JOTA

ANATEL

Cabe controle prévio de acordo substitutivo de sanção?

A ANATEL comemora seu primeiro TAC, mas precisa zelar por sua competência

JULIANA BONACORSI DE PALMA

24/06/2020 11:18

Crédito: Fotos Públicas

A ANATEL acaba de firmar seu primeiro TAC com a operadora TIM para substituir R$ 639 milhões em multa por investimentos setoriais. Dentre os vários projetos estruturantes, destaca-se a melhoria da qualidade do serviço, ampliação de acesso, aprimoramento dos canais digitais de atendimento com redução dos índices de reclamação e melhoria da rede. Como compromisso adicional, a empresa levará banda larga móvel com tecnologia 4G a 356 Municípios com menos de 30 mil habitantes. O interesse público na solução consensual é evidente.

Antes do TAC da TIM, a ANATEL tentou firmar acordos com outras empresas reguladas.

No caso da Telefônica, chegou-se muito próximo da celebração de um TAC. O processo desandou após o envio da minuta de acordo ao TCU. No paradigmático Acórdão 2121/2017, o Tribunal emitiu uma série de comandos que, na prática, não puderam ser atendidos dentro do prazo de negociação regulamentar, inviabilizando a sua celebração.

Diante da frustração do TAC com a Telefônica, o TCU exigiu que a próxima minuta de TAC lhe fosse encaminhada previamente, dado seu caráter inovador e o montante de recursos negociado (Acórdão 716/2019). A proposta era acompanhar de perto o primeiro TAC que efetivamente seria celebrado pela ANATEL, avaliando a conformidade do acordo com os entendimentos firmados no Acórdão 2121/2017. Na avaliação do TCU, o controle prévio contribuiria com a "*obtenção do interesse público esperado como resultado dos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados pela Anatel, na linha de aperfeiçoamento jurídico e técnico desses instrumentos que já se mostrou tão positiva em razão das intervenções realizadas por esta Casa*".

Seguindo essa determinação, a minuta do TAC da TIM foi remetida ao TCU, que entendeu não haver óbices à celebração do acordo (Acórdão 548/2020). Não há comando expresso de remessa das próximas minutas de acordo ao TCU, mas o Tribunal reconheceu como recursos públicos os valores transacionados em TACs. Ao fazê-lo, parece ter tido a intenção de legitimar a futura fiscalização de atos e procedimentos do regulador.

Ocorre que o TCU não tem competência para exercer controle prévio de acordo substitutivo. Não há lei ou norma regulamentar que a preveja. Exigir que a primeira experiência seja submetida previamente ao crivo controlador, segundo seus próprios entendimentos, é tentar fixar a forma do bolo ao confeiteiro. Na prática, induz a usurpação de competências regulatórias — algo especialmente grave nesse caso, pois, dado o pioneirismo, é automaticamente tomado como referencial (incrementalismo).

O diálogo institucional é sempre salutar e deve ser valorizado. Mas ele tem momento certo para acontecer, sempre após a decisão consensual em firmar acordo substitutivo. É um erro considerar os valores negociados em TAC recursos públicos, já que o objeto do acordo considera processos sancionadores em andamento, sem multa constituída. O TCU tampouco tem o monopólio do interesse público. A Agência, por determinação legal, tem competência para, em seu respectivo setor, construí-lo por consenso com agentes regulados, via TACs. Vale lembrar que a Agência Reguladora tem primazia interpretativa no seu setor.

O ideal seria que os próximos acordos substitutivos não fossem remetidos previamente ao TCU para exame de conformidade. As Agências Reguladoras devem reafirmar a sua competência, principalmente no cenário pós-pandemia, em que os acordos substitutivos serão fundamentais no cenário para viabilizar novos investimentos setoriais.

JULIANA BONACORSI DE PALMA – Professora da FGV Direito SP. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP e LL.M. pela Yale Law School.