

RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

ARES-PCJ nº 01/2025

NORMATIVO (RESOLUÇÃO) PARA A DISPOSIÇÃO DE REGRAS PROCEDIMENTAIS DE ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE CONCESSÃO PLENA E ADMINISTRATIVA (PPP) REGULADOS PELA ARES-PCJ E PARA DEFINIÇÕES DE CRITÉRIOS DE PARTICIPAÇÃO DA ARES-PCJ EM PROCEDIMENTOS DE ARBITRAGEM



Janeiro de 2025

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
1.1. OBJETIVO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)	3
2. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO	4
2.1.1. <i>DEFINIÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO</i>	5
3. DA BASE LEGAL	7
4. IDENTIFICAÇÃO DOS ATORES ENVOLVIDOS NO PROBLEMA REGULATÓRIO	9
5. POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA REGULATÓRIO	9
6. POSSÍVEIS IMPACTOS DAS ALTERNATIVAS.....	11
7. ALTERNATIVA ESCOLHIDA.....	12
8. OBJETIVOS DA AÇÃO	12
9. ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO	13
10. CONCLUSÃO	13

1. INTRODUÇÃO

A utilização da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública ganhou exponencial utilização e ênfase nos últimos anos, sobretudo a partir da promulgação da Lei federal nº 13.129/2015.

No setor de saneamento básico esse cenário também se mostrou presente, onde o crescimento da utilização da arbitragem está relacionado a uma maior percepção de segurança jurídica oferecida por sua inclusão nos contratos (complexos e de longo prazo), despontando como uma possível solução eficiente para resolver disputas sem o envolvimento do poder judiciário.

O art. 10º-A, §1º da Lei federal nº 11.445/2007 estabelece que os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico podem incluir mecanismos privados de resolução de disputas, como a arbitragem.

Nada obstante, há a recente inclusão da competência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) como uma alternativa ao sistema jurisdicional tradicional para a resolução de conflitos em demandas do saneamento básico (Resolução ANA 209/2024 – mediação regulatória para a resolução dos conflitos_.

Essas novas frentes de atuação regulatória demandam amadurecimento normativo e consolidação da forma de conduta da entidade reguladora frente aos procedimentos arbitrais que permeiam os seus os contratos regulados.

Desponta ainda como questão regulatória de grande relevância o fator da deferência ao poder de decisão regulatório, em face das decisões emitidas pelos tribunais arbitrais.

1.1. OBJETIVO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)

Nesta Análise de Impacto Regulatório, busca-se identificar precisamente o problema regulatório envolvido no tema da participação do ente regulador em processos de mediação e arbitragem deflagrados no âmbito da regulação contratual para, em seguida, apresentar alternativas de intervenção que permitam alcançar resultados favoráveis à estabilidade dos contratos e manutenção das competências regulatórias conferidas às agências reguladoras infranacionais, por força do art. 23 da Lei 11.445/2007.

2. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO

Como etapa essencial de uma Análise de Impacto Regulatório (AIR), deve-se delimitar o problema regulatório que se pretende solucionar ou mitigar a fim de propor medidas efetivas, duradouras e monitoráveis.

Para o tema alvo do presente estudo, a ARES-PCJ iniciou este processo a partir de dois quesitos provocadores:

1. Contratos de concessão plena e concessões administrativas (PPP's) regulados pela agência ARES-PCJ possuem cláusulas com previsão de soluções de controvérsias por meio de arbitragem. **Quais os limites de atuação das Câmaras arbitrais nos contratos de saneamento básico?**
2. Uma das preocupações da regulação do saneamento básico é a estabilidade das decisões regulatórias. Nesse sentido, **é possível que as Câmaras arbitrais pautem e revisem temas decididos pelos reguladores, em especial nos pleitos de revisões ordinárias e extraordinárias de contratos?**

Para explorar estes quesitos, a ARES-PCJ buscou auxílio jurídico especializado do escritório de advocacia Justino de Oliveira, que emitiu parecer substanciado. Com base na análise deste estudo, é possível sintetizar as seguintes respostas aos quesitos:

Quesito 1.

A atuação das câmaras arbitrais nos contratos de saneamento básico está limitada pela arbitrabilidade e pela deferência às prerrogativas regulatórias da ARES-PCJ. Apenas conflitos envolvendo direitos disponíveis podem ser submetidos à arbitragem. Questões estritamente regulatórias, como a fiscalização do cumprimento de normas técnicas, a definição de características dos serviços (como nível de cobertura e área de atuação), o exercício do poder normativo e de polícia, bem como questões fiscais, são inarbitráveis. Por outro lado, os efeitos econômico-financeiros resultantes dessas prerrogativas regulatórias, como eventuais desequilíbrios contratuais, podem ser resolvidos por arbitragem, desde que respeitados os limites impostos pela legislação e pelo protocolo de intenções da ARES-PCJ.

Ademais, as câmaras arbitrais devem observar o princípio da deferência regulatória, considerando que as agências reguladoras fundamentam suas decisões em análises técnicas detalhadas e específicas do setor. Revisões frequentes ou desconsideração das normas e decisões emitidas pela ARES-PCJ comprometem a estabilidade regulatória e geram insegurança jurídica. Assim, as decisões arbitrais, ainda que em questões envolvendo direitos disponíveis, devem respeitar as prerrogativas regulatórias e os atos normativos da agência, garantindo a coerência e a previsibilidade no setor de saneamento básico.

Quesito 2.

As câmaras arbitrais não podem revisar decisões regulatórias que envolvam o mérito das prerrogativas exclusivas da ARES-PCJ, como revisões ordinárias e extraordinárias de contratos, especialmente no tema de tarifação. A tarifação é um ato administrativo vinculado às diretrizes normativas da agência e, sob essa perspectiva, inarbitrável. As decisões sobre tarifas, enquanto vinculadas à conformidade regulatória e ao equilíbrio econômico-financeiro, permanecem protegidas como prerrogativas exclusivas da agência.

A partir destas respostas, verificou-se a necessidade de tornar mais claras essas prerrogativas, a bem da segurança jurídica da atuação do ente regulador e, em última instância, da própria estabilidade do contrato em meio ao ambiente regulatório. É neste sentido que se define o problema regulatório, na próxima seção.

2.1.1. DEFINIÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO

Com base nas conclusões extraídas das respostas acima analisadas, é proposto o seguinte problema regulatório:

Obscuridade sobre os limites e a forma de atuação da ARES-PCJ em procedimentos arbitrais envolvendo contratos regulados

Com o problema adequadamente caracterizado, discutiram-se suas principais causas – destacando quais seriam passíveis de intervenção da Agência Reguladora - e consequências, para construção da chamada “Árvore do Problema Regulatório, conforme Figura 1.

Entende-se que a principal possibilidade de intervenção da ARES-PCJ encontra-se associada à causa “Lacuna normativa”. Dessa forma, as alternativas disporão essencialmente sobre a ação em relação a este tema.

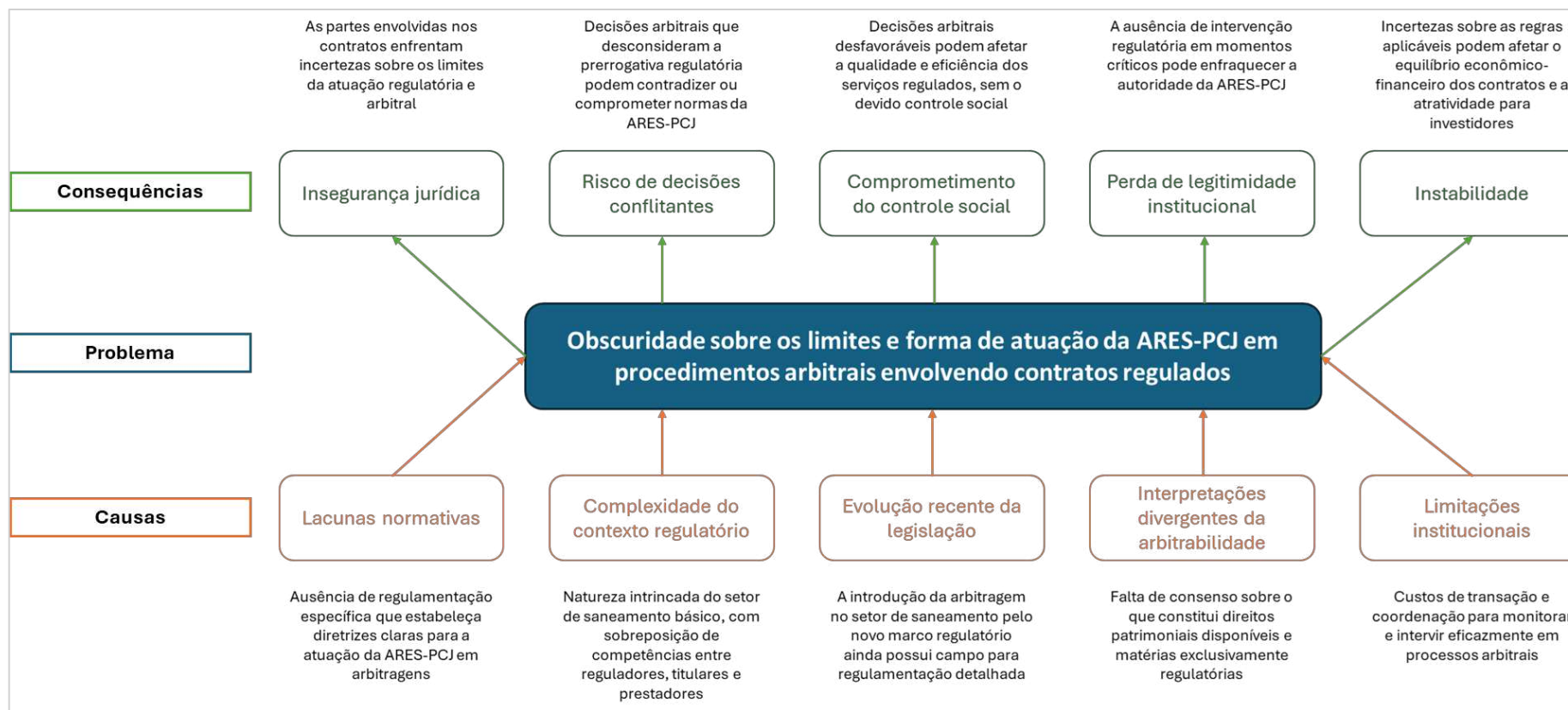


Figura 1: Árvore do problema regulatório

3. DA BASE LEGAL

No que diz respeito ao mérito das decisões regulatórias, tomadas no exercício de suas atribuições legais, a competência da agência reguladora, como parte da Administração Pública indireta dos municípios, está protegida em relação à Administração Pública direta (incluindo o Poder Executivo), ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, e, conseqüentemente, Arbitral – salvo, é claro, situações de ilegalidades nesses atos.

Ademais, em que pese a restrição aos direitos patrimoniais disponíveis seja aplicável a todas as arbitragens regidas pela legislação brasileira, o tema é revestido de algumas peculiaridades próprias quando se trata de procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública, como é o caso das Arbitragens envolvendo Contratos de Concessões comuns e administrativas regulados pela agência ARES-PCJ (em consonância ao §1º, do art. 10-A, da Lei federal nº 11.445/2007, e, por simetria, às aplicações derivadas da Lei federal nº 9.469/1997).

A Resolução ANA nº 209, de 9 de setembro de 2024, por sua vez, estabelece os procedimentos administrativos de mediação regulatória para a resolução dos conflitos entre os titulares, as agências reguladoras ou os prestadores de serviços públicos de saneamento básico, quando as controvérsias envolvam a interpretação e a aplicação das normas de referência da ANA sobre o saneamento básico.

Por outro lado, a questão da inarbitrabilidade surge quando se tratam de cláusulas estritamente regulatórias e de seus efeitos. Considera-se, portanto, em âmbito regulatório, que não são arbitráveis aquelas cláusulas que envolvem poderes administrativos ou atribuições unilaterais da Agência Reguladora enquanto expressão do Poder Público, uma vez que essas estão relacionadas ao exercício de prerrogativas públicas indisponíveis, atinentes ao interesse regulatório, que não podem ser submetidos à arbitragem.

Conforme bem destacado no Parecer Jurídico que subsidia esta Análise de Impacto Regulatório:

Adriana Regina Sarra de Deus adota uma posição similar. No que diz respeito à questão da (in)arbitrabilidade objetiva, a autora apresenta conclusões pertinentes que reforçam esse parecer, destacando os limites da arbitrabilidade em matérias que envolvem o exercício de prerrogativas exclusivas da Administração Pública, como as exercidas pelas agências reguladoras. São suas conclusões :

(i) a inarbitrabilidade do conteúdo material dos atos administrativos discricionários, embora os impactos econômicos derivados desses atos ainda possam ser avaliados em um tribunal arbitral;

(ii) a inarbitrabilidade dos atos de império praticados pela Administração Pública, incluindo aqueles realizados sob o exercício do

poder normativo e regulatório das agências reguladoras, ressalvado que são arbitráveis as consequências econômicas que tais atos possam ter sobre um contrato, especialmente em relação aos prejuízos causados às partes privadas;

(iii) a inarbitrabilidade da validade ou mérito das modificações unilaterais de um contrato feitas pela Administração Pública enquanto no seu exercício de poder exorbitante, embora seja arbitrável o exame das consequências econômico-financeiras que tal ato impõe ao particular;

(iv) a inarbitrabilidade do ato de rescisão de um contrato pela Administração Pública, (previsto no inciso II do art. 104 da Lei nº 14.133/2021), o que não se confunde, reitera-se, com a arbitrabilidade das consequências econômico-financeiras desse ato e do exame sobre eventual inadimplemento do particular apto a fundamentar a rescisão.

(v) a inarbitrabilidade do exercício do poder fiscalizatório da Administração Pública quanto à correta execução de um contrato.

(vi) a inarbitrabilidade das sanções de natureza administrativa (advertência, impedimento de contratar com a Administração Pública, declaração de inidoneidade), ou seja, as que decorrem de imposição legal e destinam-se a punir infrações administrativas cometidas pelo contratado;

Em conclusão, embora não exista uma lista pré-definida de todas as questões que possam ser resolvidas por meio de arbitragem (conforme se extrai, inclusive, das Leis federais nº 9.307/1996 e 13.129/2015), é possível concluir que, no setor regulado de saneamento básico, para que um conflito seja passível de resolução arbitral, é fundamental que o litígio não aborde diretamente questões que estejam sob a competência regulatória e prerrogativa exclusiva da ARES-PCJ (Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí). Do contrário, poderia haver o risco de uma interferência indevida nas atribuições de fiscalização e regulação da agência, comprometendo sua autoridade e suas prerrogativas institucionais.

4. IDENTIFICAÇÃO DOS ATORES ENVOLVIDOS NO PROBLEMA REGULATÓRIO

Em relação às demandas arbitrais, verifica-se que são em sua maioria provenientes dos processos de revisão contratual (ordinária e extraordinária) dos Contratos de Concessão e PPPs regulados pela ARES-PCJ.

Nessas demandas, portanto, se despontam como atores envolvidos: o concessionário, o poder concedente, o órgão regulador e as instâncias arbitrais.

5. POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA REGULATÓRIO

A partir da análise do problema regulatório, foram elencadas três alternativas. As duas primeiras correspondem a dois cenários distintos de “não-ação”, isto é, a “não-ação” aqui pode ser entendida tanto em caráter “ativo”, com a atuação da Agência de modo disperso e ocasional para demandas específicas, quanto “passivo”, ou seja, sem que haja quaisquer movimentações da entidade reguladora mesmo em casos de decisões arbitrais conflitantes às suas competências.

1. Atuação da ARES-PCJ desprovida de ato normativo fundamentador (não-ação “ativa”)
2. Inércia do regulador em face de eventuais decisões arbitrais que não façam deferência ao poder decisório da entidade reguladora (não-ação “passiva”)
3. Normatização da forma de atuação da ARES-PCJ nos procedimentos arbitrais que envolvam seus regulados e as decisões por ela emitidas.

Abaixo, são comparadas as forças e fragilidades de cada uma das alternativas.

Alternativa	Forças	Fragilidades
Atuação da ARES-PCJ desprovida de ato normativo fundamentador	<ul style="list-style-type: none"> Flexibilidade na adaptação a diferentes contextos contratuais Menor custo inicial, pois evita a necessidade de regulamentação formal Rapidez na implementação, considerando a ausência de processo normativo 	<ul style="list-style-type: none"> Insegurança jurídica para as partes envolvidas nos procedimentos arbitrais Potencial desconsideração das decisões da ARES-PCJ nos tribunais arbitrais Risco de interpretações conflitantes sobre os limites e prerrogativas da ARES-PCJ
Inércia do regulador em face de eventuais decisões arbitrais que não façam deferência ao poder decisório da entidade reguladora	<ul style="list-style-type: none"> Redução imediata de conflitos entre arbitragens e a atuação regulatória Possibilidade de avaliar os impactos reais antes de definir uma posição oficial Evita custos adicionais relacionados à defesa jurídica em arbitragens 	<ul style="list-style-type: none"> Potencial prejuízo à autoridade regulatória da ARES-PCJ Maior risco de decisões arbitrais que desconsiderem aspectos técnicos e regulatórios Fragilidade na proteção do interesse público em temas críticos
Normatização da forma de atuação da ARES-PCJ nos procedimentos arbitrais que envolvam seus regulados e as decisões por ela emitidas	<ul style="list-style-type: none"> Proporciona clareza e segurança jurídica às partes contratantes Fortalece a posição institucional da ARES-PCJ nos procedimentos arbitrais Promove a consistência entre as decisões arbitrais e a regulação setorial 	<ul style="list-style-type: none"> Requer um processo normativo que pode ser demorado e custoso Necessidade de contínua atualização normativa para atender às mudanças legislativas e contratuais Pode gerar resistências iniciais entre os regulados e tribunais arbitrais

6. POSSÍVEIS IMPACTOS DAS ALTERNATIVAS

A seguir são apresentados os possíveis impactos na escolha de cada alternativa em relação aos atores envolvidos no problema regulatório.

Alternativa 1. Atuação da ARES-PCJ desprovida de ato normativo fundamentador

Ator	Impactos Positivos	Impactos Negativos
Titulares dos serviços	Flexibilidade na abordagem de conflitos locais	Insegurança jurídica e dificuldade em prever os desdobramentos das decisões arbitrais sem diretrizes claras
Concessionária	Possibilidade de conduzir arbitragens com menos interferências regulatórias	Risco de decisões arbitrais desconsiderarem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato devido à ausência de fundamentação regulatória
Agência Reguladora	Menor carga administrativa no curto prazo	Fragilidade institucional e risco de decisões arbitrais conflitarem com suas prerrogativas regulatórias
Instâncias Arbitrais	Maior discricionariedade na análise de conflitos	Falta de critérios normativos claros pode dificultar decisões coerentes com o regime regulatório

Alternativa 2. Inércia do regulador em face de eventuais decisões arbitrais que não façam deferência ao poder decisório da entidade reguladora

Ator	Impactos Positivos	Impactos Negativos
Titulares dos serviços	Redução de conflitos diretos com a agência reguladora	Vulnerabilidade a decisões arbitrais que não considerem plenamente o interesse público
Concessionária	Maior margem para discutir aspectos contratuais sem interferência direta do regulador	Instabilidade no regime contratual e falta de previsibilidade quanto à posição da agência reguladora
Agência Reguladora	Redução de conflitos institucionais em curto prazo	Perda de autoridade regulatória e comprometimento da legitimidade institucional
Instâncias Arbitrais	Menor influência externa nas decisões	Risco de emitir sentenças que possam ser anuladas por ausência de deferência às prerrogativas regulatórias

Alternativa 3. Normatização da forma de atuação da ARES-PCJ nos procedimentos arbitrais que envolvam seus regulados e as decisões por ela emitidas

Ator	Impactos Positivos	Impactos Negativos
Titulares dos serviços	Maior segurança jurídica e previsibilidade em disputas contratuais	Potencial aumento de custos devido à implementação de novos processos regulatórios
Concessionária	Regras claras proporcionam maior previsibilidade e segurança para planejamento contratual	Regras mais restritivas podem limitar a margem de negociação em processos arbitrais
Agência Reguladora	Reforço da autoridade regulatória e alinhamento entre decisões arbitrais e o regime regulatório	Maior esforço institucional para elaborar e implementar as novas normas
Instâncias Arbitrais	Diretrizes normativas claras facilitam decisões alinhadas com o interesse público e o regime regulatório	Limitação na interpretação de questões contratuais devido a parâmetros mais rígidos

7. ALTERNATIVA ESCOLHIDA

Com base no exposto, a alternativa escolhida para intervenção, é a alternativa 3 (“Normatização da forma de atuação da ARES-PCJ nos procedimentos arbitrais que envolvam seus regulados e as decisões por ela emitidas”), a partir do entendimento de que é aquela que melhor enfrenta o problema regulatório, inclusive em relação ao aspecto da previsibilidade e segurança frente aos demais atores.

8. OBJETIVOS DA AÇÃO

Objetivo geral

- criação de regramento para pautar a atuação da ARES-PCJ em processos arbitrais e para resguardar o seu poder de decisão regulatório.

Objetivos específicos

- Ter fundamentação clara sobre a necessidade de deferência dos tribunais arbitrais em relação às decisões regulatórias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.
- Documentar as balizas que fundamentam a imprescindibilidade da mencionada deferência.

9. ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO

A partir do presente relatório, sugerem-se as etapas a seguir para implementação da ação.

- i. Proposta de Normatização;
- ii. Divulgação do processo de controle social, com ênfase nos atores envolvidos;
- iii. Controle Social (Consulta e Audiência Públicas) e coleta de contribuições;
- iv. Aperfeiçoamento do Normativo Proposto;
- v. Implementação da norma e sensibilização;
- vi. Monitoramento e acompanhamento.

10. CONCLUSÃO

A presente Análise de Impacto Regulatório (AIR) buscou caracterizar adequadamente o problema regulatório e contribuir para o estudo das alternativas ao seu enfrentamento. Considera-se que o tema é de grande relevância não apenas no contexto específico de atuação da ARES-PCJ, mas para todo o setor de saneamento básico, dados os movimentos recentes no sentido de fortalecimento das vias arbitrais.

O Parecer Jurídico que serviu de apoio a este estudo integra o documento como anexo, assim, como a proposta de normatização.

Encaminha-se para ciência da Diretoria Colegiada e posterior disponibilização aos processos de participação social para prosseguimento da elaboração do ato normativo.

É o relatório.

Americana, 06 de janeiro de 2025.

(assinado eletronicamente)
Tiago Alves de Sousa
Procurador Jurídico

(assinado eletronicamente)
Helder Quenzer
Advogado

(assinado eletronicamente)
Rodrigo de Oliveira Taufic
Coordenador de Normatização

De acordo:

(assinado eletronicamente)
Dalto Favero Brochi
Diretor Geral

(assinado eletronicamente)
Carlos Roberto de Oliveira
Diretor Administrativo e Financeiro

(assinado eletronicamente)
Carlos Roberto Belani Gravina
Diretor Técnico-Operacional



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: A3CA-C15F-4222-71AD

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:

- ✓ CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA (CPF 213.XXX.XXX-60) em 08/01/2025 09:34:43 (GMT-03:00)
Papel: Parte
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

- ✓ CARLOS ROBERTO BELANI GRAVINA (CPF 359.XXX.XXX-20) em 08/01/2025 09:37:34 (GMT-03:00)
Papel: Parte
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

- ✓ TIAGO ALVES DE SOUSA (CPF 418.XXX.XXX-21) em 08/01/2025 09:42:19 (GMT-03:00)
Papel: Parte
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

- ✓ DALTO FAVERO BROCHI (CPF 062.XXX.XXX-21) em 08/01/2025 10:14:24 (GMT-03:00)
Papel: Parte
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

- ✓ HELDER QUENZER (CPF 360.XXX.XXX-03) em 08/01/2025 10:39:46 (GMT-03:00)
Papel: Parte
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação por meio do link:

<https://stip-arespcj.1doc.com.br/verificacao/A3CA-C15F-4222-71AD>