

A ANATEL como Ente Regulador de Serviços Digitais

Alexandre Freire

Conselheiro Diretor da ANATEL

Doutor em Direito pela PUC-SP e Mestre em Direito pela UFPR.

Ricardo Campos

Docente na Goethe Universität Frankfurt am Main e sócio

No Warde Advogados

Instituições não são criadas no vácuo. Mesmo quando se pretende criar uma nova Lei, com um novo regulador e quadro técnico próprio, as crenças e a cultura institucional pretéritas influenciarão na forma pela qual todo esse arcabouço (regulador, regulação e corpo técnico que decide e aplica as regras cabíveis) será operacionalizado. Esse aspecto cultural, ainda que não seja imutável nem um substrato socialmente homogêneo, é inescapável. Faz parte da nossa constituição individual e, no que diz respeito às instituições do Estado, expressa um componente que sequer pode ser distinguido do agente tomador de decisão.

No contexto de regulação de plataformas digitais, o Brasil vivencia um momento próximo àquele da União Europeia. Tanto aqui quanto nos Estados europeus, acirram-se as discussões sobre qual deverá ser o órgão regulador para serviços digitais. Porém, enquanto hoje ainda será votado o Projeto de Lei 2630/2020, a UE já tem seu regulamento votado e em processo de implantação, que deve ser finalizado até fevereiro de 2024. Seguindo a disposição do DSA de que cada Estado-membro deverá estabelecer seu próprio *Digital Services Coordinator* (DSC), a Alemanha, por exemplo, caminha no sentido de instituir a Agência Federal de Redes (*Bundesnetzagentur*) como sua agência reguladora de serviços digitais. O Ministério Federal dos Transportes e Assuntos Digitais, responsável pelo processo de nomeação do DSC, tem trabalhado arduamente no assunto e, com base em pareceres acadêmicos e técnicos, apontou que a “Anatel alemã” será escolhida para exercer a função.

Em tempo, não se discute aqui se o Congresso deve ou não atribuir a algum ente da Administração Pública essa competência regulatória. Pretende-se debater qual ente está em melhores condições de executar tal incumbência, se esse for o encaminhamento adotado. Tendo como baliza três diferentes critérios – impacto orçamentário, domínio do assunto sobre o tema regulado e experiência institucional –, dedica-se especial atenção ao que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) tem a oferecer à sociedade brasileira.

Direitos, afinal, não são um recurso gratuito. Estabelecê-los e protegê-los têm um custo, e sabe-se que o país se encontra com pouca margem para o acréscimo de despesas, especialmente aquelas de caráter permanente. Não à toa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) fora inicialmente criada sem aumento de despesa, e ainda hoje vem buscando superar algumas contingências que permeiam a sua estrutura, na busca de seguir exercendo o seu potencial institucional estipulado pela LGPD.

Alocar a competência para um ente inexistente, se feito sem aumento de despesa, trará a consequência de um custo não monetizado de maturação institucional que se prolongará por anos. Se a criação se der com aumento de despesas, questionamento será sobre qual deve ser a fonte de receita ou qual será a despesa a ser eliminada para que esse aumento marginal de gastos públicos possa ser efetivado com a devida observância da legislação orçamentária de regência. Assim, resta ao legislador avaliar as alternativas institucionais disponíveis sob o prisma orçamentário à luz dessas restrições.

Uma alternativa é alocar essa competência para um novo ente, buscando-se recursos para o custeio das novas despesas permanentes para sua estruturação e funcionamento. A outra, menos controversa numa perspectiva *ex ante*, relaciona-se ao aproveitamento da estrutura operacional já existente na Anatel. Eventuais acréscimos de despesa decorrentes da atribuição de competência reguladora à Anatel, se ocorrerem, serão mínimos quando comparados com os custos de um arranjo que envolva a criação de um novo regulador. Nessa arquitetura de escolhas, os percalços inerentes à criação de um novo não devem ser ignorados.

Quanto ao segundo critério, a *expertise*, tem-se que a realidade institucional da Anatel é diversificada e se projeta em suas múltiplas superintendências. Os quadros possuem *expertise* transversal em diversos temas, como engenharia, regulação, economia, proteção do consumidor, proteção de dados (parte significativa dos recursos humanos da ANPD é constituída por servidores de carreira provenientes da Anatel) e, claro, proteção contra a disseminação da desinformação. A Agência se encontra em situação relativamente confortável para fornecer uma estrutura adequada para lidar com os desafios que o combate à desinformação impõe – já dispondo, aliás, de uma proposta própria para a criação de uma Superintendência de Serviços e Direitos Digitais.

A Anatel também desenvolve parcerias com outros *players* relevantes, tanto da academia – com a prototipação de soluções de inteligência artificial para monitorar abusos no ecossistema digital –, quanto com outros fóruns de discussão “aplicados” – a exemplo da Unesco, UIT, OCDE e Arctel. Além disso, possui canais de comunicação para receber as demandas da sociedade, como seu Conselho Consultivo, seus canais de ouvidoria, instrumentos de consultas e audiências públicas.

Também é importante anotar que a Anatel, quando necessário, e observados os modernos recursos de regulação responsiva - que encoraja o diálogo permanente entre regulador e regulado – não se furta de proceder ao necessário *enforcement* por meio de sua competência sancionadora, tendo já instaurado mais de cem mil processos. É imperioso ponderar sobre como eventual concorrente institucional da Anatel exerceria seu poder-dever sancionador. Tal ente, por ser inexistente, teria uma deficitária – para não dizer, nula – experiência numa função estatal que, se exercida sem as devidas cautelas, semeará apenas riscos institucionais futuros, os quais provavelmente serão externalizados para agentes que não participaram de sua concretização.

Destarte, o questionamento: abstraída a (por si só) relevante discussão do impacto orçamentário discutida, a criação de um novo ente – com nula experiência institucional no exercício de qualquer atividade sancionadora – para regular e aplicar eventual Lei resultante da aprovação do PL 2630/2020, propicia uma expectativa razoável de apresentar desempenho superior àquele esperado para a Anatel no exercício desse mister?

Finalmente, passemos à experiência institucional consolidada através do tempo. Repise-se: instituições não são criadas no vácuo. Não é razoável pressupor que, ao dizer “*fiat institutio*”, uma instituição estará acabada e perfeita. Com a Anatel não foi diferente. Na sua criação, a Agência importou quadros de outras estruturas que, na Administração Pública, desempenhavam atribuições afins. Sua cultura institucional também não foi criada no vácuo, mas “importada”, expressa como um amálgama de uma pluralidade de valores herdados pelos servidores que passaram a integrar seus quadros.

Para além dos regramentos formais, resta evidenciado que a cultura institucional da Anatel se provou no tempo, o que se deve mais a como ela superou seus momentos de adversidade do que a como ela chegou a seus triunfos. Em suma: a Anatel é uma instituição culturalmente resiliente. Talvez isso se relacione ao fato de a Anatel lidar hoje com temas que seriam inconcebíveis quando de sua criação. Vindo de missões iniciais que hoje são permeadas por um certo anacronismo – como a promoção do acesso à telefonia fixa comutada – a Anatel talvez se encontre no maior de seus desafios no presente momento: assegurar à sociedade brasileira as condições necessárias para o exercício da cidadania digital. Afinal, separar a evolução da conectividade significativa, que envolve a promoção da literacia digital da população, de uma execução adequada de políticas de monitoramento do ecossistema digital para o combate à desinformação não é tarefa fácil.

Se instituições não se criam do zero, questiona-se: que tipo de cultura institucional deve ser imprimida no ente encarregado do *enforcement* da norma resultante da aprovação do PL 2630/2020? A da Anatel, com toda a sua resiliência, *expertise* e tradição institucional? Ou a de alguma instituição com matriz cultural ora ignorada, que provavelmente sequer se provou no tempo e que, talvez, sequer tenha condições de arcar com o ônus de provar a força de seus valores no primeiro desafio que as teste?

Caso o Congresso entenda ser necessário que a Administração Pública supervisione a aplicação da eventual Lei decorrente do PL 2630/2020, face às alternativas institucionais disponíveis, sugerir que a Anatel exerça essa função parece a resposta mais apropriada.