

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

BRUNA ELISA FERREIRA CAVALLAZZI PÓVOAS

**EM BUSCA DA DESJUDICIALIZAÇÃO: análise comparativa dos métodos
adequados de solução de conflitos nas agências reguladoras de energia
elétrica dos Estados Unidos (*FERC*) e do Brasil (*ANEEL*)**

Itajaí-SC

2022

BRUNA ELISA FERREIRA CAVALLAZZI PÓVOAS

EM BUSCA DA DESJUDICIALIZAÇÃO: análise comparativa dos métodos adequados de solução de conflitos nas agências reguladoras de energia elétrica dos Estados Unidos (*FERC*) e do Brasil (*ANEEL*)

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Osvaldo Agripino de Castro Junior

Itajaí-SC

2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao meu esposo, Maurício Cavallazzi Póvoas pelo incentivo em cursar o mestrado e pelo apoio incondicional. Seu amor e companheirismo sustentaram-me até aqui. Agradeço, também, aos meus filhos, pais, irmãos e amigos pela compreensão e paciência, durante esse período de estudos intensos.

Ao meu orientador, Dr. Osvaldo Agripino de Castro Junior, por toda a sua disponibilidade em orientar, como também, pela dedicação e generosidade na docência, certamente é um ser humano ímpar e que faz diferença por onde passa.

Ao coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Dr. Paulo Márcio Cruz, pelo estímulo, desde a decisão de ingressar definitivamente no curso até a conclusão.

“Discourage litigation. Persuade your
neighbours to compromise whenever you
can. Point out to them how the nominal
winner is often the loser in fees, expenses
and cost of time.”

“Desestimule a litigância. Procure fazer
com que seus vizinhos façam sempre um
acordo. Demonstre a eles, que o
vencedor é constantemente um
verdadeiro perdedor em honorários
advocatícios, custas judiciais e tempo”.

ABRAHAN LINCOLN¹

¹ FIADJOE, Albert. **Alternative dispute resolution**: a developing world perspective. Australia: Cavendish Publishing, 2004. p. 3 (Tradução nossa).

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, março de 2022.

Bruna Elisa Ferreira Cavallazzi Póvoas

Mestrando(a)

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 09/03/2022, às 10 horas, a mestranda BRUNA ELISA FERREIRA CAVALLAZZI PÓVOAS fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título "EM BUSCA DA DESJUDICIALIZAÇÃO: análise comparativa dos métodos adequados de solução de conflitos nas agências reguladoras de energia elétrica dos Estados Unidos (FERC) e do Brasil (ANEEL)".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Osvaldo Agripino de Castro Junior (UNIVALI) como presidente e orientador, Doutor Sérgio Guerra (FGV/RJ) como membro, Doutor Pedro Manoel Abreu (UNIVALI) como membro e Doutor Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 09 de março de 2022.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

RESUMO

A presente dissertação está inserida na Linha de Pesquisa de Direito e Jurisdição e abordará uma análise comparada dos métodos adequados de resolução de conflitos, na esfera das agências reguladoras fornecedoras de energia elétrica, dos Estados Unidos, a *Federal Energy Regulatory Commission* – *FERC* e no Brasil, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. O problema da presente pesquisa reside na ineficiência e morosidade no modelo atual de solução de conflitos pelo Poder Judiciário, em parte devido à grande quantidade de processos que tramitam. Isso porque, alguns conflitos podem ser melhor resolvidos se forem levados para fora do Poder Judiciário, permitindo, então, que sejam analisados de forma mais célere. É o caso das agências reguladoras, *FERC* e ANEEL que, desde 1996, vêm incentivando a resolução dos seus conflitos de forma extrajudicial, por meio de técnicas como mediação, conciliação e arbitragem entre outros, somente vistos nas agências norte-americanas, como por exemplo, a avaliação neutra antecipada e as funções do *administrative law judge*. Nesse sentido, a dissertação está dividida em três capítulos. O Capítulo 1 trata do histórico das agências reguladoras no Brasil e no Estados Unidos, e na sequência uma breve contextualização sobre a crise do judiciário brasileiro, bem como sobre os métodos adequados de solução de conflitos. Já no Capítulo 2, expõem-se os elementos determinantes de forma isolada e individualizada que embasarão Capítulo 3, em que se efetua a análise comparativa dos dois modelos objeto do presente estudo. Ao final, pretende-se confirmar duas hipóteses: (i) a desjudicialização dos conflitos envolvendo matérias de competência das agências reguladoras contribui para o aperfeiçoamento do modelo de solução de conflitos brasileiro e ii) a análise comparativa dos elementos determinantes do uso dos métodos de solução conflitos das agências reguladoras dos Estados Unidos e do Brasil, contribui para aperfeiçoar o modelo brasileiro de solução de conflitos.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Desjudicialização. Métodos adequados de solução de conflito. Direito comparado

ABSTRACT

The dissertation is part of the line of research Law and Jurisdiction. It consists of a comparative analysis of the appropriate methods of conflict resolution in the sphere of the regulatory agencies that supply electricity in the United States: the Federal Energy Regulatory Commission - FERC and in Brazil: the National Electric Energy Agency - ANEEL. The research problem addressed is the inefficiency and slowness of the current model of conflict resolution by the Judiciary, which is largely due to the high number of processes it is called upon to deal with. It is argued that some conflicts can be better resolved outside the Judiciary, as this allows them to be analyzed more quickly. Such is the case with the regulatory agencies, the FERC and ANEEL, which since 1996, have been encouraging extrajudicial conflict resolution through techniques such as mediation, conciliation and arbitration, among others, only seen in North American agencies, e.g., early neutral assessment, and the functions of the administrative law judge. This dissertation is divided into three chapters. Chapter 1 deals with the history of regulatory agencies in Brazil and the United States, followed by a brief contextualization of the crisis in the Brazilian judiciary and the appropriate methods of conflict resolution. Chapter 2 outlines the individual determining elements that will form the basis of the subsequent chapter. And Chapter 3 gives a comparative analysis of the two models that are the object of this Study. At the end, we intend to confirm two hypotheses: (i) the dejudicialization of conflicts involving matters within the competence of the regulatory agencies contributes to improving the Brazilian model of conflict resolution and ii) comparative analysis of the determining elements of the use of resolution methods conflicts by the regulatory bodies of the United States and Brazil contributes to improving the Brazilian model of conflict resolution.

Keywords: Regulatory agencies. Dejudicialization. Appropriate methods of conflict resolution. Comparative law

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Estrutura Organizacional dos Escritórios da FERC	70
Figura 2 – Estrutura Organizacional do Escritório do Conselho Geral da FERC.....	71
Figura 3 – Tempo Gasto desde o Início do Procedimento até a Resolução 2009-2013	85
Figura 4 – Tempo Gasto desde o Início do Procedimento até a Resolução 2012-2014	85
Figura 5 – Tempo Gasto desde o Início do Procedimento até a Resolução 2012-2015	86
Figura 6 – Tempo Gasto desde o Início do Procedimento até a Resolução 2012-2016	86
Figura 7 – Estrutura Organizacional da Diretoria Colegiada da ANEEL	91
Figura 8 – Roteiro da Mediação Administrativa.....	97
Figura 9 – Os Dez Principais Motivos de Contato Realizado na Ouvidoria Setorial em 2020.....	106
Figura 10 – Os Seis Principais Motivos de Contato Realizado na Ouvidoria Institucional em 2019.....	106
Figura 11 – Quantitativo de Demandas ANEEL 2020	108

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Opções de Processos Colaborativos da FERC.....	75
Tabela 2 – Registros de Reclamações realizadas na ANEEL (2019)	105
Tabela 3 – Número de Mediação ANEEL 2019-2021	129

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ADRA	<i>Administrative Dispute Resolution Act</i>
ALJ	<i>Administrative Law Judge</i>
ANA	Agência Nacional da Água e Saneamento Básico
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANS	Agência Nacional de Saúde
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTP	Agência Nacional de Transportes Públicos
ANVISA	Agência Nacional da Vigilância Sanitária
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
CA	<i>Interstate Commerce Act</i>
CNAEE	Conselho Nacional de Águas e Energia
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DIR	Diretoria Colegiada
DNAE	Departamento Nacional de Águas e Energia
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DNPM	Departamento Nacional da Produção Mineral
DRS	<i>Dispute Resolution Service</i>
e-SIC	Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão
EUA	Estados Unidos da América
FCGP	Fórum de Contratação e Gestão Pública
FERC	<i>Federal Energy Regulatory Commission</i>
FMCS	<i>Federal Mediation and Conciliation Service</i>
FMP	Fórum de Múltiplas Portas
FPA	<i>Federal Power Act</i>
FPC	<i>Federal Power Commission</i>
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MARCs	Métodos Adequados de Resolução de Conflitos
MASCs	Métodos Adequados de Solução de Conflitos

NGA	<i>Natural Gas Act</i>
PHMSA	<i>Pipeline and Hazardous, Materious Safety Administration</i>
RADs	<i>Resolution Appropriate Dispute</i>
SBA	Ouvidoria da Administração de Pequenas Empresas
SGO	Sistema de Gestão de Ouvidoria
SIN	Sistema Interligado Nacional
SMA	Superintendência de Mediação Administrativa Setorial

LISTA DE CATEGORIAS

1- Acesso à Justiça

“O sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, que primeiro, deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”².

2- Agências Reguladoras

“Autarquias de Regime Especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração Centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado, cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada à exoneração *ad nutum*”³.

3- Desjudicialização

A faculdade que se concede às partes de comporem seus litígios fora da esfera judicial.

4- Direito Comparado

“Trata-se de estudo da relação entre sistemas judiciais ou entre regras de mais de um sistema no contexto de uma relação histórica, em que se analisa a natureza do direito e do desenvolvimento jurídico”⁴.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 275.

⁴ WATSON. Legal Transplants. 1974, p. 6-7, *apud* CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento** – Estudo comparado para a reforma do Sistema Judicial. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 70.

5- Elementos Determinantes

“[...] determinam a estrutura fundamental da ordem jurídica, tendo em vista que modificá-los ou trocá-los, significa alterar o perfil da ordem jurídica na qual atuam”⁵.

6- Métodos Adequados de Resolução de Conflitos

São procedimentos que objetivam resolver os conflitos de forma eficiente, permitindo uma maior participação das partes na resolução da causa, de forma mais célere e menos onerosa.

⁵ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento** – Estudo comparado para a reforma do Sistema Judicial. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 87.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – TEORIA GERAL DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS	21
1.1 HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	21
1.1.1 Nos Estados Unidos	21
1.1.2 <i>Federal Energy Regulatory Commission (FERC)</i>	24
1.1.3 No Brasil	27
1.1.4 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)	31
1.2 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	33
1.3 A FUNÇÃO ADJUDICATÓRIA COMO REQUISITO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ADEQUADO	35
1.4 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	37
1.5 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A RELEVÂNCIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO	42
1.6 TIPOS DE MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	47
1.6.1 Negociação	52
1.6.2 Conciliação	55
1.6.3 Mediação	57
1.6.4 Arbitragem com Base na Lei nº 9.307/1996	60
1.6.5 Arbitragem Administrativa	62
CAPÍTULO 2 – ELEMENTOS DETERMINANTES DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS DOS ESTADOS UNIDOS (FERC) E DO BRASIL (ANEEL)	65
2.1 ESTADOS UNIDOS	65
2.1.1 Marco Regulatório	65
2.1.2 Ouvidoria	67
2.1.3 Estrutura Organizacional	69
2.1.4 Competência – Matérias Objeto dos MASCs	72

2.1.5	Tipos de MASCs.....	74
2.1.5.1	<i>Mediation</i>	76
2.1.5.2	<i>Conciliation</i>	77
2.1.5.3	<i>Facilitation.....</i>	78
2.1.5.4	<i>Collaboration.....</i>	78
2.1.5.5	<i>Arbitration</i>	79
2.1.5.6	<i>Subject matter expert or early neutral evaluation</i>	79
2.1.5.7	<i>Administrative litigation</i>	80
2.1.6	Procedimentos	81
2.1.7	Controle Judicial dos Atos Administrativos	82
2.1.8	Análise da Eficácia do Modelo	84
2.2	BRASIL	87
2.2.1	Marco Regulatório	87
2.2.2	Ouvidoria	89
2.2.3	Estrutura Organizacional	91
2.2.4	Competência – Matérias Objeto dos MASCs	93
2.2.5	Tipos de MARCs	94
2.2.5.1	Mediação Administrativa.....	95
2.2.5.2	Ouvidoria Setorial	97
2.2.5.3	Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo	98
2.2.6	Procedimentos	100
2.2.7	Controle Judicial dos Atos Administrativos do Uso dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos	101
2.2.8	Análise da Eficácia do Modelo	104
CAPÍTULO 3 – EM BUSCA DA DESJUDICIALIZAÇÃO: ANÁLISE COMPARATIVA DOS ELEMENTOS DETERMINANTES DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS DOS ESTADOS UNIDOS E DO BRASIL.....		
3.1	MARCO REGULATÓRIO.....	111
3.2	OUVIDORIA.....	113
3.3	ESTRUTURA ORGANIZACIONAL.....	115
3.4	COMPETÊNCIA – MATÉRIAS OBJETO DOS MASCs	117

3.5	TIPOS DE MASC.....	120
3.6	PROCEDIMENTOS	121
3.7	CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DO USO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	123
3.8	ANÁLISE DA EFICÁCIA DO MODELO	128
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
	REFERÊNCIAS.....	135

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo passa há tempos por uma transformação na forma de normatização da prestação de serviços e da solução de eventuais conflitos, com a criação e expansão das agências reguladoras.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que “a agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”⁶

Os Estados Unidos têm especial participação neste modelo de formatação de agências reguladoras. Realmente, o Estado norte-americano, defensor da não intervenção estatal nas relações privadas, a partir do início do século XX, passou a vislumbrar a necessidade de uma presença mais regulatória do Estado. Essa foi, inclusive, umas das razões que justificam o atraso na adoção desse modelo de organização administrativa em outros países e, especificamente, no Brasil. Os Estados Unidos eram muito mais liberais e adeptos de uma política não estatizante, diferente do modelo brasileiro.

Mas, não obstante, lembra Di Pietro que “no direito brasileiro, existem, desde longa data, entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências”, citando, como exemplos, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e Alcool (1933), o Instituto do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941) e o Instituto Nacional do Sal (1940).⁷

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2022. p.607.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2022. p. 607/608.

A criação de Agências Reguladoras e o poder normativo a elas concedido, aliado à sua função adjudicatória, permite que os métodos adequados de resolução de conflitos sejam utilizados como meio de promover, tanto quanto possível, a desjudicialização.

De fato, dar permissão para que as agências reguladoras possam solucionar casos, via uso de métodos adequados como negociação, mediação, conciliação e arbitragem administrativa, proporciona maior eficiência e celeridade nas causas em que figuram como parte as referidas agências, desinchando o Judiciário e dando uma eficaz resposta às quizilas que surgirem.

A crise no acesso à justiça no Brasil é uma realidade inescapável. O Brasil vive um momento em que o Judiciário já não suporta mais o número de demandas litigiosas existentes. Excesso de processos, morosidade no julgamento e execuções de sentença são alguns dos principais problemas que os aplicadores do Direito enfrentam diariamente, além dos inúmeros percalços que assolam o atual Judiciário brasileiro como, por exemplo, custos, morosidade, falta de especialização das varas e tecnicidade dos juízes.

A ineficiência e morosidade no modelo atual de solução de conflitos pelo Poder Judiciário contribuem, sem dúvida, para a sua crise, devido à grande quantidade de processos que tramitam hoje tanto em primeiro grau de jurisdição quanto nas Cortes de Justiça.

Segundo dados extraídos do Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ⁸, o Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, número expressivo quando comparado à quantidade de magistrados no país, em que a mesma fonte apresenta o número de 18.091.

Em que pese a qualificação dos magistrados para julgar conflitos de toda ordem, por vezes demandas mais complexas, como aquelas que envolvem matérias

⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020 ano-base 2019**. Brasília, 2020.

de competência das agências reguladoras do setor elétrico, restam prejudicadas em razão da falta de tecnicidade para julgamento, ou seja, capacitação técnica adequada.

A desjudicialização desses conflitos permite que as agências reguladoras solucionem os casos internamente e extrajudicialmente, via uso de métodos adequados de resolução de conflitos, prezando sempre pela eficiência e celeridade, contribuindo para a efetividade da força normativa Constitucional.

Para esta pesquisa foram levantadas duas hipóteses: a) se a desjudicialização dos conflitos envolvendo matérias de competência das agências reguladoras contribui para o aperfeiçoamento do modelo de solução de conflitos brasileira e b) se a análise comparativa dos elementos determinantes do uso dos métodos de solução de conflitos das agências reguladoras dos Estados Unidos e do Brasil, pode contribuir para aperfeiçoar o modelo brasileiro de solução de conflitos.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Para atingir o seu objetivo, principia-se, no Capítulo 1, discorrendo sobre o histórico das agências reguladoras tanto nos Estados Unidos – referência na criação das agências – como no Brasil, traçando um comparativo entre aquelas que regulam o setor de energia elétrica no país da América do Norte e em nossa nação.

Segue-se, ainda no capítulo inaugural, analisando a crise do Poder Judiciário, a relevância da desjudicialização e finaliza-se com a teoria geral dos métodos de solução de conflitos nas agências reguladoras, abordando alguns métodos tradicionalmente conhecidos no Brasil, a saber, a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

O Capítulo 2 apresenta os elementos determinantes dos métodos adequados de solução de conflitos nas agências reguladoras dos Estados Unidos e do Brasil, FERC e ANEEL, respectivamente. Para tanto, analisa-se os principais pontos acerca dos marcos regulatórios, ouvidoria, estrutura organizacional,

competência, procedimentos, controle judicial dos atos administrativos e análise da eficácia do modelo de ambas as agências paradigmas.

Por derradeiro, o Capítulo 3 dedica-se a efetuar a análise comparativa dos elementos determinantes do uso dos métodos de solução de conflitos nas agências reguladoras dos Estados Unidos e do Brasil, FERC e ANEEL, respectivamente, lembrando que para Osvaldo Agripino de Castro Júnior a comparação de dados é capaz de impor sentido axiológico a objetos de estudos, no caso os elementos determinantes dos métodos adequados de solução de conflitos nas agências reguladoras dos Estados Unidos e do Brasil, ao ponto de colaborar com a interpretação de fenômenos.⁹

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os métodos adequados de resolução de conflitos nas agências reguladoras, como meio para promover a desjudicialização no Brasil.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o Dedutivo e o Comparativo; na fase de Tratamento dos Dados foi o Cartesiano e Comparativo e, a partir do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa foi realizado na base lógica indutiva-comparativa.

⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento** – Estudo comparado para a reforma do Sistema Judicial. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 637.

CAPÍTULO 1

TEORIA GERAL DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Direito Administrativo brasileiro vem, nas últimas décadas, passando por uma transformação na sua forma de prestação jurisdicional. O poder normativo concedido às agências reguladoras, atrelado a sua função adjudicatória, permitiu que os métodos adequados de resolução de conflitos fossem utilizados como meio de promover, tanto quanto possível, a desjudicialização.

Permitir que as agências reguladoras possam solucionar casos entre os regulador, via uso de métodos adequados como negociação, mediação, conciliação e arbitragem administrativa, pode proporcionar maior eficiência e celeridade nas causas em que figuram, como parte, as agências reguladoras.

A análise da forma de constituição das agências reguladoras, bem como os modelos de agências reguladoras, adeptas e inovadoras na utilização dos métodos adequados de resolução de conflito, podem oportunizar, ao direito brasileiro, o aperfeiçoamento do modelo de solução de conflitos entre regulados.

1.1 HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Antes de adentrar no tema central deste trabalho, necessário fazer um breve esboço histórico das agências reguladoras, tanto dos Estados Unidos quanto do Brasil, nessa ordem.

1.1.1 Nos Estados Unidos

Não é novidade que o estudo das agências reguladoras se insere no âmbito do Direito Administrativo. No caso norte-americano, o Direito Administrativo surge, no ano de 1887, pela Lei de Comércio Interestadual (*Interstate Commerce Commission*),

e decorre da necessidade de uma maior atuação do Estado no âmbito social e econômico, conforme destaca Arnaldo Godoy:

O pragmatismo norte-americano identifica no Direito Administrativo o estudo das normas que orientam agências governamentais (*administrative agencies*) e funcionários públicos (*officials*). No contexto norte-americano, agência pública é todo órgão governamental que não seja militar e que não pertença ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo. A agência pública é a concretização do Poder Executivo, onde se encontra. Ela pode orientar-se para a regulamentação da vida pública (transporte, alimentos, remédios) ou para a assistência social, ocupando-se com veteranos, idosos, deficientes¹⁰.

Segundo Arnaldo Godoy, há de se destacar que as agências são, então, separadas em agências reguladoras (*regulatory agencies*) e agências de assistência (*social welfare agencies*), ambas abrangendo vários setores da vida privada.

Especificamente no que concerne às agências reguladoras, o Estado norte-americano, defensor da não intervenção estatal nas relações privadas, a partir do início do século XX, passou a vislumbrar a necessidade de uma presença mais regulatória do Estado. Essa foi, inclusive, umas das razões que justificam o atraso na adoção desse modelo de organização administrativa em outros países e, especificamente, no Brasil. Os Estados Unidos eram muito mais liberais e adeptos de uma política não estatizante, diferente do modelo brasileiro.

Em 1929, após a quebra da Bolsa de Valores, a economia norte-americana entra em colapso e a sociedade passa, então, a questionar os ideais liberais e o não intervencionismo estatal, ficando clara a incapacidade do mercado de se restabelecer sozinho, sem uma nova forma de atuação do Estado.

¹⁰ MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. **Agências reguladoras**: origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014. p. 17.

Foi nesse momento que Franklin D. Roosevelt colocou em prática novos programas estatais de caráter intervencionista, chamado de *New Deal*, e as agências reguladoras ganham lugar de destaque no governo estadunidense.

No ano de 1946, observou-se grande avanço procedimental com promulgação da *Administrative Procedure Act* (APA)¹¹, lei que regulamentou o procedimento administrativo decisório, assegurando maior participação dos indivíduos nos procedimentos das agências. A lei também estabeleceu a produção de normas de duas formas, *rulemaking* (normas gerais baixadas pelas agências) e *adjudication* (atos individuais), legalizando, então, os atos das agências perante as Cortes norte-americanas.

Os EUA saíram de uma situação em que o liberalismo vigia em toda a sua ortodoxia (até cerca de 1887), passaram uma forte regulação estatal (*New Deal*), gradativamente atenuada após a 2ª Guerra. Na década de 80, os E.U.A sofreram um movimento da *desregulation*, pelo qual se propugnava a extinção ou a diminuição da regulação estatal. Este ideário, nunca implementado em sua radicalidade, até pelo insucesso da maior parte das suas experiências, não gerou muitos frutos, o que levou ao retorno de uma situação de equilíbrio¹².

No referido país, as agências públicas são órgãos amorfos, pois têm poderes para fazer e impor regras, resolver disputas, com competência de regulamentação e, ainda, simultaneamente, normativas. As agências têm liberdade para decidir sobre o que pretendem regulamentar e de qual forma, exercendo tal função com discricionariedade. “As agências reguladoras norte-americanas também exercem funções julgadoras (*adjudicatories*). Detém poder de determinar direitos e obrigações de particulares, com base na aplicação dos regulamentos em caso específico”¹³.

¹¹ USA. **Administrative Procedure ACT**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

¹² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 227.

¹³ MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. **Agências Reguladoras**: origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014. p. 18.

Como mencionado no início deste capítulo, a primeira agência reguladora independente de que se tem notícia é a *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte, em 1887, para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário¹⁴. Tamanho foi o sucesso, que as agências reguladoras foram ganhando espaço e fato é que, atualmente, o Direito Administrativo americano é conhecido como o Direito das Agências.

Feito esse pequeno histórico, passa-se a uma breve análise individual da *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), agência que será paradigma para a comparação com a similar brasileira, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) nos demais capítulos.

É de se destacar que a escolha da FERC se justifica em razão da expressividade da referida agência nos métodos adequados de resolução de conflitos. Analisar métodos que se mostram efetivos à desjudicialização contribui para o aperfeiçoamento das agências reguladoras brasileiras, nesse caso, especialmente a ANEEL, correspondente brasileira.

1.1.2 *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC)

A *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) é uma agência governamental que regula a transmissão interestadual de gás natural, petróleo e eletricidade, e tem como missão:

Promover a energia economicamente eficiente, segura, confiável e segura para os consumidores. Auxiliar os consumidores na obtenção de serviços de energia economicamente eficientes, seguros, confiáveis e protegidos a um custo razoável por meio de regulamentações e meios de mercado apropriados e esforços colaborativos¹⁵.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 229.

¹⁵ USA. **Federal Energy Regulatory Commission**. Disponível em: <https://www.ferc.gov/what-ferc>. Acesso em: 11 nov. 2021.

Outras competências podem ser assinaladas, como o transporte interestadual de óleo cru e produtos refinados, bem como o transporte nas atividades de exportações e importações, apenas para oleodutos dentro dos EUA de óleo cru e produtos refinados. A FERC, contudo, não regula a construção de oleodutos e de gasodutos, nem a produção de gás ou o fornecimento de gás para o consumidor final, pois tais competências são destinadas aos Estados¹⁶.

Sobre a criação da FERC, Ashley Brown esclarece que:

Todas as entidades regulatórias norte americanas, estaduais ou federais, são agências permanentes criadas por lei originária do Legislativo (*primary law*), a maioria por lei estadual. Nenhuma agência é criada por ordem do executivo ou decreto. As agências estaduais, naturalmente são criaturas de direito estadual, enquanto a FERC existe com base em lei federal. Com base na Constituição Federal, todos os estados possuem soberania nos seus próprios territórios e possuem a competência para criar o seu próprio regime regulatório. Na medida em que, contudo, o comércio se transforma em interestadual, os estados perdem a jurisdição exceto se o Congresso delegar tal competência para eles. Com relação à energia elétrica, naturalmente o Congresso não delegou qualquer competência aos estados. Ao contrário, ele criou a sua própria agência reguladora, a FERC¹⁷.

A FERC é composta por até cinco comissários (Diretores) nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos e confirmados pelo Senado, para um mandato de cinco anos. Já a autoridade jurisdicional da FERC deriva basicamente de três normas: (i) *Federal Power Act* (FPA); (ii) *Natural Gas Act* (NGA); e a (iii) Lei de Comércio Interestadual¹⁸.

¹⁶ MATOS, Fernanda Laís; COSTA, Isabel Soares; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. **Regulação e agências reguladoras nos Estados Unidos da América e suas influências para a indústria do petróleo no Brasil**. Trabalho publicado nos Anais do 3º congresso de P&D em Petróleo e Gás.

¹⁷ BROWN, Ashley. **The structure and process for regulation of 25lectricity industry in the United States**. Paper prepared at the Request of the Planning Commission of India with Support of the World Bank. Mimeo, 2003. p. 2.

¹⁸ McGREW, James H. **FERC – Federal Energy Regulatory Commission – Section of Environment Energy and Resources**. 2nd. Ed. American Bar Association, 2009. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=UuXfK9WBOfwC&oi=fnd&pg=PR7&dq=ferc+federal+energy+regulatory&ots=tFiiEKsqi&sig=016xAcyQXTN5tDKsuC_TVjWHPik#v=onepage&q&f=fsse. Acesso em: 27 nov. 2021.

A *Federal Power Commission* (FPC), precedente da FERC, foi criada em 1920 com o objetivo de garantir o desenvolvimento hidrelétrico federal, mas logo em 1935, a FPC se tornou uma agência reguladora hábil para controlar a energia, mas apenas em 1977 passou a ser denominada *Federal Energy Regulatory Commission*.

A *Federal Energy Regulatory Commission* tem grande abertura para participação pública, incentivando os interessados a enviarem comentários por escrito e a comparecer a quaisquer reuniões públicas de definição de temas relevantes para a regulação.

A cada consulta de viabilidade de instalação ou modificação de oleoduto, após a análise ambiental, de engenharia, econômica, legal e política, bem como dos comentários públicos, os cinco comissários decidem se aprovam ou negam a solicitação e quais condições se aplicam a ela.

Após a publicação das decisões, qualquer pessoa que tenha participado do caso, pode solicitar uma nova audiência. A comissão considera a solicitação antes de tomar uma decisão final e esta somente poderá ser apelada para os Tribunais Federais.

Todos os dutos autorizados pela FERC devem cumprir os regulamentos de segurança relativos à construção de dutos e operação da administração de segurança de dutos e materiais perigosos, também conhecido como *Pipeline and Hazardous Materials Safety Administration* (PHMSA), que faz parte do Departamento de Transporte. Uma vez que uma tubulação começa a operar, a PHMSA é responsável por seu uso seguro.

Se o proprietário do gasoduto, posteriormente, quiser expandir ou abandonar suas instalações, ele deve enviar uma nova solicitação à FERC.

Extrai-se do *site* da FERC, que a agência não é responsável por:

Regulamentação das vendas no varejo de eletricidade e gás natural

aos consumidores; Aprovação da construção física de instalações de geração elétrica; Regulamentação das atividades dos sistemas de energia municipais, agências federais de comercialização de energia como a *Tennessee Valley Authority* e a maioria das cooperativas elétricas rurais; Regulamentação de usinas nucleares pela Comissão Reguladora Nuclear; Emissão de Certificados Estaduais de Qualidade da Água; Supervisão da construção de oleodutos; Abandono de serviço relacionado a instalações petrolíferas; Fusões e aquisições relacionadas a empresas de gás natural e petróleo; Responsabilidade pelo transporte do oleoduto na ou através da plataforma continental externa ou pela segurança do oleoduto; Regulamentação de dutos de distribuição local de gás natural; Desenvolvimento e operação de veículos a gás natural; Problemas de confiabilidade relacionados a falhas de instalações de distribuição local; e Cortes de árvores perto de linhas de distribuição de energia em bairros residenciais¹⁹.

A FERC é uma agência reguladora norte-americana tradicional de grande reconhecimento nacional, que está em constante evolução, promovendo o aperfeiçoamento dos serviços prestados.

1.1.3 No Brasil

As agências reguladoras surgiram no Brasil por volta dos anos 90 do século XX. No entanto, é possível observar que o Estado brasileiro vem sofrendo transformações na forma de prestação do serviço público, desde o período do Brasil Colônia.

A primeira fase de mudança é identificada pela regulação patrimonialista que, de acordo com Márcio Aranha:

[...] era sinônimo de apropriação do Estado por seus governantes, cuja legitimidade esteve apoiada na probabilidade de reconhecimento de uma estrutura de autoridade representada, no Brasil, pelo caráter tradicional de legitimidade advinda da pessoa do governante assentada na devoção dos costumes²⁰.

¹⁹ USA. **Federal Energy Regulatory Commission**. Disponível em: <https://www.ferc.gov/about/what-ferc/what-ferc-does>. Acesso em: 27 nov. 2021.

²⁰ ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos do direito regulatório. London: Laccademia Publishing, 2015. *E-book* Kindle, posição 105/106.

Nesse momento ainda, o Estado era entendido como propriedade privada do soberano e, por essa razão, toda e qualquer decisão estava diretamente relacionada às vontades do detentor do poder político. Não obstante, a prestação de serviços públicos, nessa fase, era observada por meio da urbanização do país. Em sua maioria, as atividades de governo eram controladas por regulação normativa sem intervenção direta estatal portuguesa, ou seja, marcado pela descentralização operacional – prestação de serviços afastada do Estado – e por centralização normativa sobre as atividades reguladas.

Na sequência, até os anos 30 foi possível observar a fase da regulação desconcentrada, em que, segundo Márcio Aranha, o liberalismo econômico desempenhou seu papel, imprimindo a ideia de regulação normativa descentralizada, ou em outras palavras, de regulamentação da atividade econômica²¹.

Já com o surgimento do Estado de bem-estar social, observou-se o início da fase de regulação concentrada, dos anos 30 aos anos 80. Foram nos setores de energia elétrica e telecomunicações que se observaram os primeiros movimentos para um regime de concessões, naquela época previsto no artigo 137 da Constituição Federal Brasileira de 1934:

Art.137 – A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços²².

Marçal Justem Filho completa afirmando que:

A trajetória existencial das agências reguladoras no Brasil tem sido muito peculiar. Em pouco mais de doze anos, sucederam-se concepções distintas e opostas relativamente ao instituto. Na etapa inicial, as agências foram criadas como parte de uma política pública

²¹ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos do direito regulatório. London: Laccademia Publishing, 2015. *E-book* Kindle, posição 107.

²² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

orientada a captar investimentos estrangeiros. Seguindo as orientações de instituições financeiras internacionais, o governo brasileiro instituiu as agências reguladoras para a regulação de setores econômicos cuja expansão era indispensável e que dependiam de investidores estrangeiros. Assim, não foi casual que as primeiras agências reguladoras ‘modernas’ fossem criadas nos setores de energia elétrica, petróleo e telecomunicações²³.

Com a implementação do Programa Nacional de Desburocratização, no final dos anos 70, visualizou-se um marco normativo dessa transição para um Estado descentralizador, que objetivava, de certa forma, simplificar o funcionamento da administração pública. No final da década seguinte, o governo editou o Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988, transferindo para a iniciativa privada, atividades, até então, exploradas pelo Poder Público.

Foi com o artigo 173 da Constituição Federal de 1988, que se limitou a interferência do Estado na atividade econômica, exceto se presentes imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, proporcionando base jurídica para a inserção do Programa Nacional de Desestatização, por intermédio da Medida Provisória nº 155/09 convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990²⁴.

O processo de desestatização se caracterizou pelo incremento da prestação indireta, pois aumentou as delegações desses serviços. A forma indireta se caracteriza, basicamente, por três diferentes modalidades, a saber: concessão; permissão; e terceirização. Nessas formas, as empresas atuam como uma “*longa manus*” do poder estatal, em setores de responsabilidade do Estado. Há uma outra forma de desestatização chamada de privatização, entretanto, nessa modalidade, o Estado se retira por completo da prestação dos serviços, não restando responsabilidade indireta ou residual²⁵.

²³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Agências Reguladoras**: origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014. p. 16 *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. Prefácio. In: CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

²⁵ SANTOS. Marco Aurélio Moura de. **Agências Reguladoras**: natureza jurídica e poder normativo. São Paulo, 2015. *E-book* Kindle, posição 55/62.

Com a desestatização, o Estado deixa de ser o único fornecedor de serviços, entregando esses, então, à iniciativa privada. Tal mudança se justifica em razão da comprovação prática, ao longo dos anos, que o Estado não se mostrou capaz de continuar à frente de todas as funções do Estado de forma eficiente:

Esta nova forma de atuação estatal, que passa a ser necessária a partir do esgotamento da capacidade de o Estado realizar diretamente todas as necessidades da população, dá origem ao surgimento das agências reguladoras independentes. Isto ocorre, pois a retirada do Estado da exploração direta de determinadas atividades não poderia, em hipótese alguma, implicar em completa desestatização e descontrole de tais atividades²⁶.

Mas foi apenas com a Lei nº 8.987/1995 que realmente se regulamentou a regime jurídico das concessões. A partir de um movimento de desestatização, foi possível observar a introdução das agências reguladoras no Brasil.

Ainda que inspirada no modelo norte-americano, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, no Brasil, o objetivo era transferir, aos entes privados, o monopólio do Estado que, até então, exercia exclusivamente ou quase que exclusivamente, tornando-se apenas normatizador e fiscalizador (regulador).

Vale dizer, as agências reguladoras independentes surgem no Direito Administrativo brasileiro – assim como em diversos outros ordenamentos jurídicos – como instrumento de atuação estatal nos setores e que tal atuação seja necessária para o alcance das finalidades públicas impostas ao Estado pelo ordenamento jurídico, em decorrência de sua retirada da exploração direta de determinadas atividades e serviços. Pode-se até mesmo afirmar que o advento das agências reguladoras independentes é um pressuposto para o processo de privatização e desestatização²⁷.

²⁶ SCHIRATO, Victor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 467.

²⁷ SCHIRATO, Victor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 468.

Com esse novo modelo, o Estado provedor dá lugar ao modelo moderno de menor intervencionismo direto, em que o serviço é prestado pela delegação de poderes ao ente regulador, afastando as pessoas do controlador e do prestador.

É de se ressaltar, sem medo de ser repetitivo, que todo o processo de criação e instituição das agências reguladoras decorreu de um cenário de descontentamento dos usuários do serviço público, de uma crise absoluta no modelo do serviço, até então, prestado pelo Estado.

Nesse cenário, a primeira agência reguladora a ser criada no Brasil foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a qual será parâmetro de análise neste trabalho, com a sua congênere norte-americana, para verificar como se dão os métodos adequados de resolução de conflitos, nesse segmento.

1.1.4 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

A ANEEL foi criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, após a reestruturação do setor elétrico. De acordo com o que se extrai da própria página eletrônica da agência²⁸, esse processo de constituição da ANEEL iniciou-se desde o ano 1933, com a reorganização do serviço geológico e mineralógico do Brasil.

Em 1942, surgiu o Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), abrangendo entre outros, os serviços de águas, em consequência da Reforma Juarez Távora. Já em 1939, houve a criação do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE).

Em 1960, houve a criação do Ministério de Minas e Energia por meio da Lei nº 3.782, subordinando o CNAEE ao Ministério e a constituição da Eletrobrás – Central Elétrica Brasileira S.A., que absorveu várias funções de competência do CNAEE.

²⁸ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Histórico da ANEEL**. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/aaneel?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_col_id=col_umn2&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_redirect=%2Faaneel&_101_assetEntryId=14468831&_101_type=content&_101_urlTitle=historico-da-aneel&redirect=%2Fa-aneel&inheritRedirect=true. Acesso em: 5 nov. 2021.

Importante destacar que a criação do Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), em 1965, falhou ao não esclarecer que o CNAEE deixaria de intervir nos assuntos da competência do DNAE, o que causou grande incompatibilidade entre os dois órgãos.

Em 1969, houve a extinção do CNAEE e a transferência das atribuições para o DNAE, que passou a se chamar Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), até que, em 1996, houve a instituição da ANEEL²⁹.

A reestruturação deste setor somente foi possível após a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, que alterou a redação do artigo 176 § 1º, da Constituição Federal, passando a permitir a exploração privada dos potenciais de energia hidráulica, mediante concessão ou autorização da União.

A ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal, conforme preceitua o artigo 2º da Lei nº 9.427/96.

O artigo 3º da referida Lei arrola, ainda, diversas atribuições específicas da ANEEL, destacando-se, por exemplo, dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica; e fixar as multas

²⁹ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Histórico da ANEEL**. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/aaneel?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_co_id=column2&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_redirect=%2Faaneel&_101_assetEntryId=14468831&_101_type=content&_101_urlTitle=historico-da-aneel&redirect=%2Fa-aneel&inheritRedirect=true. Acesso em: 5 nov. 2021.

administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica.

A ANEEL foi a primeira autarquia federal a ser reconhecida como agência reguladora. Na sequência, identificam-se a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), constituídas pelas Leis nº 9.472, de 1997 e nº 9.478, de 1997, respectivamente.

O objetivo da ANEEL é proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade. A sua atuação é pautada nos princípios da autonomia, compromisso com o interesse público, diálogo, efetividade, equilíbrio, ética, imparcialidade, isonomia, previsibilidade, simplicidade e transparência³⁰.

Ainda, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2003), vislumbrou-se a criação de outras agências reguladoras como a Agência Nacional da Vigilância Sanitária (ANVISA) pela Lei nº 9.9782, de 1999; a Agência Nacional de Saúde (ANS) pela Lei nº 9.961, de 2000; a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), por meio da Lei nº 9.984, de 2000; a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) pela Lei nº 10.233 de 2001; e a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) pela Lei nº 10.454, de 2002.

1.2 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No Brasil, as agências reguladoras são classificadas como autarquia especial e instituídas por meio de lei e têm com o objetivo, normatizar, disciplinar, fiscalizar e prestar determinados serviços.

Segundo Alexandre Santos de Aragão, agências reguladoras são dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas do

³⁰ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Missão e Visão**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/missao-e-visao>. Acesso em: 5 nov. 2021.

exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado, cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada à exoneração *ad nutum*³¹.

No mesmo sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho, ao afirmar que a “agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da administração direta e investida de competência para a regulação setorial”³².

O seu reconhecimento como autarquia determina que, ao ser instituída, ela passa a ter autonomia em face dos entes políticos e liberdade na prestação de serviço. É em razão dessa característica, também, que as agências reguladoras estão sujeitas ao artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal³³, necessitando para tanto, de lei própria para sua implementação e extinção.

No que tange aos dirigentes das agências reguladoras, estes assumem o cargo por meio de nomeação, com prazo certo de mandato que não poderá ultrapassar a legislatura do Presidente. A organização dos cargos e dirigentes das agências reguladoras é instituída por meio da Lei nº 10.871, de 2004.

Ponto importante a ser observado pelas agências reguladoras é a autonomia financeira. Nesse sentido:

Outro item de fundamental importância na garantia da autonomia das agências reguladoras é a independência financeira em relação ao erário público, o que ocorre mediante a arrecadação de uma taxa de regulação devida pela concessionária diretamente a agência do setor regulado, taxa com relação direta em razão do proveito financeiro obtido com a concessão, e dessa forma, a agência não depende de verbas orçamentárias para o seu custeio³⁴.

³¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 275.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 nov. 2021.

³⁴ BRAGA, Cristina Alves da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. As agências reguladoras e o seu poder normativo. **Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE**, n. 15, primavera

Márcio Aranha classifica a regulação em regional, geral ou setorial, e explica que a regulação regional é, em sentido amplo, aquela direcionada ao controle de atividades econômicas, considerando a divisão espacial do ente federativo. Esse modelo de regulação leva em conta a organização espacial do poder político. A regulação geral objetiva o controle da economia de forma universal, sem distinção de regiões ou setores. E, por fim, a última categoria defendida pelo doutrinador, é a regulação setorial, que se diferencia das demais por atuar em segmentos e atividades previamente definidas, como por exemplo, meio ambiente, petróleo, energia etc.³⁵.

A regulação setorial é, sem dúvida, a base para o modelo atualmente conhecido das agências reguladoras:

De modo geral, as agências reguladoras visam, entre outros fins a proteção dos usuários, o livre acesso do usuário ao serviço (que deverá ser atualizado, eficiente, adequado, contínuo) Lei de Concessões, art. 6º, § 1º) e sua não discriminação; a possibilidade de livre escolha do fornecedor; e tarifas módicas, mas sempre respeitando o equilíbrio econômico financeiro do contrato³⁶.

Assim, dentre as características das agências reguladoras há de se destacar, principalmente, as suas funções de fiscalizar, sancionar e julgar. A atividade julgadora, compreendida, especificamente neste trabalho, pela sua capacidade de dirimir conflitos é, sem dúvida, um passo grandioso à desjudicialização e prestação do serviço adequado.

1.3 A FUNÇÃO ADJUDICATÓRIA COMO REQUISITO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ADEQUADO

De acordo com o mencionado no capítulo anterior, as agências reguladoras têm o poder de normatizar, disciplinar, fiscalizar e prestar determinados serviços. As funções das agências regulatórias são de natureza estritamente técnica e, quando

2015. p. 120. Disponível em: eco.unne.edu.ar/revista/Edic_Ant.htm. Acesso em: 7 nov. 2021.

³⁵ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos do direito regulatório. London: Laccademia Publishing, 2015. *E-book* Kindle, posição 115/116.

³⁶ SANTOS, Marco Aurélio Moura de. **Agências Reguladoras**: natureza jurídica e poder normativo. São Paulo, 2015. *E-book* Kindle, posição 69.

terceirizada, para ser prestada fora dos serviços do Estado, permite uma maior especialização e tecnicidade, como se verifica a seguir:

As decisões das agências reguladoras têm que ser guiadas por elementos técnicos, específicos. Essa é umas das principais razões de ser de tais agências reguladoras. Em vista da altíssima tecnicidade das decisões das agências reguladoras, não se pode conceder um controle jurisdicional ilimitado, irrestrito, eis que o Poder Judiciário é órgão técnico e, destarte, não detém o conhecimento necessário para aferir a correção ou incorreção das decisões das agências reguladoras exaradas dentro de um campo de discricionariedade técnica [...] ³⁷.

Em razão da tecnicidade nas relações que envolvem as agências reguladoras e regulados, essas entidades são desafiadas a produzir mecanismos que garantam uma decisão adequada aos conflitos existentes. É, por essa razão, que as agências reguladoras apresentam uma função adjudicatória, a fim de garantir que os conflitos decorrentes da prestação do serviço sejam apreciados dentro da própria agência, de forma técnica, célere, menos custosa e, principalmente, evitando a judicialização do conflito.

Com a observância de grande destaque no serviço prestado pelas agências reguladoras, houve uma maior aproximação entre os envolvidos nesta relação, permitindo que muitas das questões sejam tratadas internamente nas agências reguladoras.

Valemo-nos aqui, *exempli grati*, do setor de energia elétrica. Para ilustrar esta enorme gama de interesses coletivos legítimos existentes. Entre outros, por um lado, há os interesses dos usuários dos serviços públicos; por outro lado, há interesses do Estado em garantir o fornecimento seguro e módico de energia elétrica; por outro lado, há os interesses dos concessionários privados que precisam auferir lucro para continuar seus investimentos na modernização e na universalização dos serviços; por outro lado, há os interesses dos grandes consumidores, para os quais o custo da energia constitui-se elemento fundamental para a competitividade dos produtos por eles produzidos; sob outro enfoque, há também os interesses dos auto produtores, que necessitam a segurança de aproveitamento da energia por eles gerada como incentivo ao investimento em ampliação

³⁷ SCHIRATO, Victor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 471.

em geração³⁸.

É de se observar que na própria lei de criação da ANEEL, agência reguladora de destaque neste trabalho, no artigo 4º, § 3º, da Lei nº 9.417/96, é incentivada a aproximação e a participação popular nas agências reguladoras, por meio do procedimento de audiências e consultas públicas.

1.4 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

No que se refere à relação das agências reguladoras e o poder público, existem particularidades relevantes para a compreensão do grau de autonomia existente no modelo brasileiro. De acordo com Márcio Aranha, são eles:

[...] o processo de indicação dos membros da agência e de seu afastamento; autonomia orçamentária e financeira; garantia de inamovibilidade de seus membros; irrecorribilidade das decisões de sua competência na esfera administrativa; reserva de poderes normativos suficientes à adequação das metas setoriais à dinâmica de cada atividade³⁹.

A atividade regulatória tem como um dos seus pilares a função normativa, e sobre esse papel das agências reguladoras, imperam dúvidas e críticas no modelo brasileiro. Isso porque ele é, de certa forma, limitado, pois deve ser submisso à legislação nacional, sendo vedada a inovar ou contrariar ordem jurídica existente, sob risco de ferir o princípio da separação dos poderes e da legalidade previstos, respectivamente, no artigo 2º e artigo 5º, III, ambos da Constituição Federal⁴⁰.

Uma corrente afirma que essa função regulamentar das agências reguladoras não tem previsão constitucional, no entanto, deve-se registrar que a há previsão constitucional nos artigos 174 e 175 da Constituição Federal.

³⁸ SCHIRATO, Victor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 487.

³⁹ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos do direito regulatório. London: Laccademia Publishing, 2015. *E-book* Kindle, posição 137.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

Os seguintes fundamentos são os principais, considerados pela doutrina como fontes do poder regulamentar das agências reguladoras: deslegalização; delegação legislativa aliada ao princípio da eficiência; intervenção estatal para consecução de valores constitucionais; deslegalização aliada à discricionariedade técnica; atribuição constitucional; e princípio da eficiência associado à discricionariedade⁴¹.

Não se pode deixar de enfatizar que houve considerável mudança no conteúdo das normas jurídicas que regulamentaram a nova forma de atuação da administração pública, segundo Alexandre Aragão dos Santos⁴², as novas leis de Direito Administrativo passam a ser normas de baixa densidade normativa, necessitando das edições de novos regulamentos complementares:

Demais disso, as novas normas de direito administrativo passam a incidir sobre setores e temas que demandam teor técnico muito mais elevado e que não raro importam em grande efemeridade das normas editadas. Isto ocorre, pois cada vez mais (i) detalhes teóricos relativos aos setores regulados demandam normatização para o adequado funcionamento do setor em questão e (ii) o objeto das normas editadas acaba por ser efêmero, uma vez que recai horas sobre questão transitória, que tende a desaparecer com o passar do tempo e a consolidação de determinada situação (exempli gratia, monopólios temporários criados em setores para possibilitar o retorno dos investimentos realizados), e ora recai sobre questões que passam a perder a eficácia em razão do advento de novas tecnologias⁴³.

Apenas para ilustrar as questões aqui tratadas, sobre o reconhecimento do poder normativo das agências reguladoras perante as Cortes Superiores, é importante mencionar precedentes conforme segue:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO A RESOLUÇÕES DA ANTT. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS

⁴¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 201.

⁴² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, n. 38, 2002, p. 22.

⁴³ SCHIRATO, Victor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 491.

REGULADORAS. LEGALIDADE.

[...]

5. No sentido da tese acima apresentada, recente julgamento da Primeira Turma no AgInt no REsp 1.620.459/RS, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, DJe 15.2.2019: ‘Consoante precedentes do STJ, as agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Dessarte, não há ilegalidade configurada, na espécie, na aplicação da penalidade pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar/disciplinar, amparado na Lei 10.233/2001 (REsp 1.635.889/RS, Rel. **Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016**). **Precedentes: REsp 1.569.960/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/5/2016; AgRg no REsp 1.371.426/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/11/2015**’.

6. Na mesma linha, segue precedente da Segunda Turma no AgRg no AREsp 825.776/SC, de relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe 13.4.2016: **‘Não há violação do princípio da legalidade na aplicação de multa previstas em resoluções criadas por agências reguladoras, haja vista que elas foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação’** (RECURSO ESPECIAL Nº 1.807.533 – RN 2019/0095503-8 RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN)⁴⁴.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. FISCALIZAÇÃO. EVASÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. Consoante precedentes do STJ, ‘as agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Dessarte, não há ilegalidade configurada, na espécie, na aplicação da penalidade pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar/disciplinar, amparado na Lei 10.233/2001’ (REsp 1.635.889/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016). Precedentes: REsp 1.635.889/RS, Rel. Min.

⁴⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 20 nov. 2021.

Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016; REsp 1.569.960/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/5/2016; AgRg no REsp 1.371.426/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/11/2015.

2. Agravo interno não provido (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.620.459 – RS 2016/0214053-3 RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES)⁴⁵.

Em outras linhas, é de se destacar que é imprescindível a edição de normas próprias às agências reguladoras, com a finalidade de adequar as suas atividades e suas atribuições. Não seria benéfico às agências reguladoras delegar ao Poder Legislativo a edição de suas normas, tendo em vista a tecnicidade das matérias reguladas, bem como a morosidade dos processos legislativos.

O poder normativo das agências reguladoras brasileiras deve ser compreendido à luz dos princípios que regem a administração pública, bem como fundada na lei que criou cada uma das agências. Com o passar dos anos e a transferência da função legislativa tradicional para a regulação, iniciou-se o processo denominado deslegalização.

O fenômeno da deslegalização não é aceito por todos. Marçal Justen Filho, afirma que 'A concepção de deslegalização ou delegificação não se afigura como aplicável ao direito brasileiro. Ao menos, não há cabimento de produzir a transferência de competência normativa reservada constitucionalmente ao Legislativo para o Executivo'⁴⁶.

Tal entendimento decorre das peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, que prevê reserva legal para o tratamento de alguns assuntos.

Nos dizeres de Marco Aurélio Moura de Santos, “em geral, fala-se em poder regulamentar; prefere-se falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Início**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 45.

competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com as outras”⁴⁷.

A doutrina divide os atos normativos em originários e derivados. De acordo com os ensinamentos de Miguel Reale:

Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos derivados têm por objetivo a explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano prático; o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento⁴⁸.

E complementa:

Os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originalidade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam, ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade⁴⁹.

Outros autores trazem classificação diversa, que divide o regulamento em executivo e autônomo/independente. No ensinamento de Marco Aurélio Moura de Santos, o executivo baseia-se nos termos do artigo 84, IV da Constituição, e contém normas que complementam a lei. Já o autônomo, é responsável pela inovação jurídica, vez que aborda matérias ainda não disciplinadas em lei⁵⁰.

Nesse sentido, é imperioso destacar que o poder normativo concedido às agências reguladoras decorre da delegação conferida pelo Poder Executivo, que se

⁴⁷ SANTOS, Marco Aurélio Moura de. **Agências Reguladoras: natureza jurídica e poder normativo**. São Paulo, 2015. *E-book* Kindle, posição 352.

⁴⁸ REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 12.

⁴⁹ REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 14.

⁵⁰ SANTOS, Marco Aurélio Moura de. **Agências Reguladoras: natureza jurídica e poder normativo**. São Paulo, 2015. *E-book* Kindle, posição 390.

utiliza dessa faculdade para emitir, regular e normatizar contratos de concessão, bem como solucionar conflitos decorrentes dos contratos celebrados.

1.5 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A RELEVÂNCIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO

A busca pela democratização do acesso à justiça é um enorme desafio e já foi objeto de intensos estudos. Uma justiça “igual para todos” é um ideal. Certo é, entretanto, que existem grandes obstáculos para que esse ideal seja atingido, seja pela deficiência estatal, seja por abusos dos jurisdicionados, como se verá adiante.

O Brasil vive um momento em que o Judiciário já não suporta mais o número de demandas litigiosas existentes. Excesso de processos, morosidade no julgamento e execuções de sentença são alguns dos principais problemas que os aplicadores do Direito enfrentam diariamente, além dos inúmeros percalços que assolam o atual judiciário brasileiro como, por exemplo, custos, morosidade, falta de especialização das varas e tecnicidade dos juízes.

Em 2020, o Conselho Nacional de Justiça demonstrou, por meio do relatório Justiça em Números, que o ano de 2019 finalizou com 77,1 milhões de processos em tramitação. Desses, 14,2 milhões estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório. De acordo com o relatório, o ano de 2017 foi o primeiro na história a demonstrar uma contenção no número de ações ajuizadas, mas em 2018, pela primeira vez na década, houve, de fato, uma redução no número de ações judiciais. O relatório demonstra, também, que houve crescimento de 6,8% de novos casos, mas também, aumento de 11,6% de processos solucionados⁵¹. É um cenário que começou a apresentar melhoras, mais ainda necessita de providências mais efetivas para frear esse movimento de judicialização.

Tal panorama é devido à cultura do judiciário brasileiro que está voltada para o sistema perde-ganha e a educação jurídica que encoraja o perfil adversarial e

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

competitivo, sem calcular os efeitos danosos do processo judicial litigioso para o sistema social.

Fazendo uma breve retrospectiva histórica, tem-se que há poucos anos, a preocupação era de promover o acesso à justiça, de forma igualitária, para que assim, todos pudessem litigar no mesmo patamar. Com isso, inúmeras medidas foram tomadas, podendo-se citar, entre elas, a criação de juizados de pequenas causas e a concessão de justiça gratuita para pessoas hipossuficientes financeiramente.

Ironicamente, o que era para ser uma boa notícia (o acesso facilitado à justiça), acabou sendo um estopim para quase uma inviabilização do judiciário.

Explica-se esse fato com o exemplo da Assistência Judiciária Gratuita. Um dos grandes impedimentos à busca do judiciário foi o valor das custas processuais. Para resolver esse problema, facilitou-se a forma de obtenção da gratuidade. E o que ocorreu, foi o abuso nos pedidos de justiça gratuita, inchando as Varas com processos, refletindo diretamente no tempo de tramitação de cada demanda.

Na legislação brasileira, a concessão da gratuidade está regulada pelo artigo 99 do Código de Processo Civil/2015, que preceitua que o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

E, nos parágrafos segundo e terceiro do mesmo artigo, o legislador anota que o juiz somente poderá indeferir o pedido, se houver nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos, presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida, exclusivamente por pessoa natural.

A facilidade na concessão da benesse da gratuidade da justiça acaba por trazer mais problemas do que se imagina. A primeira, porque obviamente os valores não recebidos serão compensados de alguma forma, ou simplesmente deixarão de

ser reinvestidos no sistema judiciário que, sabe-se, é dispendioso. Em segundo, porque tal facilidade gera o afloramento de lides temerárias ou demandas frívolas. Isso porque, a partir do momento que o indivíduo não tem custo com o ajuizamento de uma demanda, deixa de tentar resolver extrajudicialmente seus conflitos, passando diretamente para a medida mais extrema.

Mister gizar, com Pedro Manoel Abreu⁵²

Ante a vagueza do termo, normalmente a doutrina tem atribuído duplo sentido à expressão ‘acesso à justiça’. No primeiro, conferindo ao significante ‘justiça’ o mesmo sentido e conteúdo de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões ‘acesso à justiça’ e ‘acesso ao judiciário’. No segundo, a partir de uma visão axiológica da expressão ‘justiça’, interpreta o acesso a ela como o ingresso de uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, de conteúdo mais amplo, estaria a englobar, no seu significado, o primeiro.

Sobre o acesso à justiça é imperioso destacar que, ao tratar do tema, não se deve pensar apenas em ajuizar uma ação, mas sim, ingressar no judiciário em condição de equidade com seus contendores e ter o seu pedido apreciado de forma eficiente e em tempo razoável.

Cappelletti e Garth reconhecem que a expressão “acesso à justiça” é:

[...] reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, em primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁵³.

⁵² ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Editora Fundação Boitex, 2004. p. 40.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

Não há dúvida que se tem, nos últimos anos, experimentado uma forte evolução na busca do acesso pleno e igualitário à justiça. Não obstante, fato é que essa busca encontra obstáculos difíceis de superar.

Aliás, Cappelletti e Gart arrolam diversos entraves que teriam o condão de dificultar o acesso à justiça para os jurisdicionados. Como exemplo, devem ser citados entraves econômicos, sociais, culturais, políticos e processuais⁵⁴.

Para fins desta pesquisa, com ênfase nas possibilidades dos métodos adequados de resolução de conflito pelas agências reguladoras, é imperioso destacar que os maiores entraves, ao pleno acesso à justiça, são as desigualdades econômicas e sociais, sobre as quais se tratará brevemente.

O mais presente entrave ao acesso à justiça, quando se fala em desigualdade econômica, é o custo financeiro de uma demanda judicial. Cappelletti e Garth reforçam que “torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça”⁵⁵.

Impede deixar claro que quando se trata de custo monetário deve-se incluir, além das custas judiciais, todas as demais despesas (perícias, deslocamentos de advogados, partes e testemunhas, assistentes técnicos etc.).

Para Pedro Manoel Abreu:

A investigação científica tem evidenciado que os custos da litigiosidade nas sociedades capitalistas em geral são muito elevados, aumentando à medida que baixa o valor da causa, sendo, portanto, proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis⁵⁶.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 16.

⁵⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação

Além da desigualdade econômica – obstáculo ao pleno acesso à justiça tratado anteriormente – a desigualdade social também se mostra uma barreira. É que “os cidadãos de menor renda tendem a desconhecer seus direitos tendo, por isso mesmo, maior dificuldade de entender o problema jurídico que os afeta”⁵⁷.

A própria Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, no seu artigo 6º parágrafo 1º, prevê a garantia de acesso à justiça:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça⁵⁸.

Cappelletti e Garth, na obra “Acesso à justiça”, relacionam três ondas de soluções aos obstáculos de acesso à justiça, sendo a primeira relacionada a assistência judiciária aos pobres; a segunda refere-se à representação dos interesses difusos e objetiva contornar o obstáculo existente de acesso à justiça; e, a última, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, objetiva a aplicação de melhores técnicas processuais e influencia no preparo dos operadores do Direito⁵⁹.

de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Editora Fundação Boitex, 2004. p. 55-56.

⁵⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Editora Fundação Boitex, 2004. p. 60-61.

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

Neste trabalho, interessa apenas analisar a terceira onda, ou seja, demonstrar a importância da substituição da justiça contenciosa por métodos adequados de resolução de conflitos.

Segundo Cappelletti e Garth, essa terceira onda, denominação dada por eles, inclui a advocacia judicial e extrajudicial: “Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”⁶⁰.

Deve-se, como operadores do direito, entender que não existe uma única forma de “fazer o direito”. Deve-se entender, ainda, que o Tribunal não é a única forma de solução do conflito e, principalmente, que é imprescindível para o sistema atual, a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos.

1.6 TIPOS DE MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde a década dos anos 90, observou-se um grande estímulo, das políticas públicas aos Métodos Adequados de Resolução de Conflito (MARC), promovendo uma série de práticas capazes de solucionar os conflitos na esfera extrajudicial, com o intuito de frear o grande ajuizamento de ações.

Nitidamente, nessa época, os jurisdicionados já clamavam por uma justiça que se preocupasse mais com o jurisdicionado e com a manutenção das relações humanas, do que com sentenças resolutivas de mérito, que não satisfaziam às necessidades das partes.

Os métodos adequados de resolução de conflitos surgiram da necessidade de maior efetividade de acesso à justiça, para reduzir o tempo de tramitação processual das demandas e, ainda, para desafogar o judiciário.

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 67-68.

Segundo Gonçalves:

Nos parágrafos do art. 3º do CPC/2015, o legislador previu métodos alternativos de resolução de conflitos (arbitragem, conciliação, mediação, e outros métodos de solução consensual). A lei de Arbitragem permitiu aos conflitantes atribuir a solução a um árbitro, que proferirá sua decisão com força de sentença, sem necessidade de posterior homologação do Poder Judiciário. Não há inconstitucionalidade, nem ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição [...]. O acesso à justiça não pode sofrer restrições estranhas à ordem processual, como a que condicione o direito de ação ao prévio esgotamento das vias administrativas [...]⁶¹.

E completa:

A solução consensual dos conflitos deve ser, sempre que possível, promovida pelo Estado, devendo a conciliação, a mediação, e outras formas de solução consensual ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público⁶².

Em suma, os métodos adequados de resolução de conflitos foram implantados no Judiciário Brasileiro para resolver o colapso do sistema processual, reduzindo o número de demandas em uma fase antes da judicial.

O Brasil foi fortemente influenciado pelo sistema norte-americano conhecido como *multidoor courthouse*, que trata, basicamente, de um centro de justiça, em que a parte interessada é entrevistada e encaminhada para o sistema de resolução de conflitos que melhor atenda ao seu interesse, seja arbitragem, conciliação, processo contencioso etc.

A institucionalização desses instrumentos – ou seja, a inserção desses métodos na administração pública, em especial, no Poder Judiciário – iniciou-se, no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor *Frank Sander* denominada *Multidoor Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas). Esta organização judiciária, proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso,

⁶¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66.

⁶² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66.

baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito⁶³.

Nesses métodos são privilegiadas a cooperação, a tolerância, a empatia e o diálogo. Estimulam-se as partes a atuarem conjuntamente para chegar a uma conclusão e, principalmente, a posição de autores das suas próprias escolhas.

A decisão pelos métodos adequados de resolução de conflito traz à população uma maior satisfação no que se refere aos resultados, com isso, a chance de recursos e revisionais diminuem. No entanto, se mesmo após o estímulo aos métodos consensuais, a paz não for encontrada, aí sim, de forma alternativa, o Poder Judiciário deve ser chamado para decidir.

Percebe-se que a divulgação e utilização de meios pacíficos de resolução de conflitos são medidas de necessidade pública. Deixar de fomentar o conflito, para instaurar a paz é uma obrigação dos operadores do Direito. É importante que tais métodos não sejam vistos como uma alternativa, excluído uma opção em detrimento de outra, e sim, como o meio adequado de resolução de conflitos. A não utilização dos métodos como primeira opção, apenas se justifica pela ignorância, pois as pessoas têm medo do que não conhecem.

A partir da década de 1990 iniciaram os investimentos em legislação que privilegiem os métodos adequados de resolução de conflitos. Preocupados com a grande demanda do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, passou a voltar sua atenção para essa causa e, inicialmente, criou a Resolução nº 70, de 18 de março de 2009, com o intuito de estabelecer critérios e metas quantitativas para julgamentos de casos antigos.

Mas foi em 2010, com a Resolução nº 125 do CNJ, que se viu um movimento maior na gestão de controvérsias. A citada resolução veio para criar

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. 2015. p. 18.

alternativas de resolução de conflitos e reestruturar os métodos, fazendo com que o judiciário passasse a dedicar mais atenção ao assunto.

Posteriormente, entra em evidência a Lei de Mediação (nº 13.140/15) e a vigência do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15. Ambos trouxeram uma revolução para o judiciário brasileiro, no que tange aos métodos adequados de resolução de conflitos, incentivando a cultura da pacificação social.

O atual panorama dos métodos de gestão de conflitos permite que diferentes abordagens constituam opções válidas, sem que haja, entre elas, qualquer tipo de valoração. Nessa vertente, é possível colocar mediação, conciliação, arbitragem e negociação em um mesmo patamar.

O próprio Manual de Mediação do Conselho Nacional de Justiça tratou de abarcar o assunto:

Nenhum desses métodos deve ser percebido ou conceituado de forma rígida. Ao contrário, tratando-se de mecanismos adequados de resolução de disputas, deve-se ter em mente uma abordagem pluralista de que podem existir, para cada um desses métodos, definições igualmente corretas ainda que distintas entre si. Ademais, a conceituação, especialmente no campo de [*Resolution Appropriate Dispute*] RADs, deve ser flexível (para que os processos também o sejam), podendo ser ampliada, reduzida e reformulada, de forma a se adequar à disputa e às partes em um caso concreto⁶⁴.

É nítido que, há alguns anos, o Conselho Nacional de Justiça vem trabalhando para uma mudança no panorama da resolução de conflitos e indução de uma nova mentalidade. Entretanto, por mais que o Estado venha investindo em políticas públicas para efetivar o acesso à justiça, observa-se que a grande maioria das pessoas desconhece outros meios de resolução de conflitos, que não o judiciário.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. 2015. p. 18.

A aparição de novos métodos de resolução de conflitos, alheios ao judiciário demonstra uma forma simples de resolução dos mesmos, sem burocracia. Tais métodos são capazes de proporcionar uma justiça mais célere e eficaz.

Nos Estados Unidos, o modelo correspondente aos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos (MARCAs), são designados de *Alternative Dispute Resolution* (ADRs), em livre tradução, “Resolução Alternativa de Disputa”, no entanto, é imperioso destacar que há grande diferença terminológica, isso porque,

A expressão alternativa decorre da cultura em que o modelo dominante de resolução de conflitos é de competência do Poder Judiciário, o que se torna uma impropriedade, pois nos Estados Unidos as evidências mostram que a maioria dos conflitos é resolvida fora da esfera judiciária⁶⁵.

Com a evolução na divulgação dos métodos adequados de resolução de conflitos, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, foi possível observar sua aparição em vários outros setores, inclusive, na administração pública:

Com a transferência de funções de utilidade pública, do setor público para o privado, pela via de contratos de concessão, o objetivo da função regulatória é fazer essa transferência interessante para as três partes envolvidas – concedente, concessionário e usuário. Para tornar o serviço acessível ao usuário e remunerar os elevados investimentos, é preciso diluir a cobrança das tarifas em contratos de longo prazo. Ocorre que, raramente, os contratantes terão capacidade de, no momento da negociação ou da estipulação das condições e obrigações, conhecerem e prevenirem todas as situações que podem ocorrer no futuro. Isso realça o papel do agente regulador, que deve buscar interpretar, de forma isenta, os princípios que orientaram a celebração do contrato, para propor soluções através da mediação, e em caso de insucesso, da arbitragem⁶⁶.

O Congresso norte-americano aprovou, no ano de 1990, duas normas que objetivavam divulgar e promover *Alternative Dispute Resolution* (ADR), no governo federal:

⁶⁵ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento** – Estudo comparado para a reforma do Sistema Judicial. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 91.

⁶⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, n. 216, p. 157, 1999.

A Lei de Resolução de Disputas Administrativas (ADRA) deu às agências federais autoridade adicional para usar ADR na maioria das disputas administrativas. A lei ampliou a jurisdição do [*Federal Mediation and Conciliation Service*] FMCS para oferecer mediação e treinamento às agências federais. Isto também instruiu as agências federais a colocar requisitos de ADR em todos os seus contratos padrão de bens e serviços⁶⁷.

De acordo com Osvaldo Agripino Castro Junior, cerca de 80% dos norte-americanos acreditam que litigar nos tribunais custa muito e, por essa razão, a cultura jurídica nos Estados Unidos tem mais tradição e procura por métodos adequados de resolução de conflitos, desencorajando o litígio⁶⁸.

E, assim, não só nas demandas de Direito de Família e nas pequenas causas se operaram os métodos adequados de resolução de conflitos. A nova forma de resolução ganhou espaço nos mais diversos campos do direito brasileiro e estadunidense, ressalvadas as indicações de determinado método para cada tipo de conflito.

1.6.1 Negociação

A característica mais marcante de todos os métodos autocompositivos é a utilização da negociação como meio para resolver o conflito.

Nos dizeres de Sampaio e Neto, “Podemos dizer, portanto, que a negociação é a primeira instância de tentativa de resolução de conflitos, pois, uma vez diante de uma solução que atenda a ambas as partes, o conflito está resolvido”⁶⁹.

A negociação é semelhante à mediação e conciliação, com a diferença de que o negociador apenas aproxima as partes. Trata-se de método autocompositivo de conflito, em que as partes discutem acerca dos impasses e negociam uma forma de

⁶⁷ BARRETT, Jerome T.; BARRETT Joseph P. **History of Alternative Dispute Resolution** – The story of a political, cultural, and social movement. 1st ed. HB Printing, 2004. p. 245-246.

⁶⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento** – Estudo comparado para a reforma do Sistema Judicial. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 483.

⁶⁹ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O Que é Mediação de Conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2014. p. 12.

resolvê-lo sem a intervenção de um terceiro. Tal método é indicado para casos de pouca monta econômica, baixa complexidade, bem como para os casos em que inexistem relações afetivas entre as partes.

Roger Fisher e William Ury, em sua obra traduzida para o português como “Como chegar ao sim”, definem negociação como “uma comunicação de ida e volta projetada para chegar a um acordo quando você e o outro lado têm alguns interesses que são compartilhados e outros que são opostos”⁷⁰.

Trata-se de um processo interativo que abarca interesses compartilhados e preocupações comuns daqueles que estão em conflito. A negociação é dinâmica, e pode ser usada como uma ferramenta para lidar com uma variedade de disputas. Uma negociação pode ser sobre um único assunto ou um conjunto múltiplo de questões, ser pessoal ou impessoal, pontual ou não, envolver uma única parte ou várias partes, ser distributiva ou de soma zero, representativa ou para si mesmo.

Sobre o procedimento, de acordo com o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça,

Em linhas gerais, as partes; I) escolhem o momento e o local da negociação; II) determinam como se dará a negociação, inclusive quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão e o instante de discussão das propostas; III) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações; IV) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; V) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle do resultado⁷¹.

Para negociações empresariais, é importante que a utilização do método esteja expressa no contrato em forma de uma cláusula compromissória, prevendo, inclusive, o número de reuniões a serem realizadas.

⁷⁰ FISHER, Roger; URY, William. **Getting to Yes**. 2nd ed. Course Technology, 1999. p. 5.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. 2015. p. 20.

Vezzulla, ao abordar o tema, que ele denomina como negociação cooperativa, adverte que “a negociação é sem dúvida, o mais rápido e econômico meio de resolver controvérsias, quando os negociadores conhecem as técnicas que os auxiliarão a obter satisfação para ambas as partes”⁷². Pela singeleza do método, este deveria ser o primeiro passo a ser considerado, quando na iminência de um conflito.

A Escola de *Harvard* foi uma das pioneiras no estudo da negociação, apresentando para o mundo, uma negociação baseada em princípios em que se incentiva separar os envolvidos do problema, focar nos interesses das partes e não em suas posições, gerando possibilidades de ganho mútuo e o uso de critérios objetivos.

A doutrina também apresenta dois tipos de negociação, a distributiva e integrativa.

A negociação distributiva é aquela em que as partes competem pela distribuição de uma soma fixa de valor. A pergunta chave em uma negociação assim é ‘quem vai exigir o maior valor?’ Em negociações distributivas, um lado ganha à custa do outro. Já a negociação integrativa é ‘aquela em que as partes cooperam entre si para obter o máximo possível de benefícios, conjugando seus interesses em um acordo’. Esses casos implicam criação e reinvidicação de valor⁷³.

Quando se trata de métodos adequados de resolução de conflito, deve-se ater a negociação integrativa, que demonstra uma forma positiva de resolução de conflitos, em que se pode observar ganhos mútuos e abrandamento do conflito.

Felizmente, no âmbito das agências reguladoras, também foi possível observar uma crescente utilização das técnicas de negociação:

Por outro lado, a maior dependência do Estado nos agentes privados

⁷² VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: guia para usuários e profissionais. Florianópolis: Imab, 2001. p. 15.

⁷³ GOLÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro Péres. **Cadernos ESMESC**: mediação e conciliação: tópicos selecionados de mediação e conciliação. v. 12. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020. p. 32.

traz como consequência uma necessidade maior de mecanismos de negociação, para que os resultados finais sejam alcançados de forma satisfatória tanto quanto possível para ambas as partes. A negociação tão típica no direito privado e quase proibida no direito público, passa a ter lugar para a melhor consecução dos fins públicos⁷⁴.

Em suma, trata-se de um procedimento, com pouco ou até nenhum formalismo, que dá total liberdade para as partes comporem de forma criativa, em que todos os conflitos poderão ser negociados. Importante destacar que não existe qualquer regulamentação acerca da negociação.

1.6.2 Conciliação

Estabelecer um marco histórico para o surgimento da atividade de conciliação é complexo, tendo em vista que o ato de conciliar, assim como o de negociar, é inerente ao ser humano.

Sobre o instituto da conciliação, apesar de se tratar de um instituto aplicado desde décadas atrás, Sampaio e Neto acreditam que ainda há certa confusão com a conceituação do tema:

Em todos os países de língua latina é notória a existência do paradigma de que a justiça ou o acesso à justiça é sinônimo de recorrer ao Poder Judiciário para que este delibere sobre as questões. [...] A falta de tradição, nestes países, de soluções negociadas para os conflitos leva a compreensões equivocadas do que são os institutos da mediação e da conciliação. Os dois instrumentos são confundidos e, muitas vezes considerados sinônimos, pois ainda há muito desconhecimento sobre as características particulares de cada um deles. A distinção entre ambos passa, inicialmente, pela abordagem do conflito. A conciliação é um procedimento mais célere e, na maioria dos casos, restringe-se a uma reunião entre as partes e o conciliador. Trata-se de mecanismo muito eficaz para conflitos em que inexiste entre as partes um relacionamento significativo no passado ou contínuo a futuro, portanto, preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia ou ao processo judicial⁷⁵.

⁷⁴ SCHIRATO, Victor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 470.

⁷⁵ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O Que é Mediação de Conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 20.

Por intermédio da conciliação é possível a resolução dos conflitos de forma eficiente e mais ágil que a mediação, por exemplo. É de se ressaltar que a conciliação não se aprofunda nas causas geradoras do conflito, limitando sua atuação na própria resolução do problema.

O Conselho Nacional de Justiça, conceitua a conciliação como

Um meio alternativo de resolução de conflito em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. o conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e a harmonização das relações⁷⁶.

Tal instituto está fortemente ligado ao judiciário nos países latinos, visto que sua maioria já possui previsões legais contidas nas leis processuais.

Existe a conciliação judicial, aquela que é levada a efeito pelo juiz ou seus auxiliares, no curso do processo judicial. Há, também, a conciliação extrajudicial, realizada por terceiros, geralmente voluntários, que auxiliam as partes na construção de uma solução para o próprio litígio.

Sobre a conciliação judicial, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme afirma ser:

[...] uma nova forma, ágil extremamente diferenciada de prestar-se a jurisdição, trazendo as partes para uma audiência. Na presença do conciliador, conversarão entre si e farão a proposta. Se aceita, a proposta é homologada no mesmo dia pelo juiz, pondo fim ao processo sem que haja recurso ou qualquer tipo de burocracia⁷⁷.

Já, sobre a conciliação extrajudicial,

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. 2015. p. 63.

⁷⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação**: conciliação e negociação. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 59.

É aqui se dá por meio de contrato, que a rigor a lei designa como transação. os sujeitos de uma obrigação em litígio se conciliam mediante com seções de lado a lado. Nascendo esse acordo será consumado por escrito, com a assinatura dos outrora litigantes e com a presença de 2 testemunhas. por último, também será um título executivo extrajudicial⁷⁸.

Imperioso destacar o papel do conciliador no procedimento, pois é o indivíduo que tem a função de aproximar as partes e orientá-las na construção de um acordo. Assim, como na mediação, ele não proferirá uma decisão a ser seguida pelas partes, mas deve ajudá-las a encontrar a solução que mais seja adequada ao interesse dos envolvidos.

O artigo 166 do Código de Processo Civil⁷⁹ disciplina os princípios que formam a conciliação, são eles: independência; imparcialidade; autonomia da vontade; confidencialidade; oralidade; informalidade; e decisão informada.

Para que haja a solução consensual, é preciso que as partes tenham vontade livre e desembaraçada e, ainda, possam emití-la sem vício de vontade. Na conciliação não há vencedores, nem perdedores, pois os envolvidos se mostram disponíveis à negociação, o que favorece o inter-relacionamento entre as partes, a rápida solução do litígio e a manutenção da decisão.

1.6.3 Mediação

Há tempos, o Poder Judiciário vem percebendo que está falhando em sua missão pacificadora, em razão de fatores como excesso de processos, demora na solução das demandas e, ainda, elevadas despesas. Razão pela qual vislumbrou-se a necessidade de novas soluções para melhor atingimento do escopo fundamental do judiciário.

⁷⁸ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação**: conciliação e negociação. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 61.

⁷⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

A mediação é uma forma de solução de conflitos, por meio de um acordo obtido com a interferência de um ou mais mediadores que aproximam as partes, identificam os pontos controvertidos e facilitam o acordo, sem indicar sugestões.

Foi a partir da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que a mediação apareceu como instrumento de pacificação social, solução de litígios e desjudicialização.

Poucos anos depois, o instituto foi regulamentado pela Lei nº 13.140/15, a própria Lei da Mediação, que consagra como princípios para o método, a imparcialidade do mediador, isonomia das partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Juan Carlos Vezzulla conceitua a mediação como:

[...] a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor⁸⁰.

Na mediação, um terceiro, chamado de mediador, assiste às partes na busca por um desfecho razoável do conflito. O terceiro, geralmente voluntário, não tem o poder de decidir, mas somente tem o papel de facilitar o diálogo e a negociação entre os interessados.

Trata-se de um procedimento cooperativo, em que ambas as partes trabalham juntas na busca por uma solução que atenda aos seus interesses. Dessa forma, a mediação favorece ao nascimento de uma melhor relação entre as partes e, conseqüentemente, a manutenção da solução encontrada, uma vez que garante a satisfação dos envolvidos.

⁸⁰ VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998. p. 15-16.

Segundo Maria Berenice Dias:

A mediação deve levar em conta o respeito aos sentimentos conflitantes, pois coloca os envolvidos frente a frente na busca da melhor solução, permitindo que, através de seus recursos pessoais, se reorganizem. O mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias para ambas as partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas. A mediação não é um meio substitutivo da via judicial. Estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes. Cuida-se da busca conjunta de soluções originais para pôr fim ao litígio de maneira sustentável⁸¹.

A mediação é meio de exercício de cidadania, uma vez que as partes trazem para si, o ônus que seria originalmente do Estado, detentor exclusivo da jurisdição. Ela é caracterizada pela voluntariedade das partes, pela autocomposição e pela informalidade, quando comparada ao processo judicial:

A mediação busca transformar uma situação adversarial em um processo colaborativo, estimulando o diálogo e a construção criativa de solução pelas próprias partes. É uma forma de solução de conflito na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo para que os mediandos construam com autonomia e solidariedade, uma melhor solução⁸².

Em análise sobre a conciliação e a mediação, percebe-se que são institutos semelhantes que se diferenciam em apenas um aspecto: na conciliação, o conciliador interfere ao propor uma solução, o que não se verifica na mediação, em que ao mediador não é permitido sugerir possíveis soluções para o caso. No mais, percebe-se que a mediação tem foco voltado para o conflito, surgindo o acordo apenas como uma mera consequência, pois na conciliação, o acordo é o cerne da questão.

A mediação torna-se potencialmente eficaz quando as partes envolvidas possuem um relacionamento contínuo, como acontece em casos em envolvem as

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017. p. 69.

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017. p. 69.

ações de família. No entanto, já é possível observar seus benefícios em outras áreas da vida social, como é o caso da administração pública, crimes, ambiente escolar, comunitário, corporativo etc. Busca-se, por meio dela, a pacificação social e a continuidade das relações, caminhando nas profundas causas que levaram ao surgimento da contenda.

No Brasil, a mediação ainda é tratada com desconfiança pela população que é devota da alta credibilidade do legalismo e do poder que o juiz detém. É importante entender a mediação como mais uma ferramenta para a solução dos conflitos, e não como a salvação para o problema da morosidade do judiciário, até porque, a mediação não é um procedimento célere, importa em diversas sessões até a finalização de um possível acordo. Ademais, como dito anteriormente, a mediação não é para todos, nem tampouco para tudo, trata-se de mais uma ferramenta disponível para a solução de conflitos.

1.6.4 Arbitragem com Base na Lei nº 9.307/1996

Arbitragem é um meio de resolução de conflitos patrimoniais disponíveis, previsto na Lei nº 9.307/96, por meio de um ou mais árbitros, conforme disposição contratual entre as partes.

Segundo Sampaio e Neto:

Trata-se de um instituto milenar, pois há registros de seu emprego no ano 3000 a.C. na Babilônia, onde era utilizada para dirimir conflitos entre Estados soberanos. Historiadores relatam seu uso na Grécia e na Roma antigas. Na idade média seu emprego foi amplo, sobretudo entre cristãos, que não confiavam na justiça laica, recorrendo à arbitragem para dirimir conflitos entre seus seguidores, o que também pôde ser verificado no período da Revolução Francesa. No Brasil, as Ordenações Filipinas e Manuelinas e a Constituição do Império (1824, art. 60) já admitiam a existência da arbitragem, tornada obrigatória em nosso direito pelo Código Comercial de 1850 que estabeleceu em alguns de seus dispositivos, o arbitramento obrigatório (art. 294), das causas entre sócios de sociedades comerciais durante a vigência da sociedade ou da companhia, em sua

liquidação ou partilha, regra firmada no art. 348⁸³.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, deu grande impulso ao instituto e retirou alguns obstáculos que dificultavam a utilização do método no país, como por exemplo, a dispensa de homologação judicial da sentença arbitral, o efeito vinculante da cláusula compromissória arbitral e a dispensa da dupla homologação para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

O árbitro neutro e imparcial, escolhido pelas partes, analisa as evidências, ouve os argumentos e decide. Vê-se, portanto, sua diferença da mediação, em que as próprias partes constroem a decisão final.

Conforme preceitua o artigo 2º da Lei nº 9.307/96:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão. Também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade⁸⁴.

Sem fazer distinção entre arbitragem privada ou judicial, a referida legislação deixa ao alvedrio das partes, a opção pela utilização da arbitragem, mas caso o método seja utilizado, a decisão exarada terá a natureza de título executivo extrajudicial, podendo ser executada de imediato, em caso de não cumprimento voluntário de seus termos.

⁸³ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O Que é Mediação de Conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2014. p. 17.

⁸⁴ BRASIL. **Lei de Arbitragem – Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

A arbitragem tem como vantagens a informalidade, a rapidez e o sigilo. Os custos não podem ser considerados como baixos, pois é necessário pagar os honorários do árbitro.

Em 2015, houve uma atualização na lei de arbitragem em que se aproveitou para colocar na lei, o que na prática já funcionava, então, estabilizou-se a ideia de que o Estado pode, também, participar da arbitragem. Ou seja, após a alteração de 2015, autarquias e empresas públicas podem se submeter à arbitragem. Outras mudanças aconteceram em relação às medidas cautelares e as cartas arbitrais.

Sua utilização se mostra mais eficiente em casos que as partes não possuem relacionamento pessoal, como em disputas comerciais.

1.6.5 Arbitragem Administrativa

A resolução de conflitos, dentro das agências reguladoras, é algo peculiar e, como dito anteriormente, cada agência é responsável por estabelecer seus próprios critérios e ferramentas para dirimir os conflitos decorrentes da regulação.

A arbitragem administrativa, juntamente com a mediação, representa os métodos adequados de resolução de conflitos mais utilizados na administração pública.

Os objetivos da arbitragem administrativa são exatamente os mesmos daqueles previstos na Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, diferentemente do que ocorre na arbitragem criada pela Lei nº 9.307/1996, a arbitragem administrativa é utilizada para dirimir conflitos existentes entre órgãos da administração pública ou entre esta e regulados.

A arbitragem regulatória, portanto, não se confunde, em cada uma de suas etapas, com a arbitragem comercial; é um 'meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada,

decidindo com base nela, sem intervenção estatal⁸⁵.

O artigo 23 da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 prevê a possibilidade de utilização de métodos adequados de resolução de conflitos nos contratos de concessão:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996⁸⁶.

É de se mencionar, também, o Decreto nº 10.025/2019 que disciplina a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

A admissão da arbitragem no escopo de atuação das agências reguladoras, seja a arbitragem regulatória, seja a arbitragem comercial, é uma realidade desejável, haja vista a grande complexidade técnica dos sistemas sujeitos à regulação⁸⁷.

A arbitragem administrativa não possui as mesmas regras da arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996, pois mais se assemelha a um processo administrativo regulatório fundado nas regras gerais previstas na Lei nº 9.784/99. Deve-se destacar que, por ser a arbitragem regulatória um processo administrativo, as decisões poderão ser levadas para a análise do judiciário, caso a agência reguladora se afaste dos princípios de direito⁸⁸.

⁸⁵ GUERRA, Sergio. **Agências Reguladoras**. Da Organização Administrativa Piramidal a Governança em Rede. Ed. Fórum, 2012. p. 306-307.

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁸⁷ GUERRA, Sergio. **Agências Reguladoras**. Da Organização Administrativa Piramidal a Governança em Rede. Ed. Fórum, 2012. p. 302.

⁸⁸ GUERRA, Sergio. **Agências Reguladoras**. Da Organização Administrativa Piramidal a Governança em Rede. Ed. Fórum, 2012. p. 307.

Ao optar pela contratualização da arbitragem comercial para a solução de conflitos durante a execução de contratos de concessão, de longo prazo, a agência reguladora não está transigindo com o interesse público, mas, apenas escolhendo uma forma mais eficaz para a defesa do interesse da sociedade, em setores de grande complexidade sistêmica⁸⁹. Ao eleger o sistema arbitral para a solução de eventuais litígios, deve o jurisdicionado ter ciência de que a atuação estatal será limitada, a partir desse momento.

Em análise ao exposto no primeiro capítulo é possível perceber que o sistema judiciário desde longa data, já se encontra sobrecarregado e não suporta o número de demandas ajuizadas. Por essa razão importou-se, do judiciário americano, o sistema de resolução apropriada de disputas – *multidoor courthouse*, que permitiu dar outro tratamento aos conflitos levados ao judiciário.

Os métodos adequados de resolução de conflitos foram, também, recebidos pelas agências reguladoras brasileiras e americanas, especialmente no que se refere a FERC e a ANEEL, admitindo, então, que os conflitos decorrentes das relações entre a agência e os agentes fossem tratados internamente de forma célere e menos onerosa, como se observará no decorrer do Capítulo 2.

⁸⁹ GUERRA, Sergio. **Agências Reguladoras**. Da Organização Administrativa Piramidal a Governança em Rede. Ed. Fórum, 2012. p. 310.

CAPÍTULO 2

ELEMENTOS DETERMINANTES DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE ENERGIA ELÉTRICA DOS ESTADOS UNIDOS (*FERC*) E DO BRASIL (*ANEEL*)

A resolução dos conflitos das agências reguladoras, por meio de métodos adequados de resolução de conflito, permite que parte das demandas existentes sejam tratadas internamente, por intermédio de núcleos criados, especialmente para essa necessidade.

Ainda que a maioria das agências reguladoras americanas sejam adeptas da resolução apropriada de disputas, a *FERC* é um modelo de agência inovadora que atua de várias formas para resolver os conflitos internamente e, por essa razão, foi escolhida para ilustrar a presente pesquisa e, para completar o estudo comparado, optou-se por estudar a agência regulatória brasileira correspondente a *FERC*, a *ANEEL*.

2.1 ESTADOS UNIDOS

Para que seja possível efetuar a análise comparativa dos métodos adequados de resolução de conflito, necessário se faz o estudo preliminar dos elementos determinantes, que servirão de parâmetros comparativos entre os dois sistemas.

2.1.1 Marco regulatório

A *Federal Energy Regulatory Commission* é a agência regulatória americana responsável pela transmissão interestadual de gás natural, petróleo e eletricidade, que objetiva proporcionar uma energia economicamente eficiente, segura e confiável para os consumidores.

No *Code of Federal Regulation*, Capítulo I do Título 18, é possível observar o regramento específico da *Federal Energy Regulatory Commission*. No entanto, em complemento a esse código, deve-se registrar a existência de outras três legislações: o *Federal Power Act* (FPA); a *Natural Gas Act* (NGA); e a *Interstate Commerce Act* (CA).

Em 4 de fevereiro de 1887, o Senado e a Câmara aprovaram a *Interstate Commerce Act*, concedendo, ao Congresso, o poder de regular o comércio com nações estrangeiras e entre os vários Estados – para regular as tarifas das ferrovias.

Em 1930, a *Federal Power Commission* (FPC) foi a primeira legislação a tratar sobre o assunto de energia nos Estados Unidos. Em 1935, ela foi renomeada para *Federal Power Act*, e a jurisdição regulatória da FPC foi expandida para incluir a *Federal Energy Regulatory Commission*, que foi criada por meio de lei para ser autoridade no assunto de energia e incluir outras vendas de energia não abarcadas na legislação anterior.

Por fim, em 1938, o governo norte-americano aprovou a primeira lei que abordava a regulação da indústria do gás natural, no que tange ao transporte e a venda do gás – *Natural Gas Act*. A aprovação da lei concedeu a *Federal Power Commission*, o controle sobre o gás natural, sendo posteriormente transferidos para a FERC, que é até hoje, a agência reguladora responsável.

Quando se fala de Resoluções Apropriadas de Disputas, têm-se alguns regramentos que embasam o uso dos métodos nos Estados Unidos, como por exemplo, a *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA), de 1996, que incluiu ao *United States of Code*, o *title 5, chapter 5*, sobre os procedimentos administrativos, esclarecendo os caminhos informais de resolução de conflitos e, ainda, a Regra 206 inserta no *Code of Federal Regulation*, que apresenta procedimentos formais de reclamação junto à FERC.

Fato é que os métodos ADR alcançaram ampla aceitação pela comunidade jurídica dos Estados Unidos. Albert Fiadjoe afirma que o número anual de casos de

ADR processados apenas pela *American Arbitration Association* ultrapassou 60.000 – um número equivalente a um quarto dos casos agora tratados a cada ano nos Tribunais Federais⁹⁰.

De fato, os tribunais reconheceram o valor do ADR. Hoje, em muitas jurisdições estaduais e federais nos EUA, existem programas de ADR obrigatórios e voluntários, patrocinados por tribunais para desviar casos que podem ser resolvidos sem litígio.

2.1.2 Ouvidoria

A Ouvidoria da FERC está disponível para os indivíduos que desejem apresentar reclamações que envolvam pessoas ou organizações que possam ter violado normas ou estatutos, da agência reguladora de energia.

No entanto, antes mesmo de registrar uma reclamação, o interessado poderá considerar resolver seus conflitos de modo informal, por meio da Linha Direta de Execução, Serviço de Resolução de Disputas ou Linha de Ajuda para Proprietários de Terras, registrando reclamação sobre qualquer aspecto que se refira à indústria e aos mercados de energia pelos meios a seguir:

A Hotline de fiscalização está disponível para ajudar em questões que envolvam possíveis violações e irregularidades. O Dispute Resolution Service usa processos alternativos de resolução de disputas para auxiliar os disputantes de energia e outras partes afetadas na resolução de problemas e resolução de disputas antes ou depois de uma reclamação formal ser apresentada à Comissão. O Landowner Helpline está disponível para ajudar os proprietários a resolver disputas associadas às instalações jurisdicionais⁹¹.

⁹⁰ FIADJOE, Albert. **Alternative Dispute Resolution**: a developing world perspective. Australia: Cavendish Publishing, 2004. p. 5-6.

⁹¹ USA. **FERC – Federal Energy Regulatory Commission**. Disponível em: <https://cms.ferc.gov/enforcement-legal/legal/complaints>. Acesso em: 20 nov. 2021.

A agência também trabalha com a comunidade de pequenas empresas por meio da Ouvidoria da Administração de Pequenas Empresas (SBA) dos Estados Unidos e dos Conselhos Regionais de Justiça.

O Congresso estabeleceu o Escritório do Ombudsman Nacional em 1996 para ajudar pequenas empresas, pequenas entidades governamentais e pequenas organizações sem fins lucrativos quando estão sujeitas à fiscalização excessiva por uma agência federal. A aplicação excessiva pode incluir auditorias ou investigações repetitivas, multas excessivas, penalidades, ameaças, retaliação ou outras ações de aplicação injustas. Como uma ligação imparcial, encaminhamos os comentários enviados por uma pequena empresa à agência apropriada para análise de justiça de alto nível e trabalhamos em todo o governo federal para tratar dessas questões e ajudar as pequenas empresas a terem sucesso⁹².

A ouvidoria esclarece, ainda, que todas as agências federais darão tratamento adequado a toda pequena empresa que solicitar assistência, em assunto de agência federal ou reclamação sobre uma ação da agência federal.

O procedimento formal para registrar uma reclamação junto à FERC deverá seguir o procedimento previsto na Regra 206, conforme abaixo.

A parte que se sentiu lesada, deverá inicialmente identificar e relatar a ação ou omissão que supostamente tenha ocorrido e violado as regras aplicáveis à FERC. Nesse relato, é importante que a parte também informe outras relações que foram afetadas, bem como os impactos financeiros decorrentes de tal ato. A parte deve, ainda, informar se as questões apresentadas estão pendentes em algum procedimento já existente da comissão e, em caso afirmativo, explicar por qual motivo não foi alcançada a resolução adequada do caso. É nesse relato, também, que a parte interessada deverá informar quais métodos de resolução de conflitos entende serem possíveis de aplicar ao seu caso e juntar documentos hábeis a demonstrar a veracidade dos fatos⁹³.

⁹² USA. **SBA – Small Business Administration**. Disponível em: <https://www.sba.gov>. Acesso em: 12 nov. 2021.

⁹³ USA. **Code of Federal Regulation – Title 18 Chapter I**. Disponível em: <https://www.ecfr.gov/current/title-18/chapter-I>. Acesso em: 10 dez. 2021.

Por fim, a parte deverá realizar uma notificação para publicar no *Federal Register*. Após finalizar a reclamação, entregar cópia da reclamação a todos que possam ser afetados com tal reclamação, incluindo a própria agência reguladora e realizar a notificação. A resposta à reclamação deverá ser realizada, em regra, no prazo de 20 dias e, em casos excepcionais, em 30 dias. Somente após será enviado para os mecanismos de resolução de conflitos, ADRs ou um juiz de acordo, podendo emitir uma ordem sobre o mérito ou determinar uma audiência perante um ALJ⁹⁴.

Após finalizadas as tentativas de composição, se as partes envolvidas estiverem satisfeitas com a solução dada ao caso, ambas assinam uma declaração como e quando a reclamação ou uma emenda à reclamação com base na satisfação, e o caso será arquivado.

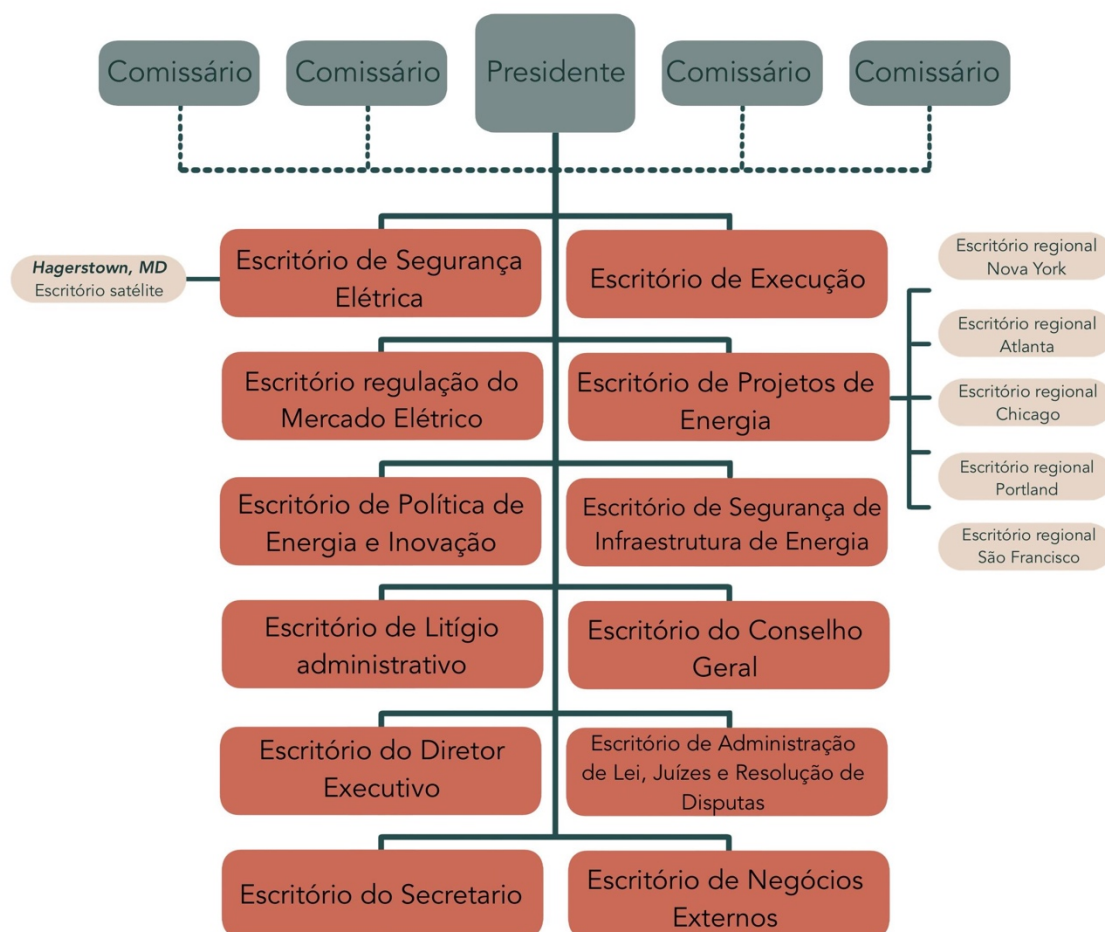
2.1.3 Estrutura Organizacional

Conforme já mencionado anteriormente, a FERC é composta por até cinco comissários que são nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos com autorização do Senado. Um dos comissários será nomeado Presidente da agência e atuará conjuntamente com os demais. Além dos comissários, a agência é organizada em outros doze escritórios independentes, com atuação em uma determinada atividade.

Extraí-se do Plano Estratégico da agência – 2018-2022, o organograma da FERC:

⁹⁴ USA. **Code of Federal Regulation** – Title 18 Chapter I. Disponível em: <https://www.ecfr.gov/current/title-18/chapter-I>. Acesso em: 10 dez. 2021.

Figura 1 – Estrutura Organizacional dos Escritórios da FERC

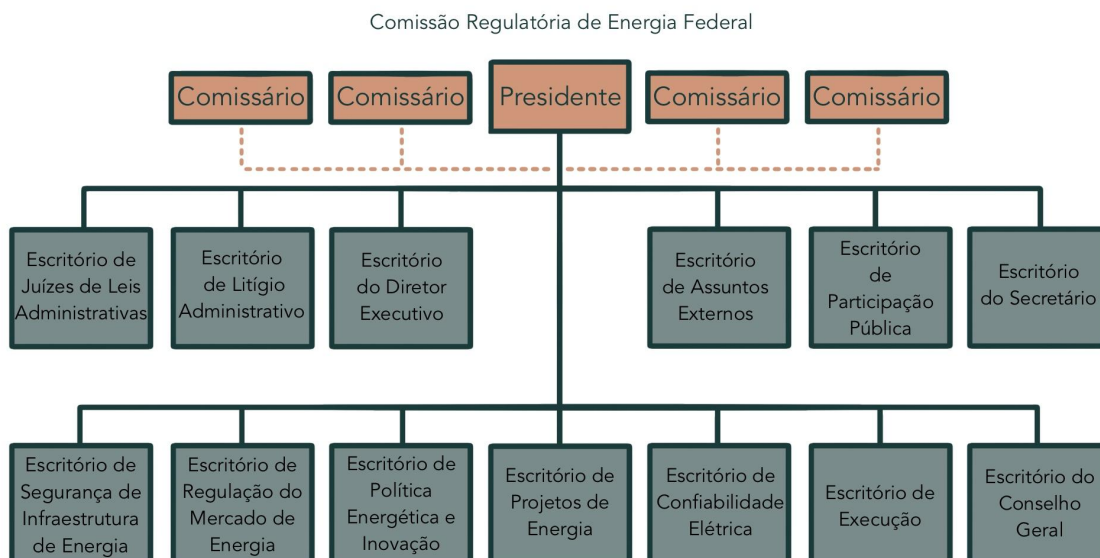


Fonte: USA. FERC – *Federal Energy Regulatory Commission*. Disponível em: <https://www.ferc.gov/sites/default/files/2020-04/FY-2018-FY-2022-strat-plan.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021. (Tradução da autora).

Os escritórios são divididos em *Office of Administrative Law*, *Office of Administrative Litigation*, *Office of Electric Reliability*, *Office of Energy Infrastructure Security*, *Office of Energy Market Regulation*, *Office of Energy Policy and Innovation*, *Office of Energy Projects*, *Office of Enforcement*, *Office of External Affairs*, *Office of the Executive Director*, *Office of the Secretary* e *Office of the General Counsel*.

Sobre o *Office of the General Counsel*, é de se destacar que é o responsável pelo acompanhamento jurídico e pelo serviço de resolução apropriada de disputas. O escritório tem, ainda, outra divisão interna, baseada em *Rehearing*, *Solicitor*, *Energy Markets 1*, *Energy Markets 2*, *Dispute Resolution Service*, *Energy Projects* e *General e Administrative Law*, conforme Figura 2.

Figura 2 – Estrutura Organizacional do Escritório do Conselho Geral da FERC



Fonte: USA. FERC – *Federal Energy Regulatory Commission*. Disponível em: <https://cms.ferc.gov/offices>. Acesso em: 10 dez. 2021. (Tradução da autora).

O escritório do Conselho Geral tem, entre outras, a função de representar a comissão em litígios perante os tribunais, incluindo toda a revisão de recursos das ordens da comissão, preparar pedidos e pareceres formais relativos a questões administrativas e representar a comissão em audiências administrativas⁹⁵.

A FERC possui um setor exclusivo para atender os agentes na resolução dos conflitos de forma administrativa, denominado serviço de resolução de disputas, em inglês *Dispute Resolution Service* (DRS), que possui, em síntese, duas principais funções:

Prestar serviços de mediação e facilitação em litígios envolvendo entidades sujeitas à jurisdição da Comissão. Todas as comunicações com os representantes da DRS são privilegiadas e confidenciais, a menos que acordado de outra forma. O pessoal da DRS não está envolvido nos processos de decisão da Comissão e não defende posições ou conduz investigações; Promover o uso de ADR dentro e

⁹⁵ USA. FERC – *Federal Energy Regulatory Commission*. Disponível em: <https://cms.ferc.gov/office-general-counsel-ogc>. Acesso em: 25 dez. 2021.

fora da Comissão por meio de atividades como consulta, workshops, colaboração, treinamento e orientação⁹⁶.

É de se observar que a FERC, dentro da sua estrutura interna, tem vários departamentos capacitados para a resolução de conflitos, demonstrando claramente a intenção de cumprir sua missão, em auxiliar os consumidores na obtenção de serviços de energia economicamente eficientes, seguros confiáveis e protegidos, a um custo razoável, por meio de regulamentações e meios de mercado apropriados e esforços colaborativos⁹⁷.

2.1.4 Competência – Matérias Objeto dos MASCs

Os Estados Unidos são um exemplo mundial no uso de métodos adequados de resolução de conflitos, conhecido, então, como *Alternative Dispute Resolution*. O judiciário norte-americano valoriza tais métodos, pois tem ciência de que se trata de métodos menos custosos e, ainda, principalmente por permitirem uma maior participação dos agentes na resolução do conflito.

O estudo e a prática desses mecanismos ganharam destaque nos Estados Unidos, na década de 70, quando o presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, *W. Burger*, apontou para a necessidade da utilização dos processos de negociação e arbitragem.

No ano de 1976, em conferência realizada em Minnesota nos Estados Unidos, ressaltou-se a crise na Administração da Justiça e a insatisfação do povo americano com o Poder Judiciário, apresentando-se assim a possibilidade de implementação de vários meios (alternativos) de solução de conflitos, que tinham por base o poder de determinação das partes envolvidas e o diálogo que ficaram conhecidos como *ADRs – Alternative Dispute Resolution* (Meios alternativos de resolução de conflitos)⁹⁸.

⁹⁶ USA. **FERC – Federal Energy Regulatory Commission**. Disponível em: <https://www.ferc.gov/enforcement-legal/legal/alternative-dispute-resolution/dispute-resolution-service>. Acesso em: 25 nov. 2021.

⁹⁷ USA. **FERC – Federal Energy Regulatory Commission**. Disponível em: <https://www.ferc.gov/what-ferc>. Acesso em: 25 nov. 2021.

⁹⁸ SALES, Lília Mais de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. A Mediação e os ADRs (Alternative Dispute Resolutions) – a experiência norte americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, v. 19, n. 2, p. 380, maio/ago. 2014.

Em regra, dentro da agência reguladora FERC, qualquer matéria pode ser levada para discussão nos canais do Serviço de Resolução de Disputas, mas especialmente observam-se casos relativos a disputas de proprietários de terras em dutos de gás natural, projetos hidrelétricos, taxas e tarifas de eletricidade, gás e petróleo, certificado de gás, disputas de interconexão elétrica e questões ambientais.

A *Dispute Resolution Service* já viabilizou acordos relativos a disputas contratuais, disputas de tarifas e taxas, disputas de interconexão, disputa de infraestrutura, cooperação entre agências e recursos culturais e naturais, no entanto, não tem qualquer limitação às matérias passíveis de serem resolvidas por meios dos métodos adequados de resolução de conflitos.

De outro lado, extrai-se da *Administrative Dispute Resolution Act*⁹⁹, lei que regulamenta ADRs, quando a agência deve considerar não resolver seus conflitos por meio do Serviço de Resolução de Disputa, nas seguintes situações:

(1) uma resolução definitiva ou oficial da questão é necessária para valor precedente, e tal procedimento não é provavelmente aceito como um precedente oficial; (2) o assunto envolve ou pode ter relação com questões significativas da política do Governo que requerem procedimentos adicionais antes que uma resolução final possa ser feita, e tal procedimento provavelmente não serviria para desenvolver uma política recomendada para a agência; (3) a manutenção das políticas estabelecidas é de especial importância, de forma que as variações entre as decisões individuais não aumentem e tal procedimento provavelmente não alcançaria resultados consistentes entre as decisões individuais; (4) o assunto afeta significativamente pessoas ou organizações que não são partes no processo; (5) um registro público completo do processo é importante, e um procedimento de resolução de disputa não pode fornecer tal registro; e (6) a agência deve manter jurisdição contínua sobre o assunto com autoridade para alterar a disposição do assunto à luz das circunstâncias alteradas, e um procedimento de resolução de disputa interferiria no cumprimento dessa exigência pela agência.

Da Regra 604 extrai-se que os agentes podem utilizar os métodos adequados de resolução de conflitos para toda ou apenas parte de determinada questão e/ou conflito existente, desde que mediante a concordância de ambos.

⁹⁹ USA. **Administrative Dispute Resolution Act**. Disponível em: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.

Ressalta, ainda, que tais métodos são hábeis a completar e não limitar as técnicas de resolução de conflitos.

2.1.5 Tipos de MASCs

É fato que os Estado Unidos têm tradição no uso de ADRs, pois há muitos anos já desencorajam o litígio. Tal prática permitiu que esses métodos fossem incorporados em vários segmentos do mundo jurídico ao longo dos anos, de forma muito natural, como no Poder Judiciário Federal.

A FERC encorajou as partes a experimentar novos procedimentos, permitindo, então, que qualquer situação dentro da jurisdição da FERC fosse encaminhada para uma resolução consensual. Existem vários caminhos diferentes disponíveis para ADR na *Federal Energy Regulatory Commission* como, por exemplo, o serviço de resolução de disputas, os juízes de liquidação e um processo interno para resolver disputas de licença para projetos hidrelétricos.

De acordo com as informações obtidas por *e-mail*, em consulta realizada ao atendimento da FERC, foi possível entender que:

O Serviço de Resolução de Disputas, fornece serviços de mediação a qualquer parte interessada em qualquer estágio de uma disputa, inclusive antes que qualquer coisa seja protocolada na *FERC*. Nossos processos são voluntários e confidenciais. [...] Os juízes do acordo são um pouco mais formais do que meu escritório e exigem que um caso seja apresentado à Comissão. A Comissão frequentemente definirá casos de tarifa de gás e eletricidade para procedimentos de juízes de liquidação, mas tem a opção de definir qualquer caso que tenha sido movido para procedimentos de juízes de liquidação. Os juízes de liquidação são juízes de direito administrativo que exercem a função de mediadores. O outro processo existe nos regulamentos da FERC, mas não estou muito familiarizado com ele. Ele pede que um Painel de Resolução de Disputas seja estabelecido se certas agências ou tribos indígenas disputarem o Plano de Determinação do Estudo durante um processo de licenciamento de energia hidrelétrica. Ele efetivamente cria um painel de árbitros de 3 pessoas para resolver a disputa¹⁰⁰.

¹⁰⁰ HOYLE. Jeffrey. **ADR Helpline** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por

Deve-se acrescentar que o ADR, além de estar inserido na estrutura do Poder Judiciário Federal e sistemas judiciais estaduais, encontra-se bastante difundido na administração pública norte-americana, o que possibilita grande redução de conflitos na esfera do sistema judicial estatal, porque os órgãos do Poder Executivo, em todos os níveis, possibilitam a resolução dos conflitos na própria entidade, por meio de ADR, com a disponibilidade de todas as informações, que podem ser acessadas nos respectivos endereços eletrônicos na Internet¹⁰¹.

Dentre os diversos tipos de ADRs existentes, a *Federal Energy Regulatory Commission* utiliza a mediação, conciliação, facilitação, avaliação neutra antecipada, colaboração, arbitragem e audiência administrativa.

Tabela 1 – Opções de Processos Colaborativos da FERC

NOME	TÉCNICA ADR	QUANDO USAR
Linha direta de Fiscalização	Avaliação Neutra Precoce	Pré-Arquivamento
Linha de Apoio aos Proprietários de Terra	Conciliação Facilitação Mediação	Pré e Pós-Arquivamento
Arbitragem	Processo Arbitral	Pré e Pós-Arquivamento
Licenciamento de Energia Hidrelétrica	Colaboração* Facilitação	Pré-Arquivamento
Gas Natural: Processo Colaborativo de certificado de Gasodutos e Resolução de Disputas Tarifárias de Gasodutos	Colaboração Facilitação Mediação Arbitragem	Pré-Arquivamento
Oledutos ADR	Arbitragem	Pós-Arquivamento
Elétrico: Disposições de Tarifas ADR e Autorizações para a Transmissão Interestadual do local	Mediação Arbitragem	Pré e Pós-Arquivamento
Serviço de Resolução de Disputas	Conciliação Facilitação Mediação	Pré e Pós-Arquivamento
Juiz de Liquidação	Mediação Avaliação Neutra Precoce	Pós-Arquivamento
Folhas Superiores da Equipe de Teste	Avaliação Neutra Precoce	Pós-Arquivamento

*Colaboração é um processo onde acionistas e a agência do governo (frequentemente) trabalham juntos para alcançar um objetivo comum ou produzir um produto de acordo, como um relatório. A colaboração geralmente acontece antes que os partidos arquivem com a agência e antes de disputas que se desenvolvem depois de um arquivo ser feito. O propósito de colaboração é alcançar um acordo antes de arquivar com uma agência para evitar o processo regulatório longo. Veja https://www.adr.gov/pdf/spectrum_6_23_16_clean.pdf para um espectro de processos colaborativos do governo federal, preparados pelo Comitê de Processos Colaborativos e Facilitativos, estabelecido pela Interagência ADR Working Group.

Fonte: GALLAHER, Deirdre McCarthy; MILES, Richards; PURDY Jerrilyne. **Alternative Dispute Resolution in the Regulatory Process**. Michigan State University Press: East Lansing, 2020. p. 45.

brunaef.adv@gmail.com, em 7 dez. 2021.

¹⁰¹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento**. Estudo comparado para reforma dos sistemas judiciais norte-americano e brasileiro. p. 489-490.

2.1.5.1 Mediation

Dentre os métodos alternativos, a mediação é, de longe, o mais difundido, sendo usado para as relações de trabalho, família, causas cíveis, causas criminais de pequeno potencial ofensivo (*misdemeanor*) e juvenis (*juvenile criminal cases*), dentre outros¹⁰².

A mediação é um método adequado de resolução de conflitos de sucesso, pois, vai além da questão jurídica do caso em discussão. Ela inclui as motivações, interesses e sentimentos envolvidos no conflito para encontrar soluções criativas, não limitando a solução à questão legal¹⁰³:

Definida de forma simples, a mediação é um processo consensual em que um terceiro neutro ajuda outros a negociar uma solução para um problema. O mediador não tem autoridade para tomar decisões vinculativas para os disputantes. O que o mediador faz é usar certos procedimentos, técnicas e habilidades para ajudar os disputantes a chegar a uma resolução de sua disputa por acordo sem julgamento. A necessidade de aquisição de habilidades e técnicas foi destacada em relação à negociação. Esse ponto adquire um significado adicional, uma vez que se compreende que a mediação é uma extensão da negociação¹⁰⁴.

O mediador é uma parte neutra que auxilia as outras partes em disputa, a alcançar voluntariamente uma resolução ou acordo, mutuamente satisfatório por meio de comunicação confidencial.

Ainda é possível observar que a doutrina norte-americana, apresenta uma divisão dentro do conceito de mediação, em razão do grau de participação do mediador no ato:

Em função do crescimento da utilização da mediação de conflitos por profissionais de diversas áreas e em vários setores da sociedade norte

¹⁰² CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento**. Estudo comparado para reforma do sistema judicial. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 485.

¹⁰³ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento**. Estudo comparado para reforma do sistema judicial. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 96-97.

¹⁰⁴ FIADJOE, Albert. *Alternative Dispute Resolution a Developing World Perspective*. **Cavendish Publishing**. 2015. p. 57.

americana, Leonard Riskin, professor da Faculdade de Direito da Universidade Missouri, apresentou, em meados dos anos 90, uma proposição para contemplar as mais variadas prática de solução de conflitos, denominando-as mediação, enquadrando-as em uma 'grade' na qual, dependendo do grau de influência do mediador, a mediação seria denominada facilitativa (mediador facilita o diálogo), avaliativa (mediador avalia o mérito, às vezes, inclusive juridicamente) ou transformativa (pouquíssima interferência do mediador diretamente sobre o conflitos – havendo um maior foco na transformação das pessoas envolvidas)¹⁰⁵.

O que diferencia a mediação dos demais métodos de resolução de conflitos são características como: neutralidade e a autoridade do mediador; a existência de um ambiente seguro para discussões e exploração das opções; e o empoderamento das partes e a manutenção das relações¹⁰⁶.

2.1.5.2 *Conciliation*

Trata-se de um método adequado de resolução de conflitos utilizado pela FERC, que se baseia na construção de relacionamento, por meio do uso de um conciliador terceirizado que aproxima as partes, aumentando a comunicação e esclarecendo mal-entendidos, com o objetivo de que os envolvidos possam trabalhar para alcançar o acordo.

A principal diferença entre a conciliação e a mediação, reside no grau de participação do mediador/conciliador na resolução da demanda, quanto a sugerir possibilidades criativas, bem como conduzir as partes a aceitarem acordos que não correspondam às suas necessidades.

¹⁰⁵ SALES, Lília Mais de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. A Mediação e os ADRs (Alternative Dispute Resolutions) – a experiência norte americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, v. 19, n. 2, maio/ago. 2014.

¹⁰⁶ FIADJOE, Albert. Alternative Dispute Resolution a Developing World Perspective. **Cavendish Publishing**, 2015. p. 59-60.

2.1.5.3 *Facilitation*

A facilitação é a base de todos os outros métodos. Sua simplicidade permite que seja adaptada e utilizada em vários métodos adequados de resolução de conflitos e, especialmente, na FERC.

O facilitador é um terceiro, alheio a demanda, que utiliza técnicas para melhorar o fluxo de informações em uma reunião ou uma série de reuniões para atingir objetivos específicos.

O procedimento é interativo e o facilitador encoraja as partes a falarem sobre suas questões.

2.1.5.4 *Collaboration*

A colaboração é um processo em que as partes interessadas e a agência governamental trabalham juntas para alcançar um acordo ou produzir algum documento necessário. A colaboração, normalmente, acontece antes que as partes entrem com o processo na agência ou que a disputa se desenvolva.

Na colaboração, as partes atuam com o objetivo de alcançar um acordo, tomando a frente das decisões para resolver o conflito, antes mesmo que as consequências sejam quase irreparáveis.

Com exceção à arbitragem, todos os processos de ADRs são colaborativos e promovem o consenso. Conforme já amplamente discutido, os métodos adequados de resolução de conflitos permitem que as partes resolvam seus conflitos por meio do diálogo. Por vezes, é necessário que um terceiro, neutro e imparcial, facilite a comunicação e auxilie no processo de construção do acordo, mas isso não muda o caráter de ser um método adequado de resolução de conflitos.

2.1.5.5 Arbitration

A inclusão da arbitragem às ADRs ocorreu por meio da Regra 605, que determina que “as partes de uma possível arbitragem podem, a qualquer momento, enviar uma proposta por escrito à comissão para usar a arbitragem vinculativa para resolver todo ou parte de uma controvérsia”¹⁰⁷.

A parte interessada na arbitragem deverá preparar o registro do seu pedido, notificar os outros envolvidos, bem como o árbitro, que poderá ser nomeado pela FERC ou terceirizado, e pagar os custos com o procedimento que, normalmente, são partilhados.

Considerando a concordância de todos os envolvidos, não há que se falar em prejuízo às partes, nem tampouco que o procedimento seja contrário ao interesse público.

Os participantes da arbitragem têm o direito de ser ouvidos, para apresentar material de evidência para a controvérsia, e para interrogar as testemunhas na audiência. para tornar o processo mais conveniente para os participantes a FERC que permitirá que o árbitro realize o procedimento por telefone ou videoconferência¹⁰⁸.

A sentença deverá ser proferida em até 30 dias após o encerramento da audiência e deverá incluir questões de fato e de direito, relacionadas ao conflito existente, tornando-se eficaz após 30 dias da notificação das partes.

2.1.5.6 Subject Matter Expert or Early Neutral Evaluation

As partes, em consulta com o especialista neutro, podem solicitar a opinião não vinculativa de um especialista técnico ou jurídico sobre como a comissão pode ver um determinado conjunto de circunstâncias, com base no precedente do caso.

¹⁰⁷ GALLAHER, Deirdre McCarthy; MILES, Richards; PURDY Jerrilyne. **Alternative Dispute Resolution in the Regulatory Process**. Michigan State University Press: East Lansing, 2020. p. 46.

¹⁰⁸ GALLAHER, Deirdre McCarthy; MILES, Richards; PURDY Jerrilyne. **Alternative Dispute Resolution in the Regulatory Process**. Michigan State University Press: East Lansing, 2020. p. 47.

Nesse sentido, provavelmente, o neutro será um juiz ou um juiz aposentado que emitirá sua opinião sobre o resultado provável de julgamento.

O avaliador poderá se reunir separadamente com cada parte ou em conjunto com todas as partes para responder as perguntas e, em seguida, fornecer uma opinião objetiva sobre a questão que as partes tinham interesse, informando os riscos e responsabilidades em potencial.

A opinião versará sobre os pontos fortes e fracos de uma determinada situação e pode ser eficiente quando as partes não têm informações suficientes sobre o seu próprio caso. Como não é vinculativa, a avaliação emitida pode, ou não, ser utilizada para negociações futuras. A decisão por usar a *Early Neutral Evaluation* pode surgir de uma previsão no contrato entre as partes ou por uma escolha posterior ao surgimento do conflito.

2.1.5.7 *Administrative Litigation*

O processo contencioso administrativo tem início quando a comissão instaura um processo para audiência de um Juiz Administrativo (ALJ). O Juiz Administrativo Principal designa um juiz presidente e define um cronograma de audiência.

Como alternativa ao litígio, a comissão também pode proporcionar aos participantes a oportunidade de resolver conflitos por meio de um acordo. Os procedimentos de liquidação conduzidos perante um *Administrative Law Judge* (ALJ) permitem que os participantes mantenham mais controle sobre o processo para encontrar um resultado mutuamente aceitável. De acordo com as regras de prática e procedimento da comissão, os Juízes Administrativos (ALJ) atuam como juízes de liquidação, mediadores, facilitadores e árbitros.

Os Juízes Administrativos (ALJs) da FERC resolvem casos contestados de acordo com as instruções da Comissão, seja servindo como Juiz Presidente, conduzindo uma audiência, desenvolvendo um registro, proferindo uma decisão inicial ou servindo como um Juiz de

Acordo e facilitando uma resolução negociada por povoado. Os ALJs executam vários outros procedimentos de Resolução Alternativa de Litígios (ADR) conforme orientação da Comissão, incluindo mediação, arbitragem e facilitação. Alguns assuntos perante a Comissão são colocados para audiência perante os Juizes Administrativos (ALJs). O ALJ emitirá uma Decisão Inicial e a Comissão emitirá uma ordem final para o processo. Os recursos das ordens e regulamentos da Comissão são ouvidos nos Tribunais Federais. FERC também facilita acordos como uma alternativa para litígios¹⁰⁹.

O direito norte-americano apresenta outras inúmeras formas adequadas de resolução de conflitos, no entanto, a FERC, objeto do presente estudo, limita-se a utilizar os métodos acima descritos.

2.1.6 Procedimentos

Em 1995, a FERC anunciou seu apoio à ADR passando, então, a adotar as diretrizes da Regra 604, permitindo, basicamente, que toda e qualquer pessoa, poderá resolver todo e qualquer conflito por meio de métodos adequados de resolução de conflitos, desde que em concordância com todos os envolvidos, já que a participação é voluntária.

Em razão da temática do trabalho estar diretamente voltada à resolução adequada de conflitos, é que se extrai da Regra 604, o procedimento aplicável aos casos de conflitos entre os agentes e, também, entre os agentes e a FERC, utilizados especificamente no setor de Serviço de Resolução de Disputas, vinculado ao Escritório do Conselho Geral:

(1) Os participantes podem, a qualquer momento, apresentar uma proposta por escrito para usar meios alternativos de resolução de disputas para resolver toda ou parte de qualquer assunto em controvérsia ou que se prevê estar em controvérsia perante a Comissão. (2) Para questões definidas para audiência de acordo com a subparte E desta parte, uma proposta para usar meios alternativos de resolução de controvérsias deve ser apresentada ao juiz de direito administrativo presidente. (3) Para todos os outros assuntos, uma proposta para usar meios alternativos de resolução de controvérsias pode ser apresentada ao Secretário para consideração pela

¹⁰⁹ USA. **FERC – Federal Energy Regulatory Commission**. Disponível em: <https://cms.ferc.gov/office-administrative-law-judges-oalj>. Acesso em: 10 dez. 2021.

autoridade de decisão apropriada. (4) A autoridade de decisão apropriada emitirá uma ordem, aprovando ou negando, de acordo com as diretrizes da Regra 604 (a) (2) e (3), uma proposta para o uso de meios alternativos de resolução de disputas. A negação de uma proposta para usar a resolução alternativa de disputas será na forma de um pedido e identificará os motivos específicos para a negação. Uma proposta para usar a resolução alternativa de disputas é considerada aprovada, a menos que um pedido negando a aprovação seja emitido dentro de 30 dias após o envio da proposta. (5) Qualquer solicitação de modificação de uma proposta de *ADR* previamente aprovada deve seguir o mesmo procedimento usado para a aprovação inicial¹¹⁰.

A proposta deverá conter um relato das questões controvertidas, o método adequado à resolução do conflito escolhido, a assinatura de todos os participantes indicando a concordância e um certificado de serviço de acordo, consoante o número de horas.

Em casos em que a reclamação exige uma resolução rápida, as partes podem optar por um procedimento denominado *Fast Track*, em que os atos acontecem de forma mais célere – alegações, audiência, pedidos e outros. É necessário que o requerente justifique a necessidade do procedimento *Fast Track*, conforme exigido pela Seção 385.206. Apresentada a contestação, a comissão expedirá prontamente despacho, especificando o procedimento e o cronograma a ser seguido¹¹¹.

2.1.7 Controle Judicial dos Atos Administrativos

Em razão do imenso incentivo governamental, para uso das ADRs, não há que se falar em controle judicial dos atos administrativos, porque a agência tem total autonomia para uso nos métodos adequados de resolução de conflito. Nos Estados Unidos, o respeito pela decisão é muito representativo.

¹¹⁰ USA. **Code of Federal Regulation**. Disponível em: <https://www.ecfr.gov/current/title-18/chapter-I/subchapter-X/part-385/subpart-F?toc=1>. Acesso em: 10 dez. 2021.

¹¹¹ USA. **Code of Federal Regulation**. Disponível em: <https://www.ecfr.gov/current/title-18/chapter-I/subchapter-X/part-385/subpart-B/section-385.206>. Acesso em: 10 dez. 2021.

As agências reguladoras norte-americanas, em geral, têm competência para criar regulamentos, regras e diretrizes que serão aplicadas por elas, no entanto, encontram-se na Lei de Procedimentos Administrativos, algumas questões que devem ser observadas no processo de formação dessas regulamentações.

A Lei de Procedimentos Administrativos norte-americana estabelece, dentro de várias agências, um grupo de servidores independentes chamados de '*Administrative Law Judges*'. Esses, vamos chamá-los 'juízes': conduzem audiências, administram juramentos, tomam testemunhos e fazem determinações legais e factuais. Eles, então, emitem decisões recomendando ao chefe da agência – seja uma pessoa ou um conselho – o que a agência deveria decidir em determinados casos. A Lei de Procedimentos Administrativos estabelece que a parte 'tem direito a apresentar seu caso por evidências orais ou documentais' e a conduzir o apropriado contraditório de outras testemunhas. Regras estritas sobre provas não são normalmente aplicadas como, por exemplo, a regra sobre os depoimentos 'por ouvir dizer', os quais, em um processo normal, são afastados, valendo apenas os depoimentos prestados durante o julgamento¹¹².

Os ALJs não são membros do Poder Judiciário e possuem total autonomia nas suas decisões e não sofrem qualquer interferência política, e nem são supervisionados por nenhum servidor. Eles exercem cargo similar aos juízes federais distritais, diferindo principalmente na sua forma de ingresso ao cargo, pois não exercem cargos vitalícios, mas sim, são escolhidos de um registro central de candidatos elegíveis.

Caso não seja interposto recurso, a decisão inicial dos ALJs se torna a decisão da agência. No caso de recurso, entretanto, o conselho diretor da agência possui todos os poderes para proferir nova decisão. A agência pode também receber novas provas (ao contrário de uma corte federal de segunda instância) e, ao analisá-las, pode reafirmar a decisão prévia dos ALJs ou rejeitá-la e modificá-la. A agência pode reverter a decisão dos ALJs mesmo não se tratando de uma decisão errada. O colegiado da agência deve expor suas conclusões por escrito, incluindo suas razões e o direito aplicado ao caso e, em sua decisão final, se manterá a sanção, se estabelecerá nova sanção, se absolverá ou se negará a absolvição previamente estabelecida. Ademais, é importante notar que a decisão da agência – incluindo suas interpretações acerca de leis e diretrizes – se torna precedente

¹¹² MESSITTE, Peter J. **O Direito Administrativo nos Estados Unidos**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

para casos semelhantes¹¹³.

Quando questionado por *e-mail* sobre o controle judicial dos atos administrativos no uso dos ADRs, o Sr. Jeffrey Hoyle, advogado membro da FERC, informou que:

Geralmente depende da natureza da disputa e do que você entende por revisão judicial. A FERC é uma agência quase judicial e alguns dos casos que encerramos precisam ter o acordo aprovado pela Comissão. Outros nunca são arquivados, pois o acordo impede a necessidade de registrar uma reclamação ou resulta em um depósito de conformidade apoiado por outras partes¹¹⁴.

Observa-se que os tribunais norte-americanos tratam as decisões administrativas com muito respeito, principalmente em razão da especialidade técnica das agências, nas decisões proferidas. As decisões administrativas não devem ser corrigidas no mérito em si, ainda que os julgadores tenham pontos de vista diferentes, apenas poderá ser revisada se não houver evidências substanciais do direito.

Assim, é possível concluir que a FERC, ainda que seja uma agência quase judicial, tem o uso de ADRs como uma prática corriqueira e natural. A resolução de conflitos por meio de métodos adequados de resolução de conflitos ocorre de forma interligada ao judiciário, que promove o controle e o acompanhamento dos casos.

2.1.8 Análise da Eficácia do Modelo

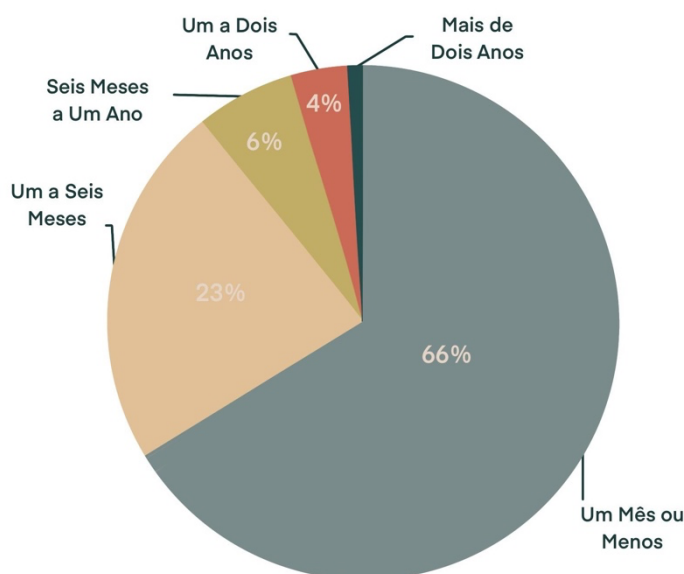
Para garantir a eficácia no uso dos métodos adequados de resolução de conflitos junto à agência reguladora (FERC), o serviço de resolução de disputas promove treinamentos, *workshops* e consultas, e tal incentivo certamente resulta em altos índices de casos resolvidos, por meio de ADRs de forma satisfativa.

¹¹³ MESSITTE, Peter J. **O Direito Administrativo nos Estados Unidos**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹¹⁴ HOYLE, Jeffrey. **ADR Helpline** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por brunaef.adv@gmail.com, em 7 dez. 2021.

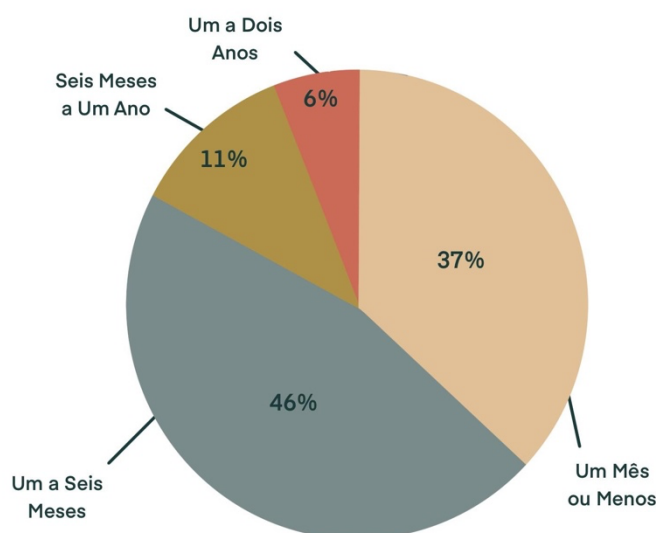
De acordo com as informações recebidas por *e-mail* diretamente do atendimento da FERC, pelo Serviço de Resolução de Disputas até 2016, em média, entre 80% e 90% dos casos eram concluídos em até seis meses. Não propriamente que tenham sido resolvidos de forma satisfativa, mas foram encerrados, e informam que a taxa média de sucesso está entre 85% e 95% em qualquer ano.

Figura 3 – Tempo Gasto desde o Início do Procedimento até a Resolução 2009-2013



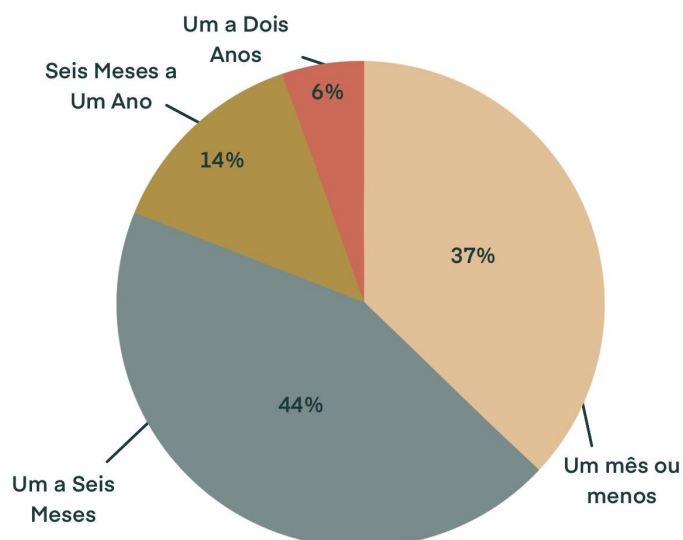
Fonte: HOYLE. Jeffrey. ADR Helpline [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por brunaef.adv@gmail.com, em 7 dez. 2021. (Tradução da autora).

Figura 4 – Tempo Gasto desde o Início do Procedimento até a Resolução 2012-2014



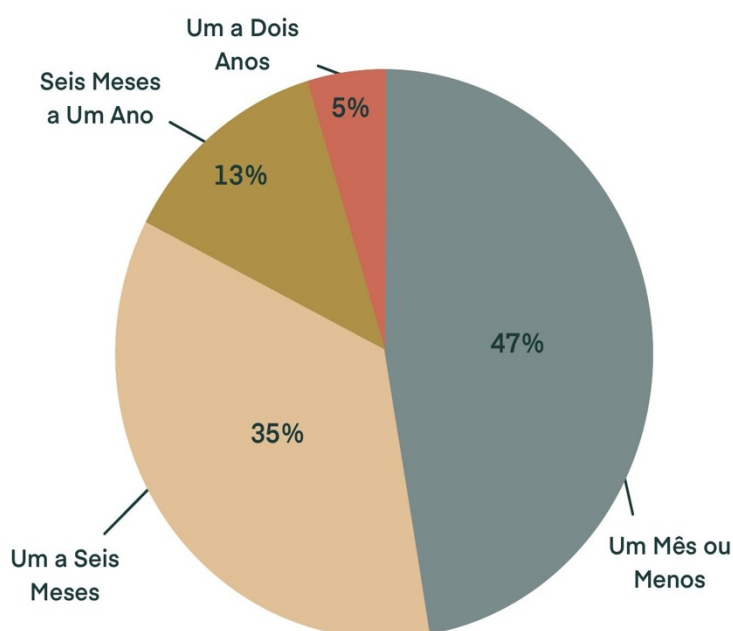
Fonte: HOYLE, Jeffrey. ADR Helpline [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por brunaef.adv@gmail.com, em 7 dez. 2021. (Tradução da autora).

Figura 5 – Tempo Gasto desde o Início do Procedimento até a Resolução 2012-2015



Fonte: HOYLE, Jeffrey. ADR Helpline [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por brunaef.adv@gmail.com, em 7 dez. 2021. (Tradução da autora).

Figura 6 – Tempo Gasto desde o Início do Procedimento até a Resolução 2012-2016



Fonte: HOYLE, Jeffrey. ADR Helpline [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por brunaef.adv@gmail.com, em 7 dez. 2021. (Tradução da autora).

Segundo o Sr. Hoyle, desde 2016 já não é mais realizado acompanhamento dos resultados, razão pela qual o presente trabalho contará apenas com os resultados do Serviço de Resolução de Disputas até 2016.

2.2 BRASIL

Em continuação à pesquisa que objetiva apresentar os elementos determinantes dos métodos adequados de solução de conflitos, é imperiosa a análise do sistema aplicado pela ANEEL, no Brasil, que possui competências semelhantes as da FERC.

2.2.1 Marco Regulatório

Com a reforma no Estado e as mudanças advindas com a desestatização, foi possível observar uma mudança significativa na forma de prestação do serviço de energia.

A Agência Nacional da Energia Elétrica (ANEEL) é uma autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, criada por meio da Lei nº 9.427 e do Decreto nº 2.335/1997 para regular o setor elétrico brasileiro. A ANEEL foi criada com a finalidade de regular e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Após 1996, mais de 20 empresas do setor de energia elétrica foram privatizadas e, logo em 2004, o governo lançou o “Novíssimo Modelo” do setor elétrico, com base na Lei nº 10.847, na Lei nº 10.848, de 2004 e no Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004.

O ‘Novíssimo Modelo’ também determinou a segregação de atividades em diferentes empresas, também conhecida como desverticalização societária das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica interligadas no Sistema Interligado Nacional (SIN), com a proibição do desenvolvimento das atividades de geração, transmissão, comercialização com consumidores livres, da participação em outras sociedades de forma direta ou indireta e de quaisquer outras atividades estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização¹¹⁵.

¹¹⁵ ARANTES, Eduardo Espindola. **A Mediação na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**. Monografia Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito de Energia Elétrica Brasília – UNICEUB, 2014. p. 13.

O setor elétrico ficou oito anos sem grandes mudanças. Em 2012, por meio da Lei nº 10.848, de 2004, é que se estabeleceu um novo modelo de comercialização da energia gerada pelas hidroelétricas, com um custo reduzido, a fim de incentivar o crescimento do setor. Tais medidas foram novamente revistas em 2013, quando a ANEEL promoveu uma revisão tributária com redução de até 20,2% nas tarifas de fornecimento¹¹⁶.

A empresa S&P Ratings, agência global classificadora de risco, emitiu em 2019 opinião sobre a ANEEL, afirmando que, “Em nossa opinião, o sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica no Brasil opera sob um marco transparente e previsível, que dá suporte à qualidade de crédito das empresas do setor”¹¹⁷. E completa, afirmando que o marco regulatório vem melhorando gradualmente:

A S&P Global Ratings considera o marco regulatório como o fator mais importante na avaliação da posição competitiva de uma concessionária de serviço de utilidade pública regulada (consulte fatores de crédito para a indústria de concessionárias de serviços de utilidade pública 19 de novembro de 2013). Acreditamos que o marco regulatório brasileiro permite um retorno razoável sobre investimentos e compensação adequada para as atividades de distribuição e transmissão. Consequentemente, vem se alinhando gradualmente com marcos mais robustos e politicamente independentes que observamos na região¹¹⁸.

Em 2020, ano de pandemia decorrente do coronavírus, a S&P Global Ratings, publicou nova opinião sobre as empresas brasileiras do setor elétrico:

Considerando que essas entidades são prestadoras de serviços essenciais que operam sob um marco altamente regulado, acreditamos que sejam mais resilientes do que outras empresas industriais. Também esperamos que resistam à crise Econômica principalmente devido às suas posições de liquidez relativamente

¹¹⁶ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Por Dentro da Conta de Luz: informação de utilidade pública**. 7. ed. Brasília: ANEEL, 2016.

¹¹⁷ FERREIRA, Vinícius. **Marco Regulatório Proporciona Estabilidade ao Setor Elétrico Brasileiro**. Disponível em: https://www.spglobal.com/_assets/documents/ratings/pt/pdf/2019-08-26-marco-regulatorio-proporciona-estabilidade-ao-setor-eletrico-brasileiro.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹¹⁸ FERREIRA, Vinícius. **Marco Regulatório Proporciona Estabilidade ao Setor Elétrico Brasileiro**. Disponível em: https://www.spglobal.com/_assets/documents/ratings/pt/pdf/2019-08-26-marco-regulatorio-proporciona-estabilidade-ao-setor-eletrico-brasileiro.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

confortáveis e à flexibilidade de cortar investimentos e dividendos, se necessário¹¹⁹.

É fato que o Brasil vem de um histórico de interferência política nos setores ora regulados, no entanto, de acordo com o relatório da S&P, a ANEEL é um órgão sem histórico de interferência política significativa nos últimos anos.

2.2.2 Ouvidoria

Dentre os canais de comunicação da ANEEL com a sociedade, podem-se citar a Ouvidoria Setorial e a Ouvidoria Institucional.

A Ouvidoria Setorial da ANEEL foi instituída pela Portaria MME nº 349, de 28 de novembro de 1997, e é responsável por conduzir os pedidos de informação, reclamações, denúncias e críticas dos cidadãos, quanto aos serviços prestados pelas distribuidoras de energia elétrica, buscando soluções para as controvérsias existentes.

A Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública (SMA), por meio da Ouvidoria Setorial, têm como objetivos solucionar os questionamentos apresentados; propor aprimoramento na prestação dos serviços das distribuidoras; proporcionar melhorias no relacionamento entre consumidor e a distribuidora; identificar lacunas na regulação; oferecer subsídios ao aprimoramento da regulação; e subsidiar a ação de fiscalização¹²⁰.

A orientação da ANEEL é que o consumidor procure, inicialmente, a distribuidora de energia elétrica e, apenas caso a questão não seja resolvida, o consumidor deve acionar a Ouvidoria Setorial.

¹¹⁹ FERREIRA, Vinícius. **Marco Regulatório Proporciona Estabilidade ao Setor Elétrico Brasileiro**. Disponível em: https://www.spglobal.com/_assets/documents/ratings/pt/pdf/2019-08-26-marco-regulatorio-proporciona-estabilidade-ao-setor-eletrico-brasileiro.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹²⁰ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Orientações sobre a Ouvidoria Setorial da ANEEL**. Disponível em: www.aneel.gov.br/orientacoes-ouvidoria-setorial. Acesso em: 20 dez. 2021.

Já a Ouvidoria Institucional, criada pela Portaria nº 2.884, de 11 de outubro de 2013, é responsável pela administração das reclamações, denúncias, sugestões, elogios e pedidos de providências relacionadas aos serviços prestados pela própria agência, da seguinte forma:

A Ouvidoria Institucional é o espaço para você registrar reclamações, sugestões e elogios relativos aos serviços prestados pela própria ANEEL e denúncias contra seus servidores, não se confundindo com outros canais de atendimento da Agência. Nesse sentido, a Ouvidoria Institucional é responsável por acompanhar o cumprimento dos compromissos e dos padrões de qualidade de atendimento dos serviços da ANEEL. Portanto, não é instância recursal ou canal de tratamento de reclamações contra distribuidoras de energia elétrica¹²¹.

Em 2018, a ANEEL aderiu, também, ao sistema do Governo Federal, Fala.br para o recebimento e tratamento de reclamações, sugestões, elogios e para cumprimento da Lei de Acesso à Informação nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. O interessado, ao acessar o sistema pela plataforma virtual, poderá direcionar o seu atendimento conforme a necessidade, seja crítica, elogio, informação etc., e após a finalização do protocolo, será encaminhado ao órgão ou agência responsável pelo ato.

Ainda sobre a ouvidoria, deve-se destacar que o artigo 22 da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei Geral das Agências Reguladoras), determinou que em cada agência reguladora haverá um ouvidor que atuará sem subordinação hierárquica. O ouvidor será responsável pela Ouvidoria Institucional e terá sua função particular, de zelar pela qualidade do serviço prestado, acompanhar o grau de satisfação dos usuários e fiscalizar a resolução das eventuais reclamações e conflitos ocorridos na prestação de serviço¹²².

¹²¹ BRASIL. **ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/ouvidoria-institucional>. Acesso em: 15 dez. 2021.

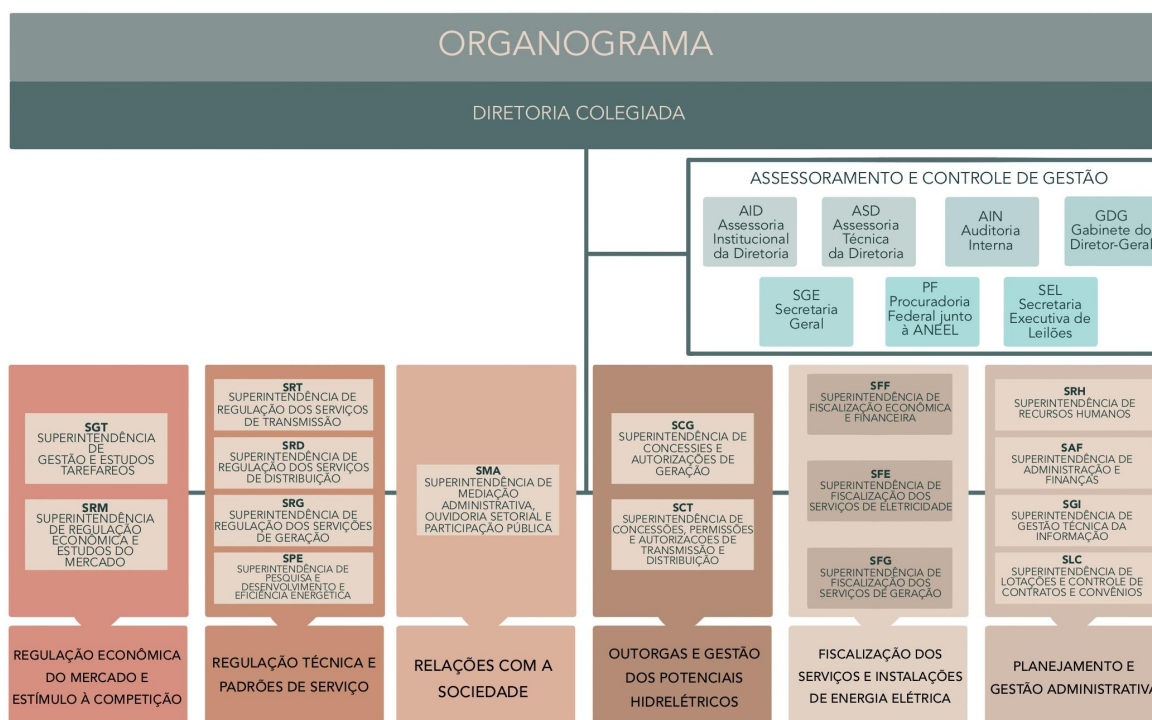
¹²² BRASIL. **Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

2.2.3 Estrutura Organizacional

Como já descrito em momento anterior, a ANEEL foi instituída com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em consonância com as determinações governamentais.

A Agência Nacional de Energia Elétrica é organizada por dois níveis hierárquicos, Diretoria e Superintendência de Processos Organizacionais, a fim de garantir maior eficiência e agilidade nas decisões. No alto das decisões, é possível identificar a Diretoria Colegiada (DIR), que é composta pelo Diretor Geral e outros quatro Diretores nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal.

Figura 7 – Estrutura Organizacional da Diretoria Colegiada da ANEEL



Fonte: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/660863/21296594/PGA+2021++ANEEL.pdf/afd0b7a7-05cf-6ba6-0462-cea766c840e4>. Acesso em: 11 dez. 2021.

As Superintendências fornecem a base técnica para a Diretoria e desempenham suas funções de forma especializada em grupos, que são divididos em: regulação econômica do mercado e estímulo à competição; regulação técnica e padrões de serviço; relações com a sociedade; outorgas e gestão dos potenciais hidráulicos; fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica; e planejamento e gestão administrativa.

É importante destacar que a Superintendência de Mediação Administrativa e Ouvidoria Setorial e Participação Pública (SMA) estão ligadas ao grupo de relações com a sociedade.

Já a Diretoria Colegiada da ANEEL tem autonomia administrativa, financeira e patrimonial conforme preceitua o art. 1º do Anexo 1 do Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997¹²³.

Art. 1º. A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado, nos termos da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, vincula-se ao Ministério de Minas e Energia.

A Diretoria tem competência para analisar, discutir e decidir sobre as matérias contidas no art. 8º do Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, entre elas, destacam-se: “I – planejamento estratégico da agência; II – políticas administrativas internas e de recursos humanos e seu desenvolvimento; III – nomeação, exoneração, contratação e promoção de pessoal, nos termos da legislação em vigor”¹²⁴.

Por fim, observa-se que a agência possui uma estrutura organizacional moderna, composta por dois níveis hierárquicos e organizada por processos. Em termos quantitativos são 16 superintendências, sete unidades de apoio a decisão, e a Diretoria, que atua em regime de colegiado. É de se notar, ainda, que a FERC faz

¹²³ BRASIL. **Decreto nº 2.335 de 6 de outubro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹²⁴ BRASIL. **Decreto nº 2.335 de 6 de outubro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM. Acesso em: 15 dez. 2021.

grandes investimentos para alcançar a excelência organizacional, utilizando recursos de forma coerente, equipando adequadamente seus funcionários, para que atuem de forma eficiente.

2.2.4 Competência – Matérias Objeto dos MASCs

Entre as competências da ANEEL, registra-se que “Cabe à ANEEL dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”¹²⁵.

De acordo com o Caderno Temático nº 8 da ANEEL, na origem da desavença, múltiplas são as causas que podem ser encontradas: “I. desacordo acerca do cumprimento de cláusulas contratuais (prazos, preços, reajustes, aditivos); II. descumprimento de atos regulatórios; III. dificuldade de interpretação da legislação; IV. questões ainda não reguladas”¹²⁶.

Para a ANEEL, a mediação administrativa é o meio hábil para resolver conflitos comerciais ou contratuais entre os agentes do setor elétrico ou entre eles e seus consumidores em conflitos, cujos objetos não estejam inteiramente regulamentados.

Não entanto, não há nos seus manuais e legislações quaisquer limitações de matérias passíveis de serem resolvidas por meio de MARCs.

¹²⁵ BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. **Competências**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/competencias>. Acesso em: 15 nov. 2021.

¹²⁶ BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno temático 8 – Solução de divergências: mediação**. Brasília: ANEEL, 2008.

2.2.5 Tipos de MARCs

A Lei nº 9.427/1996 atribuiu à ANEEL a responsabilidade de pacificar as relações entre os agentes do setor e, também, entre agentes e consumidores.

No inciso V, do artigo 3º da Lei nº 9.427/1996, restou estabelecido também que compete à ANEEL “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”.

Art. 18 – A atuação da ANEEL para a finalidade prevista no inciso V do art. 3º da Lei nº 9.427, de 1996, será exercida direta ou indiretamente, de forma a: I – dirimir as divergências entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores, inclusive ouvindo diretamente as partes envolvidas; II – resolver os conflitos decorrentes da ação reguladora e fiscalizadora no âmbito dos serviços de energia elétrica, nos termos da legislação em vigor; III – prevenir a ocorrência de divergências; IV – proferir a decisão final, com força determinativa, em caso de não entendimento entre as partes envolvidas; V – utilizar os casos mediados como subsídios para a regulamentação¹²⁷.

Como já relatado anteriormente, a Portaria MME nº 349, de 28 de novembro de 1997, aprovou o Regimento Interno da ANEEL, estabelecendo no seu artigo 23, inciso III, que compete à Superintendência de Mediação Administrativa Setorial (SMA/ANEEL): “executar as atividades relacionadas aos processos de consulta aos agentes econômicos, a consumidores de energia elétrica e à sociedade e de atendimento a suas reclamações”¹²⁸.

Nesse sentido, é de se destacar que a Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública (SMA) é responsável, entre

¹²⁷ BRASIL. **Decreto nº 2.335 de 6 de outubro de 1997**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1997/decreto-2335-6-outubro-1997-437247-norma-pe.html>. Acesso em: 15 nov. 2021.

¹²⁸ BRASIL. **Portaria MME nº 349 de 28 de novembro de 1997**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bprt1997349mme.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

outras atividades, pela execução de atividades de mediação de conflitos existentes entre os agentes e consumidores.

Atualmente, a SMA é responsável por dirimir conflitos que envolvam agentes e consumidores da ANEEL, por meio de alguns mecanismos como Ouvidoria Setorial, mediação administrativa, processos administrativos e a recente comissão conjunta de resolução de conflitos dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

As agências reguladoras são institutos complexos e particulares entre si, vez que cada agência tem seu regulamento próprio. A ANEEL, em específico, para a prestação dos seus serviços, envolve inúmeros setores que são responsáveis pela geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia, correndo riscos de conflitos e divergências entre os participantes dessas relações.

Suscitado o conflito, a parte interessada deverá acionar a SMA/ANEEL para que instaure um procedimento após a triagem prévia, que identificará se o caso corresponde a um fato mediável. Superada a etapa inicial, as partes poderão encaminhar-se à resolução do conflito propriamente dita, por quaisquer dos métodos adequado e a seguir relacionados.

2.2.5.1 Mediação Administrativa

Dentre as possibilidades de resolução de conflitos fora do âmbito de alcance do Poder Judiciário, a mediação representa uma das grandes formas de resolver a demanda na essência, garantindo a satisfação dos interesses de ambos os envolvidos.

A mediação é um procedimento de autocomposição, no qual as partes contam com a participação de um terceiro imparcial que, no papel de mediador, auxiliará as partes a encontrar uma solução em que se alcancem ganhos mútuos.

O mediador é responsável por aproximar as partes e facilitar a comunicação, sem qualquer poder decisório. O processo de mediação é conduzido por, pelo menos, um mediador que se abstém de apresentar propostas para resolver a questão; as partes mediadas são as responsáveis por encontrar a solução do conflito¹²⁹.

Extraí-se do Caderno Temático da ANEEL que a mediação “é a intervenção de um imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar uma solução mutuamente aceitável”¹³⁰.

Após a triagem inicial e eleição da mediação como método adequado de resolução do conflito, a outra parte é convidada a participar do procedimento, pois trata-se de um método que tem como princípio a voluntariedade. Mediante a manifestação de concordância, ocorre a abertura do processo administrativo.

Após, é agendada a reunião com as partes envolvidas, inicialmente com a parte suscitante e depois com a parte suscitada, para elucidar o procedimento, seus conceitos e regras e, por fim, a coleta de informações necessárias para o caso.

Diferentemente da mediação tradicional, a administrativa permite que o mediador agende inúmeras reuniões individuais, tantas quantas forem necessárias para que as partes possam seguir para a próxima etapa, que é a sessão conjunta, em que as partes estejam prontas para interagir cooperativamente, dispostas a concentrar-se em seus interesses e transigir em suas posições de forma positiva¹³¹.

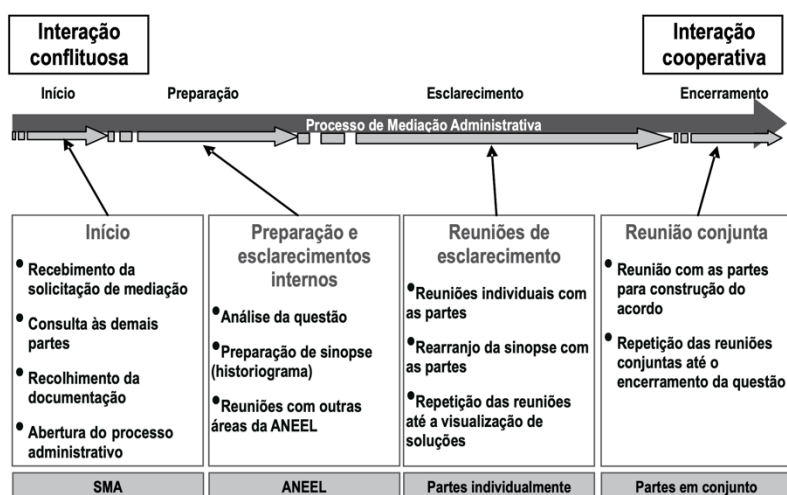
Se, eventualmente, não for possível alcançar o acordo, o processo administrativo é encerrado e as partes devem procurar outra forma de resolução de conflito, conforme demonstra a Figura 8 a seguir.

¹²⁹ BRASIL. **ANEEL Agência Nacional de Energia Elétrica**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/sma>. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹³⁰ BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático 8 – Solução de divergências: mediação**. Brasília: 2008.

¹³¹ BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático 8 – Solução de divergências: mediação**. Brasília: 2008. p. 22.

Figura 8 – Roteiro da Mediação Administrativa



Fonte: BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático 8** – Solução de divergências: mediação. Brasília: ANEEL, 2008. p. 22.

2.2.5.2 Ouvidoria Setorial

Como já mencionado anteriormente, a Ouvidoria Setorial da ANEEL foi instituída pela Portaria MME nº 349, de 28 de novembro de 1997, e é responsável por conduzir os pedidos de informações, reclamações, denúncias e críticas dos cidadãos quanto aos serviços prestados pelas distribuidoras de energia elétrica e aplicar medidas alternativas de resolução para os conflitos existentes, visando atender aos princípios da celeridade, eficiência e autonomia.

O primeiro ato, após a decisão de procurar resolver o conflito de forma adequada, é realizar uma reclamação no *site* da agência. Essa reclamação é recebida diretamente na Ouvidoria Setorial da ANEEL e enviada para a distribuidora, que deverá apresentar uma resposta que pode satisfazer, ou não, o consumidor. O consumidor da energia elétrica deve se dirigir à sua distribuidora e, somente no caso de não obter resposta à solicitação, ou a solução não tenha sido atendida de forma satisfatória, poderá recorrer à Ouvidoria Setorial.

As solicitações que não podem ser imediatamente solucionadas pelos atendentes da central 167, por necessitarem de posicionamento das distribuidoras, são registradas no Sistema de Gestão de Ouvidoria – SGO – e somam-se àquelas recebidos por chat, formulário, carta etc.

esse conjunto de solicitações é analisado em segundo nível pelo corpo técnico da SMA e das agências estaduais conveniadas, para adequado tratamento da questão, seja pela prestação de informações acerca de temas relativos à regulação ou pela busca de esclarecimentos nas distribuidoras sobre a prestação de seus serviços¹³².

Em razão da ausência de caráter decisório na manifestação, não há possibilidade de recurso em caso de insatisfação de uma das partes. Caso a parte sinta que não teve sua demanda atendida devidamente, poderá requerer a abertura de um processo administrativo nos termos da Lei nº 9.784/1999 e da Norma de Organização ANEEL nº 001/1998, anexa à Resolução nº 273/2007, protocolando o pedido na distribuidora estadual ou diretamente na ANEEL.

2.2.5.3 Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo

Além dos métodos tradicionalmente conhecidos como adequados de resolução de conflitos, é de se destacar a iniciativa das agências reguladoras, na criação da Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

A recente Resolução nº 2, de 27 de março de 2021, implementou medidas de resolução administrativa de conflitos entre agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo e agentes exploradores de serviços de transporte dutoviário de petróleo, sobre compartilhamento de infraestrutura, de acordo com o que consta na Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

De acordo com o artigo 10 da Resolução Conjunta nº 2, a comissão tem caráter permanente e deve ser composta por dois representantes de cada agência envolvida no conflito e um representante da terceira agência alheia a discussão¹³³.

¹³² BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Orientações sobre a Ouvidoria Setorial da ANEEL**. Disponível em: www.aneel.gov.br/orientacoes-ouvidoria-setorial. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹³³ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Resoluções Conjuntas**. Disponível em:

Para que o conflito seja admitido para resolução, pela comissão, é necessário demonstrar tentativa de negociação anterior, nos termos do art. 19 do anexo à Resolução Conjunta nº 2 de 27 de março de 2001.

Art. 19. O início do procedimento administrativo de que trata este Regulamento condiciona-se à existência de negociação ou tentativa de negociação entre as partes e à ciência dos agentes de que será requerida a atuação das Agências no conflito.

§ 1º O agente interessado deverá comunicar previamente e por escrito àquele com quem diverge a intenção de requerer a atuação das Agências.

§ 2º A comunicação mencionada no parágrafo anterior será obrigatória para que se instaure o processo de resolução de conflitos e sua prova deverá constar do requerimento dirigido à Comissão¹³⁴.

O requerimento para resolução do conflito deverá ser encaminhado à comissão, que o distribuirá entre as agências reguladoras dos setores de atuação do requerente e do requerido – aquelas envolvidas no conflito. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, será instaurado o processo e ordenada a notificação do requerido para que, em até dez dias, apresente informações e documentos relativos ao conflito. A comissão poderá solicitar informações, diligências, perícias ou quaisquer providências que considerar necessárias para melhor compreensão do caso.

Após o encerramento da instrução do processo, a comissão notificará as partes para apresentarem alegações finais, em cinco dias, ou intimará para participar de uma audiência, com o objetivo de conciliar os interesses. Se as partes chegarem a um acordo, a comissão emite uma decisão que tem efeito vinculante entre as partes, sem direito a recurso na esfera administrativa.

<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-conjuntas/85-resolucao-conjunta-2>. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹³⁴ BRASIL. **Resolução Conjunta nº 2 de 27 de março de 2001**. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-conjuntas/85-resolucao-conjunta-2>. Acesso em: 27 dez. 2021.

Em caso de tentativas infrutíferas de acordo, a comissão determinará os pontos controvertidos, e as partes deverão apresentar alegações finais no prazo de cinco dias, para depois a comissão proferir uma decisão expressamente motivada. À essa decisão caberá pedido de reconsideração no prazo de até cinco dias¹³⁵.

2.2.6 Procedimentos

Conforme mencionado anteriormente, a ANEEL recebe as reclamações relativas à prestação dos serviços pelas distribuidoras por meio da Ouvidoria Setorial da ANEEL. É também por meio da ouvidoria que é possível aplicar medidas alternativas de resolução para os conflitos existentes, visando atender aos princípios da celeridade, eficiência e autonomia.

Para que o usuário tenha sua demanda atendida deverá, inicialmente, realizar uma reclamação no *site* da agência. Essa reclamação é recebida diretamente na Ouvidoria Setorial da ANEEL e enviada para a distribuidora, que deverá apresentar uma resposta que pode satisfazer, ou não, o consumidor. Caso não tenha nenhuma resposta, a ouvidoria deverá ser chamada para atuar no caso em tela.

Em razão da ausência de caráter decisório na manifestação, não há possibilidade de recurso, em caso de insatisfação de uma das partes. Caso a parte sinta que não teve sua demanda atendida devidamente, poderá requerer a abertura de um processo administrativo nos termos da Lei nº 9.784/1999 e da Norma de Organização ANEEL nº 001/1998, anexa à Resolução nº 273/2007, protocolando o pedido na distribuidora estadual ou diretamente na ANEEL.

Desde 2018, a ANEEL aderiu ao portal Fala.br, uma plataforma integrada de ouvidoria e acesso à informação, como mais uma ferramenta hábil a auxiliar na questão do tratamento de conflitos. No caso da Agência Nacional de Energia Elétrica,

¹³⁵ BRASIL. Agência Nacional das Telecomunicações –ANT. **Resolução de Conflito**. Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/competicao/resolucao-de-conflitos/comissao-de-resolucao-de-conflitos-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-energia-eletrica-telecomunicacoes-e-petroleo>. Acesso em: 16 nov. 2021.

o Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão (e-SIC) está integrado ao Fala.br e todas as manifestações são realizadas pela mesma plataforma.

2.2.7 Controle Judicial dos Atos Administrativos do Uso dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos

No Brasil, a regulação existe da necessidade de intervenção direta ou indireta do Estado nas relações privadas, econômicas e sociais. Tal comportamento remonta eras pretéritas, pois o Estado, de certa forma, sempre interferiu nas relações privadas.

Ao serem reconhecidas novas necessidades sociais e constatada a impossibilidade de o Parlamento oferecer, por meio exclusivo da lei, o atendimento a esses anseios, a atuação da administração pública se intensifica com fins a satisfação dos interesses sociais e econômicos, e com ela surge uma nova ordem normativa em que os regulamentos são meios mais expeditos para garantir a atuação estatal¹³⁶.

A competência normativa é diferente daquela praticada pelas agências estadunidenses. Diferente da Constituição norte-americana, a brasileira foi muito mais analítica na delimitação das competências legislativas. Na realidade norte-americana, caracterizada pela delegação, não deve representar uma possibilidade de transferência total da função normativa, como bem esclarece Sérgio Guerra:

[...] que as leis ao conferir função normativa às agências não podem, simplesmente, representar um cheque em branco (*too vague*); devem conter standards e princípios claros (*intelligible principle*) que guiem as ações das agências. A inobservância dessa *judicial rule* representaria que o Congresso teria abdicado suas funções constitucionais¹³⁷.

Neste sentido, Romulo Guilherme Leitão completa afirmando que

¹³⁶ LEITÃO, Rômulo Guilherme; DE GOUVEIA, Alessandro Samartin. Escolha Regulatória, Controle Judicial e a Nova LINDB. **Revista Direito Administrativo**, v. 278, n. 2, p. 112, maio/ago. 2019.

¹³⁷ GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a Regulação Brasileira por Agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? *In*: GUERRA, Sérgio. **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 59.

[...] No Brasil a competência normativa do executivo e, por conseguinte, das agências reguladoras é completamente diferente daquele vivenciado pelas agências estadunidenses. Diferente da Constituição norte-americana, a brasileira foi muito mais analítica na delimitação das competências legislativas e, por consequente, regulamentares [...] na experiência nacional a delegação da mesma atuação normativa é rigorosamente definida pelo constituinte¹³⁸.

A segurança jurídica, dentro do ordenamento jurídico, é considerada um princípio constitucional, que visa garantir o direito adquirido das partes, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada¹³⁹. Nesse sentido, deve-se observar que a segurança jurídica também é importante dentro da esfera administrativa das agências reguladoras, visto que proporciona uma maior estabilidade no mercado de investidores e garante uma previsibilidade na atuação dos agentes do setor.

A ANNEL, assim como as demais agências reguladoras, possui funções normativas, julgadoras e sancionatórias. É do Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, que se extrai a competência da agência para fiscalizar a prestação de serviços e instalações de energia elétrica, aplicando penalidades regulamentares e contratuais.

O mesmo decreto preceitua os tipos de sanções possíveis de serem aplicadas pela fiscalização: advertência; multa; suspensão temporária de licitar e contratar; intervenção administrativa; revogação da autorização; e caducidade da permissão ou concessão.

No entanto, por vezes, diante da determinada penalidade, o sujeito opta por recorrer ao judiciário para tentar revisar a penalidade aplicada, ocasionando uma revisão judicial dos atos administrativos.

Em entrevista para a FGV Energia, o Diretor Geral da ANEEL, André Pepitone da Nóbrega declarou que

¹³⁸ LEITÃO, Rômulo Guilherme; DE GOUVEIA, Alessandro Samartin. Escolha Regulatória, Controle Judicial e a Nova LINDB. **Revista Direito Administrativo**, v. 278, n. 2, p. 101, maio/ago. 2019.

¹³⁹ NELSON, Nery Junior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 13. ed. Revistas dos Tribunais, 2017. p. 80.

A segurança regulatória, sinteticamente compreendida como a estabilidade e o fiel cumprimento às normas e aos contratos vigentes, é o elemento básico e fundamental, para avalizar os investimentos necessários nos segmentos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, de que tanto o Brasil precisa¹⁴⁰.

Em linhas gerais, o controle dos atos normativos realizado pelo judiciário, está amparado na Constituição Federal, nas leis que disciplinam esse tipo de processo e na própria jurisprudência do STF. No entanto, com a edição da Lei nº 13.655/2018, o controle em processos subjetivos e concretos passam a contar com a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro para regulamentar casos de controle regulatório, bem como reger efeitos dessas decisões judiciais. A LINDB lançou cinco novos artigos destinados ao controle judicial dos atos administrativos, a saber, artigos 20, 21, 23, 24 e 27.

O artigo 20 diminuiu a margem de discricionariedade do julgador, em um claro movimento de tentar aproximar o “ser” do “dever ser”. De acordo com Leitão e Gouveia, simbolicamente essa alteração representa uma superação do sistema legalitário, pois coloca a Constituição Federal no ápice da pirâmide e supera a ideia de que o Código Civil seria a Lei mais importante da vida privada.¹⁴¹

Na sequência, o artigo 21 em complementação ao anterior, determina que seja sempre indicado, de modo expresso, as consequências jurídicas da invalidação do ato administrativo, bem como as possibilidades de regularização de modo equânime e sem prejuízo dos interesses gerais.

Sobre o artigo 23 da LINDB, este estabelece a necessidade de ponderar os efeitos de novas decisões que modifiquem entendimentos anteriores, garantindo então uma transição menos traumática e incerta, baseadas em entendimentos antigos. Já o subsequente, artigo 24, objetiva em síntese garantir ainda mais

¹⁴⁰ FGV ENERGIA. **Entrevista com Agentes do Setor Energético sobre Segurança Regulatória.** Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/coluna_opiniao_junho_-_entrevistas_v2.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹⁴¹ LEITÃO, Rômulo Guilherme; DE GOUVEIA, Alessandro Samartin. Escolha regulatória, controle judicial e a nova LINDB. In: Revista Direito Administrativo, v. 278, n. 2, maio/ago. 2019, p. 97-130.

segurança jurídica para cada caso concreto, para que então sejam sempre respeitados os motivos que ensejaram determinado ato.

Por fim, mas não menos importante, o artigo 27 da LINDB prevê a possibilidade de compensação, e ou reparação, pelos prejuízos decorrentes do comportamento das partes, e até mesmo pelo sistema processual.

Assim, ao integrar o sistema jurídico brasileiro, esses artigos passam então a determinar que, antes que se decida pela invalidação de atos administrativos, deve o judiciário observar valores jurídicos concretos e reais, e na medida do possível sempre ponderar as consequências de tal invalidação.

2.2.8 Análise da Eficácia do Modelo

A ANEEL não disponibiliza no seu *site* os dados relativos aos procedimentos internos de resolução de conflitos, no entanto, de acordo com a informação constante do trabalho monográfico¹⁴² disponível no próprio *site* da agência, de 2000 a 2013, a ANEEL participou de 178 casos de mediação, sendo uma média de 14 casos por ano e, aproximadamente, um por mês.

No entanto, em 2008, com a publicação do Caderno Temático nº 8 da ANEEL foram disponibilizados dados mais relevantes e promissores sobre a resolução administrativa dos conflitos que envolvem a agência, adiante mencionados:

Em termos quantitativos, a SMA/ANEEL tem empreendido uma média de 30 (trinta) mediações anuais, das quais resultam acordos em aproximadamente 90% dos procedimentos instaurados. 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 continuado¹⁴³.

¹⁴² ARANTES, Eduardo Espindola. **A Mediação na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**. Monografia Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito de Energia Elétrica. UNICEUB. Brasília, 2014. p. 13.

¹⁴³ BRASIL. Agência Nacional das Telecomunicações – ANT. **Cadernos Temáticos ANEEL 8**. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/documents/656835/16505063/2008_CadernosTematicosANEEL8.pdf/ff1f62a

Já a Ouvidoria Setorial demonstra que

Foram atendidas 1.451.359 (um milhão quatrocentas e cinquenta e um mil trezentos e cinquenta e nove) chamadas somente em 2019, superando-se a meta estabelecida na LOA que era de 1.338.431 (um milhão trezentos e trinta e oito mil e quatrocentas e trinta e uma) chamadas. Desde julho de 2019, por meio da tecnologia, a ANEEL oferece comodidade ao consumidor, com um atendimento mais ágil e disponível a todo momento, por meio de um Assistente Virtual da ANEEL, um *chatbot*, que permite o esclarecimento de dúvidas no portal da Agência 24 horas por dia, sete dias por semana. Em 6 meses, o Assistente Virtual atendeu mais de 4.000 reclamações¹⁴⁴.

Extraí-se do material produzido pela ANEEL – Ouvidoria Setorial em Números 2019 que, no ano de referência, foram realizados 48.570 registros na Ouvidoria Setorial, conforme demonstra a Tabela 2 a seguir.

Tabela 2 – Registros de Reclamações realizadas na ANEEL (2019)

Região	Unidades consumidoras	Percentual ^(*)	Reclamações	Percentual ^(*)	Relação reclamações / 10.000 UCs
Norte	5.546.313	6,7%	2.661	5,5%	4,80
Nordeste	22.124.067	26,6%	6.717	13,8%	3,04
Centro-Oeste	6.560.601	7,9%	4.731	9,7%	7,21
Sudeste	36.379.110	43,8%	29.513	60,8%	8,11
Sul	12.430.765	15,0%	4.948	10,2%	3,98
Brasil	83.040.856	100%	48.570	100%	5,85

*Percentual da região em relação ao total Brasil.

Fonte: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Ouvidoria Setorial em Números 2019**: aspectos técnicos e comerciais. Brasília: 2019.

Já em 2020, a ANEEL disponibilizou novo relatório de gestão, apresentando, então, dez principais tipos de informações recebidos em 2020 na ouvidoria setorial:

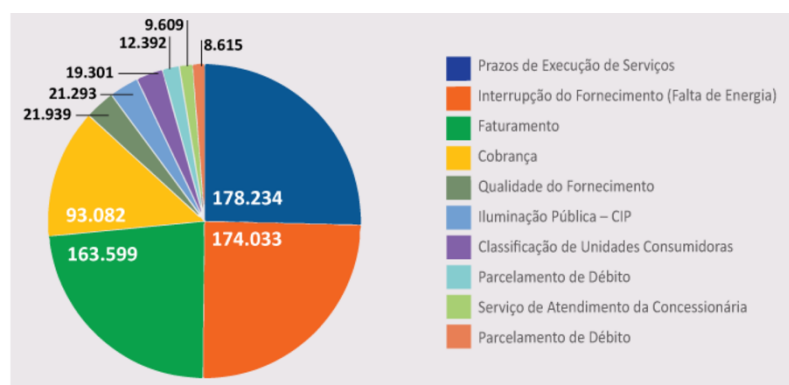
Foram atendidas 1.020.916 de chamadas em 2020, equivalendo à média aproximada de 85 mil ligações/mês. Em 2020, com a suspensão do atendimento presencial aos consumidores durante aproximadamente 6 meses, motivado pela pandemia da COVID-19,

d-4450-457e-e8ac-e69c16648c58. Acesso em: 16 nov. 2021.

¹⁴⁴ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Exercício 2019**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/653889/14859944/Exerc%C3%ADcio+-+2019/b755a474-25e9-994d-7f00-c8a6ec8d8b86>. Acesso em: 11 dez. 2021.

houve crescimento na busca pelos canais digitais, inclusive da ANEEL, a qual tem oferecido comodidade ao consumidor com um atendimento ágil e disponível a todo momento, por meio de um Assistente Virtual (chatbot) no portal da Agência, 24 horas por dia, sete dias por semana. Em 12 meses, o Assistente Virtual realizou mais de 46.000 atendimentos¹⁴⁵.

Figura 9 – Os Dez Principais Motivos de Contato Realizado na Ouvidoria Setorial em 2020



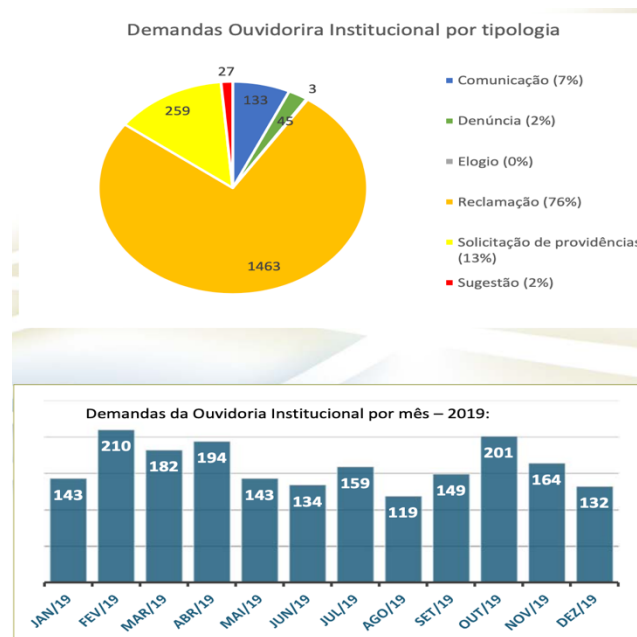
Fonte: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/653889/22071321/Relatório+de+Gestão+2020/380279e7-55cf-4c2f-23ee-6e21acdb5d51?version=1.0>. Acesso em: 15 dez. 2021.

No ano de 2019 foi possível observar que 76% das comunicações recebidas na Ouvidoria Institucional eram reclamações.

Figura 10 – Os Seis Principais Motivos de Contato Realizado na Ouvidoria

¹⁴⁵ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Relatório de Gestão 2020**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/653889/22071321/Relatório+de+Gestão+2020/380279e7-55cf-4c2f-23ee-6e21acdb5d51?version=1.0>. Acesso em: 11 dez. 2021.

Institucional em 2019

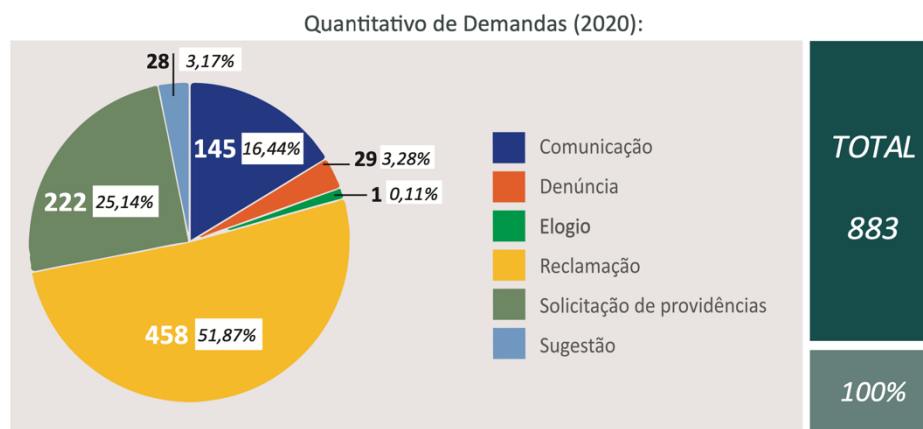


Fonte: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Relatório de Gestão 2020**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/653889/14859944/Exerc%C3%ADcio+-+2019/b755a474-25e9-994d-7f00-c8a6ec8d8b86>. Acesso em: 15 dez. 2021.

Já no ano de 2020, após a instituição do canal Fala.br, foi possível observar uma redução de 24,2% de reclamações registradas junto à ANEEL. A Figura 11 apresenta o quantitativo de demandas recebidas ao longo do exercício de 2020, por meio dessa plataforma. Essas demandas seguem a classificação estabelecida no Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018, normativo que instituiu o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal¹⁴⁶.

¹⁴⁶ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Relatório de Gestão 2020**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/653889/22071321/Relatório+de+Gestão+2020/380279e7-55cf-4c2f-23ee-6e21acdb5d51?version=1.0>. Acesso em: 11 dez. 2021.

Figura 11 – Quantitativo de Demandas ANEEL 2020



Fonte: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Relatório de Gestão 2020**.

Disponível em:

<https://www.aneel.gov.br/documents/653889/22071321/Relatório+de+Gestão+2020/380279e7-55cf-4c2f-23ee-6e21acdb5d51?version=1.0>. Acesso em: 15 dez. 2021.

Demonstra-se, assim, que a agência vem honrando o compromisso assumido de dirimir, internamente, as controvérsias da agência. Ainda, para que seja possível alcançar os objetivos previstos, a ANEEL afirma que investe em ações para capacitar sua equipe, oportunizando conhecimento aprofundado em técnicas de negociação e comunicação.

De outro lado, extrai-se do procedimento da mediação administrativa, que a agência poderá agendar tantas sessões de mediação quanto bastem, todavia, esse comportamento fere o princípio da celeridade tão forte na mediação. Assim sendo, observa-se que a ANEEL, apesar de alcançar altos índices de acordo, falha no tempo de tramitação dos procedimentos.

Ademais, ainda é de se registrar que a cada reunião individual é registrado um documento denominado Notas de Reunião, em que o mediador faz breves relatos do que ocorreu na sessão. Nesse ponto, observa-se outra grande diferença entre a mediação tradicional e a administrativa realizada pela ANEEL, o excesso de formalismo atípico na mediação.

Os métodos adequados de resolução de conflitos são essenciais para a desjudicialização, pois permitem que parte das demandas sejam tratadas *in* análise,

da forma de constituição das agências reguladoras, bem como modelos de agências reguladoras adeptas e inovadoras na utilização dos métodos adequados de resolução de conflito, podendo oportunizar, ao direito brasileiro, o aperfeiçoamento do modelo de solução de conflitos entre regulados.

CAPÍTULO 3

EM BUSCA DA DESJUDICIALIZAÇÃO: ANÁLISE COMPARATIVA DOS ELEMENTOS DETERMINANTES DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE ENERGIA ELÉTRICA DOS ESTADOS UNIDOS (*FERC*) E DO BRASIL (*ANEEL*)

O uso dos métodos adequados de resolução de conflitos em agências reguladoras americanas tem peculiaridades que, se bem adaptadas, podem contribuir para a resolução das demandas das agências regulatórias brasileiras, especialmente a ANEEL. Buscar por soluções mais eficientes, rápidas e menos onerosas para os conflitos dentro das agências reguladoras no Brasil, poderá se mostrar como uma grande ferramenta de desjudicialização, principalmente porque o Brasil encerrou o ano de 2020, com 75,4 milhões de processos em tramitação. E isso é algo preocupante¹⁴⁷.

A simples análise, apartada de dados e informações dos sistemas jurídicos dos Estados Unidos e do Brasil não é capaz de promover mudanças significativas e úteis para qualquer ordenamento jurídico, de outro lado, o estudo dos dados de forma comparada é hábil a identificar os modelos de sucesso, para que no futuro possam ser replicados em outros locais.

No mesmo sentido, o professor Osvaldo Agripino de Castro Junior esclarece que a comparação de dados é capaz de impor sentido axiológico a objetos de estudos, no caso os elementos determinantes dos métodos adequados de solução de conflitos nas agências reguladoras dos Estados Unidos e do Brasil, ao ponto de colaborar com a interpretação de fenômenos:

De certo modo, pode ser dizer, que comparar é impor significados a objetos e uma forma de interpretar fenômenos. Nenhum objeto ou processo, abstratamente, tem significado, mas obtém a sua

¹⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

interpretação em face de alguns pontos de referência¹⁴⁸.

Assim, tendo em vista o estudo pormenorizado dos elementos determinantes elencados no capítulo 2 deste trabalho, será possível realizar neste capítulo 3, a análise comparativa desses elementos, da agência reguladora norte-americana FERC, e sua correspondente brasileira, a ANEEL.

Neste último capítulo será possível compreender as diferenças entre os métodos adequados de resolução de conflitos e sua aplicação, nos ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro, ao ponto que se possa extrair as principais vantagens para amenizar os altos índices de judicialização no Brasil.

3.1 MARCO REGULATÓRIO

Poder-se-ia apontar o marco regulatório, como a primeira grande diferença entre a FERC e a ANEEL, tendo em vista que os Estados Unidos decidiram legislar sobre esse tema várias décadas antes do que o Brasil, o que permitiu que esse modelo fosse aperfeiçoado e melhorado ao longo dos anos pelo Estado norte-americano.

Entretanto, enquanto a *Federal Energy Regulatory Commission* já foi pensada em 1935 quando da aprovação da *Federal Power Act* (FPA), para regulamentar o setor de energia, no Brasil, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi concebida apenas em 1996, por meio da Lei nº 9.427.

Apesar de a agência reguladora brasileira do setor de energia elétrica ter sido criada muito tempo depois da agência norte-americana, e ter passado por um período de grande interferência política, conforme já fora evidenciado no capítulo 1 deste trabalho, o marco regulatório vem se mostrando confiável nos últimos anos, assim como a correspondente norte-americana FERC. Todavia, é inegável o fato de

¹⁴⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento** – Estudo comparado para a reforma do Sistema Judicial. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 637.

que a antiguidade da agência reguladora norte-americana traz uma maior maturidade institucional, para lidar com os desafios das suas competências.

É importante destacar que as agências reguladoras são criadas, em síntese, para promover a sua atividade-fim, podendo, inclusive, delegar a terceiros, o exercício das suas atividades – fiscalizar e controlar o cumprimento dos contratos e a execução dos serviços; aplicar punições em caso de descumprimentos das normas relativas aos serviços prestados; manter um contato direto com o usuário dos serviços, exercendo papel de ouvidor das reclamações e denúncias; e proporcionar a resolução adequada dos conflitos, entre outros.

Assim, são entes reguladores, ou seja, atribuíssse-lhes uma gama de competências que tornam as agências aptas a definir o regime legal específico de determinado feixe de atividades. Tal se dá de forma imediata (por meio de positivação de regras) e mediata (por meio da aplicação executiva de regras preexistentes)¹⁴⁹.

No que se refere à atuação das agências reguladoras para resolução apropriada de disputas no setor de energia, tem-se mais um ponto de destaque entre os dois modelos. Enquanto o sistema estadunidense apenas regulamentou a resolução apropriada de disputas dentro das agências reguladoras no ano de 1996, permitindo, então, que os caminhos de resolução de conflitos administrativos fossem tratados internamente no âmbito da justiça federal, a ANEEL já disciplinou o uso de métodos adequados desde a sua criação, no mesmo ano.

Outro quesito que merece destaque é a extensão das matérias reguladas pelas agências FERC e ANEEL, pois enquanto a ANEEL foi instituída apenas para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, a FERC possui um leque muito maior de atuação, regulando além da transmissão interestadual de energia elétrica, também o gás natural e petróleo para as distribuidoras.

¹⁴⁹ DE OLIVEIRA, Paulo Augusto. O Estado Regulador e Garantidor em Tempos de Crise e o Direito Administrativo da Regulação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, 2016. p. 170.

Tal circunstância é capaz de demonstrar que a agência reguladora norte-americana possui um aspecto de atuação muito mais amplo do que a sua correspondente brasileira, que é exclusivamente direcionada para o ramo de energia elétrica. Essa característica é especialmente relevante no que se refere aos métodos adequados de resolução de conflitos, pois demonstra que a agência consegue ter uma atuação mais eficiente, mesmo com uma área de atuação maior, conforme demonstrado no capítulo 2.1.

Nesse sentido, é possível deduzir que para que haja um marco regulatório confiável, mais do que tradição, deve-se observar a maturidade institucional da agência, a abrangência da área de atuação e aspectos administrativos organizacionais, conforme se abordará na sequência.

3.2 OUVIDORIA

A ouvidoria é o canal de comunicação entre a população e a agência reguladora ou outras instituições. É por meio da ouvidoria que os interessados podem enviar reclamações, sugestões, elogios etc. “Ouvidoria é a instituição que representa os legítimos interesses dos cidadãos no ambiente em que atua, na busca de soluções definitivas”¹⁵⁰.

Essa linha de comunicação atende, principalmente, a necessidade de facilitar a comunicação entre o consumidor e o prestador de serviço por exemplo, atendendo de forma mais célere e eficiente as demandas enviadas, com o objetivo de prevenir e solucionar os conflitos.

Na análise dos estudos realizados em relação as ouvidorias das duas agências reguladoras, observa-se que elas atuam de forma muito similar, apresentando a ouvidoria como uma segunda instância administrativa no atendimento das manifestações.

¹⁵⁰ ABRAREC. Comitê de Ouvidorias. **Manual de Boas Práticas Ouvidorias Brasil**. Disponível em: https://abrarec.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Vs_pb.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

Como já mencionado anteriormente, a ouvidoria da FERC está disponível para os indivíduos que desejem apresentar reclamações que envolvam pessoas ou organizações que possam ter violado normas ou estatutos, da agência reguladora de energia.

Antes mesmo de uma reclamação formal pela ouvidoria, a agência norte-americana permite que a parte lesada tente resolver a sua demanda de forma mais rápida, por meio da *Hotline*, *Dispute Resolution Service* ou *Landowner Helpline*, variando, então, conforme a matéria objeto da reclamação. Se ainda assim, a parte não tiver a sua demanda resolvida, poderá realizar uma reclamação junto a ouvidoria da agência, podendo, então, abrir um processo administrativo.

De forma muito similar acontece no Brasil, em que o interessado poderá valer-se do portal Fala.br para ter acesso às informações públicas, fazer reclamações, sugestões, antes mesmo de recorrer a ouvidoria. Uma diferença representativa no que tange as ouvidorias das duas agências, é que no Brasil as reclamações envolvendo conflitos administrativos do setor de energia, podem ser recebidas por meio de duas ouvidorias, setorial e institucional.

A primeira, ouvidoria setorial é responsável por conduzir os pedidos de informação, reclamações, denúncias e críticas dos cidadãos quanto aos serviços prestados pelas distribuidoras de energia elétrica, e atua buscando soluções para as controvérsias existentes, sempre pela esfera administrativa.

Em seu turno, a ouvidoria institucional é responsável pela administração das reclamações, denúncias, sugestões, elogios e pedidos de providências, relacionadas aos serviços prestados pela própria Agência Nacional de Energia Elétrica. Destaca-se que, caso o interessado não tenha sua demanda atendida junto a distribuidora, poderá, ainda, recorrer a ouvidoria da agência reguladora.

Ou seja, nos casos das agências norte-americana e brasileira, ambas as ouvidorias se comportam como uma espécie de segunda instância de recebimento de reclamações administrativas, o que obviamente racionaliza a utilização dos serviços

da ouvidoria e proporciona uma maior eficiência dos recursos públicos empregados nas resoluções de conflitos.

Nesse ponto em específico, observa-se uma tentativa de imprimir uma maior racionalidade burocrática ao tratamento de suas reclamações, visto que se mostra mais inteligente oportunizar, ao usuário, vários canais de atendimento que antecedem a ouvidoria. É importante destacar que a ideia principal da ouvidoria é proporcionar uma resposta rápida na busca de resolução das demandas recebidas, procurando corrigir eventuais defeitos existentes nos processos de trabalho das agências e, assim, primando, cada vez mais, pela boa imagem da organização.

3.3 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

O modelo de Estado intervencionista adotado pelo Brasil, moldou uma forma de gestão similar àquele denominado como *weberiano*, modelo burocrático hierarquizado.

O modelo racional-legal, no qual a dominação se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático (em vez da burocracia Sérgio Guerra agências reguladoras patrimonial) foi estruturado por Weber de modo que os funcionários são pessoalmente livres; isto é, devem obedecer apenas às obrigações objetivas de seu cargo. Estes mesmos funcionários são nomeados – e não eleitos – sob uma rigorosa hierarquia dos cargos; têm competência funcionais fixas; livre seleção por meio da qualificação profissional (contratação) mediante concurso (provas etc.); são remunerados em dinheiro – compatível com a posição na hierarquia –, com direito a aposentadoria. Ainda pelo modelo racional-legal, os funcionários público devem exercer o cargo como profissão única, sob um plano de carreira que garanta progressão por tempo de serviço ou por merecimento, ou as duas, e devem separar trabalho das questões pessoais (não haver apropriação do cargo) sob rigoroso sistema de controle administrativo disciplinar. Por essa estrutura, Weber sustentou que se atingiria, de forma mais racional, o exercício de dominação; alcançando-se, tecnicamente, o máximo rendimento (eficiência) em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade, intensidade e extensibilidade dos serviços, além de aplicabilidade formalmente universal a todas as tarefas pública. A partir desse modelo, compreendem-se, em parte, as razões que levaram à atual estruturação da organização administrativa brasileira fortemente

estruturada pela hierarquia, com decisões de cima para baixo¹⁵¹.

Um modelo organizacional bem estruturado é base para todo negócio de sucesso, seja uma casa, uma empresa ou um país. Em ambas as agências estudadas se observa a existência de um líder, determinado na ANEEL como Diretor e na FERC como Presidente, mas que na prática desempenham funções muito semelhantes, principalmente a de gestão. Gestão de administração, de recursos humanos, de despesas, operacional etc., sempre que a equipe caminhar na mesma linha do gestor, terão grandes chances de sucesso.

O tamanho de cada instituição determinará a necessidade de mais ou menos departamentos vinculados. Como estudado no capítulo 2 deste trabalho, a FERC é composta por até cinco comissários, que são nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos com autorização do Senado. Um dos comissários será nomeado Presidente da agência e atuará conjuntamente com os demais. Além dos comissários, é organizada em outros 12 escritórios independentes, com atuação em uma determinada atividade.

A análise, especificamente do recebimento e tratamento de conflitos, mostra que a FERC possui mais departamentos internos do que a sua correspondente brasileira, como por exemplo o *Office of The General Counsel*. Esse, além do seu departamento de resolução de conflitos extrajudiciais – *Dispute Resolution Service*, também representa a agência perante os Tribunais e audiências administrativas, e o *Office of Administrative Law Judge*, que também é responsável por auxiliar as partes interessadas, envolvidas em disputas, promovendo a solução consensual do conflito por meio de negociação, mediação e facilitação.

Em estrutura muito similar funciona a ANEEL, que conta com um Diretor, que atua em regime de colegiado, e 16 superintendências com várias áreas de atuação.

¹⁵¹ GUERRA, Sergio. **Agências Reguladoras**. Da Organização Administrativa Piramidal a Governança em Rede. Ed. Fórum, 2012. p. 123.

As Superintendências fornecem a base técnica para a Diretoria e desempenham suas funções de forma especializada, em grupos que são divididos em: regulação econômica do mercado e estímulo à competição; regulação técnica e padrões de serviço; relações com a sociedade; outorgas e gestão dos potenciais hidráulicos; fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica; e planejamento e gestão administrativa.

A superintendência de relações com a sociedade compreende a Superintendência de Mediação Administrativa e Ouvidoria Setorial e Participação Pública, responsável pelas ouvidorias e tratamentos de conflitos. Diferentemente da FERC, a ANEEL tem apenas um departamento (superintendência) direcionado para o tratamento de conflitos. Tal informação pode demonstrar que a agência brasileira seja mais sobrecarregada do que a FERC, que divide em mais departamentos, a resolução apropriada de disputas.

Por fim, ao avaliar a estrutura organizacional das agências deve-se levar em consideração que o modelo aplicado é que vai definir o quão promissora vai ser a agência. Uma estrutura organizacional deve considerar a divisão de cargos, setores e tarefas e objetivos bem definidos, para que a agência não fique à mercê da desorganização.

3.4 COMPETÊNCIA – MATÉRIAS OBJETO DOS MASCs

Como já cabalmente demonstrado no capítulo anterior, via de regra, tanto a ANEEL quanto a FERC estão dispostas a resolver, por meio de métodos adequados de resolução de conflito, todo e qualquer conflito existente, desde que abarcado pelas suas competências administrativas.

O Direito Processual define as regras de competência como um meio de limitação do poder estatal, no entanto, na esfera administrativa, o doutrinador Marçal Justen Filho define que a competência se destina não só a limitação do poder, como também, a busca pela racionalidade técnica da prática dos atos administrativos. Nesse sentido:

A divisão da competência relaciona-se tanto à busca da limitação do poder por meio da delimitação das atribuições de cada órgão, como se vincula à racionalidade técnica, evitando o risco de que a concentração de atribuições conduza a decisões equivocadas¹⁵².

Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a competência para praticar uma determinada atividade não configura uma faculdade do servidor estatal, mas sim uma imposição de atuação. Com efeito, não se admite que, diante de situação prevista em lei ensejadora de conduta da administração, autoridades do estado se mantêm inerte, exercendo a opção de não atuar, sem qualquer justificativa. Nesse sentido, a doutrina costuma definir a atuação administrativa, como um poder-dever (ou dever-poder) conferido ao poder público e distribuído entre seus agentes e órgãos internos¹⁵³.

Diante desse cenário, a ANEEL dispõe, por meio do inciso V, do artigo 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, de competência para dirimir as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores. Podem ser levadas para resolução de conflitos, dentro da ANEEL, questões relativas a cláusulas contratuais (prazos, preços, reajustes, aditivos), descumprimento de atos regulatórios, dificuldade de interpretação da legislação e até questões ainda não reguladas.

No mais, ainda que não haja nenhuma menção expressa de matérias que não poderiam ser levadas a apreciação da Superintendência de Mediação Administrativa, deve-se levar em consideração que o Direito Administrativo brasileiro é pautado pelo princípio francês da legalidade, que proíbe a realização de tudo que não estiver previsto em lei.

A atuação administrativa se limita à vontade legal, que nada mais é que a vontade do povo manifestada por meio de seus representantes. Neste mesmo sentido pode-se analisar a doutrina de Marçal Justen Filho 'O princípio da legalidade está abrangido na concepção de democracia republicana. Significa a supremacia da lei (expressão que abrange a Constituição), de modo que a atividade administrativa encontra na lei seu fundamento e seu limite de validade'¹⁵⁴.

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 315.

¹⁵³ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JuspodivM, 2018.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 314.

Já o exercício de competências estatais e de poderes excepcionais não se funda em alguma qualidade inerente ao Estado, ou a algum atributo do governante. Toda organização estatal, a atividade administrativa em sua integralidade e a instituição de funções administrativas são produzidas pelo direito. Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como inexistência de poder jurídico. Daí se afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que não for autorizado por meio de lei será reputado como proibido¹⁵⁵.

De forma diversa do que acontece no Brasil, o Direito Administrativo norte-americano orienta de forma expressa que em circunstâncias a parte não deveria considerar a utilização de RADs, a fim de, novamente, racionalizar a utilização dos serviços administrativos.

(1) uma resolução definitiva ou oficial da questão é necessária para valor precedente, e tal procedimento não é provavelmente aceito como um precedente oficial; (2) o assunto envolve ou pode ter relação com questões significativas da política do Governo que requerem procedimentos adicionais antes que uma resolução final possa ser feita, e tal procedimento provavelmente não serviria para desenvolver uma política recomendada para a agência; (3) a manutenção das políticas estabelecidas é de especial importância, de forma que as variações entre as decisões individuais não aumentem e tal procedimento provavelmente não alcançaria resultados consistentes entre as decisões individuais; (4) o assunto afeta significativamente pessoas ou organizações que não são partes no processo; (5) um registro público completo do processo é importante, e um procedimento de resolução de disputa não pode fornecer tal registro; e (6) a agência deve manter jurisdição contínua sobre o assunto com autoridade para alterar a disposição do assunto à luz das circunstâncias alteradas, e um procedimento de resolução de disputa interferiria no cumprimento dessa exigência pela agência¹⁵⁶.

Nesse passo, é de se concluir que ambos os países ainda possuem margem para evoluir, no que se refere, não somente ao rol de conflitos que podem ser solucionados, mas a sua expressa menção legal. Tal comportamento poderá,

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 119.

¹⁵⁶ USA. **Administrative Dispute Resolution Act**. Disponível em: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.

consecutivamente, diminuir o número de demandas que serão submetidas ao controle judicial.

3.5 TIPOS DE MASC

Em cumprimento aos compromissos assumidos com a sociedade de prestar um serviço eficiente, as agências reguladoras do setor de energia elétrica, brasileira e norte-americana utilizam métodos adequados de resolução de conflito para dirimir questões entre os usuários e a agência.

Sobre a solução de divergência, a lei de criação da agência brasileira foi muito feliz em estabelecer, desde a sua promulgação, o objetivo de prevenir a ocorrência de conflito e dirimir as divergências entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, e as partes envolvidas¹⁵⁷.

Em razão do controle judicial dos atos administrativos, o Decreto nº 2.335/97 regulamentou a possibilidade, inclusive, de utilizar os casos mediados como subsídios para a regulamentação.

É possível observar que, após o estudo detalhado dos métodos adequados de resolução de conflitos, constatou-se que a FERC, agência reguladora norte-americana responsável pela transmissão interestadual de gás natural, petróleo e eletricidade, transporte interestadual de óleo cru e produtos refinados, bem como o transporte nas atividades de exportações e importações, apenas para oleodutos dentro dos Estados Unidos, de óleo cru e produtos refinados, é muito mais inovadora e arrojada no tratamento adequados dos conflitos existentes entre a administração pública e os usuários, do que a sua correspondente brasileira.

No intuito de resolver os conflitos, antes mesmo do protocolo de procedimento administrativo, a FERC oferece a possibilidade que o conflito seja

¹⁵⁷ BRASIL. **Decreto nº 2.335 de 06 de outubro de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM. Acesso em: 12 jan. 2022.

resolvido no Departamento de Serviço de Resolução de Disputas, por meio da mediação, conciliação, facilitação, avaliação neutra antecipada, colaboração, arbitragem e audiência administrativa.

A análise dos métodos adequados de resolução de conflitos utilizados pela ANEEL, destaca o uso recorrente da mediação, ouvidoria setorial e institucional e a recente comissão conjunta de resolução de conflitos que atua perante as demandas das agências reguladoras de energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

Ambas as agências contam com equipes próprias, capacitadas com técnicas de negociação e comunicação para alcançar os objetivos da resolução apropriada de disputas.

É possível observar que a mediação é o método comumente utilizado pelas duas agências, e o uso frequente decorre do fato de que, nesse tipo de relação, persiste uma característica importante que é a continuidade nas relações. No caso da mediação, há um grande cuidado para que, ao final da resolução do conflito, a relação entre as partes não seja assolada.

A mediação se destaca por uma série de vantagens em relação aos outros métodos de resolução de conflito e, principalmente, quando comparado ao litígio. Isso porque tem natureza consensual do processo de mediação, as partes são autoras de suas decisões, demonstrando ser um instrumento de economia de tempo e dinheiro, criando um clima neutro sem que as partes se mostrem uma ameaça umas para as outras e entre outras, a possibilidade de escolher o mediador.

Reconhece-se, ainda, que mesmo quando não se chega a um acordo, o processo de mediação permite às partes a oportunidade de esclarecer seus interesses e, assim, auxiliar na eventual resolução do litígio.

3.6 PROCEDIMENTOS

A ANEEL está disponível à população, por meio da sua ouvidoria, para críticas, elogios e reclamações.

Para que o usuário tenha sua demanda apreciada, deverá inicialmente realizar uma reclamação no *síte* da agência. Essa reclamação será recebida diretamente na Ouvidoria Setorial da ANEEL e enviada para a distribuidora, que deverá apresentar uma resposta que pode satisfazer, ou não, o consumidor.

A ANEEL também conta, desde 2018, com a central Fala.br, em que os usuários poderão ter acesso a informações, realizar denúncias, elogios, reclamações, sugestões e solicitações. No entanto, destaca-se que o prazo para resposta, por esse portal, é de 20 dias, conforme estabelecido no artigo 11, § 1 da Lei nº 12.527/2011, podendo esse prazo ser prorrogado por mais 10 dias, mediante justificativa expressa.

Vale ressaltar que para a realização da presente pesquisa, foi utilizada a central de atendimento das duas agências, para fins de solicitação de informações. Enquanto a agência reguladora de energia elétrica brasileira levou exatos 20 dias para responder a solicitação, a sua correspondente norte-americana respondeu em menos de 24 horas. Esses dados são muito representativos, pois demonstram o cuidado que cada uma das agências reguladoras trata o recebimento das solicitações pelo canal de atendimento.

É de se ressaltar que, por vezes, o próprio tempo de espera pela solução do problema pode agravar, ainda mais, o conflito, em razão do que se denomina como espiral do conflito.

De acordo com o Manual de Mediação do CNJ, “o conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”¹⁵⁸. Em regra, intuitivamente se aborda o conflito como um fenômeno

¹⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016. p. 49.

negativo nas relações sociais, que proporciona perdas para, ao menos, uma das partes envolvidas. No entanto, se o conflito for abordado de forma apropriada, isto é, com técnicas adequadas, pode ser um importante meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação de seres humanos.

A FERC opta por seguir o regramento estabelecido na Regra 604 da ADRA, permitindo que quase todo conflito possa ser solucionado por meio de ADRs. A parte interessada deverá protocolar o seu pedido para resolução da demanda, por meio dos métodos adequados de resolução de conflitos, junto ao secretário do departamento do Serviço de Resolução de Disputas da agência.

Uma vez tratado o conflito pelo Serviço de Resolução de Disputas, e o acordo sendo alcançado, a parte interessada está impedida de realizar uma reclamação, em razão de ter alcançado a autocomposição.

Por fim, destaca-se que há um ponto em comum para as duas agências reguladoras, que é a concordância. Somente será possível utilizar métodos adequados de resolução de conflitos, se todos os envolvidos estiverem de acordo. Isso porque uma das características desses métodos é a voluntariedade, não se trata de um mecanismo obrigatório.

3.7 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DO USO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Para a análise relativa ao controle judicial dos atos administrativos, é imprescindível resgatar julgados que demonstrem como o judiciário dos dois países, objeto de pesquisa, se comportam em relação ao controle desses atos.

A ANEEL se mostra uma agência com pouca independência. A cultura do judiciário brasileiro atrelada ao pensamento arcaico de que existe apenas uma forma de resolver conflitos, que é aquela decorrente de decisões judiciais proferidas por magistrados togados, é que resulta em um número elevado de ações judiciais que objetivam anular as decisões da ANEEL.

O poder normativo das agências reguladoras é alvo de discussão há muito tempo. Tal divergência é facilmente observada quando em análise aos julgados, pois vislumbra-se inúmeras decisões reformando decisões da ANEEL, como por exemplo, no que tange ao poder sancionatório.

Na apelação cível nº 0014684-66.2008.4.01.3400/TRF-1, interposta com o objetivo de ver anulada a multa no valor de R\$ 2.893.836,49 aplicada pela ANEEL, a Desembargadora manifestou-se confirmando seu entendimento de que a agência tem competência sancionatória, baseada no art. 3, IV e X da Lei nº 9.427/1996. No mesmo caso, outros dois desembargadores pactuaram do entendimento a seguir, o que resultou na anulação da multa aplicada pela ANEEL.

No exercício do poder normativo conferido em lei, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 63/2004, a qual aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. Com base no mesmo poder normativo, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 163/2005, estipulando condições para determinado sistema. No caso em exame, verificou-se que a Autora descumpriu determinação da agência reguladora contida na Resolução nº 163/2005, o que caracterizou a infração tipificada no art. 7º, XVI, da Resolução Normativa nº 63/2004. A penalidade aplicada em consequência do cometimento da infração está prevista na própria Resolução nº 63/2004, editada a partir de autorização expressa do art. 3º, X, da Lei nº 9.427/1996. Portanto, não prospera a alegação de ofensa ao princípio da legalidade (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. ACi nº 0014684-66.2008.4.01.3400. Rel. Des. Maria Cecília de Marco Rocha, j. 09/12/2015, p. 4)¹⁵⁹.

Aqueles que discordam baseiam-se no fato de que não é possível a aplicação de multa com base em norma infralegal, sendo apenas a lei em sentido formal, competente para impor restrições e penalidades. Como sabido, a discricionariedade regulatória é medida, principalmente, pelos atos administrativos.

[...] a relação entre a discricionariedade regulatória e a prática de atos administrativos pelas entidades reguladoras projeta-se,

¹⁵⁹ BRASIL. **TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em: 23 jan. 2022.

simultaneamente na forma como o legislador lhe confere poder decisório e no tipo de juízo àquelas quando da tomada de decisões. No horizonte do exercício regulamentar pelos reguladores avultam as disposições legais que conferem aos órgãos executivos a competência para emanar os regulamentos necessários à prossecução das atribuições da pessoa coletiva pública respectiva¹⁶⁰.

No entanto, deve-se destacar que, quanto maior o poder discricionário das agências regulatórias, em regra, maior deve ser o controle, principalmente em razão da avaliação do impacto regulatório, adiante conceituado:

Procedimento de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória, que se vale de do uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos na sociedade de uma determinada decisão regulatória. Além disso, a avaliação de impacto regulatório liga-se a ideia do custo-benefício, elemento importante que possibilita tornar a intervenção mais eficiente e de melhor qualidade, ferramenta frequentemente utilizada nos Estados Unidos da América¹⁶¹.

Observou-se, por meio desta pesquisa, que ainda que os Estados Unidos realizem a análise do impacto regulatório, por vezes, tem falhado na tomada de decisões internas, incorrendo em decisões irresponsáveis e, por vezes, imprudentes.

Inicialmente, destaca-se que a FERC se declara como uma agência quase judicial, contando com total autonomia, principalmente, no que tange ao uso de métodos adequados de resolução de conflito, vez que ocorre de forma interligada ao judiciário, realizando o controle e acompanhamento dos casos.

No entanto, observou-se alguns casos em que a FERC vem desagradando alguns grupos ambientais, tendo sido, inclusive, processada por estes, em razão da sua clemência com a indústria de energia. Os grupos de proteção ambiental exigem maior rigor na concessão de licenças de gás natural.

¹⁶⁰ DE OLIVEIRA, Paulo Augusto. O Estado Regulador e Garantidor em Tempos de Crise e o Direito Administrativo da Regulação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, 2016. p. 177.

¹⁶¹ DE OLIVEIRA, Paulo Augusto. O Estado Regulador e Garantidor em Tempos de Crise e o Direito Administrativo da Regulação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, 2016. p. 177.

Encarregada de aprovar grandes projetos de energia, como gasodutos de gás natural e terminais de exportação, a FERC, por vezes, tem deixado de avaliar os riscos climáticos quando da liberação de seus projetos.

Foi o que ocorreu no caso *Sierra Club v. FERC*, quando o grupo ambiental pleiteou, judicialmente, a revogação da autorização dada para instalação de GNL do Rio Grande e GNL do Texas, bem como cancelamento da instalação de GNL Annova, tendo em vista que, segundo o Grupo *Sierra*, a FERC não realizou a análise adequada dos impactos climáticos e de justiça ambiental. Se construídas, essas instalações de exportação de gás ameaçariam os negócios locais de turismo e pesca e, ainda, causariam riscos à saúde da população local, em razão da poluição perigosa do ar¹⁶².

Ainda, quanto à revisão judicial, a Suprema Corte declarou, no caso *Marlow v. Collins*, que a revisão judicial de atos administrativos é a regra e a impossibilidade de revisão é a exceção que deve ser demonstrada.

A maior parte das legislações federais que criam agências administrativas aborda explicitamente a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos. Entretanto, mesmo que tal dispositivo não esteja explícito, isso não significa que há a intenção de bloquear a análise do Judiciário. De modo geral, a parte que se sentir prejudicada por uma decisão da agência deve exaurir todas as vias administrativas antes de acionar a justiça. Então, se, por exemplo, uma parte se mostra insatisfeita com uma decisão dos ALJs, ela deve apelar para a última instância da agência antes de acionar o Judiciário. Outra importante observação é que as revisões judiciais dos atos administrativos são, como regra, conduzidas nas cortes federais regionais de apelos, e não nas cortes federais distritais.

Quanto ao escopo da revisão judicial, deve-se ter em mente que se trata de um procedimento recursal e, de acordo com a prática dos EUA (diferentemente do que se passa no Brasil), recursos devem se limitar ao que foi apresentado na via administrativa. A Corte recursal não poderá receber provas adicionais e poderá apenas considerar aquelas que foram apresentadas na via administrativa. Caso verifique-se a necessidade de novas provas, remeter-se-á o caso à agência para que

¹⁶² SIERRA CLUB. **Court Confirms FERC Failed to Study Climate, Environmental Justice Impacts of Brownsville Fracked Gas Export Terminals**. Disponível em: <https://www.sierraclub.org/press-releases/2021/08/court-confirms-ferc-failed-study-climate-environmental-justice-impacts>. Acesso em: 10 jan. 2022.

sejam produzidas lá¹⁶³.

Por fim, tendo em vista a análise do controle judicial dos atos administrativos dos países em estudo, observa-se um comportamento similar ao que leciona a teoria do *homo economicus*, isso porque, nos dizeres de Alice Voronoff:

Sendo o administrado o homem racional, ele realiza análises de custos e benefícios previamente à realização de qualquer conduta. disso decorre que ele só respeitará as regras se entender que o custo do descumprimento é superior ao de cumpri-las. o efeito simbólico do cumprimento das sanções, assim, incluiria mais um elemento a ser considerado na racionalidade do regulado¹⁶⁴.

Com a confirmação judicial, das decisões administrativas, os demais agentes também passariam a respeitar mais a agência reguladora, criando um movimento indireto de desjudicialização, vez que desincentiva o ajuizamento de ações.

No Brasil, com a instituição dos cinco dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – artigos 20, 21, 23, 24 e 27 – quando do julgamento de processos judiciais comuns, em que a discussão gire em torno do controle de atos administrativos, o judiciário deve antes de decidir sobre a invalidação do ato, avaliar as consequências dessa decisão, indicando-as de modo expresse.

É evidente que não há como afastar, definitivamente, o judiciário da apreciação de tais demandas, principalmente em razão da inafastabilidade de jurisdição previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁶⁵, no entanto, é necessário um juízo mais específico, voltado para o caso concreto.

¹⁶³ MESSITTE, Peter J. **O Direito Administrativo nos Estados Unidos**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹⁶⁴ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84.

¹⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 jan. 2022.

3.8 ANÁLISE DA EFICÁCIA DO MODELO

O conflito se forma de vários modos na sociedade moderna e se não for tratado de forma adequada, pequenas irritações podem se transformar em grandes litígios. Especificamente no caso das agências reguladoras, destaca-se que a má administração das reclamações recebidas, podem desviar a atenção da administração pública, bem como dos agentes, no atendimento da missão da agência reguladora.

O adequado gerenciamento dos conflitos, e isso significa não apenas a utilização do método adequado, mas também resposta em tempo razoável, permitirá a administração um amadurecimento maior e até um aproveitamento dos benefícios que o conflito pode oferecer. O envolvimento em uma técnica de ADR ou a incorporação de princípios de gerenciamento de conflitos, provavelmente, produzirá benefícios, como o aumento da produtividade e eficiência, preservação dos relacionamentos e construção da confiança.

O interesse público é mais bem servido quando as agências operam de forma eficiente, ágil e transparente. A capacitação dos funcionários das agências também é primordial, no intuito de que devem trabalhar de forma colaborativa, executando processos conjuntamente para produzir resultados de alta qualidade. É essencial para a organização fornecer suporte que atenda às necessidades internas e possibilite a excelência organizacional.

A FERC atua em prol dos seus objetivos, fornecendo processos e serviços que beneficiam, diretamente, a missão da agência e, principalmente, utilizando seus recursos de uma maneira eficiente.

Certos de que possuem uma estrutura organizacional que atende perfeitamente as necessidades da agência e dos usuários de uma maneira geral, a FERC equaliza a utilização dos seus recursos internos e, principalmente, investe na capacitação dos seus funcionários, como forma de alcançar o sucesso em sua missão.

A FERC garante flexibilidade administrativa e capacidade de resposta rápida aos usuários, ao mesmo tempo que se preocupa em cumprir com seus objetivos e missões, no que tange à promoção do interesse público.

Já a ANEEL demonstra boa intenção e investimento na resolução adequada de conflitos, no entanto, após pedido de informações realizado no portal Fala.br, obteve-se resposta relativa, exclusivamente sobre o número de mediações realizadas entre 2019 e 2021.

Tabela 3 – Número de Mediação ANEEL 2019-2021

Mediações:

	2019	2020	2021
Pedidos	15	22	21
Admissibilidade Negada	7	13	11
Encerradas -Acordo	7	1	2
Encerradas - Impasse	2	1	1

*A quantidade de mediações solicitadas em cada ano pode diferir da quantidade de encerradas, tendo em vista que no período podem ter sido encerradas mediações iniciadas em outros anos.

Fonte: Portal Fala.br. Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por brunaef.adv@gmail.com, em 24 dez. 2021.

Em análise individualizada de resultados, relativos à eficácia dos modelos de resolução de conflitos aplicados nas duas agências, foi possível observar que a ANEEL ainda precisa aprimorar o modelo de mediação aplicado. Foi possível observar que em 2019, dos oito casos recebidos para mediação, sete foram concluídos com acordo. No entanto, o mesmo sucesso não foi visualizado nos anos de 2020 e 2021. Em 2020, dos nove casos levados à mediação, apenas um foi concluído com êxito. Da mesma forma em 2021, quando dos dez casos encaminhados para mediação, apenas dois foram concluídos com acordo.

Conforme demonstrados nos gráficos, os índices de resolução de demandas por meio de acordo não demonstraram ser satisfativos no objetivo que almejam. De outro lado, a FERC indica percentuais de sucesso baseados em números entre 85 e 95% em todos os anos.

Talvez não exista uma única razão que justifique o alto grau de sucesso da *Federal Electric Regularory Commission*, em detrimento da ANEEL, no que tange à resolução adequada de conflitos.

No entanto, observa-se uma grande diferença no que tange à gama de métodos adequados de resolução de conflitos utilizados, bem como no controle judicial empregado nas duas agências. Isso porque um sistema judicial que frequentemente reforma as decisões proferidas pelas agências, indica aos seus jurisdicionados que não é necessário resolver suas demandas administrativamente, porque o agente poderá ter uma decisão mais benéfica se buscar o Poder Judiciário.

O controle judicial dos atos administrativos, com a consequente reforma nas decisões, fomenta o litígio, pois as partes deixam de cumprir as decisões da ANEEL para buscar algo mais atrativo no judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho discorreu-se sobre a desjudicialização e os métodos adequados de resolução de conflitos nas agências reguladoras fornecedoras de energia elétrica do Brasil (ANEEL) e Estados Unidos (FERC).

O setor regulatório elétrico brasileiro, criado em razão da necessidade de desvincular o Estado da prestação de alguns serviços, passou por muitos anos de intervenção política, em que legislações foram editadas em épocas diversas, sob pressupostos constitucionais, sociais e econômicos diferentes e, por vezes, duvidosos. No entanto, nos últimos anos, a ANEEL vem se mostrando como um marco regulatório confiável, que é capaz de passar por momentos de crise com seriedade, segurança e transparência.

O estudo permitiu compreender que a estrutura legislativa da ANEEL atribuiu à agência, a competência para pacificar os conflitos do setor, por meio de métodos adequados de resolução de conflitos, conforme inciso V do art. 3º da Lei nº 9.427/1996 e os arts. 3º e 18 do Decreto nº 2.335/1997, juntamente com o Regimento Interno da ANEEL.

Nesse sentido, observando de forma isolada a ANEEL, demonstra se esmerar para entregar aos seus usuários uma boa resposta no tratamento de conflitos decorrentes da sua atividade principal. No entanto, quando analisados de forma comparada com outros modelos de sucesso, observa-se que a agência brasileira, responsável pelo fornecimento de energia elétrica, vem falhando naquilo que se propõe.

A ANEEL tem adotado, especialmente, a mediação e a ouvidoria setorial como meios hábeis à aplicação de métodos adequados de resolução de conflitos, enquanto a FERC oportuniza aos seus usuários uma gama muito mais completa de serviços de resolução de disputas, como se pôde observar no capítulo 2. Tal resultado confirma a hipótese levantada na introdução desta pesquisa, em que resta demonstrado que a análise comparativa dos elementos determinantes do uso dos

métodos de solução conflitos das agências reguladoras dos Estados Unidos, pode sim, contribuir para aperfeiçoar o modelo brasileiro de solução de conflitos, já que apresentou resultados muito mais expressivos.

Outro ponto evidenciado neste estudo foi que, o tempo para tratamento de demandas enviadas à ANEEL, pela ouvidoria por exemplo, é muito alto, o que pode ter um efeito rebote ao sistema de resolução apropriada de disputas, em razão de que a demora pode inflamar, ainda mais, o conflito. Nesse sentido, ressalta-se que a ausência de limitação ao número de sessões de mediação por caso, pode tornar o procedimento muito moroso. Ou seja, o prazo médio de solução dos conflitos mediados pela ANEEL se mostrou acima do esperado, em razão da falta de delimitação quanto ao procedimento. Quando não se estabelece um procedimento padrão, pode-se perder eficiência.

Quando se trata de resolução de conflitos, a FERC se mostrou um modelo de sucesso, vez que empenha esforços na resolução das suas demandas de forma extrajudicial e os resultados apresentados são compatíveis com os objetivos. A agência possui equipes habilitadas para a resolução de conflitos de forma administrativa, em tempo hábil e com alta qualidade, para todos aqueles envolvidos na esfera da comissão.

Enquanto a FERC apresenta um percentual médio de 90% de acordos, a ANEEL se arrasta e demonstra índices baixíssimos, com exceção aos resultados alcançados no ano de 2019. Surpreende, também, a informação apresentada na Tabela 3, em que mais da metade dos casos da ANEEL sequer superam o juízo de admissibilidade para encaminhamento à mediação.

A mudança no paradigma atual, para promoção da desjudicialização pressupõe uma transformação na forma de enfrentar o conflito, mas a utilização de métodos adequados de resolução de conflitos resultará mais celeridade e técnica na resolução, sendo articuladas por pessoas que possuam amplo conhecimento na matéria regulada. Além disso, a resolução adequada de conflitos é a garantia de

cumprimento da decisão, pois é a solução encontrada pelos próprios envolvidos no conflito.

Tais fatores demonstram a desvalorização da forma tradicional de resolução de conflitos, o judiciário, e confirmam a primeira hipótese levantada neste trabalho, ou seja, de que a desjudicialização dos conflitos, envolvendo matérias de competência das agências reguladoras contribui para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro de solução de conflitos.

Acredita-se que a mediação se mostra uma importante ferramenta de solução de conflitos para várias áreas da vida humana e, especialmente, se mostrou adequada no setor elétrico, pois permite que as partes envolvidas solucionem a controvérsia, de forma a atender razoavelmente ao interesse dos litigantes. No entanto, é de extrema importância que se aperfeiçoe o método para que ele entregue os resultados almejados.

No que se refere ao controle judicial dos atos administrativos, os sistemas estudados se mostram absolutamente diferentes. Isso porque no Brasil, ainda há muita discussão acerca do tema, pois se observa a reforma recorrente das decisões da ANEEL no judiciário, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos. Nesse país, acredita-se que, no mérito, a agência reguladora é autoridade no assunto, e suas decisões devem ser cumpridas, sem que se sujeitem ao controle judicial.

Por fim, acredita-se que o uso, em massa, dos métodos adequados de resolução de conflitos pode trazer benefícios ainda maiores para a sociedade, do que apenas para as partes envolvidas, tendo em vista a possibilidade de evitar corrupções e atrasos no sistema formal de justiça, reduzindo as pautas de julgamento.

Assim, é importante e até urgente, a análise de modelos de agências que sejam referência na desjudicialização para que seja replicado em vários lugares do mundo e, principalmente, no Brasil, em que o jurisdicionado está sofrendo por não ter sua demanda atendida de forma eficiente, técnica e célere.

O estudo do direito comparado é uma tarefa complexa, independentemente da área de pesquisa. No entanto, os estudos não devem se encerrar por aqui, pois outros modelos devem ser estudados e replicados no Brasil, para fins de promover um desafogamento do judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABRAREC. Comitê de Ouvidorias. **Manual de Boas Práticas Ouvidorias Brasil**. Disponível em: https://abrarec.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Vs_pb.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Editora Fundação Boitex, 2004.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, n. 38, p. 22, 2002.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos do direito regulatório. London: Laccademia Publishing, 2015. *E-book* Kindle.

ARANTES, Eduardo Espindola. **A Mediação na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**. Monografia Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito de Energia Elétrica Brasília – UNICEUB, 2014.

BARRETT, Jerome T.; BARRETT Joseph P. **Histtory of Alternative Dispute Resolution** – The Story of a Political, Cultural, and Social Movement. 1st ed. HB Printing, 2004.

BRAGA, Cristina Alves da Silva; NELSON. Rocco Antonio Rangel Rosso. As Agências Reguladoras e o seu Poder Normativo. **Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE**, n. 15, primavera 2015. Disponível em: eco.unne.edu.ar/revista/Edic_Ant.htm. Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. Agência Nacional das Telecomunicações – ANT. **Cadernos temáticos ANEEL** 8. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/documents/656835/16505063/2008_CadernosTematicosANEEL8.pdf/ff1f62ad-4450-457e-e8ac-e69c16648c58. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Agência Nacional das Telecomunicações – ANT. **Resolução de Conflito**.

Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/competicao/resolucao-de-conflitos/comissao-de-resolucao-de-conflitos-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-energia-eletrica-telecomunicacoes-e-petroleo>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Caderno Temático 8 – Solução de divergências: mediação**. Brasília: ANEEL, 2008.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Competências**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/competencias>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Exercício 2019**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/653889/14859944/Exerc%C3%ADcio+-+2019/b755a474-25e9-994d-7f00-c8a6ec8d8b86>. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Histórico da ANEEL**. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/aaneel?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_col_id=column2&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_redirect=%2Faaneel&_101_assetEntryId=14468831&_101_type=content&_101_urlTitle=historico-da-aneel&redirect=%2Faaneel&inheritRedirect=true. Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Missão e Visão**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/missao-e-visao>. Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Orientações sobre a Ouvidoria Setorial da ANEEL**. Disponível em: www.aneel.gov.br/orientacoes-ouvidoria-setorial. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Ouvidoria Institucional**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/ouvidoria-institucional>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Por Dentro da Conta de Luz: informação de utilidade pública**. 7. ed. Brasília: ANEEL, 2016.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Relatório de Gestão 2020**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/653889/22071321/Relatório+de+Gestão+2020/380279e7-55cf-4c2f-23ee-6e21acdb5d51?version=1.0>. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Resoluções Conjuntas**. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes->

conjuntas/85-resolucao-conjunta-2. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. **Caderno Temático 8 – Solução de divergências**: mediação. Brasília: ANEEL, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020 Ano-base 2019**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm_Acesso em 01 nov 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 2.335 de 06 de outubro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. **Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307 de 23.09.1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. **Portaria MME nº 349 de 28 de novembro de 1997**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bprt1997349mme.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. **Resolução Conjunta nº 2 de 27 de março de 2001**. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-conjuntas/85-resolucao-conjunta-2>. Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Inicio>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. 2015.

BROWN, Ashley. **The Structure and Process for Regulation of Electricity Industry in the United States**. Paper prepared at the Request of the Planning Commission of India with Support of the World Bank. Mimeo, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JuspodivM, 2018.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento**. Estudo comparado para reforma do sistema judicial. Brasília: OAB Editora, 2004.

DE OLIVEIRA, Paulo Augusto. O Estado Regulador e Garantidor em Tempos de Crise e o Direito Administrativo da Regulação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

FERREIRA, Vinícius. **Marco Regulatório Proporciona Estabilidade ao Setor Elétrico Brasileiro**. Disponível em:

https://www.spglobal.com/_assets/documents/ratings/pt/pdf/2019-08-26-marco-regulatorio-proporciona-estabilidade-ao-setor-eletrico-brasileiro.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

FGV ENERGIA. **Entrevista com Agentes do Setor Energético sobre Segurança Regulatória.** disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/coluna_opiniao_junho_-_entrevistas_v2.pdf. acesso em: 12 jan. 2022.

FIADJOE, Albert. *Alternative Dispute Resolution a Developing world Perspective.* **Cavendish Publishing.** 2015.

FISHER, Roger; URY, William. **Getting to Yes.** 2nd ed. Course Technology, 1999.

GALLAHER, Deirdre McCarthy; MILES, Richards; PURDY Jerrilyne. **Alternative Dispute Resolution in the Regulatory Process.** Michigan State University Press: East Lansing, 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Agências Reguladoras:** origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014.

GOLÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro Péres. **Cadernos ESMESC:** mediação e conciliação: tópicos selecionados de mediação e conciliação. v. 12. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUERRA, Sergio. **Agências Reguladoras.** Da Organização Administrativa Piramidal a Governança em Rede. Ed. Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a Regulação Brasileira por Agências: Quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? *In:* GUERRA, Sérgio. **Teoria do Estado Regulador.** Curitiba: Juruá, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação:** conciliação e negociação. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HOYLE, Jeffrey. **ADR Helpline** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por brunaef.adv@gmail.com, em 07 dez. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002,

JUSTEN FILHO, Marçal. Prefácio. *In*: CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEITÃO, Rômulo Guilherme; DE GOUVEIA, Alessandro Samartin. Escolha Regulatória, Controle Judicial e a Nova LINDB. **Revista Direito Administrativo**, v. 278, n. 2, maio/ago. 2019.

MATOS, Fernanda Laís; COSTA, Isabel Soares; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. **Regulação e Agências Reguladoras nos Estados Unidos da América e suas Influências para a Indústria do Petróleo no Brasil**. Trabalho publicado nos Anais do 3 congresso de p&D em Petróleo e Gás.

McGREW, James H. **FERC – Federal Energy Regulatory Commission – Section of Environment Energy and Resources**. 2nd. ed. American Bar Association, 2009. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=UuXfK9WBOfwC&oi=fnd&pg=PR7&dq=ferc+federal+energy+regulatory&ots=tFiiEKsqi&sig=016xAcyQXTN5tDKsuC_TVjWHPik#v=onepage&q&f=fsse. Acesso em: 27 nov. 2021.

MESSITTE, Peter J. **O Direito Administrativo nos Estados Unidos**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-direito-administrativo-nos-estados-unidos/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. **Agências Reguladoras: origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014.

NELSON, Nery Junior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 13. ed. Revistas dos Tribunais, 2017.

REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SALES, Lília Mais de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. A Mediação e os ADRs

(Alternative Dispute Resolutions) – a experiência norte americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, v. 19, n. 2, p. 380, maio/ago. 2014.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O Que é Mediação de Conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2014.

SANTOS, Marco Aurélio Moura de. **Agências Reguladoras**: natureza jurídica e poder normativo. São Paulo, 2015. *E-book* Kindle.

SCHIRATO, Victor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. *In*: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SIERRA CLUB. **Court Confirms FERC Failed to Study Climate, Environmental Justice Impacts of Brownsville Fracked Gas Export Terminals**. Disponível em: <https://www.sierraclub.org/press-releases/2021/08/court-confirms-ferc-failed-study-climate-environmental-justice-impacts>. Acesso em: 10 jan. 2022.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, n. 216, p. 157, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

USA. **Administrative Dispute Resolution Act**. Disponível em: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.

USA. **Code of Federal Regulation – Title 18 Chapter I**. Disponível em: <https://www.ecfr.gov/current/title-18/chapter-I>. Acesso em: 10 dez. 2021.

USA. **FERC – Federal Energy Regulatory Commission**. Disponível em: <https://cms.ferc.gov/enforcement-legal/legal/complaints>. Acesso em: 20 nov. 2021.

USA. **SBA – Small Business Administration**. Disponível em: <https://www.sba.gov>. Acesso em: 12 nov. 2021.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: guia para usuários e profissionais. Florianópolis: Imab, 2001.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.