

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

A intervenção do TCU na execução da política nacional de banda larga pela Anatel

Francisco Amaral de Almeida Sampaio

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 15.09.2018

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo

O propósito do trabalho é avaliar o controle, pelo Tribunal de Contas da União (“TCU”), dos atos praticados pela Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”) no exercício das suas “atividades-fim”, particularmente em projetos de expansão da oferta de serviços de telecomunicações realizados de acordo com os parâmetros das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo para o setor, e verificar se, concretamente, o Tribunal vem respeitando a esfera de autonomia própria do órgão regulador.

Em setores regulados, o próprio TCU costuma afirmar em abstrato que, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição, a sua fiscalização deve ser sempre de “segunda ordem”, não sendo admitido o seu controle sobre o “jogo regulatório em si”, exceto em hipóteses específicas em que, por exemplo, sejam identificados vícios de legalidade.¹

Via de regra, portanto, atos discricionários não evitados de vício de legalidade poderiam gerar, no máximo, meras recomendações por parte do Tribunal, sem qualquer caráter coercitivo.

¹ É o que se extrai, por exemplo, do Acórdão n.º 1.703/2004, rel. Min. Benjamin Zymler, tido como paradigma na jurisprudência do TCU sobre controle das chamadas “atividades-fim” das agências reguladoras. Nesse sentido, ver MOTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências Reguladoras e o Controle da Regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). Direito da Infraestrutura – Volume 2. São Paulo: SaraivaJur, 2017. No âmbito de auditoria operacional realizada no próprio setor de telecomunicações, voltada à análise dos mecanismos de cobrança utilizados pelas prestadoras de serviços fixos e móveis, afirmou-se que, ao fiscalizar a atividade-fim das agências reguladoras, “*não deve o Tribunal substituir à entidade controlada, tampouco estabelecer o conteúdo do ato de competência da agência reguladora, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes.*” (Acórdão n.º 210/2013, rel. Min. José Jorge.)

Na prática, contudo, não é incomum notar no exercício do controle externo de atos e contratos celebrados em mercados regulados, determinações (inclusive cautelares) que acabam invadindo a discricionariedade do regulador. Mesmo nos casos em que a fiscalização resulta apenas em recomendações, supostamente menos interventivas, ou determina a realização de oitiva das agências, a atuação do TCU gera impactos significativos no espaço regulatório.²

Nesses casos, é possível que a liberdade de escolha dos reguladores seja bastante limitada. Na medida em que, em última instância, é sobre os gestores públicos que incide a atuação sancionatória do órgão de controle, pode parecer imprudente por parte deles ignorar as recomendações do TCU, mesmo não tendo elas caráter formalmente coercitivo.³ Ainda, temendo que o entendimento do TCU venha a ser distinto do seu, os reguladores podem acabar optando por práticas mais conservadoras que, do ponto de vista regulatório, não necessariamente seriam as mais adequadas, causando prejuízos a todo o setor regulado.

Independentemente do mérito das decisões adotadas nos processos de fiscalização, um controle autoritário em relação a atos e contratos ainda não eficazes, ou recomendações e determinações que extrapolem as competências atribuídas pela Constituição Federal, aumenta a possibilidade de intervenção indevida na esfera de liberdade do regulador, o que faz com que observar o comportamento da jurisprudência do TCU seja importante para verificar, em concreto, em que medida a esfera de autonomia e discricionariedade das agências reguladoras vêm sendo preservadas pelo Tribunal.

Nesse sentido, particularmente voltada a analisar o controle sobre projetos de expansão da oferta de serviços de telecomunicações realizados de acordo com os parâmetros das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, a pesquisa terá por objetivo selecionar e sistematizar os casos de fiscalização dos atos da Anatel, tanto do ponto de vista histórico, como do da observância dos parâmetros fixados pelo próprio Tribunal para intervir sobre o “jogo regulatório em si”.

² Cita-se, como exemplo, o Acórdão n.º 2.121/2017 (rel. Min. Bruno Dantas), relativo ao Termo de Ajustamento de Conduta (“TAC”) negociado entre Anatel e Telefônica, com potencial de gerar investimentos no valor de R\$ 2,86 bilhões, mas abandonado pelas partes em razão da dificuldade de atendimento das diversas exigências feitas pelo TCU, no que se inclui a realização de oitiva da Agência com vistas à obtenção de esclarecimentos sobre “*a relação entre a escolha da tecnologia fiber to the home (FTTH), internet de altíssima velocidade e possivelmente de custo mais alto para o usuário final, e as diretrizes de políticas setoriais afetas à massificação do acesso à banda larga*”, mesmo já tendo o Min. rel. expressamente constatado em seu voto que “*a agência evidenciou que a decisão adotada pela maioria de seu colegiado, em favor da tecnologia FTTH, se deu motivadamente, com análise de diversos aspectos técnicos relacionados à política pública.*”

³ Cf. MOTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Ob. citada, p. 49.

O contexto em que se insere o trabalho é o de iminente reforma do modelo de prestação de serviços no mercado brasileiro. Inúmeros estudos e diagnósticos setoriais já comprovaram a perda da relevância e da atratividade do Serviço Telefônico Fixo Comutado (“STFC”), único serviço atualmente prestado no regime público, cuja existência, universalização e continuidade a União ainda se compromete a assegurar, mediante concessão. Também é consenso, por outro lado, a necessidade de se criar condições (*i.e.*, infraestrutura de suporte) para a expansão da banda larga, serviço cuja importância social e econômica cresce a cada dia.

Em 2016, de acordo com o Relatório Final do Grupo de Trabalho formado pelo Ministério das Comunicações e pela Anatel com vistas à análise de alternativas para a revisão do modelo de prestação de serviços e telecomunicações, já se sabia que, nos moldes atuais, *“a concessão passou a representar peso econômico e regulatório, sem a necessária segurança jurídica para garantir os investimentos que o setor exige.”* Nessa linha, considerando que *“o cenário preocupa não apenas o mercado, mas também o poder público, pois há risco para a própria existência do serviço concedido”*, e tendo em vista, de outra parte, a *“necessidade de expansão dos serviços de acesso à Internet como importante fator de desenvolvimento social”*, concluiu-se como sendo *“imperativa a revisão das regras atualmente em vigor.”*

A partir desse diagnóstico, o Ministério das Comunicações publicou a Portaria n.º 1.455, de 08 de abril de 2016, estabelecendo diretrizes para a atuação da Anatel na elaboração de proposta de revisão do atual modelo de prestação de serviços de telecomunicações, declarando, em síntese, a necessidade de se posicionar os serviços de acesso à banda larga no centro da política pública e definindo, correlatamente, objetivos voltados à liberação de investimentos em redes de telecomunicações de suporte à banda larga.

Nesse contexto de iminente reforma do arranjo normativo e institucional das telecomunicações no Brasil, com reconhecida necessidade de mudança do regime de prestação de serviços, sabe-se que o TCU desempenhará importante papel no exercício do controle externo e fiscalização dos bens e valores públicos que o Poder Executivo e a Anatel pretendem alocar para o financiamento dessas medidas.

Em levantamento preliminar, verificou-se que, em pelo menos 13 (treze) ocasiões, o TCU já se debruçou sobre as políticas públicas de telecomunicações, em especial aquelas relacionadas à banda larga e à inclusão digital.

Na mais recente dessas ocasiões (Acórdão n.º 2.053/2018, rel. Min. Ana Arraes), o Tribunal realizou levantamento com o objetivo de propor uma avaliação das Políticas Nacionais de Banda Larga e seus impactos sobre competitividade e desenvolvimento regional. Foram analisados, para tanto, não apenas as diversas ações do governo federal em políticas de banda larga e inclusão digital, entre 1989 e 2017, como, também, as minutas do novo decreto de telecomunicações no Brasil e do Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (“PERT”), submetidas à consulta pública pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (“MCTIC”) e pela Anatel e ainda em fase de elaboração.

Nessa visão mais atual do TCU, *“apesar dos esforços empreendidos pelo Governo, não existe ainda política pública de banda larga com visão de longo prazo, instrumentalizada em plano estruturado, com metas e objetivos.”*⁴

Dada a relevância social e econômica dos projetos de expansão da infraestrutura de suporte à banda larga ainda em discussão no Governo Federal e na Anatel, espera-se em relação a eles, no mínimo, o mesmo nível de controle e fiscalização por parte dos agentes externos.

Pretende-se, nesse sentido, analisar como o TCU vem atuando no controle dos atos praticados pela Anatel dentro dos parâmetros das políticas públicas vigentes, de modo que se possa identificar os principais pontos de atenção e eventualmente propor interpretação jurídica e formas de atuação que minimizem a possibilidade de intervenção indevida do controlador na discricionariedade do regulador.

2. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

Compete à Anatel, nos termos do artigo 19, I, da Lei Geral de Telecomunicações (“LGT”, Lei n.º 9.472/1997), implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações, o que compreende, no cenário de iminente reforma do arranjo normativo e institucional acima mencionado, adotar as medidas que sejam necessárias para que a instalação da infraestrutura de telecomunicações no país seja voltada à ampliação da oferta de serviços de conexão à Internet em banda larga.

⁴ Acórdão n.º 2.053/2018, Voto rel. Min. Ana Arraes, item 15.

Parece indispensável, para tanto, que os membros do corpo técnico e diretivo da Agência tenham liberdade para exercer suas funções e possam, motivadamente, propor as medidas que do ponto de vista regulatório julguem mais adequadas para o atingimento dos objetivos setoriais, observada a priorização estabelecida pelo Poder Executivo. Em outras palavras, há de se respeitar o espaço de discricionariedade do gestor público.

Nessa linha, a relevância prática e o potencial inovador da pesquisa que ora se propõe residem justamente no fato de que, ao se analisar como o TCU vem atuando no controle dos atos praticados pela Anatel dentro dos parâmetros das políticas públicas vigentes, pode-se tanto identificar eventuais excessos por parte do controlador externo, a serem possivelmente coibidos pelo próprio regulador no âmbito de novas fiscalizações, como também estabelecer parâmetros de classificação dos principais questionamentos usualmente levantados pelo controlador, que podem vir a ser endereçados pela Agência logo na formação dos respectivos atos e contratos.

Entender essas limitações parece essencial para que se possa evitar que interpretações ampliativas do campo de atuação do TCU venham a violar a esfera de autonomia do gestor na definição e execução de políticas públicas.

Assim, espera-se que seja possível, ao final, ao menos sugerir interpretação jurídica e/ou formas de atuação que minimizem a possibilidade de intervenção indevida do controlador.

3. Familiaridade com objeto da pesquisa

A familiaridade do autor com o objeto da pesquisa decorre de sua prática profissional, na medida em que atua, já há quase 10 anos, na área de Direito Administrativo, Regulação e Concorrência de escritório de advocacia especializado na prestação de serviços relacionados a mercados regulados, particularmente o setor de telecomunicações.

Representando clientes junto à Anatel e ao Ministério das Comunicações, o autor participou ativamente de diversos projetos direta ou indiretamente relacionados à expansão da oferta de serviços de telecomunicações no Brasil, a exemplo de licitações do direito de uso de radiofrequências e de exploração de satélites, audiências e consultas públicas realizadas em conexão com diversos marcos normativos e legais relevantes para o desenvolvimento do setor, disputas envolvendo condições de fornecimento e contratação do acesso a infraestrutura para a prestação de serviços, dentre outros.

O acompanhamento do controle dos atos da Anatel realizado pelo TCU, portanto, faz parte das atividades profissionais cotidianas do autor, tanto para fins da assessoria jurídica prestada a importantes agentes setoriais, como no necessário acompanhamento dos fatos relevantes para o mercado em que atua.

Além da existência de interesse pessoal e profissional do autor no tema que se propõe a pesquisar, a familiaridade com o objeto da pesquisa é importante na medida em que (i) traz consigo uma certa bagagem a respeito de um setor específico que exige, por vezes, conhecimento de determinados conceitos e práticas técnicas e (ii) há facilidade de acesso às principais ferramentas de busca de informações públicas que sejam relevantes para a pesquisa.

4. Modelo de pesquisa

O modelo de pesquisa que se propõe para o projeto em questão é o trabalho exploratório sobre prática jurídica.

Pretende-se, em síntese, analisar as principais decisões cautelares, recomendações e determinações que tenham sido adotadas pelo TCU no controle dos atos praticados pela Anatel no exercício das suas “atividades-fim”, particularmente em conexão com projetos de expansão da oferta de serviços realizados de acordo com os parâmetros das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo para o setor, com vistas à verificação da observância dos parâmetros fixados pelo próprio Tribunal, em abstrato, para intervir na esfera de discricionariedade do regulador (*e.g.*, existência de vício de legalidade).

A partir de uma possível sistematização do resultado da pesquisa, o trabalho irá propor reflexões e análises críticas, tanto da conduta do regulador como do agente de controle. A depender do resultado encontrado (*i.e.*, caso se verifique que o TCU vem reduzindo o conceito de discricionariedade e ampliando seu campo de atuação), serão apresentadas, ao final, propostas de aprimoramento com vistas a tornar o relacionamento entre Anatel e TCU menos intervencionista e mais aderente às respectivas competências constitucionais.

5. Quesitos

(i) Quais as competências do TCU para fiscalizar “atividades-fim” de agências reguladoras? A fiscalização de atos discricionários pode gerar determinações? Se sim, em quais hipóteses?

(ii) Como o TCU vem atuando no controle externo de atos praticados pela ANATEL no exercício das suas “atividades-fim”, particularmente em conexão com projetos de expansão da oferta de serviços realizados de acordo com os parâmetros das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo para o setor? Há violação da esfera de autonomia própria do órgão regulador?

(iii) O que se espera de um controle externo de atos praticados em setores regulados dentre os parâmetros das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo para o setor? Que medidas podem ser adotadas para que o controle externo não limite indevidamente a discricionariedade do regulador, especialmente num contexto de iminente reforma do arranjo normativo e institucional das telecomunicações no Brasil, com reconhecida necessidade de mudança do regime de prestação de serviços?

6. Fontes de pesquisa e forma de acesso

As principais fontes de pesquisa do trabalho que se pretende realizar são (i) os documentos que contenham as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo para o setor de telecomunicações, (ii) os atos e contratos da Anatel relacionados a projetos de expansão da prestação de serviços e (iii) as decisões adotadas pelo TCU no exercício do respectivo controle e fiscalização.

No caso das políticas públicas, apesar de os decretos, resoluções, atos, portarias e demais instrumentos públicos eventualmente utilizados pelo Poder Executivo para dar a elas publicidade serem de acesso relativamente fácil, por exemplo, nos arquivos eletrônicos da imprensa nacional, é possível que as cópias dos respectivos processos administrativos também contenham estudos, relatórios e outros documentos relevantes para os fins deste projeto. Tais processos, portanto, também poderão ser acessados, mediante consulta física ou eletrônica aos arquivos dos respectivos órgãos ministeriais.

Com relação aos atos e contratos da Anatel, é possível já antecipar que a análise da respectiva motivação, constante dos respectivos processos administrativos, será ainda mais relevante.

A principal dificuldade em acessar cópias de processos administrativos deverá estar no caso do TCU. Nada obstante, tal dificuldade poderá ser compensada pelo fato de as decisões (acórdãos) do Plenário do TCU serem geralmente acompanhadas de relatório detalhado do processo de fiscalização, permitindo, assim, razoável compreensão da instrução realizada até a tomada da decisão.

Conforme o caso, pedidos com base na Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011) poderão ser utilizados para o fim de obtenção de informações e cópias de documentos que sejam públicos, mas que eventualmente ainda não estejam disponíveis.

7. Bibliografia preliminar

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Ações do Ministério Público em Matéria de Regulação e a Importância dos Instrumentos Consensuais*. In Interesse Público, vol. 75. Belo Horizonte: Fórum, set./out. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARROSO, Luis Roberto. *Tribunal de Contas: algumas incompetências*. In Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 203, jan./mar. 1996, p. 139.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos*. In Interesse Público, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?* In Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

_____. *Controle judicial de uma administração pública complexa – a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico*. 1ª ed., 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. *Direito das Telecomunicações e a ANATEL*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 303-304.

_____. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. In MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____ e CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção*. In *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 31. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2010.

MOTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *Agências Reguladoras e o Controle da Regulação pelo Tribunal de Contas da União*. In PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). *Direito da Infraestrutura – Volume 2*. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Processo Regulatório Sancionador e Consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da ANATEL*. In *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, vol. 8. Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2010.

_____; WANG, Daniel e COLOMBO, Daniel. *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira*. In SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.), *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo, 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998)*. In Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1999. p. 19-141.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações in Revista de Direito da Informática e Telecomunicações*. Vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, jan./jul. 2007.

_____ e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas*. In Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 257. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

_____. *O Tribunal de Contas da União e a Regulação*. In Fórum de Contratação e Gestão Pública, vol. 159. Belo Horizonte: Fórum, mar. 2015.

_____. *Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites*. In SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; e ROSILHO, André Janjácomo. *O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos*. In Revista Direito GV, v. 13, n. 3, set.-dez./2017.

TCU, Acórdão n.º 1.703/2004, Plenário, Relatoria do Min. Benjamin Zymler, j. em 03.11.2004.

TCU, Acórdão n.º 210/2013, Plenário, Relatoria do Min. José Jorge, j. em 20.02.2013.

TCU, Acórdão n.º 2.121/2017, Plenário, Relatoria do Min. Bruno Dantas, j. em 27.09.2017.

8. Cronograma de execução

| Atividade | 2018 | | | 2019 | | | | | | | | | | | | Horas |
|---------------------------|------|----|----|------|---|---|---|---|---|---|---|---|----|----|----|-------|
| | 10 | 11 | 12 | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | |
| Revisão bibliográfica | | | | | | | | | | | | | | | | 80 |
| Coleta de atos e decisões | | | | | | | | | | | | | | | | 80 |
| Redação do trabalho | | | | | | | | | | | | | | | | 120 |
| Revisão de redação | | | | | | | | | | | | | | | | 25 |
| Revisão e ajustes finais | | | | | | | | | | | | | | | | 25 |
| Depósito | | | | | | | | | | | | | | | | n/a |