

# Mediação - Instrumento Eficaz para a Eficiência Regulatória\*

**Kátia Valverde Junqueira**

*Diretora Jurídica do Grupo Gas Natural Fenosa no Brasil (CEG, CEG RIO, Gas Natural São Paulo Sul e Gas Natural Serviços)*

## 1. INTRODUÇÃO

Os conflitos fazem parte do cotidiano da humanidade desde o início dos tempos como fenômeno sociológico, seja nas relações familiares, seja nas sociais ou empresariais.

Nesse sentido a origem da mediação em sentido informal, confunde-se com a origem da própria Humanidade.

Entretanto, no sentido que hoje conhecemos, pode-se dizer que a mediação surgiu nos Estados Unidos para solucionar conflito entre a comunidade dos “Quakers” e os colonizadores holandeses, em 1636, garantindo o cumprimento dos princípios morais e as tradições de seus grupos, evoluindo desde então.

A mediação é um mecanismo de autocomposição de interesses conflituosos em que as partes envolvidas contam com a intervenção de um terceiro alheio ao litígio, denominado de mediador – não tendo autoridade ou poder coercitivo para impor a solução do conflito aos envolvidos –, que de forma imparcial desempenha o relevante papel de auxiliá-las na busca por uma solução que lhes seja satisfatória, com ganhos mútuos, privilegiando a conciliação entres as partes.

A utilização da mediação como meio de solução de conflitos no Brasil encontra-se prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45, de 2004), que determina que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

---

\* Trabalho originalmente selecionado para o VI Congresso Brasileiro de Regulação, promovido pela Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2009. Revisado e atualizado em outubro de 2011.

O mecanismo da mediação é um dos métodos alternativos de resolução de conflitos ou “Alternative Dispute Resolution” – ADR.

Entretanto, a mediação se distingue de outros institutos que buscam pôr termo aos conflitos, notadamente da arbitragem, que foi revitalizada no Brasil a partir da promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e se caracteriza pela instalação do juízo arbitral pelos interessados, enfrentando controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, em que um ou mais terceiros, de forma imparcial e sem interesse na causa, analisam e decidem questões de fato e de direito, com a observância de requisitos e formalidades previstas na lei e normas aplicáveis.

Tal distinção se deve ao fato de que a dinâmica da mediação caracteriza-se pela simplicidade de seu processo e pressupõe uma informalidade e agilidade bem mais acentuadas, principalmente pelo uso intenso da oralidade, além da flexibilidade decorrente da composição amigável dos interesses, seja por meio de conciliação, seja por meio da transação, com o objetivo de transformar uma situação inicialmente conflituosa em uma situação final satisfatória para os envolvidos.

Nesse sentido, o mecanismo da mediação tem como benefício adicional o fato de eliminar a ideia de vencidos e vencedores, considerando que a solução alcançada é construída e negociada pelas próprias partes envolvidas, refletindo um processo volitivo de ambas no que se convencionou chamar nos processos de negociação, de teoria do “ganha-ganha”.

Com efeito, na mediação as partes são figuras ativas, que precisam estar dispostas a transigir quanto aos pretensos direitos que detêm e também em relação aos objetivos colimados, sendo eles copartícipes das soluções resultantes do uso desse mecanismo.

Vale lembrar que a mediação está alicerçada no princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes são livres para pactuarem como quiserem e o que quiserem e, portanto, é prerrogativa das partes decidir pela conveniência, ou não, da instauração do procedimento, não havendo obrigatoriedade de submissão do conflito aos processos de mediação e, tampouco, uma participação direta do mediador na decisão.

Assim, a mediação é uma maneira voluntária, informal e extrajudicial de solução de litígios, através da qual o mediador, livremente escolhido pelas partes, as ajuda e orienta a resolver suas divergências de maneira a que se atinja o melhor nível de satisfação de todos os envolvidos,

podendo ter caráter preventivo, de evitar o surgimento de conflitos, ou resolutivo, de solucionar conflitos já existentes.

Na realidade a atuação do mediador é a de um facilitador da autocomposição voluntária das partes, já que a mediação, como anteriormente destacado, tem por característica a inexistência de poder de intervenção ou imposição de qualquer solução do problema pelo mediador aos mediados.

Com efeito, no instituto da mediação as próprias partes constroem suas propostas e nenhuma delas é obrigada a aceitar a proposta da outra se esta não for de seu interesse. O papel do mediador, por outro lado, é sutil e busca a orientação das partes para que elas mesmas consigam chegar a um acordo satisfatório.

Justamente por essa ausência de poder decisório e impositivo do mediador, é necessário que essa função seja exercida por um profissional com perfil psicológico adequado e muito bem treinado e qualificado para seu *munus*, com profundo conhecimento da *psique* humana, do universo das negociações e dos negociadores e com o firme compromisso de alcançar efetivamente uma solução para o impasse que seja satisfatória para os envolvidos, sem qualquer resquício de parcialidade. Seu papel precípua é reduzir tensões, acalmar ânimos e fazer com que as partes alcancem uma composição construtiva e positiva dos conflitos. Em outras palavras, a função do mediador é tornar uma situação, em princípio negativa para os envolvidos, em uma situação final que lhes permita alcançar, ao menos, uma situação que lhes seja parcialmente benéfica. Assim, é evidente que o mediador deve ser um profissional qualificado e não um curioso que incentive a desavença entre as partes, ou que seja tendencioso, sem o sincero compromisso com o alcance de um acordo minimamente razoável para ambas.

Apesar da citada ausência de poder impositivo do mediador, a mediação vem se apresentando nos tempos atuais, como uma excelente alternativa para compor interesses e pôr termo às demandas, ao formalismo excessivo e à morosidade do sistema judiciário decorrente do intenso e irracional volume de demandas judiciais que vêm sendo propostas, evitando ainda que as partes incorram nos elevados custos dos processos judiciais e de honorários de advogados.

Nesse sentido, é relevante destacar a importância crescente da mediação no sentido de evitar a judicialização de demandas que poderiam

ser rápida e facilmente solucionadas por esse meio de resolução amigável de conflitos, sendo claro o interesse público envolvido na solução das demandas dos particulares por meio dessa metodologia.

## **2. DEMANDAS JUDICIALIZADAS**

Dentre as empresas que mais contribuem para o assoberbamento do Poder Judiciário, encontram-se algumas concessionárias de serviços públicos que, de fato, contribuem significativamente para o acúmulo anormal de um significativo volume de demandas judiciais propostas por seus usuários. Constata-se que tais demandas assoberbam de forma anormal toda a estrutura dos Tribunais gerando custos de homem/hora de magistrados e serventuários, e de manutenção da infraestrutura dos Tribunais, tais como gastos com energia, telefonia, água, papel, disponibilização de espaço, mobiliário, compra e manutenção de equipamentos etc.

Portanto, é urgente a adoção de medidas que evitem que esse contingente exagerado de demandas atinja nossos Tribunais e gere, além de tudo, morosidade dessas e de outras demandas e, dentre tais medidas, destaca-se a mediação.

## **3. A ATIVIDADE MEDIADORA NO ÂMBITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Aos órgãos reguladores é dada a competência de fiscalizar e regular os serviços públicos delegados a particulares. Nessas duas situações – fiscalização e regulação –, insere-se uma gama variada de atividades em que as Agências atuam como uma *longa manus* do Estado, apesar da necessária independência decisória e autonomia funcional.

No âmbito dessas atividades, lhes é dado apreciar uma série de questões envolvendo usuários, delegatários e Poder Concedente, ou seja, questões que envolvem interesses eminentemente públicos, mas também privados.

Um dos principais objetivos da regulação é zelar pela a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação dos serviços e modicidade das tarifas desses serviços públicos, de maneira a que os usuários possam usufruir da prestação do serviço público adequado, conforme previsto na Lei Federal de Concessões – Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 –, o que permite plenamente uma atuação mediadora.

De fato, a resolução amigável de conflitos vem encontrando importante espaço na atuação das Agências Reguladoras, notadamente nos casos que ensejam maior volume de demandas, ou seja, nas reclamações dos usuários contra os delegatários dos serviços públicos, sendo fundamental uma atuação ágil, imparcial e adequada dos reguladores na solução desses litígios.

Algumas Agências Reguladoras possuem em suas leis instituidoras, a competência expressa de atuação no campo da arbitragem para efeito de solução desses litígios. Dentre esses entes reguladores, citamos a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – e ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Entretanto, a algumas outras Agências não foi dada essa competência originária, restando a esses reguladores, a atuação na resolução de conflitos no âmbito da mediação, que pode ser exercida no âmbito da competência remanescente dessas autarquias por não exigir previsão legal dessa competência.

O fato é que a atuação e consolidação das Agências Reguladoras, como instâncias mediadoras vem se tornando frequente e certamente tem um papel fortalecedor da regulação e dessas instituições, estabelecendo o papel do regulador como um facilitador e fomentador de soluções, evitando a judicialização das demandas dos usuários dos serviços regulados.

Nesse viés da atividade regulatória – mediação – que se constitui numa atividade estatal que envolve diversos escopos, a mediação deve ser adequadamente exercida como de resto as demais atividades regulatórias, além de outras razões, também como legítima retribuição às receitas auferidas pelas atividades desenvolvidas (taxas de regulação), sendo tais receitas, fonte de custeio das Agências Reguladoras.

Dessa forma, a atuação dos reguladores como mediadores, como comentado, além de ter o condão de solucionar as demandas, evitando a sua remessa aos Tribunais, tem a vantagem de ser uma atividade já remunerada pelas contribuições pagas pelas empresas delegatárias, não havendo ônus adicional às partes envolvidas.

#### **4. REQUISITOS PARA ATUAÇÃO DO REGULADOR - MEDIADOR**

Nesse contexto do viés mediador da atividade reguladora das Agências, vale ressaltar que a atuação do regulador como mediador

deve se revestir de algumas características básicas inerentes tanto à atividade mediadora, quanto à atividade regulatória, tais como imparcialidade, bom senso, boa-fé, flexibilidade, facilidade de comunicação, espírito apaziguador, compromisso com a confidencialidade e comprometimento com a solução dos conflitos de forma razoavelmente benéfica para ambas as partes.

É evidente que num processo de mediação se deve permitir às partes, muito embora de forma ágil e concentrada, que apresentem suas razões, argumentos e objetivos.

Ademais, a atuação do regulador naturalmente já está sujeita à observância dos princípios regentes da administração pública, muitos deles similares aos requisitos exigidos de um mediador comum, tais como o da razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, legalidade e moralidade.

Por outro lado, na mediação, a hiposuficiência do usuário deve ser considerada na medida certa e sem exageros para que não se encurrale esse processo de resolução de conflitos num único e previsível final, que seguramente levaria ao insucesso desse meio alternativo de resolução de conflitos.

É relevante registrar também, a importância de o regulador, na condição de mediador, se despir de influências políticas ou de posturas influenciadas por interesses demagógicos, sob pena de se tornar essa tão importante atividade numa atividade meramente burocrática que, em nada, contribuiria para o interesse público.

Para o exercício dessa atividade, o regulador também deve dispor de estrutura apropriada, treinamento específico para seus funcionários, bem como procedimentos claros e transparentes, que estabeleçam os critérios para realização das mediações de sua competência. Por outro lado, na mediação dos conflitos, os reguladores devem buscar minimizar o grau de animosidade e emotividade das partes envolvidas que, em regra, buscam impor à outra parte, suas posições e interesses. Somente com essa postura apaziguadora e imparcial, poderá ser atingida a tão buscada eficiência no desempenho da mediação que poderá se constituir em contribuição efetiva para a redução significativa de demandas que chegam ao Judiciário.

De qualquer forma, fica evidenciada a vocação natural do regulador para atuar como mediador de conflitos e é certo que, dentro do conceito de autonomia funcional e administrativa e de equidistância de interesses

e, portanto, de imparcialidade em que deve se pautar a atuação do regulador, a solução de conflitos por meio do instituto da mediação é um meio adequado de atuar das Agências Reguladoras, que deve ser estimulado.

## **5. MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE MEDIÇÃO DA EFICIÊNCIA REGULATÓRIA**

É de clareza meridiana que a eficiência dos reguladores não deve, nem pode, ser medida com base na quantidade de processos regulatórios instaurados ou de penalidades aplicadas, o que seria absolutamente prejudicial a todos os envolvidos e totalmente antieconômico, demonstrando um baixo grau de maturidade do ente regulador.

Felizmente, vemos muitos reguladores brasileiros com um alto nível de atuação e uma visão madura e eficiente de suas responsabilidades, que tendem a não incidir no erro descrito no parágrafo anterior e que buscam, de fato, numa visão mais ampla e evoluída, fomentar o desenvolvimento dos mercados em prol dos usuários.

De fato, considerando-se que a atividade regulatória, na sua essência, não deve ter por finalidade precípua penalizar, mas, ao contrário, deve se pautar na busca constante da satisfação de todo o mercado e de todos os *players* nele envolvidos, o que só se concretiza com uma atuação muito mais pedagógica e educativa do que efetivamente penalizadora, a mediação se apresenta como uma alternativa natural e eficiente se bem realizada.

Nesse sentido, a eficiência regulatória deve ser medida com base na quantidade de soluções obtidas para as questões que são submetidas ao Regulador, em âmbito pré-processual, ou seja, em âmbito administrativo-mediador, de maneira a que o instituto da mediação possa ter seus benefícios satisfatoriamente usufruídos como meio alternativo para a solução dos conflitos submetidos, em benefício de usuários e delegatários dos serviços públicos, bem como, quando for o caso, do próprio Poder Concedente, trazendo reflexos positivos para a administração da Justiça.

Dessa forma, é essencial que o mecanismo da mediação seja encarado como um efetivo instrumento de aferição do grau de eficiência das Agências no exercício de suas atividades, posto que ao Regulador cabe fomentar a universalização dos serviços públicos com a inafastável observância dos requisitos legais pertinentes e não fomentar a animosidade entre usuários e concessionários ou permissionários e Poder Concedente.

Assim, é recomendável que as Agências Reguladoras criem e divulguem seus índices de desempenho mediador, de maneira que não apenas os reguladores, mas também, os demais atores do mercado e a sociedade como um todo possam acompanhar periodicamente o desempenho das Agências quanto à realização de acordos por meio do mecanismo da mediação, aferindo o nível de eficiência regulatório e buscando sempre metas crescentes de solução de conflitos.

## **6. MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DOS ENTES REGULADORES**

O estímulo ao exercício da mediação pelos entes reguladores se constitui, ainda, em um eficiente instrumento de fortalecimento dos órgãos técnicos das Agências Reguladoras – e, portanto, das Agências – como Ouvidorias, Câmaras Técnicas e Assessorias Jurídicas, que revestidos desse poder mediador, adequadamente exercido, terão maior visibilidade e valorização, desde que, evidentemente, atuem dentro dos princípios básicos do instituto que, como visto, possui muitas similaridades com os requisitos exigidos para desempenho das atividades regulatórias.

Outro ganho para os reguladores no exercício eficiente da mediação é a fixação da imagem positiva perante a opinião pública e *players* do mercado, pelo dinamismo e rapidez na solução dos conflitos a eles submetidos.

Com isso, os processos essencialmente regulatórios, assim considerados aqueles levados à apreciação da instância superior das Agências Reguladoras, seriam aqueles em que realmente seria necessária uma análise mais demorada e aprofundada dos temas, sem possibilidades, ao menos aparentes, de realização de um acordo e, conseqüentemente, sem alternativas de solução tão abreviadas quanto se busca conseguir na mediação.

Dessa forma, com a adoção cada vez maior do instituto da mediação, os indicadores de desempenho das Agências devem também apontar a queda do número de processos regulatórios instaurados e em curso.

Vale destacar que, até mesmo depois de alcançada a fase de instauração do litígio na esfera regulatória, seria possível e eficaz – desde que houvesse a concordância dos envolvidos – a utilização da mediação como meio de viabilizar a solução da questão – desta feita em caráter resolutivo –, para finalização desses processos envolvendo questões ligadas aos interesses de usuários, delegatários dos serviços públicos e Poder Concedente.

## **7. RESULTADOS CONCRETOS DA MEDIAÇÃO NA ESFERA REGULATÓRIA**

A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, responsável pelo atendimento de mais de 60 (sessenta) milhões de usuários, é uma Agência que encara com bastante seriedade, profissionalismo e eficiência, a atividade de mediação, existindo uma Superintendência específica para o assunto.

Trata-se da Superintendência de Mediação Administrativa Setorial – SMA, a quem compete “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” (Portaria MME nº. 349, de 28/11/97).

Além dos requisitos gerais já referidos, para efeito de realização das mediações em sua esfera de atuação, a ANEEL observa a Norma de Organização ANEEL 001, aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº. 273/07.

Com base no citado dispositivo, o conflito é objeto de um processo de triagem para constatação do cabimento do mecanismo da mediação cuja instauração depende da concordância da outra parte envolvida.

Havendo instauração do procedimento, passa-se à fase de coleta de documentos e informações, montando-se uma sinopse cronológica do conflito – historiograma.

Na primeira reunião, as regras e procedimentos são informados aos envolvidos, realizando-se quantas reuniões quanto forem necessárias, com ativa participação dos reguladores, até se chegar a uma solução que atenda aos interesses dos envolvidos.

Como resultado concreto desse trabalho, a SMA/ANEEL tem alcançado uma média de 30 (trinta) mediações anuais, daí resultando em acordos 90% (noventa por cento) desses casos, o que denota um alto percentual de êxito.

Devemos considerar que esses acordos mediados representam o atendimento dos anseios das partes envolvidas, com atuação destacada dos mediadores/reguladores.

Dentre outros exemplos vitoriosos de uso do mecanismo da mediação na esfera regulatória podemos citar o da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações –, que ademais de ter a competência para o exercício da arbitragem de conflitos, também atua como mediadora, o que vem

fazendo com bastante eficiência inclusive em matéria concorrencial como no caso da remuneração das interconexões entre as concessionárias de serviço telefônico fixo comutado.

Também a ANA – Agência Nacional de Águas –, vem tendo papel fundamental na mediação de conflitos pelo uso da água, podendo-se citar como caso emblemático de mediação na sua esfera de atuação, o conflito entre o setor de navegação e de energia elétrica ocorrido em 2001, relativamente à hidrovia Tietê-Paraná, cuja mediação impediu a interrupção da navegação na mais importante hidrovia brasileira, ameaçada por pretensões de aumento de geração de energia elétrica.

Também a atuação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Ceará – ARCE, tem sido bastante exitosa no âmbito das mediações. Em 2008, a ARCE alcançou o incrível índice de 99,63 % de sucesso nas mediações realizadas e nos anos seguintes vem mantendo sua performance em níveis equivalentes.

No Rio de Janeiro, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado, AGENERSA, em atividade desde 1998, muito embora ainda não tenha aderido até agora ao instituto da mediação, publicou recentemente a Resolução Nº 005 de 27 de setembro de 2011, que altera o Regimento Interno da Agência. Por meio dessa Resolução, a AGENERSA implantou o processo de *conciliação*, com base na seguinte disposição: “Nos processos regulatórios que envolvam Concessionária(s) regulada(s) pela AGENERSA, Usuário(s) e/ou Poder(es) Concedente(s), sempre que solicitado pela(s) parte(s) ou quando considerar necessário e oportuno, o Conselheiro-Relator poderá providenciar a realização de reunião de *conciliação* entre os litigantes”.

Trata-se de uma medida distinta da mediação, porém, conexas a ela. Tecnicamente, a diferença entre a mediação e a conciliação reside no papel destinado ao terceiro interveniente. Enquanto mediador, esse terceiro apoia as partes para que delas mesmas surja a solução, enquanto que, na conciliação, o terceiro tem a iniciativa de propor às partes a solução para o conflito.

Apesar dessa sutil – porém, importante - distinção, a expectativa é de que essa medida conexa atinja resultados positivos, assim considerados a agilidade e encerramento de feitos regulatórios e, notadamente, a redução do volume de processos regulatórios instaurados e o aumento do número de processos encerrados, como consequência lógica do sucesso

da iniciativa. Vale acompanhar o desenvolvimento dessa medida para verificação de sua real eficiência.

## 8. CONCLUSÃO

Como corolário lógico de todo o exposto neste trabalho, constata-se a importância do instituto da mediação no ambiente regulatório, como um excelente instrumento para se atingir a satisfação geral dos envolvidos, desconstruindo conflitos e fomentando soluções e acordos.

Vale lembrar que regular não é penalizar. Regular é muito mais que isso, regular é buscar incessantemente o sucesso da atividade regulada, para benefício dos usuários. Por outro lado, a eficiência da atividade regulatória não pode, nem deve, ser medida com base no indicador do número de multas impostas, mas sim, pelas soluções eficientes que as próprias partes encontram com o apoio dos mediadores/reguladores, que permitem a satisfação dos envolvidos sem a judicialização dos conflitos.

Cabe, assim, aos reguladores, estimular o uso dos procedimentos de mediação entre os *players* dos mercados regulados, já que uma solução mediada, em regra, é sempre mais benéfica, ágil e menos custosa do que um conflito continuado.

Resta claro ainda, que o sucesso do processo de mediação depende, precipuamente, da capacitação do mediador – neste caso, regulador –, que deve ter pleno domínio da técnica desse instrumento, de maneira a exercê-lo na sua completude, sob pena de gerar prejuízos aos interesses envolvidos e não contribuir para a redução da judicialização das demandas.

Assim, fica evidenciado que o adequado exercício do instituto da mediação pelos órgãos reguladores gera eficiência no desempenho das Agências Reguladoras, além de agregar valor à atividade regulatória, com reflexos positivos no segmento dos serviços públicos concedidos, de maneira a permitir que sejam efetivamente alcançados os objetivos principais da regulação, viabilizando a prestação do denominado serviço adequado, previsto na Lei Federal de Concessões, com a plena satisfação de seus usuários, das concessionárias e permissionárias, poderes concedentes e de toda a sociedade em geral.

Por fim, a eficiência dos Reguladores tem como efeito indireto, porém, extremamente relevante e benéfico, a redução de demandas judiciais, o que deve ser perseguido e estimulado em razão do interesse público envolvido, que extrapola o âmbito dos mercados regulados e se estende para toda a sociedade como um todo. ❖