a Agenda Regulatória da ANA para o período de 2022-2024, que a ação de “estabelecer procedimentos para mediação e arbitragem” deverá ser integralmente finalizada em 2023.

12. No dia 14 de março de 2023, a Diretoria Colegiada da ANA aprovou de forma unânime a abertura do processo regulatório com a proposta de ato normativo e desenvolvimento de manual de procedimentos sobre ação mediadora e arbitral. A partir dos cenários indicados no Produto 2, foi escolhido pela Diretoria da ANA o cenário modesto, sob a justificativa de que “as ações de mediação e arbitragem envolvem custos e entendeu-se que a ANA deve priorizar, neste momento, a elaboração das normas de referência. Assim, foi indicado o Cenário Modesto, que apresenta menor custo, em especial, de pessoal e financeiro”, tendo havido manifestação favorável à “conveniência e oportunidade de elaboração do ato normativo tratando da ação mediadora e arbitral da ANA, considerando o cenário modesto” (cf. Despacho nº 224/2023/SGE). As mesmas conclusões vieram do DIREC, a partir do Voto nº 25/2023, que seguiu as notas técnicas exaradas pela Coordenação de Mediação, Conciliação e Arbitragem –



Coordenação de Mediação, Conciliação e Arbitragem - COMCA, vinculada à Procuradoria da ANA, e da Coordenação de Governança das Entidades Reguladoras - COGER, a partir do Parecer Técnico nº 2/2023.

13. No dia 12 de maio de 2023, o Escritório Justino de Oliveira Advogados entregou a primeira versão do Produto 3, que consiste nas minutas de normativo da ação mediadora e arbitral, no contexto de um cenário modesto.

14. Em 14 de junho de 2023 a ANA entregou para a Consultoria uma primeira análise do Produto 3, com uma série de solicitações para ajustes. No dia 23 de junho de 2023, a Consultoria entregou a segunda versão do Produto 3, com a maior parte das solicitações contempladas.

15. Tendo em vista que algumas solicitações não foram acatadas pela Consultoria, a ANA decidiu se reunir com o Escritório, para um debate sobre os pontos controversos, no dia 05 de julho de 2023. Definido o encaminhamento desses pontos, a Consultoria entregou a terceira versão do Produto 3, no dia 11 de julho de 2023.

16. Paralelamente, no dia 05 de julho de 2023, foi realizada uma reunião com a Assessoria de Qualidade Regulatória - ASREG, para obter maiores esclarecimentos sobre a necessidade de elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) da referida norma, ou se ela poderia ser dispensada. Na ocasião, também foram discutidos os riscos do projeto e as incertezas, por se tratar de um procedimento totalmente novo para a Agência.

17. Devido a essas incertezas, constatou-se, inclusive uma dificuldade de se avaliar se a AIR seria necessária ou se caberia a sua dispensa.

18. Outrossim, para minimizar a gravidade dos riscos, caso algum desses riscos venham a ocorrer quando da aplicação da norma em escala nacional, foi aventada a possibilidade de oferecer a ação mediadora e arbitral em caráter experimental e provisório (sandbox regulatório).

19. Nesse sentido, NESTA (2011)¹ afirma que para lidar com situações complexas, onde há lacunas de informação e incertezas significativas, o melhor caminho para descobrir o que funciona e o que não funciona é investigar e experimentar. O ponto principal da experimentação não é provar que algo dá certo, mas descobrir o que não é conhecido, reduzindo a ignorância sobre um determinado problema ou matéria, e identificar as possibilidades de melhoria.

20. Outros documentos, tal como o guia intitulado “*Better Regulation Toolbox*” editado pela Comissão Europeia (2023)², também defendem o uso dos resultados do sandbox regulatório para gerar as evidências necessárias para avaliar os impactos das opções regulatórias, em especial quando se trata de oferta de serviços ou modelos de negócio inovadores.

¹ NESTA (2011). State of Uncertainty. Innovation Policy Through Experimentation. By Hasan Bakhshi, Alan Freeman and Jason Potts. Disponível em: https://media.nesta.org.uk/documents/state_of_uncertainty.pdf. Acesso em: 31/08/2023.

² Comissão Europeia (2023). Better Regulation Toolbox. Disponível em: https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/BR_toolbox_Jul_2023_en.pdf. Acesso em: 31/08/2023.



21. Assim sendo, considerou-se a possibilidade de oferecimento da ação mediadora e arbitral em formato experimental, com algumas regras um pouco mais flexíveis, a fim de permitir um maior conhecimento sobre a matéria na ANA, de modo a dimensionar a estrutura com maior precisão e organizar as equipes técnicas internamente de forma mais otimizada.

IV. DEFINIÇÃO PRELIMINAR DO PROBLEMA REGULATÓRIO

22. No dia 15 de julho de 2020 foi promulgada a Lei nº 14.026, que atualizou o marco legal do saneamento básico (Lei n.º 11.445/2007) e alterou a Lei n.º 9.984/2000, atribuindo à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, a competência para instituir normas de referência para regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

23. A esse respeito, uma das modificações ocorridas na Lei n.º 9.984/2000 refere-se ao seu artigo 4º-A, § 5º, em que ficou estabelecido que:

“a ANA disponibilizará, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico”.

24. As novas previsões legais contidas no marco regulatório em prol da adoção de métodos adequados de solução de conflitos (MASCs), como mediação e arbitragem, guardam consonância com um novo panorama normativo reforçado pela reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a partir da publicação da Lei 13.655/2018, que introduziu expressamente no ordenamento noções e diretrizes concretas de pragmatismo e consequencialismo aplicados ao Direito Público.

25. Ao todo, a Administração Pública brasileira é parte em 51% (cinquenta e um por cento) dos litígios, distribuídos da seguinte forma: 38% da Administração Pública Federal, 8% estadual e 5% municipal. Nessa toada, o incentivo à desjudicialização de conflitos e à utilização de mecanismos mais adequados, preventiva ou repressivamente, representa um passo importante rumo a uma regulação mais satisfatória para todos os envolvidos³.

26. Dentro deste contexto, a edição de normas de referência pela ANA traz uma uniformização regulatória para o setor. Ao se propor uma norma de referência como melhor regra para o setor e escolher uma regra específica, se está renunciando a outras regras. Assim, de algum modo, alguns conflitos podem surgir, inclusive sobre a interpretação de aplicação da norma pelos destinatários. Isto poderia, em último grau, demandar o poder judiciário, causando atraso na consecução das metas de universalização.

27. De outra forma, o problema regulatório preliminar perpassa por uma condição bem característica no cenário nacional, que é a crescente intervenção judicial de políticas públicas, causando inúmeros prejuízos para a sociedade⁴.

³ BASTOS, Aurélio Wander; CARNEVALE, Marcos. O Poder Judiciário e a Justiça em Números. *Revista Justiça & Cidadania*, n. 173 de 14 jan. 2015.

⁴ BARROSO. Luís Roberto. Judicialização. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)thesis*, 5, 1, 2012.



28. Cabe nesse ponto, um destaque. Com efeito, a implementação de políticas públicas fundamentais pelo Judiciário, quando pautada em decisões ponderadas e racionais, não põe em risco à democracia, ao contrário, fortalece a vontade da maioria, justamente por efetivar a tutela dos direitos expressos na Constituição Federal, notadamente nos casos de omissão e ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, institucionalmente concebidas para planejar, organizar e executar as políticas sociais⁵.

29. Sem adentrar ao debate doutrinário entre as diferenças entre ativismo judicial e judicialização, de fato, reconhece-se a necessidade de aprimorar o diálogo entre os atores do setor, a fim de garantir a efetividade das obrigações impostas aos poderes estatais, e amenizar, conseqüentemente, os riscos provenientes de decisões judiciais inconsistentes em tema de realização dos direitos sociais⁶.

30. Dessa forma, não cabe aqui realizar uma análise dos benefícios ou malefícios da judicialização das políticas públicas, mas abordar o problema que é comum a essas duas faces: o alto custo de transação com a judicialização da política pública. E é particularmente na mitigação desse problema que os Métodos Adequados de Solução de Conflitos podem ajudar, consubstanciados na norma de ação mediadora e arbitral da ANA.

31. Sendo assim, o problema regulatório **é o aumento do custo de transação dos atores do setor de saneamento básico, em decorrência da judicialização, causando prejuízos à sociedade.**

32. O objetivo da referida norma é a solução do conflito de interpretação das normas de referência da ANA por métodos adequados, preferencialmente via ação mediadora ou arbitral, reduzindo custos e tempo entre as partes envolvidas.

V. ESTRATÉGIA DE ELABORAÇÃO E LINHAS GERAIS DA AÇÃO REGULATÓRIA

33. A proposta de norma de procedimentos em caráter experimental e temporária foi elaborada pela Coordenação de Governança das Entidades Reguladoras – COGER, em articulação com as demais Coordenações da Superintendência de Regulação de Saneamento Básico (SSB). Todo o processo observará o Manual de Elaboração de Atos Regulatórios – Resolução ANA nº 102/2021.

34. Ainda com relação ao apoio interno, pretende-se realizar o presente trabalho em estreita cooperação com a Assessoria de Qualidade Regulatória - ASREG e com a Gerência Geral de Estratégia - GGES. Nesse sentido, ao longo do mês de julho/2023, foram realizadas duas reuniões com a ASREG, que, em comum acordo e devido ao contexto fático, **definiu-se que a análise sobre a necessidade da Análise de Impacto Regulatório ou de sua dispensa seria feita após a obtenção dos resultados provenientes do sandbox.**

⁵ Ibidem.

⁶ MACEDO, Adelaine Feijó. Uma análise crítica sobre a judicialização da política pública de saneamento básico no Brasil. Em: Estudos de Direito de Saneamento. 2020.



35. Paralelamente, no mês de setembro de 2023, a consultoria contratada deverá entregar o último produto, número quatro, que consiste em um manual didático para uso dos interessados sobre os procedimentos em ação mediadora e arbitral da ANA.

36. Destaca-se que é fundamental a realização da consulta pública, para que a sociedade em geral possa realizar as sugestões, e se cabível, introduzi-las na versão final do normativo.

VI. CONTEXTO INSTITUCIONAL DA EMISSÃO DA NORMA DE PROCEDIMENTOS SOBRE A AÇÃO MEDIADORA E ARBITRAL DA ANA

37. Um primeiro ponto a ser destacado refere-se à dificuldade ou impossibilidade de que se estime, de antemão, a demanda por procedimentos de mediação e arbitramento no setor regulado pela ANA. Isso porque essa demanda depende de fatores que fogem a qualquer tipo de análise que possa ser realizada neste momento.

38. Uma estimativa da quantidade de processos futuros a serem gerenciados pela ANA (e o tempo necessário para finalizá-los) dependerá, inicialmente, da receptividade das normas de referência pelos agentes do setor. Isso quer dizer que quanto mais atores sociais aderirem às normas de referência da ANA, maior a probabilidade de que surjam conflitos de interpretação, e assim maior a probabilidade do uso da ação mediadora e arbitral da ANA.

39. Outros aspectos também podem influenciar a demanda, tais como (i) a confiança das partes na ação mediadora e arbitral da ANA como o mecanismo mais adequado para resolução das suas controvérsias; (ii) o efetivo surgimento de conflitos e da valoração de seus danos; (iii) a organização interna da Agência quanto ao número de mediadores disponibilizados, consequentemente, o tempo e a efetividade dos processos relativos às ações mediadora e arbitral; (iv) o grau de exclusividade dos servidores designados e o seu acúmulo de funções; (v) os usos e costumes dos agentes de mercado em submeter determinados conflitos para a resolução por meio de um procedimento administrativo. Desta forma, pode-se observar que são inúmeras as variáveis que podem afetar a oferta e a demanda, de tal sorte que qualquer estimativa agora é meramente aleatória.

40. Cabe aqui ressaltar um ponto: ainda que não seja possível estimar a demanda pela ação mediadora e arbitral, em nenhum momento a ANA perderá o controle sobre a quantidade de conflitos a serem gerenciados; isso porque o controle da admissibilidade desses conflitos a qualquer tempo estará sob domínio da própria ANA.

41. Além disso, pelo mesmo grau de desconhecimento sobre a quantidade da demanda, não é possível estimar também a duração média do processo, que em última análise, afeta inclusive a quantidade da demanda.

42. Por todo o exposto, observa-se que o contexto institucional para emissão da norma de procedimentos sobre a ação mediadora e arbitral para solução de conflitos do setor de saneamento básico é único, e dada essa peculiaridade, torna-se tarefa complexa realizar um exercício de previsibilidade. Tais fatos também foram corroborados pela Consultoria contratada, o Escritório Justino de Oliveira Advogados, no Produto 3.



VII. A PERSPECTIVA “SANDBOX” PARA A NORMA DE PROCEDIMENTOS SOBRE A AÇÃO MEDIADORA E ARBITRAL DA ANA

43. Conforme já destacado, apresenta-se como um desafio a necessidade da ANA em tomar decisões em um cenário com tanta incerteza. Isso inclui a incerteza sobre o ambiente em que o regulador está atuando e sobre o impacto que suas decisões terão sobre esse ambiente.

44. É dentro deste contexto que se insere o experimento regulatório. Um experimento regulatório é um teste ou ensaio de um novo produto, serviço, abordagem ou solução projetado para gerar evidências ou informações que possam informar o projeto ou administração de um regime regulatório. Por exemplo, um regulador pode projetar um experimento para testar o desempenho de um novo sistema de licenciamento versus um existente, ou para decidir entre os requisitos alternativos de divulgação potencial para uma nova classe de produto, comparando sistematicamente seu desempenho⁷.

45. Para reduzir ou resolver a incerteza nessas situações, os reguladores podem perceber que abordagens mais tradicionais, como pesquisa e consultas a partes interessadas são inadequadas, sejam porque requerem muito tempo ou recursos financeiros para obter respostas seguras. As informações e evidências de que um regulador precisa sobre inovações podem ser particularmente escassas, fragmentadas e contestáveis ou até mesmo ausentes inteiramente em relação àquelas disponíveis para tecnologias ou práticas mais estabelecidas. Embora a experimentação regulatória possa ser uma abordagem poderosa para reduzir a incerteza em uma gama de áreas, é particularmente relevante para os reguladores com dificuldades para lidar com a inovação, onde abordagens para alternativas adequadas podem não estar disponíveis⁸.

46. Um tipo de experimento regulatório é o sandbox, ou caixa de areia. Trata-se da criação de um ambiente experimental, ou até mesmo de um espaço real, porém controlado, e que se objetiva testar uma determinada proposta a fim de verificar sua eficiência, possíveis defeitos, pontos a serem melhorados, aprimorados, mantidos ou descartados, antes de se chegar a uma versão definitiva de normativo.

47. Neste âmbito, o Sandbox Regulatório é um meio que proporciona agilidade aos reguladores, pois possibilita maior eficiência das normas na medida que permite, em um espaço de tempo razoável, analisar assertivamente os aspectos da matéria a ser regulada, projetando-se de maneira mais eficiente tanto ajustes institucionais quanto os normativos.

48. A realidade cambiante e dinâmica e as novas tecnologias desafiam as fragilidades da Análise de Impacto Regulatório, porque o instituto se pauta em projeções abstratas, ou seja, é um prognóstico, enquanto a regulação experimental se processa em um ambiente real. Além

⁷ Para maiores informações recomendamos acessar: Centre for Regulatory Innovation (CRI). 2021. Regulators' Experimentation Toolkit. Disponível em: [Introducing the Regulators Experimentation Toolkit \(challengeworks.org\)](https://challengeworks.org)

⁸ Ibidem.



disso, o sandbox regulatório evita as rupturas ou constantes modificações da regulação, as quais são deletérias à segurança jurídica e a um ambiente sadio de mercado.

49. Assim, o ambiente da regulação experimental propicia uma consensualidade ampliada, uma vez que o Estado regulador constrói a matriz de normas a partir da interação direta e instantânea com os regulados que se submetem à experiência proposta. Em outras palavras, está-se diante de instituto de construção de consenso, ou seja, de construção de um ambiente de regulamentação colaborativa.

50. Fica claro, então que a metodologia “sandbox” pretende aproximar o regulador dos agentes regulados, formatando um ambiente de conciliação de interesses. Com isso, o Estado pode diagnosticar melhor os elementos que podem influenciar o sistema que está por ser construído. Outros dois benefícios são explorados pela própria concepção da regulação experimental: a mitigação dos riscos, inclusive os ocultos e não previstos, e a possibilidade de uma resposta regulatória célere, de modo a minimizar os prejuízos.

VIII. DO MODELO LÓGICO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA NORMA E DA ANÁLISE DE RISCOS

51. Para a implementação da norma proposta foi estruturado um modelo lógico, com a orientação da Assessoria Especial de Qualidade Regulatória – ASREG, que apresenta a previsão dos insumos e atividades necessárias à execução das ações mediadoras e arbitrais pela ANA, assim como os produtos, resultados e impactos decorrentes (Figura 1).

52. Ao final da estruturação, foi possível identificar um número importante e significativo de insumos, processos, ferramentas e metodologias que ainda não estão disponíveis para que a ANA possa implementar adequadamente a norma proposta, de modo que existe uma demanda significativa de esforços a serem empregados no planejamento e na execução de contratações de consultorias em capacitação, em mapeamento de fluxo de processos, em ações de tecnologia da informação e em desenvolvimento de metodologias, visando realizar preparações específicas e adaptações internas para que a implementação seja possível.

53. O esforço mais significativo provavelmente esteja associado à necessidade de estruturação de uma equipe de servidores capacitados, permanentemente dedicada a atuar em ações mediadoras e arbitrais. Tal necessidade se reforça na medida em que se espera um aumento da demanda por ações mediadoras e arbitrais no longo prazo.

54. Portanto, vislumbra-se, dentre outras ações, necessidades de adequação de instrumentos legais internos (tais como o regimento interno e planejamento estratégico) e de adequação da ANA aos normativos existentes no que tange a nova atividade institucional a ser desempenhada, com o desenvolvimento ou adaptação de metodologias e de sistemas informatizados, a capacitação de servidores, contratação de consultorias e celebração de Acordos de Cooperação Técnica com órgãos e entidades com expertise no tema de mediação e arbitragem, além de realocação de pessoal.

55. Adicionalmente, julga-se importante o desenvolvimento de metodologias de avaliação do desempenho das ações mediadoras e arbitrais realizadas pela ANA, assim como a satisfação das partes envolvidas, objetivando melhorar continuamente a estrutura, os procedimentos e o fluxo de processos na implementação das ações mediadoras e arbitrais. Tais

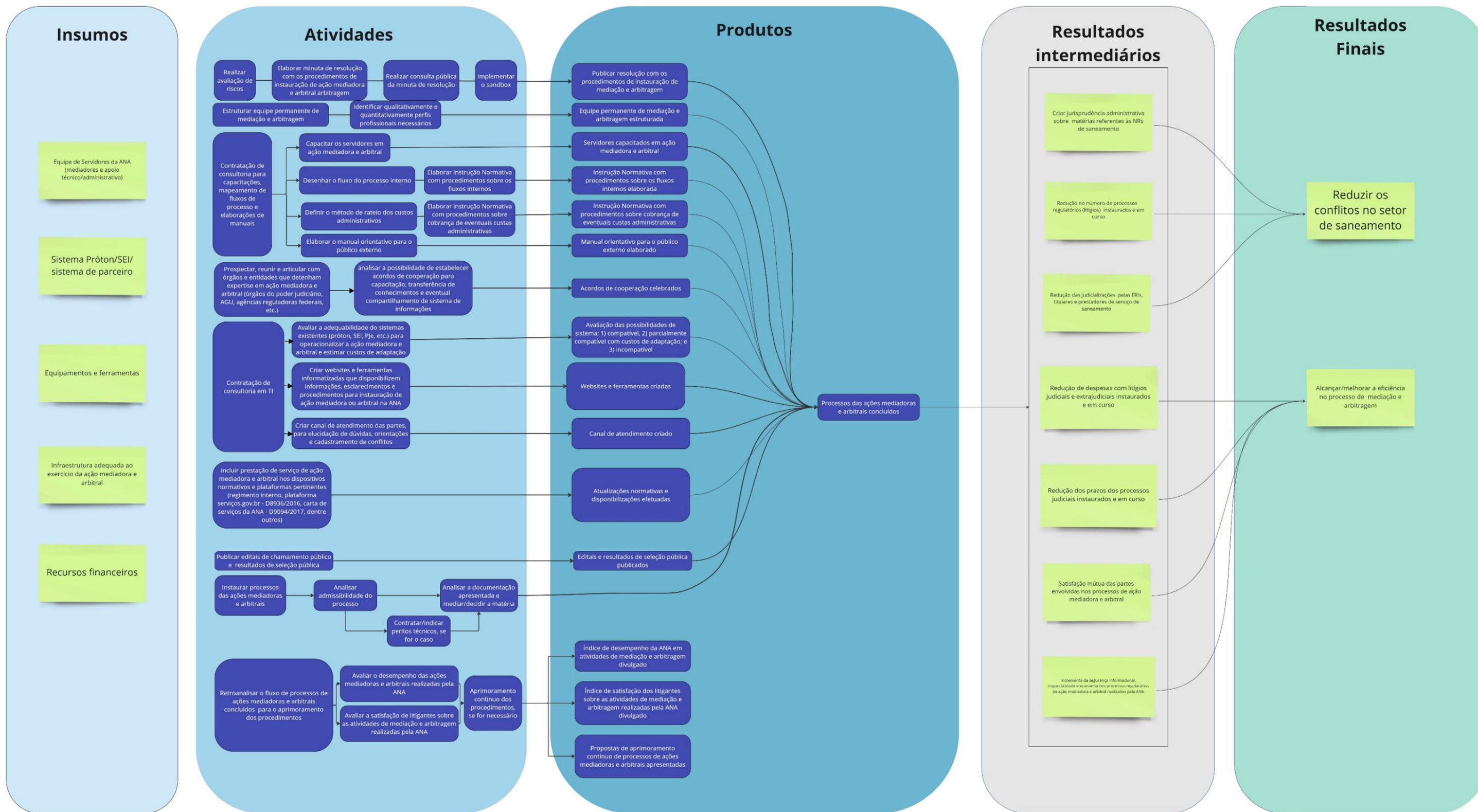


medidas seriam fundamentais para a Agência preservar a credibilidade junto aos litigantes do setor de saneamento.

56. Conforme visto, entende-se que o número significativo de insumos, atividades e processos implica em um nível maior de riscos a ser gerenciado, portanto, entende-se ser necessária a implementação gradual e progressiva da norma, priorizando-se a estruturação e maturação adequada da ANA em prazos compatíveis com estas necessidades, de modo que a Agência acumule expertise a atinja gradativamente a capacidade e autonomia institucional requerida para a condução das ações mediadoras e arbitrais requeridas pelos atores do setor.



Figura 1 – Modelo lógico para implementação da Norma de Procedimentos sobre a Ação Mediadora e Arbitral da ANA.



57. Com a orientação da Assessoria Especial de Qualidade Regulatória – ASREG, também foi realizada a análise de risco do Projeto, na qual utilizou-se a metodologia fornecida pelo Tribunal de Contas da União - TCU (2018)⁹ e Controladoria Geral da União (CGU, 2018)¹⁰. Quando se trata de inovação, os riscos são um dos fatores que podem resultar no insucesso do projeto. A fim de minimizar as falhas e problemas durante a implementação do sandbox, foi feito um mapeamento dos principais riscos relacionados à projeto de mediação e arbitragem ora proposta. Esses riscos foram classificados, e buscou-se ações de mitigação para os riscos médios, altos e elevados.

58. Primeiramente, a equipe de trabalho da COGER/SSB realizou o levantamento dos possíveis eventos de risco à implementação da Norma de Procedimentos sobre a Ação Mediadora e Arbitral da ANA, no qual foram quantificados 12 eventos de risco potenciais. A cada um destes foi atribuída sua probabilidade de ocorrência e impacto associado, com os respectivos pesos obtidos, segundo a metodologia fornecida pelo TCU/CGU.

59. A classificação quanto ao risco de cada evento foi realizada por meio da multiplicação da probabilidade de ocorrência do evento pelo seu impacto associado, considerando-se para a classificação do risco as faixas de valores apresentadas na Matriz de Riscos apresentada na Figura 2.

IMPACTO	Muito Alto 10	10 RM	20 RM	50 RA	80 RE	100 RE
	Alto 8	8 RB	16 RM	40 RA	64 RA	80 RE
	Médio 5	5 RB	10 RM	25 RM	40 RA	50 RA
	Baixo 2	2 RB	4 RB	10 RM	16 RM	20 RM
	Muito Baixo 1	1 RB	2 RB	5 RB	8 RB	10 RM
		Muito Baixa 1	Baixa 2	Média 5	Alta 8	Muito Alta 10
		PROBABILIDADE				

Legenda:

(RB) Risco Baixo: Faixa de Valor do Risco Inerente (0 – 9,99)

(RM) Risco Médio: Faixa de Valor do Risco Inerente (10 – 39,99)

(RA) Risco Alto: Faixa de Valor do Risco Inerente 40 – 79,99)

(RE) Risco Extremo: Faixa de Valor do Risco Inerente (80 - 100)

Figura 2 – Matriz de riscos

⁹ TCU (2018). Gestão de Riscos: Avaliação da maturidade. Tribunal de Contas da União – TCU.

¹⁰ CGU (2018). Metodologia de gestão de riscos. Manual. Controladoria Geral da União – CGU.



60. Como resultado, dos 12 eventos de riscos considerados, 1 evento apresentou risco extremo, um grupo de 7 eventos apresentou risco alto, apenas 1 apresentou evento risco médio, e um grupo de 3 eventos apresentou risco baixo.

61. Para minimização dos riscos inerentes a cada evento foram identificadas ações de controle a serem adotadas internamente pela ANA. Cada nível de controle a ser empregado internamente pela ANA corresponde a um fator de avaliação de controle (FAC), segundo a metodologia de análise de riscos fornecida pelo TCU (ver Quadro 1).

62. O emprego de ações de controle interno tem o efeito de minimizar os riscos inerentes, resultando em riscos inferiores e passíveis de aceitação e convivência, denominados riscos residuais. Nesse contexto, o risco residual resulta da multiplicação do risco inerente pelo fator de avaliação dos controles correspondente ao nível de controle empregado internamente pela ANA.

Quadro 1 – Níveis de avaliação dos controles internos existentes. Fonte: Gestão de Riscos – Avaliação da maturidade (TCU, 2018, adaptado).

Nível	Descrição	Fator de Avaliação dos Controles
Inexistente	Controles inexistentes, mal desenhados ou mal implementados, isto é, não funcionais.	1
Fraco	Controles têm abordagens ad hoc, tendem a ser aplicados caso a caso, a responsabilidade é individual, havendo elevado grau de confiança no conhecimento das pessoas.	0,8
Mediano	Controles implementados mitigam alguns aspectos do risco, mas não contemplam todos os aspectos relevantes do risco devido a deficiências no desenho ou nas ferramentas utilizadas.	0,6
Satisfatório	Controles implementados e sustentados por ferramentas adequadas e, embora passíveis de aperfeiçoamento, mitigam o risco satisfatoriamente.	0,4
Forte	Controles implementados podem ser considerados a "melhor prática", mitigando todos os aspectos relevantes do risco.	0,2



63. O resultado da aplicação da metodologia de análise de risco utilizada é exposto no Quadro 2, onde observa-se que o maior risco inerente se refere ao “Risco de não haver mediadores suficientes para atender a demanda da ação mediadora ou arbitral”, considerado como risco extremo (valor de 80). No entanto, com 4 ações propostas para reduzir esse risco, o risco residual é classificado como médio (valor de 32).

64. Importa ressaltar que se desconhece as demandas futuras do setor de saneamento por ações mediadoras e arbitrais realizadas pela ANA. Em um contexto de elevada demanda, restrições de acesso significativas ao serviço por longos períodos podem frustrar o setor, prejudicando a imagem institucional da Agência. Nesse caso, a estruturação e capacitação progressiva de uma equipe permanente, associada à condução de projetos de menor para maior escala, poderia reduzir riscos e fornecer a maturação adequada da ANA em prazos compatíveis com as atividades a serem desenvolvidas e o atendimento progressivo das demandas, de modo a cooperar para que a Agência acumule expertise e atinja gradativamente a capacidade e autonomia institucional requerida para a condução das ações mediadoras e arbitrais demandadas pelos atores do setor.

65. Por sua vez, o maior risco residual é o de “Risco de vazamento de dados no sistema próton (valor de 51), classificado como alto. Esse é um risco que, para o adequado dimensionamento, exige-se um estudo específico na área de Tecnologia da Informação (TI). Portanto, é natural que possa haver um sobredimensionamento, haja visto o desconhecimento de todas as variáveis implicadas no processo, mas com um poder de impacto muito relevante não apenas para as partes, mas para a própria imagem institucional da ANA. Soma-se a esse risco a possibilidade de o sistema próton ser inadequado como ferramenta para a condução de ações mediadoras e arbitrais.

66. Sendo assim, como uma das principais atividades dessa análise de risco, é fundamental que se busque um aprofundamento sobre as possibilidades e limitações do sistema próton como suporte para a ação mediadora e arbitral, bem como a avaliação e análise de outros sistemas de TI de entidades parceiras que eventualmente possam ser utilizados pela ANA, o que reforça a necessidade de consultorias em tecnologia da informação e de eventuais acordos de cooperação técnica com órgãos e entidades que dispõem de sistemas específicos como ferramenta de tecnologia da informação para a condução de ações de mediação e arbitragem.



Quadro 2 – Levantamento dos principais riscos do processo, com cálculo de seus valores.

Nº	Eventos de Risco	Probabilidade	Peso probabilidade	Impacto	Peso impacto	Risco Inerente		Ação	Fator de avaliação de Controle (FAC)	Risco Residual	
						RE	RA			RE	RA
1	Risco de não haver mediadores suficientes para atender a demanda da ação mediadora ou arbitral	Muito Alta	10	Alto	8	RE	80	1) Realizar concurso público para a ANA; 2) Realocar a força de trabalho da ANA para a ação mediadora e arbitral; 3) Contratar entidade de apoio (FGV); 4) Limitar a demanda.	0,4	32	RM
2	Risco de não haver mediadores capacitados e treinados	Alto	8	Alto	8	RA	64	1) Realizar a capacitação dos servidores, mediante contratação de entidade de apoio; 2) Utilizar a o sandbox para treinar os servidores antes de oferecer a ação mediadora e arbitral em larga escala	0,6	38,4	RM
3	Risco de não encontrar peritos com conhecimento para atender a demanda de uma matéria específica.	Muito Baixa	1	Alto	8	RB	8	NA		8	RB
4	Risco de não haver demanda pela ação mediadora e arbitral (considerando as NRs publicadas)	Média	5	Alto	8	RA	40	1) Aumentar o escopo de atuação da ANA	0,2	8	RB
5	Risco de não haver apoio administrativo para a operacionalização da ação mediadora e arbitral	Alto	8	Alto	8	RA	64	1) Realizar concurso público para a ANA; 2) Realocar a força de trabalho da ANA para a ação mediadora e arbitral; 3) Limitar a demanda.	0,4	25,6	RM
6	Risco de haver a necessidade de um procedimento importante não previsto inicialmente na resolução	Média	5	Médio	5	RM	25	Utilizar subsidiariamente o Código de Processo Civil (CPC) ou a Lei do Processo Administrativo	0,2	5	RB
7	Risco do sistema próton ser inadequado	Alto	8	Médio	5	RA	40	1) Utilizar a o sandbox para testar se o sistema próton será adequado para executar os procedimentos necessários da ação mediadora e arbitral; 2) Efetuar manualmente todas as adaptações necessárias ao próton.	0,8	32	RM
8	Risco de vazamento de dados no sistema próton	Alto	8	Alto	8	RA	64	1) verificar as falhas no sistema próton e providenciar a proteção. 2) Adotar outro sistema de TI.	0,8	51,2	RA
9	Risco de falhas na conexão de internet ou equipamentos durante as reuniões virtuais	Alto	8	Muito Baixo	1	RB	8	1) Utilizar a o sandbox para testar a possibilidade de oferecer um prazo para as partes sanarem os problemas relacionados com a conexão ou falha de equipamentos; 2) Enviar um comunicado alertando para que as partes testem seus equipamentos e conexões com antecedência suficiente.	0,8	6,4	RB
10	Risco de não haver espaço físico (sala) adequado para a realização das reuniões	Baixo	2	Médio	5	RB	10	1) Contratar entidade de apoio; 2) Contratar empresa para adaptar algumas salas da ANA com as características adequadas.	0,4	4	RB
11	Risco de insatisfação dos entes atendidos pela ação mediadora ou arbitral da ANA (morosidade, falta de experiência dos servidores) / Risco à imagem e reputação da ANA	Alto	8	Alto	8	RA	64	1) Utilizar a o sandbox para comunicar os atores que a ANA ainda se encontra em fase de ajustes e aperfeiçoamentos; 2) Elaborar um plano de comunicação para mitigar o problema.	0,6	38,4	RM
12	Risco de não haver recursos financeiros adequados para a demanda.	Alto	8	Alto	8	RA	64	Limitar a demanda a ser atendida.	0,2	12,8	RB



IX. PLANO DE MONITORAMENTO

67. Ao se formatar o ambiente de experimentação estruturada, o regulador tem mais facilidades de capturar informações do mercado, qualificando a tomada de decisão. Os riscos e probabilidades podem ser mais bem avaliados, e isso é fundamental quando se está a falar de um projeto inovador.

68. Para o caso específico da norma de procedimentos sobre a ação mediadora e arbitral, como já salientado, existem algumas variáveis importantes no processo que precisam ser testadas ou estimadas, dentre as quais:

- 1) Estimativa da demanda para a ação mediadora e ação arbitral, separados por interessado e por tipo de matéria;
- 2) Percentual de admissibilidade das demandas;
- 3) Tempo médio necessário para manejo da demanda, tanto em ação mediadora quanto arbitral;
- 4) Tempo médio dispendido por servidor em cada ação mediadora ou arbitral;
- 5) Expectativa de recursos humanos e logísticos para zerar a demanda, ou deixá-la em um nível confortável e confiável para o setor;
- 6) Tempo médio para capacitação do servidor e desenvolvimento das habilidades necessárias para tornar-se mediador;
- 7) Índice de falhas decorrentes de problemas relacionados à conexão de internet e falhas nos equipamentos, quando da realização de reuniões virtuais;
- 8) Índice de resolução dos conflitos; e
- 9) Possíveis alterações normativas, para adequação à realidade dos procedimentos e melhor interesse dos agentes participantes.

69. A partir do melhor conhecimento dessas variáveis e sua evolução no tempo será possível estimar de maneira mais precisa as necessidades de recursos humanos e logísticos para a estruturação da área, os custos envolvidos, bem como os ajustes normativos.

70. Além dos indicadores mencionados no parágrafo 68, será necessário monitorar os riscos constantes na seção de Análise de Riscos (Seção VIII), acionando os tratamentos.

71. Assim, propõe-se a Resolução constante no Anexo I para regulamentação das regras a serem seguidas para a mediação de conflitos, que deverá ser publicada com orientação de que essa regra está sobre avaliação e teste por meio de um *Sandbox* regulatório, com duração de dois anos.

X. PLANO DE COMUNICAÇÃO

72. Por se tratar de um projeto experimental e temporário, é recomendável a construção de um Plano de Comunicação. Por exemplo, esclarecer os futuros potenciais usuários do serviço que a ação mediadora pode sofrer restrições no que diz respeito à quantidade e tipo de matéria a serem aceitos pela ANA, por meio de uma página dedicada a esse assunto no portal oficial da ANA.



XI. DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO “SANDBOX”

73. Por se tratar de um projeto experimental e temporário, ação mediadora ou arbitral poderá ser suspensa a critério da ANA, caso riscos graves ocorram, ainda que não tenham sido previstos ex ante. Por isso, o sandbox é considerado um ambiente seguro e controlado. A DIREC também poderá optar pela suspensão do sandbox nas seguintes situações:

- a. pelo próprio decurso do prazo, com o experimento bem-sucedido;
- b. ausência de demanda por ação mediadora e arbitral;
- c. insuficiência de recursos humanos da ANA; ou
- d. insuficiência de recursos financeiros devido a contingenciamento orçamentário, entre outros.

XII. DA NECESSIDADE DE ANÁLISE DE RESULTADO REGULATÓRIO (ARR)

74. A Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) consiste na verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação.

75. A ARR, assim como a AIR, é uma ferramenta destinada a aperfeiçoar a ação regulatória, contribuindo para a efetividade, eficiência e eficácia da ação estatal. Enquanto a AIR busca fundamentar as decisões no início ao ciclo regulatório, a ARR encerra o ciclo, com a avaliação dos resultados obtidos, dos impactos observados e recomendações sobre eventuais ajustes necessários.

76. Nesse sentido que a futura ARR se integra ao modelo de regulação de “sandbox”. Pelo grau “sui generis” dessa norma de procedimentos, é muito difícil estimar a reação dos agentes sociais quando estiver em vigor, pela complexidade do sistema. A alternativa experimental trará alguns indicadores preliminares para a construção efetiva da ARR, a partir da própria realidade.

77. A elaboração da ARR envolve as 5 etapas dispostas abaixo, conforme disposto no Guia de Elaboração da ARR¹¹:

¹¹ Fonte: MME (2022). Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr>.





78. Ainda que se entenda essa ARR como facultativa, essa área técnica da ANA entende que é necessário avaliar os efeitos da edição do referido ato normativo, devendo a ARR ser incorporada ao ciclo regulatório da ANA, oferecendo informações para aperfeiçoar a regulação sob análise, bem como a necessidade de pessoal e logística.

79. Durante esse período, a ANA avaliará os resultados do *Sandbox* e a repercussão e impacto, propondo melhorias no regulamento se for o caso.

80. Tendo em mãos os resultados do sandbox, espera-se que as seguintes perguntas principais sejam respondidas:

- a) Qual é o tamanho da demanda pela ação mediadora e arbitral? É necessário aumentar ou diminuir a estrutura oferecida durante a fase de experimentação?
- b) A ANA tem capacidade para conduzir as mediações e arbitragens com os próprios recursos ou há necessidade de contratação de apoio terceirizado?
- c) Quais temáticas são as mais demandadas? Quais coordenações necessitarão de reforço de equipe?
- d) Qual é o tempo médio para a conclusão de um processo de ação mediadora? E de um processo de ação arbitral? Quanto de pessoal deve estar envolvido?
- e) O sistema próton supriu satisfatoriamente as necessidades inerentes aos processos eletrônicos relacionados às ações de mediação e arbitragem? Ou será necessário desenvolver um sistema próprio para este tipo de processo?
- f) Qual o orçamento mínimo para implementar as ações mediadoras e arbitrais? Oe o desejável?

81. A partir das respostas obtidas, ajustes poderão ser realizadas nos procedimentos ora propostos, bem como rearranjos nas equipes internas da ANA, entre outros.

82. É importante destacar que se o ARR do sandbox regulatório indicar que poderá haver aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira para execução normativa, uma AIR poderá ser feita para avaliar de maneira mais precisa o impacto da norma ou uma possível reestruturação da norma.

XIII. A RESOLUÇÃO COMO ATO NORMATIVO MAIS ADEQUADO

83. Compreende-se que o ato normativo mais adequado para editar a norma de ação mediadora e arbitral da ANA é a Resolução, uma vez que o Decreto no 10.139/2019, que dispõe



sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto, define resolução como atos normativos editados por colegiados.

84. Por sua vez, a Instrução normativa, segundo esse mesmo Decreto, são atos normativos que, sem inovar, orientem a execução das normas vigentes pelos agentes públicos. Na ANA, as Instruções Normativas são editadas por órgãos de sua estrutura, como os Superintendentes de área, que não se aplica ao caso da norma de ação mediadora e arbitral.



XIV. CRONOGRAMA DE ELABORAÇÃO DA NORMA

Ação	Agosto			Setembro					Outubro				Novembro				Dezembro					
	11/ago	18/ago	25/ago	01/set	08/set	15/set	22/set	29/set	06/out	13/out	20/out	27/out	03/nov	10/nov	17/nov	24/nov	01/dez	08/dez	15/dez	22/dez	29/dez	
Elaboração de NT de Planejamento/Minuta da Norma	Red			Red																		
DIREC deliberação de consulta interna				Amel																		
Consulta interna					Red																	
Elaboração de NI Consulta Interna						Red																
Análise da Qualidade Regulatória (ASREG)/ CGGES								Amel														
Análise Jurídica									Amel													
DIREC (deliberação sobre AIR/NT e Consulta Pública)									Amel													
Participação social obrigatória (Audiência Pública / Consulta Pública)										Red												
RAC/NT minuta do ato																						
Análise jurídica (quando couber)																						
DIREC (deliberação final)																						
Publicação do ato e RAC																						
Manual Orientativo																					Red	

Figura 3: Cronograma de Elaboração da Norma de Procedimento sobre Ação Mediadora e Arbitral da ANA. Legenda: vermelho= fase interna da COGER; amarelo= fase externa da COGER.



XV. CONSIDERAÇÕES FINAIS E ENCAMINHAMENTOS

85. Os projetos inovadores sempre vêm acompanhado de riscos e incertezas, sendo passíveis de falhas e insucessos. Ademais, os projetos com os maiores riscos e incertezas é que costumam ser submetidas à experimentação, pois obviamente aqueles onde se há a certeza de sucesso não necessitam ser testados. Por isso, erros ou resultados negativos são bastante recorrentes nos projetos de inovação. Nada obstante, não devemos adotar uma postura acomodada, de não inovar, de não buscar agregar mais valor à sociedade, pelo medo de errar. A inovação costuma ser um processo sucessivo, que não raro é de tentativa e erro, onde os erros geram lição aprendida para a produção de soluções cada vez mais evoluídas e melhoradas.

86. O que se busca com a proposta do sandbox é minimizar a probabilidade ou impacto dos riscos, na medida em que se trabalha em menor escala, num ambiente mais controlado. Outro objetivo do sandbox é gerar os *insights* necessários para aperfeiçoamento dos procedimentos sobre a Ação Mediadora e Arbitral da ANA. Somente após a conclusão do sandbox, será avaliada a necessidade de elaboração de AIR, momento em que será submetida a proposição definitiva com os ajustes, se for o caso, dos procedimentos sobre a Ação Mediadora e Arbitral.

87. Outrossim, durante o experimento, pode ser necessária a contratação de uma empresa de apoio para minimizar os riscos do projeto. Caso constate-se a sua necessidade, essa contratação será tratada em outro processo, a ser conduzido em paralelo a este processo de sandbox.

88. Ante o exposto, verifica-se que a presente proposição está em consonância com os aspectos de previsibilidade do processo regulatório estabelecidos na Lei nº 13.848/2019, com as competências regulatórias da ANA, com a proposição de temas do Eixo 5 - normas de referência para o saneamento da Agenda Regulatória da ANA e com Manual de Elaboração de Atos Normativos da Agência.

89. Sugere-se os seguintes encaminhamentos: (I) encaminhamento ao Diretor supervisor para o “de acordo”; (II) encaminhamento à ASREG para análise regulatória; (III) encaminhamento para a Procuradoria Federal Especializada da ANA, para análise jurídica; (V) posterior encaminhamento à SGE para distribuir ao Diretor Relator do Processo para posterior apreciação da Diretoria Colegiada, para avaliação da conveniência e oportunidade de se abrir consulta pública.



XVI. ANEXO

90. Segue como anexo a minuta de Norma de Procedimentos para a Ação Mediadora e Arbitral da ANA.

Atenciosamente,

(assinado eletronicamente)
RICARDO BRASIL CHOUERI
Especialista em Regulação de Recursos Hídricos e Saneamento Básico

(assinado eletronicamente)
HELBER NAZARENO DE LIMA VIANA
Analista de Infraestrutura

Documento assinado digitalmente
 **LAUSEANI SANTONI**
Data: 22/09/2023 16:55:59-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

(assinado eletronicamente)
LAUSEANI SANTONI
Coordenadora de Governança das Entidades Reguladoras

De acordo. Encaminho à ASREG para análise regulatória.

(assinado eletronicamente)
ALEXANDRE ANDERÁOS
Superintendente Adjunto de Regulação de Saneamento Básico

