
PARECER Nº 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/
PFE-ANATEL/PGF/AGU
ANÁLISE DE MINUTA DE REGULAMENTO PARA
CELEBRAÇÃO DE TAC NO ÂMBITO DA ANATEL

Júlia de Carvalho Barbosa
Procuradora Federal

Leandro Carvalho Pinto
Procurador Federal

Marina Georgia de Oliveira e Nascimento
Procuradora Federal
Gerente de Procedimentos Regulatórios

Paulo Firmeza Soares
Procurador Federal
Assessor do Procurador Geral

PARECER Nº 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU

PROCESSO Nº 53500.016839/2012

INTERESSADO: Conselho Diretor.

ASSUNTO: Proposta de Regulamento para estabelecer critérios e procedimentos para celebração de Termos de Ajustamento de Condutas - TAC.

EMENTA: Proposta de Regulamento para estabelecer critérios e procedimentos para celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC's pela Anatel. Considerações da Procuradoria.

PARECER

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Regulamento para estabelecer critérios e procedimentos para a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC's, produzida por Grupo de Trabalho instituído especificamente para esse fim.
2. O Grupo de Trabalho foi criado pela Portaria nº 678, de 2 de agosto de 2012, de lavra do Superintendente Executivo Substituto da Anatel (fls. 2/3).
3. Às fls. 4/9 consta o Informe nº 022/SPB-SPV-SUN-SCM-SRF-SUE, de 17.10.2012, produzido pelos componentes do Grupo de Trabalho, com a fundamentação relativa à proposta de Regulamento.
4. A citada proposta foi submetida à Consulta Interna nº 563, e contou com 22 contribuições (fls. 10/19), bem como as justificativas pelo seu acolhimento ou não.
5. Por fim, às fls. 20/23, está a minuta da Resolução de aprovação do Regulamento de Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta a ser editada pela Anatel, com o correspondente anexo.
6. É o relatório. Passa-se, então, a opinar.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Ii.(A) Da Necessidade de Submissão da Proposta à Consulta Pública

7. Por força do que dispõe o art. 42 da LGT, as minutas de atos normativos de competência da Anatel devem ser submetidas à consulta pública. Vejamos:

LGT

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

8. A consulta pública, segundo o art. 3º, inc. VI, do Regimento Interno da Agência, é o procedimento administrativo que submete documento ou assunto a comentários e sugestões do público em geral, representando, dessa forma, mecanismo institucional importante de transparência e de legitimação das deliberações.

9. O fato de os administrados estarem submetidos às normas da Anatel não lhes retira o direito de serem ouvidos, participar, negociar e tentar fazer prevalecer seus interesses. É preciso que essa colaboração ocorra, entretanto, de forma institucionalizada e previamente estipulada, com o fito de garantir a transparência desse processo de abertura à sociedade, momento adequado para que os diversos atores econômicos e o Poder Público possam contrapor interesses, objetivos e políticas entre si.

10. Por meio da consulta pública, de outro lado, procura-se minorar os riscos de captura do agente regulador pelos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, fato que ocorre, grosso modo, quando estes conseguem impor sua vontade e imprimir seus interesses, mesmo quando incompatíveis com o interesse público ou com os direitos dos usuários, nas decisões do ente regulador.

11. Sem dúvida, a falta de transparência e a institucionalização do segredo como prática decisória são elementos que comprometem a independência do agente regulador, trazendo consigo um déficit democrático inconciliável com os princípios que regem a atividade política no Estado de Direito.

12. Segundo Márcio Iório Aranha¹, não foi sem propósito que os mecanismos da consulta e da audiência pública foram introduzidos na atual legislação e regulamentação setorial. Trata-se de um passo de reorientação da função das agências para a sua vocação inicial de espaços públicos e, portanto, mediadores do diálogo para preservação da virtude política dos interessados em verem suas vozes traduzidas em ação.

13. A consulta pública, então, serve como fórum apropriado ao recolhimento e à ponderação sobre as diversas possíveis manifestações formuladas por indivíduos e grupos sociais interessados no tema específico. Na interpretação de Floriano de Azevedo Marques Neto², os entes públicos incumbidos de exercer a regulação estatal sobre um determinado setor da economia devem ser concebidos com ampla transparência e permeabilidade, sem descuidar de certa neutralidade. A permeabilidade se revela no diálogo permanente, transparente e aberto do regulador com os agentes sujeitos à regulação.

14. Ao tratar do assunto, a Exposição de Motivos nº 231/MC-EM-LGT, de 10.12.1996, afirmou que a consulta pública é instrumento capaz de “dificultar comportamentos oportunistas e inibir ações indesejáveis por parte de operadoras e grupos de interesses”, realçando a característica de transparência e permeabilidade institucionalizada imprimida à Anatel.

15. No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão³ explica que os espaços públicos de discussão foram criados como mecanismos de legitimação do processo decisório, no intento de reduzir o déficit democrático da regulação administrativa. Vê-se, pois, que o viés democrático é impingido às instituições públicas na medida em que nelas se abrem espaços destinados à manifestação do indivíduo, no exercício do direito de sua cidadania.

16. É de se concluir, portanto, pela real necessidade de submissão da proposta em tela ao procedimento de consulta pública, arrolado pelo art. 45 do Regimento Interno da Agência, *in verbis*:

1 ARANHA, Márcio Iório. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Brasília: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas – CEPPAC, 2005. p. 199.

2 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado*.

3 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104.

RI-Anatel

Art. 45. A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo a comentários e sugestões do público em geral, bem como documento ou assunto de interesse relevante.

§ 1º A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a dez dias, devendo as contribuições ser apresentadas conforme dispuser o respectivo ato.

§ 2º Os comentários e as sugestões encaminhados e devidamente justificados deverão ser consolidados em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, contendo as razões para sua adoção ou não, ficando o documento arquivado na Biblioteca da Agência, à disposição do público interessado.

17. Convém ainda registrar que, revestindo-se a matéria em debate de relevância setorial evidente, sugere-se ao Conselho Diretor que avalie a necessidade de submissão da presente proposição à Consulta Pública por prazo superior ao mínimo exigido.

18. Ademais, afigura-se oportuno que se proceda à publicação, no sítio eletrônico da Agência na Internet, dos autos, de toda a documentação pertinente à norma em tela e dos eventuais estudos que embasaram a elaboração da minuta e seus anexos, em atenção ao disposto no art. 40 da LGT e em consonância com a noção de transparência e publicidade que deve pautar a atuação da Agência, e que se refletirá em uma participação mais ampla e consciente da sociedade.

19. Ante todo o exposto, pelos fundamentos acima, opina-se pelo encaminhamento da proposta de regulamento em liça ao Conselho Diretor para posterior submissão a Consulta Pública.

II.(B) DO MÉRITO DA PROPOSTA DE REGULAMENTO PARA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA ANATEL

II.(b).(i) Considerações sobre o Termo de Ajustamento de Conduta

20. A Anatel tem em seu leque de competências o dever de adoção das medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, conforme dispõe o *caput* do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472, de 1997).

21. Assim, a Agência, ao constatar infração a dispositivos normativos por parte das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, tem obrigação de apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis, utilizando-se de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO).

22. Entretanto, a experiência da Agência, em sua atuação sancionadora, tem mostrado que nem sempre a aplicação de penalidades é a melhor forma de o interesse público ser atingido. Na verdade, em algumas situações, ele poderia ser alcançado em sua plenitude com a adoção de outras medidas, e sem que as empresas infratoras passassem impunes pelas práticas contrárias à legislação de telecomunicações.

23. Nesse sentido é que o art. 5º do novo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, explicitou a possibilidade de a Anatel celebrar com os infratores compromisso de ajustamento de conduta, segundo dispõe seu art. 5º, *verbis*:

Resolução nº 589/2012

Art. 5º. **A Anatel poderá, a seu critério** e na órbita de suas competências legais, **com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar**, com os infratores, **compromisso de ajustamento de conduta** às exigências legais. (Grifo nosso).

24. O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC tem previsão na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985), e permite aos órgãos públicos legitimados tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que terá eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º). Entre seus legitimados constam as autarquias, possibilitando-se, assim, à Anatel, agência reguladora, com natureza jurídica de autarquia em regime especial, a celebração de TAC com empresas infratoras.

25. Confira-se o que dispõe o art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985, *verbis*:

LACP

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

26. A fim de melhor entendermos essa possibilidade de celebração de TAC pela Agência, relembremos parte da explanação feita por esta Procuradoria no Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/LFF/MGN/PFS/PGF/PFE-Anatel, ao realizar exame jurídico do atual Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, na fase prévia à sua edição, *verbis*:

Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/MGN/PFS/PGF/PFE-Anatel

235. O novo ideário de atuação administrativa, fundada na solução negociada, constitui-se em um dos mais recentes paradigmas da moderna gestão administrativa⁴. Nesse contexto, ingressa a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta como o seu maior expoente, inspirado na necessidade de medidas alternativas instrumentais (processuais e extraprocessuais) aptas a conferir uma tutela adequada às transgressões perpetradas aos direitos transindividuais, já que o modelo vigente, concebido como instrumento de proteção a lesões a direitos individuais, subjetivos e divisíveis, muitas vezes não comportava uma reparação efetiva em todos os casos.

236. É nesse sentido que o Termo de Ajustamento de Conduta, em complemento às demais medidas de política sancionatória, amolda-se às aspirações da Agência em se utilizar de instrumento idôneo e eficaz, que tutele de forma efetiva os bens jurídicos confiados à sua guarda, possibilitando a fixação de obrigações de caráter inibitório/preventivo, evitando danos efetivos e futuros à coletividade de usuários abstratamente considerada. Abrem-se, portanto, novas alternativas ao uso exclusivo de processos sancionadores como mecanismos de controle das condutas dos agentes regulados, passando-se a também ser empregada solução pela via do consenso, conformado pelo modelo de soft regulation.

237. No sentido das explicações desenvolvidas, Odete Medauar⁵ destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea: A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público;

4 A transformação na forma de atuação do Poder Público de aplicação do Direito Administrativo clássico para formas consensuais de atuação pode ser evidenciada nas diversas previsões legais existentes estabelecendo a competência dos órgãos e entidades administrativas para a realização de acordos administrativos, a exemplo: (i) o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no § 6º do art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85 (Ação Civil Pública); (ii) o compromisso de cessação de prática sob investigação, nos processos em trâmite na órbita do CADE (art. 53 da Lei Federal nº 8.884/94), e (iii) o contrato de gestão, previsto no § 8º do art. 37 da Constituição de 1988 (preceito inserido com a EC nº 19/98), dentre outras menções legislativas.

5 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. (...) Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

238. No mesmo sentido, dignas de nota são as ponderações de Fernando Vernalha Guimarães⁶ ao comentar a atuação concertada da administração pública no âmbito regulatório, a saber:

O modelo de atuação administrativa marcado pelo viés autoritário e pela unilateralidade abre vez às formas concertadas de ação, então consideradas mais adequadas ao ambiente de parcerias que se apresenta tanto na prestação de serviços públicos por particulares quanto no próprio campo regulatório.

239. A mudança de paradigma na forma de atuação da Administração Pública decorre ainda do fato de que a adoção de formas negociadas, a permitir a participação do administrado ou do infrator na identificação da melhor solução ao caso concreto, preordena-se a garantir uma maior efetividade às relações jurídico-administrativas, uma vez que decisões formadas por consenso tendem a ser menos desrespeitadas do que decisões impostas unilateralmente, visto que, psicologicamente, a predisposição ao cumprimento da decisão daquele que é partícipe da sua construção é sempre superior àquele que é, simplesmente, posto na condição de investigado, acusado ou julgado.

240. É no passo dessa nova tendência de gestão administrativa, portanto, que a Agência inspirou-se a fazer a inserção de dispositivo no Regulamento de Sanções Administrativas, que dispusesse acerca dos Termos de Compromisso e Ajustamento de Conduta no âmbito da Anatel.

241. De fato, a inclusão do comentado dispositivo foi proposta pela área técnica no Informe nº 05/2008-SUE, de 14/08/2008, tendo sido objeto de análise por esta Procuradoria no Parecer nº 876/2009/PGF/PFE-Anatel, exarado antes da submissão da proposta à Consulta Pública nº 22/2010. O dispositivo objeto de exame por esta Especializada continha, à época, a seguinte redação:

Art. 5º - A Anatel poderá, na órbita de suas competências de defesa dos interesses e direitos do consumidor, celebrar compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terão eficácia de título executivo extrajudicial.

6 GUILMARÃES, Fernando Vernalha. Procedimento e função regulatória de serviços públicos no Estado Pós-Social. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano nº. 3, nº. 14, out./dez. 2003.

242. Na oportunidade, este Órgão Jurídico se manifestou, preliminarmente, pela possibilidade jurídica de a Agência tomar compromissos dos interessados, no âmbito de suas competências legais, diante do permissivo contido no art. 5º, inciso IV, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁷, que disciplina a Ação Civil Pública, e que inclui a Anatel como legitimada.

243. No mesmo opinativo, registrou-se ainda que seria prudente que a Anatel elaborasse regulamento próprio para disciplinar a aplicação dos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta no âmbito de sua competência, afastando eventuais divergências e dificuldades hermenêuticas a respeito da aplicabilidade do instituto e, por conseguinte, tornando a utilização deste instrumento mais eficaz.

244. Ocorre que, diante dessas premissas (i) possibilidade jurídica da celebração de TACs, independentemente da inserção do art. 5º, bem como (ii) relevância de ser editado regulamento específico a respeito da matéria, verifica-se que a previsão no art. 5º do Regulamento de Sanções, na prática, em nada acrescenta à efetiva previsão já existente na LACP. Não obstante, a sua inserção expressa acaba sendo uma forma de incorporar o instituto já existente no ordenamento jurídico à realidade mais próxima da Agência.

27. Veja-se que a celebração de compromisso de ajustamento de conduta não objetiva deixar impunes as empresas pelas condutas transgressoras da legislação de telecomunicações, mas buscar a melhor forma de o interesse público ser atingido. O TAC não é uma medida de punição, mas de incentivo à prática de um comportamento concreto desejado pelo interesse público.

28. Segundo Ricardo Villas Bôas Cueva, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o TAC não visa tolerar o ilícito, mas *“proporcionar o máximo de eficiência na solução de problemas, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da flexibilidade negocial com o rigor da coercitividade estatal”*⁸.

29. Porém, para que o TAC tenha efetividade e o interesse público seja atingido em escala superior ao que seria em processo administrativo sancionador, as penalidades para o seu descumprimento também devem ser de rigor tal que desestimule o inadimplemento das obrigações constantes do termo de compromisso.

7 Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...]

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; [...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (grifos nossos).

8 CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 282.

30. Não fosse assim, o infrator poderia utilizar o TAC como subterfúgio para se eximir da aplicação de penalidades no âmbito de um processo sancionador. Nessa mesma linha de entendimento, são os ensinamentos de Ricardo Villas Bôas Cueva:

Tendo em vista o interesse público, o cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta deve ser assegurado por medidas coercitivas. Assim, ressalta Octavio Orzani, a cláusula penal seria indispensável, 'não só porque o parágrafo 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública dispõe que o órgão público tomará o compromisso 'mediante cominações', mas também porque tal cláusula acessória tem a finalidade precípua de assegurar o cumprimento da obrigação principal, numa tentativa de promover uma mais direta proteção aos interesses coletivos *lato sensu*, considerando a primazia do oferecimento de uma tutela específica⁹.

31. O Termo de Ajustamento de Conduta tem como objetivo incentivar as empresas a cessar voluntariamente a prática de infrações às normas que regulam o setor de telecomunicações, de forma a minimizar os danos causados aos usuários e, ao mesmo tempo, favorecer a construção de infraestrutura de telecomunicações com vistas a dar suporte ao avanço tecnológico nesse setor. Esse último aspecto será observado a partir das obrigações de investimento em infraestrutura a serem assumidas pela empresa celebrante do TAC, sobretudo naquelas localidades que indiquem a não atratividade econômica.

32. Por outro lado, o TAC se caracteriza, também, como forma de solução de conflitos, destacando-se que a sua celebração acarretará, a critério dos interessados, a suspensão ou o arquivamento dos correspondentes processos administrativos sancionadores em curso. *In casu*, a proposta optou pelo arquivamento, de modo a simplificar o compromisso e, de certa forma, evitar discussões sobre suspensão da prescrição da pretensão punitiva, o que encontra amparo jurídico.

33. Cabe esclarecer que a celebração de TAC encontra-se inserta no âmbito do poder discricionário da Administração, em que serão verificadas a conveniência e a oportunidade de se firmar essa modalidade de acordo tendo em vista o interesse público envolvido no caso concreto, principalmente pelo fato de o Termo em análise acarretar o arquivamento dos processos administrativos sancionatórios correspondentes.

9 Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 284.

34. Assim, caberá ao administrador ponderar os benefícios que adviria ao interesse público com a condenação da empresa com sanção de multa, e aqueles esperados com o adimplemento das obrigações constantes de eventual TAC a ser firmado.

35. Nessa seara, tendo em vista que a Agência, com a celebração do TAC, estará abrindo mão de possíveis créditos decorrentes do pagamento de multas em valores de grande monta, as obrigações a serem cumpridas pela prestadora compromissária devem ser de tal importância que sua celebração compense ao interesse público, e que não configure uma via indireta, e indevida, de a Administração conceder “perdão” à infratora.

36. Ademais, se, por um lado, para a prestadora é bem interessante e vantajosa a celebração de acordo, visto que durante o curso do compromisso ajustado não haverá mais trâmite de processo sancionador contra ela no que diz respeito ao objeto do TAC, ao menos à luz das obrigações regulatórias ordinárias, o seu descumprimento, em contrapartida, deve ser penalizado com bastante severidade, talvez até mais do que seria dentro de um processo sancionador.

37. Assim, para que o TAC seja válido a extinguir o processo sancionador em curso, deverá, necessariamente, além de abarcar as condutas ilegais da prestadora (violação às leis, regulamentos e contrato de concessão), estabelecer sempre um *plus* obrigacional em relação aos deveres que ordinariamente lhe são impostos. Assim, além do compromisso de passar a cumprir aquilo que já lhe era imposto, à empresa cabe assumir novas obrigações alheias ao arcabouço regulatório vigente, mas com ele relacionadas, visando ao desenvolvimento do setor de telecomunicações e à proteção dos usuários.

38. Esse *plus* ou acréscimo obrigacional deve vir seguido de consequências jurídicas para o caso de inadimplemento, que podem consistir, em alguns casos, simplesmente, na fixação de multa cominatória (*astreintes*) a incidir como fator de coerção na vontade do administrado para o cumprimento do acordado no tempo, modo e forma devidos. Em outros casos, poder-se-á fixar, além da multa diária, outras espécies de multa, , vislumbrando sempre a melhor forma de satisfação do interesse público.

39. Não é outro o posicionamento da doutrina especializada ilustrada no excerto abaixo transcrito da lavra de Fernando Grella Vieira¹⁰:

Em razão da natureza indisponível dos interesses difusos ou coletivos e mesmo da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a liberdade de estipulação fica restrita ao modo, tempo, lugar e condições de cumprimento das obrigações pelo autor do dano, devendo o ajustamento às 'exigências legais' (obrigações) traduzir integral satisfação da ofensa [...] **sendo indispensável a existência de procedimento [...] contendo o completo esclarecimento do fato e a adequação e suficiência das obrigações para a efetiva reparação.**

40. Além disso, insta salientar a importância de desestimular condutas de má-fé pelas prestadoras de serviços de telecomunicações. Por isso, no caso de condenação da prestadora por comportamentos de má-fé, definidos no art. 7º do RASA, ainda que em decisão de primeira instância, é salutar que a Administração não deva celebrar TAC com ela.

41. Vale lembrar que o Conselho Diretor da Anatel recentemente aprovou o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, que ratificou a política sancionatória adotada atualmente pela Agência, e teve por intuito aprimorar os parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas estabelecidas no regulamento anterior, bem como de fortalecimento do papel regulador do Estado, mediante a criação de incentivos à regularização de infrações e à reparação aos usuários, bem como de desestímulos à litigância administrativa e judicial, em atenção aos princípios da eficiência, celeridade e economia processual. Assim, na análise da conveniência e oportunidade da celebração de TAC, os fundamentos para edição do RASA não podem ser afastados.

42. Por fim, é de se destacar a importância de a Agência editar regulamento próprio a fim de tecer nuances características da atividade regulada, não previstas na legislação de regência que, por ser um tanto genérica, não dispõe sobre procedimentos típicos da Agência. Somando-se a isso, diversas questões necessitam ter fundamento em

10 VIEIRA, Fernando Grella. "A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta". In: MILARÉ, Édís. (coord.). *Ação civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 281.

normatização prévia, a fim de evitar casuísmos e tratamento desigual dos administrados, e de permitir a concretização do princípio da segurança jurídica sobre o setor regulado. Entende-se que a presente proposta esteja também justificada tendo em vista tal preocupação.

II.(b).(ii) Da Análise da Proposta de Regulamento para Celebração de TAC no Âmbito da Anatel

II.(b).(ii).(1) Do Artigo 4º (Requerimento Para Celebração Do Tac)

43. O art. 4º da minuta do Regulamento de Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta aduz o seguinte:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 4º O TAC poderá ser proposto a requerimento da prestadora de serviços de telecomunicações, durante o curso do processo até o final do prazo recursal da decisão de primeira instância.

§1º O requerimento para celebração de TAC deverá ser apresentado em petição específica, a qual contemplará todas as condições mínimas previstas neste Regulamento e receberá autuação própria.

§ 2º O requerimento para celebração de TAC importa manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória e interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do inciso IV do artigo 2º da Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999.

44. Com relação ao artigo em epígrafe, importante destacar que, ao prever a admissibilidade de requerimento de celebração de TAC até o final do prazo recursal da decisão de primeira instância, pretende a Agência evitar que o procedimento consensual sirva como expediente protelatório ou como via alternativa para se evitar o pagamento de multa.

45. Ademais, é de interesse da Administração que o TAC seja celebrado ainda na fase inicial do processo administrativo, quando ainda não transcorreu longo período entre a infração e a fiscalização e não houve maiores dispêndios de tempo e de recursos da Agência na condução do processo sancionador correspondente. Em resumo, o intuito é que a prestadora se disponha a celebrar o TAC o mais prontamente possível, para um atendimento mais eficiente e célere do interesse público, inclusive para que a irregularidade seja logo corrigida.

46. Nesse contexto, cumpre salientar também que se entende necessário deixar consignada no Regulamento a vedação expressa ao requerimento

de TAC cujo objeto seja outro TAC. A ideia é garantir o seu cumprimento tal como ajustado no termo, sendo vedado um novo ajuste consensual decorrente de TAC previamente celebrado.

47. Como visto neste opinativo, o termo de ajustamento de conduta já é um meio consensual de cumprimento de obrigações pela prestadora. O interesse público, portanto, somente será atendido com o efetivo cumprimento do TAC. Desta feita, não é razoável admitir-se uma nova conciliação, quando se pretende o efetivo cumprimento das metas previstas no termo.

48. Em sendo assim, esta Procuradoria sugere a alteração da redação do art. 4º, para que seja incluída a expressa vedação nos seguintes moldes:

Redação proposta pela PFE:

§ 3º Em nenhuma hipótese será admitido o requerimento de TAC cujo objeto seja outro TAC.

49. Ainda acerca do requerimento, o art. 5º da proposição sob exame dispõe:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 5º O requerimento será apresentado à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, no prazo de 90 (noventa) dias indicando as condições para a formalização do TAC ou as razões para sua denegação.

Parágrafo único. O requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes.

50. Depreende-se do artigo supra que o requerimento por si só não garante à prestadora a celebração do TAC, cabendo à Superintendência competente a análise técnica sobre o pedido. Além disso, conforme o art. 11 da minuta, compete ao Conselho Diretor da Anatel decidir acerca da celebração do TAC. Deve-se ter em mente, portanto, que a empresa requerente não tem a garantia da celebração do TAC, ao apresentar o requerimento. Em outras palavras, o requerimento para celebração de TAC, apresentado pela prestadora interessada, não lhe confere direito subjetivo à realização do acordo, que, como dito alhures, depende do juízo discricionário da Agência.

51. Em sendo assim, diante de uma decisão de primeira instância condenatória, caso seja de seu interesse, entende este órgão de consultoria que deverá a empresa, concomitantemente à apresentação do requerimento, interpor o recurso cabível, como forma de assegurar a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo que, como visto no parágrafo

único do art. 5º, seguirá o seu trâmite regularmente. A não interposição do recurso tem o condão de fazer transitar em julgado o processo e, conseqüentemente, impedir a celebração do TAC. Do contrário, ter-se-ia que admitir que um mero requerimento administrativo impediria o trânsito em julgado administrativo, o que não faz sentido.

52. Por oportuno, cumpre destacar que no Informe nº 22/SPB-SPV-SUN-SCM-SRF-SUE de fls. 4/9, a área técnica manifestou-se em sentido diverso, nos seguintes termos:

Informe nº 22/SPB-SPV-SUN-SCM-SRF-SUE

5.20. Em atenção às considerações da Procuradoria da Anatel, o grupo de trabalho considerou adequado que o TAC contemple apenas processos ainda em trâmite em primeira instância. Entende-se que o TAC não deve servir a expedientes protelatórios, como última tentativa para não pagar a sanção de multa, assim, ainda em primeira instância abre-se a oportunidade para o agente regulado requerer a celebração do TAC ou recorrer; caso decida por exercer o direito de recorrer, não será mais possível a celebração do TAC.

53. O entendimento da área técnica, como visto, é no sentido de que caso a empresa opte por apresentar o requerimento para a celebração do TAC, estará impedida de recorrer, ou seja, o requerimento e o recurso seriam opções excludentes.

54. Ocorre que, diferentemente do exposto no Informe, esta Procuradoria Especializada entende que não há óbice legal para que a empresa interponha, concomitantemente ao requerimento, o recurso à decisão de primeira instância. Na verdade, entende-se que seja essa solução mais adequada ao caso, já que o simples requerimento para a celebração do TAC não confere à interessada direito subjetivo à realização do acordo. Explica-se.

55. Conforme o disposto no parágrafo único do art. 5º da minuta, o requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes. Deste modo, a prevalecer o entendimento de que a empresa deverá optar entre o recurso ou o requerimento, ela ficará prejudicada na hipótese de denegação do pedido para celebração do TAC, uma vez que estaria impedida de recorrer da decisão condenatória.

56. Ora, se o parágrafo único do art. 5º estabelece o trâmite regular do processo em caso de apresentação de requerimento para a celebração do

TAC, é incoerente dizer que a empresa estaria impedida de recorrer. Se o processo administrativo irá seguir o seu curso normalmente, é natural que se admita a interposição do recurso administrativo. Não se vislumbra, portanto, nenhum óbice legal à interposição do recurso administrativo, ainda que a empresa apresente o requerimento para celebração do TAC.

57. Cumpre trazer à colação a manifestação da área técnica acerca da tramitação dos processos administrativos, em caso de apresentação de requerimento para celebração de TAC:

Informe nº 22/SPB-SPV-SUN-SCM-SRF-SUE

5.22. Cumpre destacar ainda que, nos termos do §4, art. 4º da proposta, o requerimento para celebração de TAC importa manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória, interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva e não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes. Assim, inibindo a utilização do requerimento para provocar a extinção da punibilidade ou o tumulto processual.

58. Observa-se, deste modo, uma incoerência nesse entendimento, ao prever, em caso de proposta de requerimento, a regular tramitação do processo e, simultaneamente, a impossibilidade de interposição de recurso em face de decisão condenatória de primeira instância. Se o requerimento não prejudica o regular trâmite do feito, impende que se admita, concomitantemente, a interposição do recurso administrativo.

II.(B).(II).(2) DO ARTIGO 5º (PRAZO PARA CELEBRAÇÃO DO TAC).

59. Assim dispõe o art. 5º da proposta de regulamento:

Proposta de Regulamento de TAC:

Art. 5º O requerimento será apresentado à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, no prazo de 90 (noventa) dias, indicando as condições para a formalização do TAC ou as razões para sua denegação.

Parágrafo único. O requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes.

60. Conforme visto no item anterior deste Parecer, a empresa interessada terá que observar o prazo estabelecido no art. 4º, para apresentar a proposta de requerimento de TAC. No entanto, com relação a sua celebração, não

há previsão de um prazo específico, uma vez que o art. 5º da proposta de regulamento se limita a estipular um prazo de 90 (noventa) dias, para a Superintendência proceder à análise técnica do pedido.

61. Ocorre que, em seguida à análise da Superintendência, caberá ao Conselho Diretor resolver e decidir se se celebrará o TAC ou não. Como se pode observar, portanto, não há previsão de prazo para a celebração do TAC, havendo apenas o prazo de 90 (noventa) dias para a análise técnica da Superintendência.

62. Nesse contexto, entende-se razoável a alteração da redação do artigo supra, para que fique consignado não mais um prazo específico para a Superintendência competente, mas, sim, um prazo geral determinado para a Anatel celebrar o TAC, podendo prorrogá-lo uma única vez, contados da data do protocolo do pedido de requerimento apresentado pela empresa interessada. Sugere-se, então, o prazo de 3 (três) meses, prorrogável uma única vez. A intenção da nova redação é garantir maior celeridade no processo de análise administrativa da proposta de TAC, evitando-se com isso uma longa demora que poderá levar à perda do seu objeto.

63. A redação original do art. 5º previa um prazo de 90 (noventa) dias direcionado à Superintendência, competente em proceder à análise técnica do requerimento. O que se propõe na nova redação, é a estipulação de prazo para a celebração do TAC, a ser administrado pela Anatel da forma que achar mais conveniente. Ou seja, não se trata mais de um prazo específico para a Superintendência, podendo a Anatel geri-lo de acordo com a sua conveniência.

64. Com efeito, impende lembrar que, em paralelo à análise da proposta de requerimento do TAC, estará transcorrendo, regularmente, o processo administrativo, até que se resolva acerca da celebração. Em sendo assim, quanto maior a demora na celebração do TAC, mais avançado estará o estágio do processo administrativo, podendo inclusive alcançar decisão final e o trânsito em julgado, o que inviabilizaria, em decorrência, a celebração do TAC.

65. Pelas razões expostas, propõe-se a seguinte redação para o art. 5º:

Redação proposta pela PFE:

Art. 5º O requerimento será apresentado à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, indicando as condições para a formalização do TAC ou as razões para sua denegação.

§1º O requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes.

§2º A celebração do TAC deverá ocorrer no prazo máximo de 3 (três) meses, prorrogável uma única vez, contado da data do protocolo do requerimento.

66. Cumpre salientar, por fim, a possibilidade de prorrogação do referido prazo, uma única vez. Desse modo, decorrido o prazo de 3 (três) meses, prorrogável uma única vez, caso a Agência não tenha resolvido celebrar o TAC, este restará prejudicado.

II.(B).(II).(3) DO ARTIGO 6º (CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS).

67. O art. 6º da proposta de regulamento dispõe sobre as cláusulas obrigatórias do Termo de Ajustamento de Conduta a ser celebrado no âmbito da Agência. São cláusulas imprescindíveis e que têm o objetivo de dispor de forma clara sobre as condições de cumprimento do acordo.

68. Algumas sugestões, entretanto, merecem ser feitas.

69. Primeiramente, apenas um pequeno erro de concordância deve ser corrigido no inciso I. Onde se lê: “segundo cronograma de metas e condições ajustados em Plano de Ação Corretiva...”, leia-se: “segundo cronograma de metas e condições ajustadas em Plano de Ação Corretiva...”.

70. Em sequência, sugere-se a modificação da previsão disposta no art. 6º, inc. II, da proposta de Regulamento, que assim prescreve, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

II – compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais em valor correspondente a, pelo menos, 75% (setenta e cinco por cento) do valor total da multa estimada e 65% (sessenta e cinco por cento) do valor total das multas aplicadas, nos processos substituídos pelo TAC, segundo cronograma de metas e condições ajustados em Plano de Ação Adicional;

71. A proposta de regulamento do TAC concede um fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da multa aplicada, ou que seria aplicada (estimada), à concessionária, permissionária e autorizada de serviços de telecomunicações que celebrar TAC com a Anatel.

72. Em uma primeira leitura, poder-se-ia vislumbrar uma diferença de 10% (dez por cento) no desconto concedido à empresa celebrante do TAC a depender se esse fosse firmado antes (multa estimada) ou depois (multa aplicada) da primeira decisão condenatória.

73. Entretanto, conjugando-se o dispositivo com o art. 12¹¹ da proposta regulamentar, conclui-se que, se o TAC for celebrado antes da decisão de primeira instância, a empresa fará o compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais em valor correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor da multa estimada. Por outro lado, se o Termo for celebrado após a primeira decisão condenatória, o referido compromisso será de 65% (sessenta e cinco por cento) da multa aplicada, mas deverá haver, também, o pagamento mínimo de 10% (dez por cento) do valor total da multa que tiver sido aplicada, nos termos do já citado art. 12. Ou seja, na prática, o fator de redução será também de 25% (vinte e cinco por cento).

74. Porém, deve haver estímulo às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações para celebrar TAC com a Agência antes de uma primeira decisão condenatória no âmbito de um processo sancionador. Elas devem considerar mais vantajoso economicamente que o Termo seja celebrado antes da decisão de primeira instância. Por isso, o fator de redução deve ser maior se a celebração ocorrer antes dessa decisão.

75. Da forma como está previsto, a empresa que tenha processo sancionador contra ela instaurado poderia considerar mais interessante esperar pela decisão da Agência, que pode ser absolutória, ou condenatória, mas com o valor da multa aplicada em montante inferior ao que se presumia. Assim, se for exigido o pagamento de multa para a celebração do TAC antes da primeira decisão condenatória em valor inferior ao que seria ordenado após a sua assinatura, ainda que o valor fosse baseado em uma mera estimativa, ou, como no caso pretendido pela área técnica, não houver exigência de pagamento, a prestadora será incentivada a não protelar sua conduta esperando pela atuação da Agência.

76. Portanto, incentivar a celebração de TAC antes da primeira decisão condenatória estará de acordo com o princípio da eficiência administrativa, evitando-se atos desnecessários da Agência e impedindo-se o prolongamento desnecessário do trâmite do processo sancionador. É até uma forma de privilegiar a boa-fé na solução do conflito, bem como possibilitar uma resposta mais célere e eficaz para a violação ao direito. Tal medida visa, sobretudo, evitar que as empresas esperem o resultado final do processo administrativo e a respectiva quantificação da multa aplicada, para, só então, analisar a conveniência e a vantagem de celebração do termo.

11 [Proposta de Regulamento de TAC]: Art. 12 É condição para a celebração do TAC o pagamento mínimo de 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada após a prolação da primeira decisão condenatória.

77. Desse modo, sugere-se que o compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais seja sempre equivalente a um mesmo percentual fixo da multa, independente de ser aplicada ou estimada, com a distinção de que, no caso de já existir multa aplicada, deverá haver o pagamento de 10% (dez por cento) do seu valor, ou outro percentual considerado mais adequado pela área técnica. O recomendável, de fato, é que, tanto para multas aplicadas quanto para as estimadas, o referido percentual fixo corresponda a 75% (setenta e cinco por cento), o que se coaduna com o desconto de 25% previsto no Regulamento de Sanções, alinhando-se, assim, as políticas sancionatórias.

78. Acerca desse mesmo inciso, outro aspecto merece ser discutido: a discricionariedade permitida na fixação do percentual da multa a ser aplicado na realização de benefícios e investimentos. Consta da redação a expressão “pelo menos” relativa ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento) do valor total da multa estimada e 65% (sessenta e cinco por cento) do valor total das multas aplicadas.

79. Quanto ao percentual, já se falou anteriormente e foi sugerido a fixação de um percentual certo e idêntico para as duas situações existentes, multa estimada ou aplicada.

80. No entanto, por se tratar o regulamento de um ato normativo, é importante que os parâmetros sejam estabelecidos objetivamente, tanto para a Administração como para os administrados.

81. Não é aconselhável deixar esse espaço de discricionariedade para o administrador, a fim de conferir tratamento igualitário a todos os administrados e evitar casuísmos.

82. Visto pelo lado do administrado, se houver a fixação de parâmetros objetivos, haverá segurança jurídica sobre a atuação da Agência no procedimento adotado para a celebração de TAC. Evitam-se, além disso, eventuais discussões quanto ao percentual fixado pela Agência nos casos concretos, consistindo em possível catalisador de tumulto processual.

83. Ante o exposto, sugere-se a seguinte redação para o inciso II do art. 6º:

Redação proposta pela PFE

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

II – compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais em valor correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor

total das multas estimadas ou aplicadas nos processos substituídos pelo TAC, segundo cronograma de metas e condições ajustadas em Plano de Ação Adicional;

84. O inciso V dispõe que o TAC deverá conter cláusula que preveja multa pelo descumprimento das obrigações previstas no TAC, inclusive multa diária. A respeito da multa, convém registrar que o tema será desenvolvido mais adiante em tópico próprio. Contudo, para manter coerência com a redação sugerida adiante aos arts. 20 e 21 do Regulamento, que versa sobre as multas aplicáveis no âmbito do TAC, propõe-se que o inciso em comento contenha a seguinte redação:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º. O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

V – multa pelo descumprimento das obrigações previstas no TAC, inclusive multa diária, com as disposições constantes dos arts. 20 e 21 deste regulamento;

85. Outra modificação importante deve ser feita ao inciso VII, apenas para esclarecer que o prazo de vigência do TAC é improrrogável. Essa mudança é importante para que a empresa celebrante do Termo tenha ciência de que os prazos previstos em suas cláusulas devem ser rigorosamente cumpridos, sob pena de certificação de descumprimento do TAC, declarada pelo Conselho Diretor da Agência, e de aplicação de multas, nos termos do regulamento.

86. Assim, recomenda-se o seguinte texto para o inc. VII do art. 6º:

Redação proposta pela PFE

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

VII – vigência, cujo prazo será improrrogável e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos;

87. Por fim, o texto do § 2º do art. 6º deve ser corrigido para constar:

Redação proposta pela PFE

§2º. O valor total do TAC corresponderá à soma dos valores indicados nos incisos I e II do *caput*, devendo ser reconhecido de imediato como passivo, em contrapartida à conta de resultado, e ser registrado no Ativo Imobilizado da prestadora, não podendo ser inferior:

II.(B).(II).(4) DOS ARTIGOS 7^a A 10 (PLANO DE AÇÃO CORRETIVA E PLANO DE AÇÃO ADICIONAL)

88. A celebração do TAC, como se sabe, representará a substituição da sanção de multa decorrente de Pado por outras contraprestações e obrigações alternativas. Em última análise, a Agência busca, com a sua celebração, a correção da irregularidade perpetrada pela prestadora, bem como que sejam implementadas medidas que venham a impedir novas infrações.

89. A proposta de Regulamento prevê, nos artigos 7º a 10, a elaboração de Planos de Ação Corretiva e Adicional, que estipulam diversas obrigações de investimento, de reparação e de correção à prestadora infratora.

90. No Plano de Ação Corretiva, deverá a prestadora discriminar todas as ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza daquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC. Deste modo, objetiva-se o ajuste da conduta da prestadora à regulamentação, sendo que, para tanto, deverá ela se comprometer a investir em infraestrutura, a reparar os usuários e a cumprir as obrigações regulatórias, sempre sob pena de aplicação de multas específicas, inclusive diária. Esse Plano consiste, portanto, na realização dos investimentos que já deveriam ter sido anteriormente implementados pela empresa compromissária, e sem os quais ela não logrou cumprir a regulamentação vigente.

91. Além do Plano de Ação Corretiva, a prestadora também deverá se comprometer a cumprir um Plano de Ação Adicional, que irá prever obrigações de investimentos e de oferta de benefícios aos usuários.

92. O Plano de Ação Adicional diferencia-se do Plano de Ação Corretiva, uma vez que se caracteriza por prever obrigações, de infraestrutura e de benefícios aos usuários, que extrapolam o necessário à correção da infração. A intenção da Agência com o Plano Adicional, portanto, é obrigar a prestadora a investir para a melhoria do serviço de telecomunicações, criando ou ampliando a infraestrutura, utilizando-se, para tanto, de parte do valor da multa estimada ou aplicada. Busca-se fomentar a competição entre as prestadoras, bem como o atingimento de metas mais ambiciosas do que as previstas na regulamentação. Em resumo, o Plano de Ação Adicional serve para que a prestadora invista em infraestrutura de modo a ultrapassar o mínimo necessário exigido na regulamentação. Além disso, também se possibilita a concessão de benefícios aos usuários não previstos na regulamentação, destinatários finais de toda a cadeia do setor. A ideia do

referido Plano é, justamente, evitar que o TAC se preste apenas à correção da conduta irregular, uma vez que a prestadora, a teor da regulamentação do setor, já deve atuar para o saneamento da irregularidade, inclusive realizando os investimentos necessários, independentemente de atuação da Anatel, evitando que a prática do ilícito compense para a infratora.

93. Nessa linha, reforça-se a necessidade dessa separação entre as obrigações corretivas e as adicionais, de modo a deixar claro para os administrados e para a própria Anatel, e inclusive para os órgãos de controle externos, quais valores representam o necessário para simplesmente adequar a conduta irregular e quais se referem ao valor da multa que seria aplicada ao final do processo sancionador e que, após a arrecadação, ingressariam nos cofres públicos.

94. Por oportuno, há de se salientar que os benefícios diretos aos usuários, previstos no inciso II do art. 8º, deverão ocorrer na forma de redução, desconto ou créditos em tarifas ou preços.

95. Em relação ao art. 8º da minuta do Regulamento, propõe-se a alteração de seu § 2º, para especificar as obrigações constantes no Plano de Ação Adicional e para prever expressamente a aplicação de multa diária em caso de descumprimento.

96. A respeito da multa diária, cumpre esclarecer que esta se encontra regulada detalhadamente no art. 21 da proposição em análise. No entanto, ainda assim, entende-se necessária a sua previsão expressa para cada obrigação imposta, afastando, deste modo, qualquer dúvida acerca da sua exigibilidade.

97. Nessa esteira, sugere-se nova redação para o art. 8º, nos seguintes termos:

Redação Proposta pela PFE

Art. 8º O Plano de Ação Adicional deverá compreender, em conjunto ou isoladamente:

I – investimentos em infraestrutura.

II – benefícios diretos aos usuários;

§ 1º O Plano de Ação Adicional poderá ter como objeto, total ou parcial, outros serviços de telecomunicações não diretamente relacionados com as irregularidades constatadas.

§ 2º As obrigações constantes do Plano de Ação Adicional:

I – não podem se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas ao infrator pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados, nem à cessação da infração;

II – deverão ser organizadas segundo cronograma próprio e com estipulação de multa diária específica. (grifei).

II.(B).(II).(5). DO ARTIGO 7º, INCISO II (PRAZO PARA REPARAÇÃO AO USUÁRIO).

98. O inciso II do art. 7º estabelece que as medidas de reparação aos usuários, decorrentes das infrações cometidas, não devem exceder a 6 (seis) meses. Contudo, este órgão consultivo entende que o prazo previsto na minuta é excessivo, devendo se impor à prestadora a obrigação de efetuar a reparação ao usuário de forma mais célere.

99. Impende salientar que, no mercado consumerista de massa, a figura do consumidor é considerada a parte hipossuficiente da relação jurídica, de modo que os fornecedores, com seu poder econômico, muitas vezes prejudicam os direitos dos consumidores. Nesse sentido, a redução do prazo para a reparação do usuário revela uma atuação da Agência pautada na busca do equilíbrio na relação entre o consumidor e a prestadora de serviço.

100. Para ilustração do feito, é de bom alvitre destacar que a Anatel previu, no artigo 98 do Regulamento do STFC (aprovado pela Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005), que, no caso de cobrança indevida de valores pela prestadora, a reparação ao usuário deverá ser efetuada no documento de cobrança seguinte. Percebe-se, assim, que no Regulamento do STFC houve uma preocupação da Agência em proteger o interesse do usuário no caso de cobrança indevida, garantindo a reparação o mais prontamente possível.

101. Pelo exposto, esta Procuradoria entende que não parece razoável a previsão contida no inciso II do art. 7º, que concede o prazo de 6 (seis) meses, para que a prestadora venha a reparar o usuário prejudicado. Sugere-se que o referido prazo seja reduzido para, no máximo, 3 (três) meses, podendo a área técnica estabelecer um prazo ainda inferior, ficando assegurada assim, de forma mais célere e razoável, a reparação ao usuário.

II.(B).(II).(6) DO ARTIGO 7º (PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA E INCLUSÃO DO INCISO III)

102. Com relação ainda ao art. 7º, sugere-se a inclusão de mais um inciso, que preveja expressamente, dentro do Plano de Ação Corretiva,

o cumprimento das obrigações regulatórias, bem como a alteração dos incisos I e II, para conter a previsão expressa de multa diária. Deste modo, propõe-se a seguinte redação para o art. 7º (alterações em grifo):

Redação proposta pela PFE

Art. 7º O Plano de Ação Corretiva discriminará todas as ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC, dentre outras:

I – os investimentos, preferencialmente em infraestrutura, segundo cronograma de metas não excedente a 2 (dois) anos, com estipulação de multa diária específica;

II – as medidas de reparação aos usuários, decorrente das infrações cometidas, se for o caso, segundo cronograma de metas não excedente a 3 (três) meses, na forma da regulamentação da Anatel, com estipulação de multa diária específica;

III – o cumprimento das obrigações regulatórias, segundo cronograma de metas não excedente a 2 (dois) anos, com estipulação de multa diária específica.

103. Como se sabe, um dos objetivos do TAC é fazer que a prestadora cesse a conduta infracional e também impedir que ela volte a ser praticada. Ademais, a correção da irregularidade é pressuposto e condição para a certificação do cumprimento do TAC. Em sendo assim, entende-se necessária a previsão contida na proposta desta Especializada de inclusão de um inciso III, que especifica, dentre as obrigações do Plano de Ação Corretiva, o cumprimento das obrigações regulatórias, o que, inclusive, se alinha com a parte final do inciso I do art. 6º da proposta.

104. Com relação ao art. 7º, destacam-se também as alterações sugeridas nos incisos I e II, em que foi incluída a expressão “*com estipulação de multa diária*”. No mesmo sentido, portanto, da alteração constante no item anterior deste Parecer, no art. 8º, § 2º, II.

105. Nessa toada, cumpre repisar que a multa diária está expressamente prevista no artigo 21 da proposta do Regulamento. No entanto, para afastar qualquer dúvida de interpretação do ato normativo a ser editado que possa servir de óbice à Agência para aplicação da sanção de multa diária, melhor que se preveja expressamente a sua incidência no caso de descumprimento de cada obrigação específica contida nos art. 7º e 8º.

II.(B).(II).(7) DO ARTIGO 9º.

106. Confira-se a atual redação do dispositivo em comento, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 9º Os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional deverão ser revertidos em favor de infraestruturas de telecomunicações, de modo a atender **preferencialmente** às seguintes diretrizes:

I - reduzir as diferenças regionais;

II - modernizar as redes de telecomunicações e elevar os padrões de qualidade propiciados aos usuários;

III - massificar o acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.

107. Aqui, cabe destacar que este órgão de assessoramento e consultoria jurídica propõe outra redação a esse dispositivo, de sorte que este se harmonize com os objetivos do Plano Nacional de Banda Larga – PNBL, instituído pelo Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2012. Trata-se de uma diretriz legítima e de uma política pública orientadora da atuação da Anatel, do Ministério das Comunicações e, também, das prestadoras do setor. Nesse sentido, natural que a presente proposta se pautar pela previsão do referido Plano.

108. Assim, propõe-se a seguinte redação ao dispositivo em tela:

Redação Proposta pela PFE

Art. 9º Os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional deverão ser revertidos em favor de infraestruturas de telecomunicações **em localidades nas quais o custo de construção de redes, em comparação com a projeção de receita futura, indique a não atratividade econômica do empreendimento**, de modo a atender às seguintes diretrizes:

a) reduzir as diferenças regionais;

b) modernizar as redes de telecomunicações e elevar os padrões de qualidade propiciados aos usuários;

c) massificar o acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.

109. A presente sugestão se justifica, já que a redação atual permite que os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional sejam realizados em localidades escolhidas pela empresa infratora e onde ela provavelmente já os realizaria no curto prazo, por lhe ser vantajoso. Nesse passo, a redação sugerida pela PFE busca a utilização dos recursos financeiros

que seriam recolhidos aos cofres públicos, por meio do pagamento de multa, para a realização de política pública que resplandece interesse público evidente.

110. Ou seja, a Agência realizaria política pública por intermédio de uma prestadora de serviços de telecomunicações, que esta está buscando uma via (TAC) para não simplesmente pagar a multa que seria devida pelo descumprimento de obrigações regulatórias. Na visão desta Procuradoria, a redação proposta pelo corpo técnico pode fazer com que a prestadora apenas invista em áreas justificadas por seu interesse econômico imediato, o que afrontaria ao espírito do PNBL e do próprio interesse público.

111. A reforçar o entendimento geral de serem efetivadas políticas públicas valendo-se de multas aplicadas e, sobretudo, o entendimento específico de que os investimentos decorrentes de tais políticas públicas precisam ser direcionados para localidades de não atratividade econômica, de bom alvitre consignar o contido na Nota Técnica/MC/STE/DESUT/DEBL/Nº 20/2011, da lavra do Ministério das Comunicações, que analisou os Termos de Compromissos de adesão aos objetivos do PNBL:

55. É possível a previsão de diferentes sanções e cláusulas penais em instrumentos de natureza contratual. A opção feita pela minuta em análise é por estimular ao máximo o cumprimento das disposições do Termo. Assim, é salutar a previsão de multa diária como um mecanismo sancionador e, sobretudo, a possibilidade de ser revertida em favor de investimentos em infraestruturas de telecomunicações para conexão em banda larga em localidades não atrativas. Isso tende a garantir um retorno mais rápido e mais eficiente das sanções em prol dos cidadãos sem configurar enriquecimento decorrente da própria torpeza.

112. Assim, ao constar do texto do art. 9º que os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional deverão ser revertidos em favor de infraestruturas de telecomunicações em localidades nas quais o custo de construção de redes, em comparação com a projeção de receita futura, indicasse a não atratividade econômica do empreendimento, de modo a observar as diretrizes que relaciona em seus incisos Deixar-se-á de permitir, por exemplo, apenas para demonstrar a grande disparidade de acesso da população aos serviços de telecomunicações, que determinada empresa celebrante de TAC realize investimentos na construção de redes na Av. Paulista, em São Paulo, ao invés de investir em locais que não contenham atratividade econômica (como, por exemplo, no sertão nordestino, em localidades do Norte do

País ou mesmo nas periferias das grandes cidades), impedindo a difusão do serviço e a inclusão social por meio das telecomunicações. É que, sem a proposta desta Procuradoria, acaba tornando-se possível a realização de investimentos apenas para modernizar as redes, abrindo-se enorme discussão – sem parâmetros objetivos – sobre diferenças regionais.

113. Observe-se que para a empresa é extremamente interessante investir na construção, ou aperfeiçoamento, da infraestrutura de redes da Av. Paulista. Ali a prestadora obterá retorno financeiro em curto espaço de tempo. Ademais, talvez ela até realizasse esse investimento de qualquer forma, sem exigência da Anatel, só que em alguns poucos meses mais tarde.

114. Em contraponto, a construção de infraestrutura de redes no sertão nordestino, no Norte do País, ou em qualquer outra localidade com poucos investimentos do setor de telecomunicações, pode não indicar a mesma atratividade econômica ou, até mesmo, nenhuma, a depender do caso.

115. É de bom alvitre consignar que a empresa que celebrar o TAC, na sua vigência, deixa de ser autuada pelo descumprimento das ordinárias obrigações regulatórias objeto do acordo. Assim, as obrigações assumidas no TAC não podem corresponder a investimentos a que a prestadora já realizaria em data próxima, e que lhe trarão lucratividade totalmente destoante da substituição de sanção de multa que lhe seria aplicada. De fato, a não aplicação de multa tendo em vista a celebração de um termo de ajustamento de conduta deve observar o interesse público, e não o interesse econômico das empresas.

116. Nesse sentido, é importante lembrar que as obrigações decorrentes da celebração de um TAC visam substituir o pagamento de multas sancionatórias que seriam impostas à prestadora. A vantagem para a empresa é que, ao invés de despender os respectivos valores para o pagamento de multa, ou seja, para os cofres públicos, irá empregar tais recursos financeiros em seu próprio negócio, ainda que nas localidades onde a Anatel indicar (economicamente não atrativas). Além disso, provavelmente também obterá algum retorno financeiro com a exploração dos serviços de telecomunicações decorrente desses investimentos realizados.

117. Ademais, é de se registrar que a redação sugerida por este órgão jurídico constou dos Termos de Compromisso celebrados em 2011 pelo Ministério das Comunicações e Anatel com as prestadoras de serviços de telecomunicações, que tiveram como finalidade aderir aos objetivos do Plano Nacional de Banda Larga.

118. Ou seja, há pouco tempo a Anatel e o Ministério ao qual está vinculada entenderam que os valores que deixariam de ser recolhidos a título de multa deveriam, em caso de substituição por obrigações, ser destinados a localidades do país que indicassem a não atratividade econômica do empreendimento, comparada à projeção futura de receitas.

119. Por isso, recomenda-se à área técnica a alteração do texto sugerido ao art. 9º da proposta de regulamento em análise, a fim de manter harmonia com a política pública adotada institucionalmente pelo Decreto nº 7.175/2010.

II.(B).(II).(8) DO ARTIGO 10, PARÁGRAFO ÚNICO.

120. Referido dispositivo preconiza que *“a concessionária de serviço de telecomunicações não poderá se favorecer dos benefícios diretos aos usuários decorrentes do TAC no que toca ao compartilhamento dos ganhos econômicos referidos no art. 108, § 2º, da Lei 9.472, de 1997”*.

121. Convém registrar, aqui, a alteração do art. 86 da LGT, por meio da Lei nº 12.485/2011, o qual passou a contar com a seguinte redação:

LGT

Art. 86. A concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações. (Redação dada pela Lei nº 12485, de 2011)

Parágrafo único. Os critérios e condições para a prestação de outros serviços de telecomunicações diretamente pela concessionária obedecerão, entre outros, aos seguintes princípios, de acordo com regulamentação da Anatel: (Redação dada pela Lei nº 12485, de 2011)

I - garantia dos interesses dos usuários, nos mecanismos de reajuste e revisão das tarifas, mediante o compartilhamento dos ganhos econômicos advindos da racionalização decorrente da prestação de outros serviços de telecomunicações, ou ainda mediante a transferência integral dos ganhos econômicos que não decorram da eficiência ou iniciativa empresarial, observados os termos dos §§ 2º e 3º do art. 108 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 12485, de 2011)

II - atuação do poder público para propiciar a livre, ampla e justa competição, reprimidas as infrações da ordem econômica, nos termos do art. 6º desta Lei; (Incluído pela Lei nº 12485, de 2011)

III - existência de mecanismos que assegurem o adequado controle público no que tange aos bens reversíveis. (Incluído pela Lei nº 12485, de 2011)

122. Desse modo, como também há previsão de compartilhamento de ganhos econômicos com os usuários na hipótese do art. 86 da LGT, esta Procuradoria insta a área técnica a reavaliar a redação proposta ao parágrafo único do art. 10 da proposta de Regulamento, sugerindo a seguinte redação:

Redação Proposta pela PFE

Art. 10. *Omissis*.

Parágrafo único. A concessionária de serviço de telecomunicações não poderá se favorecer dos benefícios diretos aos usuários decorrentes do TAC no que toca ao compartilhamento dos ganhos econômicos referidos nos arts. 86 e 108, § 2º, da Lei nº 9.472, de 1997.

II.(B).(9) DO ARTIGO 11.

123. Segundo o art. 11 da minuta regulamentar, “*competete ao Conselho Diretor da Anatel decidir, fundamentadamente, acerca da celebração do TAC, observado o interesse público*”.

124. Em primeiro lugar, este órgão jurídico defende a necessidade de se prever se da decisão prevista no art. 11 da proposta em análise caberá ou não recurso. Aqui, fala-se na celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta, em que as partes realizam um acordo. Do ponto de vista da Anatel, o instrumento só deverá se materializar se, no entender de seu órgão máximo, houver interesse público que o fundamente. Assim, na hipótese de a decisão em tela ser considerada recorrível, o recurso serviria apenas para confrontar a decisão do Conselho Diretor no que se refere, *in concreto*, ao que se poderia considerar como interesse público. Além disso, a Anatel não é obrigada a celebrar TAC, ainda que exista interesse das entidades reguladas.

125. Nesse sentido, opina-se no sentido de que a decisão constante do art. 11 da minuta em exame seja considerada irrecorrível, havendo expressa previsão nesse sentido.

126. Demais disso, sugere-se que a expressão “fundamentadamente”, constante do artigo em exame, seja retirada, em razão de redundante, já que todos os atos e decisões do órgão máximo da Agência devem ser devidamente motivados, por mandamento constitucional e legal.

127. Ante o exposto, sugere-se a seguinte redação ao dispositivo sob exame:

Redação proposta pela PFE

Art. 11. Compete ao Conselho Diretor da Anatel, por decisão irrecorrível, resolver acerca da celebração do TAC, observado o interesse público.

128. O § 2º do mesmo dispositivo preconiza que:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 11. *Omissis*.

[...]

§ 2º. Aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel, o TAC será firmado pelo Presidente do Conselho Diretor da Anatel juntamente com outro Conselheiro, pelo Superintendente a quem a matéria seja afeta e pelo representante legal da concessionária, permissionária ou autorizada.

129. Para fins de melhora redacional, sugere-se a seguinte redação ao § 2º do art. 11 da minuta de Regulamento:

Redação proposta pela PFE

Art. 11. *Omissis*.

§ 2º. O TAC, após aprovada a sua celebração pelo Conselho Diretor, será firmado pelo Presidente da Agência, juntamente com outro Conselheiro, pelo Superintendente a quem a matéria seja afeta e pelo representante legal da concessionária, permissionária ou autorizada.

II.(B).(II).(10) DO ARTIGO 12 (PAGAMENTO MÍNIMO DE MULTA PARA CELEBRAÇÃO DO TAC).

130. Preliminarmente, vejamos a redação do art. 12, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 12 É condição para a celebração do TAC o pagamento mínimo de 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada após a prolação da primeira decisão condenatória.

§1º Em nenhuma hipótese será possível a celebração de TAC quando, na decisão de primeira instância, houver condenação da prestadora pela prática de comportamentos de má-fé, nos termos do art. 7º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

§2º O TAC poderá contemplar outros condicionamentos, desde que relacionados ao seu objeto.

131. O art. 12 da proposta estabelece como condição mínima para a celebração do TAC o pagamento mínimo de 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada após a prolação da primeira decisão condenatória.

132. Como já falado no item referente ao art. 6º, somente deve ser dado espaço para discricionariedade do administrador onde for absolutamente necessário. Assim, haverá muito mais segurança jurídica se houver no regulamento um valor certo relativo a pagamento de multa como condição para celebração do TAC.

133. A expressão “*pagamento mínimo de 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada*”, constante do dispositivo transcrito, pode criar nas empresas interessadas em celebrar Termo de Ajustamento de Conduta com a Anatel um “sentimento” de injustiça quando o percentual for superior a 10% (dez por cento) da sanção de multa aplicada. Abre-se, aqui, brecha para discussões quanto ao percentual fixado, podendo retardar e causar tumulto ao andamento do cronograma do TAC celebrado.

134. Melhor será, se a área técnica considerar essa percentagem baixa, fixar o percentual que entender mais adequado. Mas, é importante que seja um percentual certo e aplicável a todos os casos concretos.

135. Além disso, apenas para deixar o texto mais claro, sugere-se que o valor a ser pago seja referente ao valor total das multas aplicadas nos processos substituídos pelo TAC.

136. Convém ainda destacar que não se vislumbra a necessidade da disposição constante do § 2º do art. 12. Em primeiro lugar, ao dispor que o TAC poderá contemplar outros condicionamentos, verifica-se que essa previsão já está abarcada pelo art. 5º da proposta. Somando-se a isso, esses condicionamentos poderão ou não ser relacionados ao seu objeto, posto que a Anatel poderá exigir, a título de obrigações adicionais, a satisfação de condições diversas ao objeto do Termo. Assim, aconselha-se a sua exclusão, renumerando o seu § 1º, que passará a parágrafo único.

137. Por tudo, propõe-se a seguinte redação ao art. 12:

Redação proposta pela PFE

Art. 12 É condição para a celebração do TAC o pagamento de 10% (dez por cento) do valor total das sanções de multa aplicadas após a prolação da primeira decisão condenatória.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese será possível a celebração de TAC quando, na decisão de primeira instância, houver condenação da prestadora pela prática de comportamentos de má-fé, nos termos do art. 7º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

II.(B).(II).(11) DA SEÇÃO I DO CAPÍTULO V – ARTIGOS 13 A 19.

138. A fim de melhor organização da norma, propõe-se a alteração da divisão existente no Capítulo V a fim de que a Seção I seja referente ao procedimento de instrução e julgamento dos processos administrativos autônomos, embora vinculados ao TAC, para análise dos cronogramas de metas, a Seção II permaneça se referindo às sanções, e seja criada uma nova Seção para tratar do cumprimento do TAC propriamente dito.

139. Observa-se da Seção I do Capítulo V que ela trata do procedimento de instrução e julgamento do TAC, como um todo. No entanto, sugere-se a divisão para que essa Seção passe a tratar especificamente do procedimento inerente a cada um dos cronogramas de metas a serem cumpridos.

140. Nessa esteira seria criada uma nova Seção (Seção III) para versar sobre o cumprimento do TAC especificamente.

141. Desse modo, sugere-se a modificação do título do Capítulo V para “DO ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONSTANTES DO TAC”.

142. Em continuidade ao exame da Seção I do Capítulo V, dispõe o art. 13 da minuta do Regulamento:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 13. O acompanhamento da execução das obrigações constantes no TAC caberá à Superintendência que o submeteu à aprovação do Conselho Diretor.

143. À redação desse artigo propõe-se a inclusão de um parágrafo único que estabeleça que, para cada cronograma de metas, se autue em apartado um processo administrativo distinto, que será julgado à medida que o cronograma for concluído.

144. Sugere-se, portanto, a inclusão de um parágrafo único, nos seguintes termos:

Redação proposta pela PFE

Art. 13. *Omissis*.

Parágrafo único: Serão instaurados em autos apartados processos administrativos próprios, correspondentes a cada cronograma de metas, que serão julgados à medida que forem concluídos.

145. O TAC, como visto, se trata de um termo de compromisso que envolve diversas obrigações a serem cumpridas em um determinado período de tempo. Desse modo, a ideia de julgamento fracionado, correspondente a cada cronograma, se mostra razoável, pois oportuniza à área técnica e ao Conselho analisarem mais detidamente o cumprimento das obrigações impostas à prestadora. A intenção prevista nesse parágrafo único, portanto, é de facilitar o julgamento do TAC. Possibilita-se que não se espere o término do TAC para se proceder à fiscalização e julgamento de obrigações constantes em cronograma com prazo inferior à vigência do TAC. É que o Termo pode ter vigência de quatro anos, ao passo que o cronograma para o Plano de Ação Corretiva é de dois anos e para a reparação aos usuários é de 6 meses, segundo a proposta. Destarte, à medida que os cronogramas vão se esgotando, vão sendo realizados os julgamentos.

146. Como visto neste opinativo, o objetivo do TAC, em última análise, é que a prestadora implemente as obrigações nele previstas, para satisfazer e atender o interesse público. Assim, a fiscalização do seu cumprimento deve se dar o mais imediatamente possível. Ora, se a prestadora não cumpre a obrigação prevista e a fiscalização tarda a se realizar, a conduta irregular irá se perpetuar enquanto a Anatel não proceder à fiscalização, seguida de julgamento. Dessa forma, autuando-se em apartado um processo administrativo para cada cronograma de metas, a fiscalização será mais eficiente, dando oportunidade à Anatel para averiguar mais prontamente se a conduta infracional persiste ou não.

147. Por esse motivo, o art. 15, ao se referir ao cumprimento do TAC, passaria a dizer respeito ao cronograma. A Agência não deve esperar o prazo final do TAC para iniciar a conferência do cumprimento do TAC. Em prol da eficiência administrativa, e busca pela realização do interesse público, para cada um dos cronogramas deverá ser instaurado processo administrativo correspondente para verificação do cumprimento integral do citado cronograma.

148. Terminada a instrução do processo, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, a Superintendência competente para acompanhamento da execução das obrigações constantes do TAC opinará sobre o cumprimento ou não do TAC. Em caso de cumprimento, proporá ao Conselho Diretor a emissão de Certificado de Cumprimento do Cronograma; por outro lado, em caso de descumprimento, recomendará a expedição de Certificado de Descumprimento do Cronograma.

149. Propõe-se essa nomenclatura para o Certificado de Cumprimento ou Descumprimento a fim de haver diferenciação com o documento a ser expedido em razão de cumprimentou ou não do TAC em si.

150. Desse modo, sugere-se a seguinte redação ao art. 15:

Redação proposta pela PFE

Art. 15. Constatado o integral cumprimento do cronograma, a Superintendência deverá propor a emissão de Certificado de Cumprimento do Cronograma. (Grifo nosso).

151. Agora, vejamos o que assevera o art. 16 da proposição regulamentar que:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 16. Constatados indícios de descumprimento total ou parcial do TAC, e sem prejuízo das multas nele previstas, a Superintendência deverá:
I – intimar a concessionária, permissionária ou autorizada para manifestar-se sobre a constatação, no prazo designado pela Anatel;
II – opinar sobre o descumprimento do TAC e encaminhar à deliberação do Conselho Diretor com proposta para a emissão do Certificado de Descumprimento, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada;

152. Em continuidade à exposição feita retro, o *caput* do art. 16 passaria a se referir, ao invés do TAC, ao descumprimento total ou parcial das metas relativas a cada cronograma, no âmbito do respectivo processo administrativo.

153. Com relação ao inciso I do dispositivo colacionado, esta Procuradoria recomenda que já exista a previsão de um prazo determinado pela regulamentação para a apresentação da manifestação ali prevista. Entende-se que tal sugestão evita discussões desnecessárias sobre o prazo consignado, dificultando a utilização da previsão com a finalidade de causar tumulto processual.

154. Tendo em vista tais considerações, por entender razoável, sugere-se a avaliação do prazo de 30 (trinta) dias, dada a complexidade e o período de duração de um TAC.

155. Já no que toca ao inciso II, esta Procuradoria vislumbra a necessidade de alteração da redação proposta, com fins de melhora redacional, alteração do termo “TAC” para “metas do respectivo cronograma”, e especificação do Certificado de Descumprimento.

156. Nesse sentido, esta Procuradoria sugere o seguinte texto ao dispositivo em estudo:

Redação proposta pela PFE

Art. 16. Constatados indícios de descumprimento total ou parcial das metas relativas a cada cronograma, no âmbito do respectivo processo administrativo, a Superintendência deverá:

I – intimar a concessionária, permissionária ou autorizada para, no prazo de 30 (trinta) dias, manifestar-se sobre a constatação; ~~no prazo designado pela Anatel;~~

II – opinar sobre o descumprimento das metas do respectivo cronograma e encaminhar à deliberação do Conselho Diretor com proposta ~~para a~~ de emissão do Certificado de Descumprimento do Cronograma, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada.;

157. Mantendo o mesmo raciocínio, propõe-se a modificação dos arts. 17 a 19, para constar o seguinte texto:

Redação proposta pela PFE

Art. 17. A Procuradoria Federal Especializada deverá se manifestar sobre a análise do cumprimento do cronograma submetido pela Superintendência competente à aprovação do Conselho Diretor.

Art. 18. Na hipótese de decisão pelo cumprimento integral do cronograma, o Conselho Diretor emitirá o Certificado de Cumprimento do Cronograma.

Art. 19. Na hipótese de decisão pelo descumprimento do cronograma:

I – o Conselho Diretor emitirá Certificado de Descumprimento do Cronograma;

II – a Superintendência comunicará a decisão à prestadora de serviços de telecomunicações, para que pague o valor das multas pactuadas, no prazo de 30 dias, contados da data do recebimento do ofício correspondente.

Parágrafo único. O Certificado de Descumprimento do Cronograma é o documento pelo qual o Conselho Diretor certificará o inadimplemento da prestadora celebrante do TAC e liquidará o valor correspondente às multas pactuadas.

158. Como pôde ser percebido, o § 2º do art. 19 da proposta de regulamento foi excluído, tendo o § 1º sido transformado em parágrafo único. É que a previsão do parágrafo excluído foi totalmente abarcado pelos artigos 20 e 21, com a redação sugerida por esta PFE adiante.

II.(B).(II).(12) DA SEÇÃO II DO CAPÍTULO V – DAS SANÇÕES – ARTIGOS 20 E 21.

159. A fim de garantir o cumprimento do TAC, é importante que o ente público tomador dos compromissos de ajustamento de conduta faça

cominações ao causador de danos coletivos referentes aos serviços públicos de telecomunicações. Assim, para a efetividade do TAC ser assegurada, deve ser imposto à empresa celebrante multas pelo descumprimento de suas obrigações. De fato, a realização de compromisso de ajustamento de conduta não pode se traduzir em mero benefício às empresas infratoras em prejuízo dos usuários e, principalmente, do interesse público.

160. À empresa infratora deve ser demonstrado que, embora a formalização de TAC lhe seja vantajosa, o descumprimento de obrigações não lhe pode trazer benefícios. Nessa toada, o valor da multa deverá sempre ser estipulado em montante capaz de causar ao devedor a convicção de que adimplir é a melhor e menos onerosa opção. O caráter elevado da multa constringe indiretamente o devedor a cumprir a prestação devida, pois, em caso de renitência, o prejuízo ensejado pela multa implicará para si uma prestação mais onerosa do que a realização da prestação originária a que se encontra adstrito.

161. Essa maior onerosidade do descumprimento é de natureza a incitar o devedor a realizar a prestação ordenada, dada a ameaça de sanção que sobre si recai em caso de recalcitrância, e, dessa sorte, assegura a tutela do direito envolvido, exercendo pressão sobre o devedor.

162. O devedor, ao sopesar as duas alternativas - de um lado, manter-se renitente e arcar com os valores da multa; de outro, cumprir o dever imposto pelo compromisso assumido -, deve concluir que a satisfação do credor evitará a diminuição patrimonial que a multa enseja.

163. Por isso é que, ao determinar o valor da multa, deve-se ter por referência o custo-benefício ensejado pelo descumprimento. Toda vez que a multa é estabelecida em valor que contemple as vantagens à renitência, seu potencial ofensivo desaparece. Ela deve ser suficientemente alta a ensejar a coercibilidade necessária para que não ocorra o inadimplemento das cláusulas do ajuste.

164. Por outro lado, também é salutar a imposição de multa diária como forma de coagir a empresa a cumprir os compromissos assumidos dentro do prazo estabelecido. Essa multa possui natureza de *astreintes* e deverá ser fixada, preferencialmente, por obrigação assumida, lembrando-se apenas que ela não dispensa o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Ou seja, para cada obrigação fixada no ajuste deve haver uma previsão obrigatória e específica de multa pelo seu inadimplemento.

165. A multa diária incidirá enquanto a obrigação permanecer descumprida. Por isso, deve ser de valor suficientemente alto que incuta na empresa o interesse em adimplir os compromissos assumidos, refletindo, de qualquer forma, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

166. Além disso, como já defendido por esta Procuradoria em outras manifestações, a multa diária, por deter natureza cominatória, incide a partir do momento do descumprimento da obrigação, sendo desnecessária a intimação do compromissário como condição de fluência do termo inicial da multa.

167. Nessa linha de raciocínio, inclusive, está a redação do § 2º do art. 22 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 22. *Omissis*.

§ 2º. A sanção de multa diária incide a partir do primeiro dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem necessidade de nova intimação para tanto.

168. Ademais, diante dessas considerações, e como já sugerido neste Parecer nos tópicos atinentes aos arts. 7º e 8º, ao dispor sobre os Planos de Ação Corretiva e Adicional, é importante, e de bastante efeito prático no controle pela Agência do cumprimento dos compromissos assumidos com a celebração do TAC, que cada uma das obrigações de responsabilidade da empresa compromissária venha acompanhada do respectivo cronograma e estipulação de multa diária específica.

169. Isso permitirá que o acompanhamento a ser feito pela Agência e sua atuação sancionadora, em caso de descumprimento de metas, seja desenvolvido especificamente para cada obrigação. Ademais, possibilita-se a estipulação de um cronograma e de uma multa em montante proporcional à natureza de cada tipo de obrigação assumida.

170. Feitas essas considerações, analisemos o conteúdo do art. 20 da proposta de regulamento, *verbis*:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 20. O descumprimento do TAC gera a aplicação das seguintes multas:

I - multa pelo descumprimento das obrigações de investimento cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total previsto no TAC e o valor efetivamente realizado.

II – multa diária pelo descumprimento do cronograma de metas, que incidirá até o efetivo cumprimento, cujo valor terá como limite máximo duas vezes o valor do TAC.

§ 1º O descumprimento do TAC inclui o não atingimento do objetivo de cumprir as obrigações regulatórias, nos termos da parte final do art. 6º, inciso I, ainda que tenham sido realizados os investimentos previstos no Plano de Ação Corretiva.

§ 2º A mora na implementação das ações previstas no TAC acarreta multa diária e pode caracterizar, a critério da Anatel e desde que devidamente fundamentado o descumprimento do TAC.

171. A redação proposta, porém, cria algumas dúvidas. A primeira aflora do inciso I, que informa a existência de multa pelo descumprimento das obrigações de investimento. No entanto, a própria proposta faz remissão a investimentos em dois formatos: no Plano de Ação Corretiva e no Plano de Ação Adicional. Aquela com a finalidade de corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC; o último como obrigações adicionais, um *plus* relativo às obrigações regulatórias a que a prestadora já está sujeita por lei, regulamento ou contrato.

172. Por isso, é importante haver separação das multas previstas pelo descumprimento das obrigações de acordo com o tipo de encargo assumido pela empresa, se decorrente do Plano de Ação Corretiva, do Plano de Ação Adicional, ou mesmo pela não reparação aos usuários, ou pelo descumprimento das obrigações regulatórias pertinentes ao TAC celebrado. Essa discriminação facilitará, inclusive, o cálculo das multas devidas de acordo com as obrigações assumidas, mas descumpridas.

173. O segundo questionamento que surge da redação proposta se refere ao momento em que ocorrerá a aferição sobre o valor total investido pela compromissária e sua comparação com o valor previsto no TAC, com o objetivo de se verificar seu eventual descumprimento (para fins de cálculo da multa). Entreveem-se aqui duas possíveis oportunidades para tanto, com consequências diversas: a primeira seria no prazo final previsto no TAC; a outra na data da decisão do Conselho Diretor sobre o cumprimento/descumprimento do ajustamento.

174. Na primeira situação, a área técnica esperaria o termo final do TAC para verificar o cumprimento pela prestadora das obrigações assumidas. Assim, caso todos os compromissos assumidos não estivessem adimplidos, o TAC necessariamente seria considerado descumprido, e a data final do Termo seria o marco para cálculo da multa devida.

175. Porém, algumas dificuldades podem eclodir com essa postura da Agência. Se terminado o prazo do TAC, os compromissos não puderem mais ser cumpridos, ou os investimentos realizados nesse período “pós-TAC” não forem considerados no cálculo da multa a ser aplicada pelo descumprimento, a empresa terá menos incentivos para cumprir suas metas. De qualquer forma, já será emitido o Certificado de Descumprimento, previsto na Seção I do Capítulo V, e a multa diária continuará a incidir até o efetivo cumprimento das correspondentes incumbências.

176. Ou seja, restará à prestadora como único estímulo para cumprir suas obrigações no menor prazo possível a possibilidade de estancar a incidência da multa diária. Quanto antes satisfizer os compromissos do Termo, menor será o valor total resultante da aplicação de multa diária.

177. Contudo, segundo essa vertente, todo o valor gasto pela prestadora para cumprir o TAC, ainda que posteriormente ao seu termo final, será desconsiderado do montante investido pela prestadora para fins de cálculo da multa. Isto é, o que poderia ser mais um impulso à empresa para cumprir seus deveres, uma vez que já haverá a incidência da multa diária, e que incidirá até o efetivo adimplemento, ou até a decisão do Conselho Diretor, deixará de ter esse propósito.

178. É verdade, no entanto, que os cronogramas e metas estabelecidos no TAC foram definidos em comum acordo entre os celebrantes, já que, se assim não fosse, não seria considerado um ajuste. Portanto, se a empresa se considerava incapaz de cumprir os prazos estabelecidos, não deveria ter firmado o ajustamento com a Agência.

179. A adoção do outro marco citado acima para cálculo do valor da multa devida pelo descumprimento do TAC, qual seja, a data da decisão do Conselho Diretor, parece ser mais justa. Isso porque o valor despendido pela empresa para implementar seus deveres após o prazo final do TAC será considerado no cálculo da multa devida e haverá, assim, maior concretização do princípio da proporcionalidade, além de mais um motivo incentivador para cumprir as metas ajustadas, ainda que a destempo.

180. Dessa forma, esse segundo momento possível para verificação do cumprimento das metas pactuadas e para cálculo da multa devida acaba por contemplar o princípio da proporcionalidade, além de estimular a empresa ao cumprimento integral das metas do TAC, ainda que extemporaneamente, o que, em última instância, ainda que gere consequências jurídicas pelo atraso, se alinha ao interesse público buscado pela Agência.

181. Portanto, a solução de considerar a decisão do Conselho Diretor a respeito das metas estabelecidas no TAC como marco para fins de cálculo da multa principal devida pelo descumprimento das metas estipuladas, parece ser a solução mais coerente e adequada no procedimento do TAC.

182. Além disso, como forma de concretizar o princípio da proporcionalidade, já retratada anteriormente, melhor ainda será se o cálculo da multa for feito em relação a cada cronograma de metas. Com já dito no tópico anterior, a respeito da Seção I do Capítulo V, para cada um desses cronogramas será instaurado um processo administrativo, em autos apartados, para verificação do cumprimento das obrigações assumidas pelas prestadora.

183. E isso acarretará uma decisão do Conselho Diretor para cada um desses processos. Desse modo, o marco para constatação das metas cumpridas, para fins de cálculo do valor da multa devido, deve ser a decisão do colegiado sobre cada um dos cronogramas previstos no TAC, proferida no bojo dos correspondentes processos instaurados, e não mais a decisão do Conselho sobre o cumprimento total do TAC.

184. Saliente-se, entretanto, que feitas essas considerações sobre os possíveis marcos para aferição do valor devido pela prestadora a título de multa, mostrando-se as vantagens e desvantagens de cada opção, e se posicionando esta Procuradoria sobre o tema, essa decisão caberá ao Conselho Diretor da Agência, em que verificará qual a solução mais consonante com a política sancionatória adotada pela Agência.

185. O término da vigência do cronograma não significa que as metas deixarão de ser exigíveis. A todas as obrigações pactuadas no Termo deverão ser cominadas multas diárias que terão como limitador o dobro do valor correspondente ao total das obrigações do respectivo cronograma. E aqui se encontram outros questionamentos da redação proposta pelo Grupo de Trabalho. O inciso II do art. 20 aduz que a multa diária pelo descumprimento do cronograma de metas terá como limite máximo duas vezes o valor do TAC. Melhor seria que o limite correspondesse ao dobro do valor das obrigações constantes do cronograma correspondente, em conformidade com o sugerido retro por esta Procuradoria de discriminar as multas de acordo com as obrigações da empresa, quais sejam, as estabelecidas no Plano de Ação Corretiva, Plano de Ação Adicional, para a reparação aos usuários e para o cumprimento das obrigações regulatórias.

186. Ademais, recomenda-se, até por questões prático-formais, que a multa diária não incida após a primeira decisão do Conselho Diretor que julgar o alegado descumprimento do cronograma, sob pena de o órgão colegiado ter que se manifestar mais de uma vez sobre o cumprimento de determinadas metas pela prestadora, até que o limite financeiro seja atingido. Insta ressaltar que a decisão do Conselho tem como objetivo pôr fim ao processo, evitando-se o prolongamento do seu trâmite no tempo.

187. Destarte, ainda que vencido o prazo final dos cronogramas, os compromissos assumidos continuarão a obrigar a prestadora até a decisão do Conselho Diretor, sob pena de pagamento de multa diária preestabelecida.

188. Ante o exposto, recomenda-se a alteração do disposto no art. 20 a fim de constar o que segue:

Redação Proposta pela PFE

Art. 20. Será aplicada multa nas seguintes hipóteses:

I – não realização dos investimentos constantes do Plano de Ação Corretiva até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso I, deste Regulamento;

II – não reparação aos usuários até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso II, deste Regulamento;

III – não cumprimento das obrigações regulatórias pertinentes até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso III, deste Regulamento;

IV – não realização dos investimentos e benefícios constantes do Plano de Ação Adicional até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 8º, incisos I e II, deste Regulamento.

§ 1º Na hipótese do inciso I, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total do investimento previsto no Plano de Ação Corretiva e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 2º Na hipótese do inciso II, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total previsto no Plano de Ação Corretiva para reparação aos usuários e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 3º Na hipótese do inciso III, será aplicada multa no valor equivalente ao dobro do que seria aplicável em um processo sancionador, considerado todo o período do respectivo cronograma.

§ 4º Na hipótese do inciso IV, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o

valor total previsto no Plano de Ação Adicional e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 5º Relativamente ao valor das multas aplicadas nos termos deste artigo será aplicado o disposto nos arts. 33 a 36 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, com exceção da disposição constante do § 5º do art. 33.

189. Observe-se que a sugestão acima buscou discriminar as multas devidas de acordo com as irregularidades pactuadas, primando pela proporcionalidade da penalidade com o descumprimento ocorrido, sem retirar a essência perpetrada pela área técnica de sancionar a prestadora celebrante do TAC em valor que desestimulasse o inadimplemento de suas obrigações. Além disso, procurou-se estabelecer procedimento idêntico ao adotado pelo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, a fim de se manter a mesma sistemática de cobrança e correção dos seus valores.

190. Mantendo-se a coerência e necessidade de o Regulamento dispor sobre todas as consequências possíveis de advir com a celebração de TAC pela Agência, sugere-se, outrossim, que o ato normativo a ser editado verse também sobre a forma como ocorrerá a correção monetária e forma de cálculo de juros e multa moratória sobre o valor correspondente à aplicação de multa diária. Nesse sentido, recomenda-se a inserção de novo dispositivo com a previsão das taxas incidentes sobre o valor devido a título de multa diária.

191. Diante disso, propõe-se a seguinte redação ao que será o art. 21, com renumeração dos artigos subsequentes:

Redação Proposta pela PFE

Art. 21. No caso de descumprimento dos prazos internos do cronograma, independentemente das multas previstas no art. 20, será aplicada multa diária, que incidirá desde o dia seguinte ao inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro, não podendo ultrapassar duas vezes o valor do total das obrigações constantes do respectivo cronograma.

§ 1º O pagamento do valor correspondente ao somatório das multas diárias aplicadas deve ser efetuado no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do recebimento da intimação da decisão de aplicação de sanção.

§ 2º Sobre a multa diária incidirá a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC desde o inadimplemento

das obrigações, na forma do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, e do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 2002.

§ 3º Quando não houver pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias da notificação da decisão definitiva, o seu valor deve ser acrescido dos seguintes encargos:

I - multa moratória de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia de atraso, até o limite de 20% (vinte por cento), calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento da sanção administrativa imputada definitivamente, até o dia em que ocorrer o seu pagamento, nos termos da legislação federal aplicável; e

II - juros de mora, contados do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao pagamento, e de 1% (um por cento) no mês do pagamento.

192. É importante reiterar, também, que a multa diária será devida desde o primeiro dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem necessidade de nova intimação da prestadora para a cobrança ser exigível, em conformidade, por similitude, com o disposto no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas.

193. Diante das diversas sugestões de alteração de redação da proposta de regulamento para celebração de TAC's, consta como anexo deste Parecer o inteiro teor da minuta da norma, com o texto sugerido por esta Procuradoria, em documento único.

II.(B).(II).(13) DESTINAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS ÀS MULTAS AO FISTEL, COM INCLUSÃO DE PARÁGRAFOS NOS ARTIGOS 20 E 21

194. O art. 20 da proposta regulamentar trata das multas a serem aplicadas em razão do descumprimento das obrigações estabelecidas no TAC, e o art. 21 sobre a multa diária que incidirá no caso de inobservância dos prazos internos dos cronogramas. No entanto, não esclarecem qual seria a destinação de tais valores.

195. No ponto, convém registrar que esta Procuradoria já se manifestou quanto ao tema, conforme se extrai do Parecer nº 156/2012/DFT/TRM/PGF/PFE-ANATEL, *in verbis*:

Parecer nº 156/2012/DFT/TRM/PGF/PFE-Anatel

II.(d). Da liquidação e da destinação do valor da multa cominatória aplicada no TAC.

[...]

42. Uma questão que merece maior aprofundamento é a da destinação das verbas decorrentes da execução do TAC. Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública, na parte em que dispõe sobre o TAC, não trouxe previsão a esse respeito.

43. Em relação à Ação Civil Pública, o art. 13 da Lei nº 7.347/85 dispõe que:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

44. Em que pese a ausência de previsão legal, verifica-se que as verbas e indenizações fundadas em Compromissos de Ajustamento de Conduta ou em suas execuções devem ser destinadas a um fundo que tenha ligação direta com o bem jurídico tutelado, que seja capaz de geri-las de forma eficiente, e que seja passível de fiscalização.

45. No caso dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados pela ANATEL, é certo que tais recursos não poderão ser direcionados a objetivos que não guardem relação com a melhoria no atendimento no setor de telecomunicações.

46. No âmbito do Setor de Telecomunicações, a Lei nº 5.070/1966 criou o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, destinado a prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução. O art. 2º da referida lei dispõe que:

Art. 2º O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL é constituído das seguintes fontes: (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

[...]

c) relativas ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, no regime público, inclusive pagamentos pela outorga, **multas e indenizações**; (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

d) relativas ao exercício da atividade ordenadora da exploração de serviços de telecomunicações, no regime privado, inclusive

pagamentos pela expedição de autorização de serviço, **multas e indenizações**; (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)

e) relativas ao exercício do poder de outorga do direito de uso de radiofrequência para qualquer fim, inclusive **multas e indenizações**; (Redação dada pela Lei nº 9.472, de 1997)
[grifo nosso]

47. Conforme escólio de De Plácido e Silva (Silva, De Plácido e. Vocabulário Jurídico Vol. III, p.218), a origem do termo multa vem do latim ‘mulcta’ ou ‘multa’ e, no seu sentido originário, significa multiplicação, aumento, implicando uma pena pecuniária. Pode ser vista como uma sanção imposta por infringência à regra ou ao princípio de lei ou ao contrato em virtude do qual fica obrigado a pagar uma certa importância em dinheiro ou cumprir obrigação positiva ou negativa.

48. Como se observa, a lei é clara ao consignar que os pagamentos decorrentes de multas e indenizações são fontes que constituem o FISTEL. Assim, a multa pecuniária diária aplicada pelo descumprimento do ajustado no TAC, sendo multa, pode ser remetida ao FISTEL.

49. Vale ressaltar que o FISTEL é um fundo específico do setor de telecomunicações, e, como tal, é o mais apropriado para receber os recursos provenientes do pagamento da multa cominatória fixada no TAC. Ademais, não custa lembrar que tais recursos serão aplicados pela ANATEL, ou seja, desde a origem a titularidade da multa é da Agência, que possui competência para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, nos termos do art. 19, *caput*, da Lei nº 9.472/1997.

50. Os recursos deste fundo são aplicados, principalmente, na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País, o que, sem dúvida, contribui para o fortalecimento das ações de fiscalização, e, de forma indireta, para a melhoria da prestação do serviço e do atendimento ao usuário.

51. Importante frisar que não há risco ou dificuldade quanto à fiscalização da aplicação desses recursos, tendo em vista que há determinação legal que determina que o Conselho Nacional de Telecomunicações preste contas anualmente ao Tribunal de Contas da União - TCU (art. 5º da Lei nº 5.070/1966).

52. Embora o FISTEL seja um Fundo uno, é bastante recomendável que os recursos sejam empregados em prol

da melhoria do setor de telecomunicações. Para viabilizar um monitoramento da verba, então, e considerando que essa receita específica (multa diária decorrente de TAC) ainda não se encontra catalogada, o órgão especializado da Agência deve criar um código específico para identificar o recurso proveniente da multa do TAC. Com isso, poderá ser possível rastrear os valores e acompanhar sua utilização.

53. Assim, a verba poderia ser utilizada, exclusivamente, nas hipóteses constantes nos incisos do art. 3º da Lei nº 5.070/1966 (na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País; na aquisição de material especializado necessário aos serviços de fiscalização; na fiscalização da elaboração e execução de planos e projetos referentes às telecomunicações; e no atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas no exercício de sua competência).

54. Desse modo, os recursos provenientes do TAC seriam empregados no âmbito do Setor de Telecomunicações, o que irá beneficiar os usuários do serviço.

55. Nestes termos, após a verificação do inadimplemento das obrigações previstas no TAC e da liquidação do débito, a compromissária deve ser intimada para efetuar o pagamento, devendo os valores serem revertidos ao FISTEL.

56. No âmbito da Ação Civil Pública, como já visto, os recursos devem ser necessariamente repassados ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, criado pelo art. 13 da Lei nº 7.347/1985 e regulado pela Lei nº 9.008/1995.

57. Importante mencionar que as verbas e indenizações decorrentes da execução do TAC não constam no rol previsto no § 2º do art. 1º desse diploma legal, que trata das fontes de recursos do fundo, senão vejamos:

Art. 1º Fica criado, no âmbito da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD).

§ 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

§ 2º Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação:

- I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;
- II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais;
- III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;
- IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;
- V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;
- VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;
- VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo;
- VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

58. Cumpre destacar que a Lei 9.008/1995 (art. 1º, § 3º) permitiu que os recursos do FDD fossem aplicados, dentre outras finalidades, na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º (meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos).

59. Desse modo, verifica-se que, da mesma forma do FISTEL, os recursos arrecadados pelo FDD podem ser aplicados no aparelhamento dos órgãos públicos, o que inclui o setor de fiscalização. Assim, se os recursos do FDD podem ser aplicados dessa maneira, não há qualquer impedimento legal para que as verbas provenientes do descumprimento do TAC firmado pela ANATEL sejam repassadas ao FISTEL.

60. Como já repisado, o repasse desses valores ao FISTEL reverte em prol da coletividade, já que um maior aparelhamento do setor de fiscalização da Agência trará diversos benefícios aos usuários do serviço de telecomunicações.

61. Diante disso, o pagamento da multa pecuniária diária decorrente do descumprimento do TAC deve ser repassado ao FISTEL, com fundamento no art. 2º da Lei nº 5.070/1966,

pelos seguintes motivos: a) ausência de disciplinamento legal quanto ao repasse das verbas e indenizações provenientes do inadimplemento do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC; b) a existência de um fundo específico no âmbito do Setor de Telecomunicações, Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070/1966, destinado a prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução; c) a verificação de que as verbas decorrentes do inadimplemento do TAC devem ser utilizadas em prol da melhoria do setor de telecomunicações; d) a verificação de que a multa diária é uma sanção pecuniária de natureza diária, sendo, portanto, uma multa de caráter coercitivo; e) a determinação legal contida na Lei nº 5.070/1966 de que as multas e indenizações aplicadas pela Agência são fontes do FISTEL; f) a verificação de que o FISTEL é um fundo que tem ligação direta com o bem jurídico tutelado, que é capaz de gerir os recursos de forma eficiente, e que possibilita a fiscalização da aplicação dos mesmos; g) a verificação de que os recursos deste fundo são aplicados, principalmente, na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País, o que, sem dúvida, contribui para o fortalecimento das ações de fiscalização, e, de forma indireta, para a melhoria da prestação do serviço e do atendimento ao usuário; h) a ausência de risco ou dificuldade quanto à fiscalização da aplicação dos recursos do FISTEL, tendo em vista que o Conselho Nacional de Telecomunicações presta contas anualmente ao Tribunal de Contas da União - TCU (art. 5º da Lei nº 5.070/1966); i) a competência da ANATEL para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, nos termos do art. 19, caput, da Lei nº 9.472/1997; j) a verificação de que as verbas e indenizações decorrentes da execução do TAC não constam no rol previsto no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.008/1995, que trata das fontes de recursos do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD; k) a existência de previsão legal expressa, constante da Lei nº 9.008/1995, quanto à possibilidade de aplicação dos recursos do FDD na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos

de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos; e l) a Anatel aparece como titular de tais valores, e não os usuários, já que é parte do TAC.

62. Por fim, cumpre destacar que a multa cominatória aqui tratada não se confunde com a medida reparatória com base no direito do consumidor. Esta última deve ser fixada quando houver necessidade de reparar os consumidores pelos danos sofridos (reparação aos usuários individual e coletivamente considerados), devendo ir ao FDD.

[...]

65. Assim, enquanto a multa cominatória fixada no TAC apresenta-se como um meio coercitivo, sem caráter reparatório, a medida reparatória destina-se à reparação dos usuários prejudicados.

[...]

68. Como a medida reparatória com base no direito do consumidor não tem natureza de multa, cuja destinação é outra (FISTEL), não parece adequada a destinação de quantia decorrente de medida substitutiva onerosa, em prol dos consumidores, ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL. Em outras palavras, a medida reparatória é de titularidade dos próprios usuários, devendo ir ao FDD, ao passo que a multa diária em tela é de titularidade da própria Anatel, devendo ir para o FISTEL.

196. Ante o exposto, esta Procuradoria sugere que se deixe expresso, no texto regulamentar, a destinação das multas eventualmente aplicadas em razão do descumprimento das obrigações do TAC, e dos respectivos cronogramas, acrescentando-se parágrafo aos arts. 20 e 21 para que contenham a seguinte redação:

Redação proposta pela PFE

Art. 20. *Omissis*.

[...]

§ 6º. Os valores previstos neste artigo serão destinados ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 1966.

Art. 21. *Omissis*

[...]

§ 4º Os valores previstos neste artigo serão destinados ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 1966.

II.(B).(II).(14). DA SEÇÃO III DO CAPÍTULO V – DO CUMPRIMENTO DO TAC - INCLUSÃO DE ARTIGOS (22 E 23)

197. Mantendo-se congruência com a sistemática sugerida neste Parecer, deve ser acrescida uma terceira seção ao Capítulo V da proposta de regulamento. A ideia é manter uma ordem lógica no acompanhamento da execução do objeto do TAC.

198. Assim, primeiramente, haverá acompanhamento, em processos apartados, das obrigações estabelecidas nos respectivos cronogramas, culminando, ao final, com decisão do Conselho Diretor, em cada um desses processos, sobre o cumprimento ou não do cronograma de metas correspondentes.

199. Após, a depender da decisão do Conselho, será emitido o Certificado de Cumprimento do Cronograma, ou de Descumprimento do Cronograma, também em cada processo.

200. Se em todos os processos de acompanhamento das obrigações estipuladas nos cronogramas de metas tiverem sido emitidos Certificados de Cumprimento do Cronograma, o Conselho Diretor emitirá Certificado de Cumprimento do TAC. Ou seja, para o TAC ser considerado descumprido, bastará a existência de apenas 1 (um) Certificado de Descumprimento do Cronograma.

201. E qual efeito prático disso? Será o impedimento de a prestadora celebrar novo TAC com a Anatel no prazo determinado no art. 24.

202. Desse modo, sugere-se a inclusão dos arts. 22 e 23 a seguir, com a renumeração dos artigos subsequentes.

Redação proposta pela PFE

Art. 22. Constatado o integral cumprimento de todos os cronogramas, o Conselho Diretor emitirá Certificado de Cumprimento do TAC.

Art. 23. Certificado pelo Conselho Diretor o descumprimento de algum dos cronogramas previstos no TAC, o órgão colegiado emitirá Certificado de Descumprimento do TAC.

II.(B).(II).(15). DO ARTIGO 24:

203. Acerca do descumprimento do TAC, o art. 24 da proposta regulamentar dispõe o seguinte:

Proposta de Regulamento de TAC:

Art. 24 A ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 20 impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta, pela concessionária, permissionária ou autorizada, de abrangência e objeto equivalentes, no prazo de 4 (quatro) anos, contados da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC.

Parágrafo único. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro TAC sobre o mesmo objeto e abrangência.

204. A proposta de regulamento prevê que a empresa inadimplente ficará impedida de celebrar novo TAC de abrangência e objeto equivalentes.

205. Com relação ao artigo em testilha, esta Procuradoria sugere a alteração da redação do *caput* do art. 24, para excluir a expressão “abrangência e objeto equivalentes”. Entende este órgão que a consequência pelo descumprimento do TAC deverá impor uma condição mais gravosa à concessionária, permissionária ou autorizada. Assim, sugere-se a seguinte redação:

Redação proposta pela PFE:

Art. 24. A ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 20 impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta de qualquer natureza, pela concessionária, permissionária ou autorizada, no prazo de 4 (quatro) anos, contados da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC.

206. Com efeito, a prevalecer a redação proposta por este órgão opinativo, a empresa ficará impedida de celebrar qualquer tipo de TAC e não somente os de mesmo objeto e abrangência, caso constatado seu descumprimento, dentro do referido prazo de 4 (quatro) anos.

207. Ainda com relação ao art. 24, propõe-se também a alteração do parágrafo único, para melhor especificar a impossibilidade de celebração de novo TAC com o mesmo objeto e abrangência daquele que estiver em vigência. A ideia da nova redação ora proposta é estabelecer um marco, que indique exatamente até que momento a empresa estará impedida de

celebrar novo TAC sobre o mesmo objeto e abrangência. Propõe-se a seguinte redação:

Redação proposta pela PFE:

Parágrafo único. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro Termo sobre o mesmo objeto e abrangência até a emissão do Certificado de Cumprimento do TAC.

208. Esclarece-se assim que, enquanto não for certificado o cumprimento total do TAC, a empresa estará impedida de celebrar outro TAC com o mesmo objeto e abrangência. A nova redação parece mais razoável à original e busca evitar o surgimento de dúvidas acerca do momento para celebração de novo TAC com mesmo objeto e abrangência. Isso porque, entre o término da vigência do TAC e a emissão de certificado de cumprimento decorrerá, invariavelmente, um lapso temporal, para proceder à fiscalização dos cronogramas finais, bem como para que seja prolatada a decisão do Conselho.

209. Com a nova redação proposta por este órgão de consultoria, afasta-se a possibilidade de celebração de novo TAC, enquanto não certificado o cumprimento do anterior, nos casos em que tiverem mesmo objeto e abrangência.

II.(B).(II).(16). DO ARTIGO 23 – ALTERADO PARA 25 (REGRA DE TRANSIÇÃO)

210. Tratando-se ainda do requerimento para celebração de TAC, previu-se no art. 23 da minuta uma regra de transição, nos seguintes termos:

Proposta de Regulamento de TAC

Art. 23. No prazo de 6 (seis) meses, contados da publicação deste Regulamento, as prestadoras poderão apresentar requerimento para celebração de TAC que contemple processo sancionador com decisão condenatória já proferida, desde que não transitada em julgado no âmbito administrativo.

211. Com relação ao artigo em epígrafe, cumpre tecer os seguintes comentários. Primeiramente, esclarece-se que a referida regra de transição irá incidir nos casos não abarcados nas hipóteses constantes no *caput* do art. 4º. Ou seja, dentro do lapso de 6 (seis) meses, contados da data da publicação do Regulamento, as prestadoras poderão apresentar requerimento para celebração de TAC nos casos em que já tenha transcorrido o prazo de

recurso da decisão de primeira instância, mas que não tenha havido ainda decisão com trânsito em julgado.

212. Para as hipóteses enquadradas na referida regra de transição, sugere-se, à exemplo da previsão contida no art. 12, que seja prevista a imposição de pagamento de percentual da multa aplicada, como condição para a celebração do TAC. Contudo, tendo em vista que na regra de transição o processo administrativo se encontra em fase mais adiantada do que aquela prevista na hipótese do caput do art. 12, e considerando que, nessa hipótese, terá transcorrido maior intervalo de tempo entre a conduta que se pretende corrigir e o TAC, sugere-se que seja estabelecido um percentual superior a 10% do valor da multa aplicada, como forma de impor uma condição mais gravosa para aquele que celebra o TAC mais tardiamente.

213. Como visto neste opinativo, o Regulamento sob análise visa incentivar que a celebração do TAC seja efetuada o mais prontamente possível, de preferência quando o processo administrativo ainda está no seu início. Por isso, justifica-se a previsão de condição mais gravosa para o interessado que decidir celebrar o TAC em fase mais avançada do processo administrativo.

III. CONCLUSÃO.

214. Diante do exposto, com fundamento no § 1º do art. 10 da Lei n.º 10.480, de 2 de julho de 2002, bem como nos incisos IV, V e VII do art. 128 do RI-Anatel, a Procuradoria opina:

Quanto aos aspectos formais:

- a) Pela submissão da presente proposição à Consulta Pública, por força do que dispõe o art. 42 da LGT, recomendando-se ao Conselho Diretor que se verifique a necessidade de a minuta regulamentar ficar à disposição para contribuições por parte da sociedade por prazo superior ao mínimo legal, tendo em vista a importância do tema e sua relevância setorial;
- b) Pela publicação, no sítio eletrônico da Agência na Internet, dos autos, de toda a documentação pertinente à norma em tela e dos eventuais estudos que embasaram a elaboração da minuta e seus anexos, em atenção ao disposto no art. 40 da LGT e em consonância com a noção de transparência e publicidade

que deve pautar a atuação da Agência, e que se refletirá em uma participação mais ampla e consciente da sociedade;

Quanto à possibilidade jurídica de celebração de TAC pela Anatel:

- c) Pela legitimidade da Anatel para tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que terá eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 5º, § 6º da LACP;
- d) Pela constatação de que a celebração de compromisso de ajustamento de conduta não objetiva deixar impunes as empresas pelas condutas transgressoras da legislação de telecomunicações, mas buscar a melhor forma de o interesse público ser atingido, incentivando a prática de comportamentos tendentes a cessar infrações às normas regentes do setor de telecomunicações;
- e) Porém, para que o TAC tenha efetividade, e o interesse público seja atingido em escala superior ao que seria em processo administrativo sancionador, as penalidades para o seu descumprimento também devem ser de rigor necessário que desestimule o inadimplemento das obrigações constantes do termo de compromisso;
- f) A razão do Termo de Ajustamento de Conduta é incentivar as empresas a cessar voluntariamente a prática de infrações às normas de telecomunicações, de forma a minimizar os danos causados aos usuários e, ao mesmo tempo, favorecer a construção de infraestrutura de telecomunicações à altura de dar suporte ao avanço tecnológico nesse setor. Esse último aspecto será observado com as obrigações a serem de responsabilidade da empresa celebrante do TAC, sobretudo naquelas localidades que indiquem a não atratividade econômica, onde deverá investir na construção de infraestrutura de redes;
- g) Saliente-se que, no caso de condenação da prestadora por comportamentos de má-fé, definidos no art. 7º do RASA, a Administração não deve celebrar TAC com ela;
- h) Vale lembrar que o Conselho Diretor da Anatel recentemente aprovou o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, que ratificou a política sancionatória adotada atualmente pela Agência, e teve por intuito aprimorar os parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas estabelecidas no regulamento

anterior, bem como de fortalecimento do papel regulador do Estado, mediante a criação de incentivos à regularização de infrações, regularização de danos aos usuários, bem como de desestímulos à litigância administrativa e judicial, em atenção aos princípios da eficiência, celeridade e economia processual. Assim, na análise da conveniência e oportunidade da celebração de TAC, os fundamentos para edição do RASA não podem ser afastados;

i) É de se destacar a importância de a Agência editar regulamento próprio a fim de tecer nuances características da atividade regulada, não previstas na legislação de regência que, por ser um tanto genérica, não dispõe sobre procedimentos típicos da Agência. Somando-se a isso, diversas questões necessitam ter fundamento em normatização prévia, a fim de evitar casuísmos e tratamento desigual dos administrados, e de permitir a concretização do princípio da segurança jurídica sobre o setor regulado;

Quanto à redação dos dispositivos constantes da proposta de Regulamento:

j) Esclarece-se, quanto ao art. 4º, que, diante de uma decisão de primeira instância condenatória, caso seja de seu interesse, deverá a empresa, concomitantemente à apresentação do requerimento para a celebração do TAC, interpor o recurso cabível, como forma de assegurar a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo que, como visto no parágrafo único do art. 5º, seguirá o seu trâmite regularmente;

k) Para o art. 4º, sugere-se alteração da redação com a inclusão do parágrafo 3º, nos termos que seguem:

Redação proposta pela PFE:

§ 3º Em nenhuma hipótese será admitido o requerimento de TAC cujo objeto seja outro TAC.

l) Para o art. 5º, propõe-se nova redação, com a inclusão de um novo parágrafo, nos seguintes termos:

Redação proposta pela PFE:

Art. 5º O requerimento será apresentado à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, indicando as condições para a formalização do TAC ou as razões para sua denegação.

§1º O requerimento não suspende ou prejudica a regular tramitação dos processos administrativos correspondentes.

§2º A celebração do TAC deverá ocorrer no prazo máximo de 3 (três) meses, prorrogável uma única vez, contado da data do protocolo do requerimento.

m) Quanto ao art. 6º, um pequeno erro de concordância deve ser corrigido no inciso I. Onde se lê: “segundo cronograma de metas e condições ajustados em Plano de Ação Corretiva...”, leia-se: “segundo cronograma de metas e condições ajustadas em Plano de Ação Corretiva...”;

n) Tendo em vista a argumentação disposta nos itens XXX a XXX do presente opinativo, sugere-se a seguinte redação para o inciso II do art. 6º:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

II – compromisso de realização de benefícios e investimentos adicionais em valor correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor total das multas estimadas ou aplicadas nos processos substituídos pelo TAC, segundo cronograma de metas e condições ajustadas em Plano de Ação Adicional;

o) Pela seguinte sugestão de redação ao inciso V do art. 6º da proposta em exame, para se manter coerência com a redação adiante recomendada aos artigos 20 e 21:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º. Omissis.

[...]

V – multa pelo descumprimento das obrigações previstas no TAC, inclusive multa diária, com as disposições constantes dos arts. 20 e 21 deste regulamento;

p) Pelo seguinte texto para o inc. II do art. 6º:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º O TAC deverá conter em suas cláusulas:

[...]

II – vigência, cujo prazo será improrrogável e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos;

q) Por fim, quanto ao art. 6º, o texto do § 2º deve ser corrigido para constar:

Redação Proposta pela PFE

Art. 6º. Omissis.

[...]

§2º. O valor total do TAC corresponderá à soma dos valores indicados nos incisos I e II do caput, devendo ser reconhecido de imediato como passivo, em contrapartida à conta de resultado, e ser registrado no Ativo Imobilizado da prestadora, não podendo ser inferior:

- r) De se destacar que, em seus artigos 7º e 8º, a proposta de Regulamento prevê a elaboração de Planos de Ação Corretiva e Adicional. No Plano de Ação Corretiva, deverá a prestadora discriminar todas as ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC. O Plano de Ação Adicional serve para que a prestadora invista em infraestrutura de modo a ultrapassar o mínimo necessário exigido na regulamentação;
- s) Pela sugestão de que o prazo contido no inciso II do art. 7º seja reduzido para, no máximo, 3 (três) meses, podendo a área técnica estabelecer um prazo ainda inferior, ficando assegurada assim de forma mais célere e razoável a reparação ao usuário;
- t) Ainda com relação ao art. 7º, sugere-se a inclusão de mais um inciso, que preveja expressamente, dentro do Plano de Ação Corretiva, o cumprimento das obrigações regulatórias, sob pena de aplicação de multa diária. Deste modo, propõe-se a seguinte redação para o art. 7º (alterações em grifo):

Redação proposta pela PFE

Art. 7º O Plano de Ação Corretiva discriminará todas as ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas indicadas nos processos substituídos pelo TAC, dentre outras:

I – os investimentos, preferencialmente em infraestrutura, segundo cronograma de metas não excedente a 2 (dois) anos, com estipulação de multa diária específica;

II – as medidas de reparação aos usuários, decorrente das infrações cometidas, se for o caso, segundo cronograma de metas não excedente a 3 (três) meses, na forma da regulamentação da Anatel, com estipulação de multa diária específica;

III – o cumprimento das obrigações regulatórias, segundo cronograma de metas não excedente a 2 (dois) anos, com estipulação de multa diária específica.

- u) Pela previsão expressa de incidência de multa diária no caso de descumprimento de cada obrigação específica contida nos Arts. 7º e 8º;

v) No art. 8º da minuta do Regulamento, propõe-se a alteração do parágrafo 2º, com a inclusão do inciso II, para especificar as obrigações constantes no Plano de Ação Adicional e para prever expressamente a aplicação de multa diária em caso de descumprimento. Sugere-se, assim, nova redação para o Art. 8º, no seguinte sentido:

Redação proposta pela PFE

Art. 8º O Plano de Ação Adicional deverá compreender, em conjunto ou isoladamente:

I – investimentos em infraestrutura.

II – benefícios diretos aos usuários;

§ 1º O Plano de Ação Adicional poderá ter como objeto, total ou parcial, outros serviços de telecomunicações não diretamente relacionados com as irregularidades constatadas.

§ 2º As obrigações constantes do Plano de Ação Adicional:
I – não podem se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas ao infrator pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados, nem à cessação da infração:

II – deverão ser organizadas segundo cronograma próprio e com estipulação de multa diária específica. (grifei).

w) Com base nos argumentos constantes dos itens XXX a XXX deste opinativo, pela seguinte proposta de redação do artigo 9º da proposta de Regulamento em análise, harmonizando-a com a política pública estabelecida por meio do do Plano Nacional de Banda Larga – PNBL, este instituído pelo Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2012:

Redação Proposta pela PFE

Art. 9º Os investimentos previstos no Plano de Ação Adicional deverão ser revertidos em em favor de infraestruturas de telecomunicações em localidades nas quais o custo de construção de redes, em comparação com a projeção de receita futura, indique a não atratividade econômica do empreendimento, de modo a atender às seguintes diretrizes:

a) reduzir as diferenças regionais;

b) modernizar as redes de telecomunicações e elevar os padrões de qualidade propiciados aos usuários;

c) massificar o acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.

x) Pela seguinte redação ao art. 10, parágrafo único da proposta de Regulamento:

Redação proposta pela PFE

Art. 10. *Omissis*.

Parágrafo único. A concessionária de serviço de telecomunicações não poderá se favorecer dos benefícios diretos aos usuários decorrentes do TAC no que toca ao compartilhamento dos ganhos econômicos referidos nos arts. 86 e 108, § 2º, da Lei nº 9.472, de 1997.

- y) Pela sugestão de que a decisão prevista no art. 11, caput, da minuta sob exame seja considerada irrecurável, recomendando-se, tendo em vista a presente consideração, o seguinte texto ao preceito:

Redação proposta pela PFE

Art. 11. Compete ao Conselho Diretor da Anatel, por decisão irrecurável, resolver acerca da celebração do TAC, observado o interesse público.

- z) Pela necessidade de alteração da redação constante do § 2º do art. 11, apenas para fins de melhora redacional:

Redação proposta pela PFE

Art. 11. *Omissis*.

§ 2º. O TAC, após aprovada a sua celebração pelo Conselho Diretor, será firmado pelo Presidente da Agência, juntamente com outro Conselheiro, pelo Superintendente a quem a matéria seja afeta e pelo representante legal da concessionária, permissionária ou autorizada.

- aa) Pela seguinte redação ao art. 12 da proposta em exame, excluindo-se o seu atual § 2º e renumerando-se o § 1º, passando este a parágrafo único:

Redação Proposta pela PFE

Art. 12 É condição para a celebração do TAC o pagamento de 10% (dez por cento) do valor total das sanções de multa aplicadas após a prolação da primeira decisão condenatória. Parágrafo único. Em nenhuma hipótese será possível a celebração de TAC quando, na decisão de primeira instância, houver condenação da prestadora pela prática de comportamentos de má-fé, nos termos do art. 7º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

- bb) A fim de melhor organização da norma, propõe-se a alteração da divisão existente no Capítulo V a fim de que a Seção I seja referente ao procedimento de instrução e julgamento dos processos administrativos autônomos, embora vinculados ao TAC, para análise dos cronogramas de metas, a Seção II permaneça se referindo às

sanções, e seja criada uma nova Seção para tratar do cumprimento do TAC propriamente dito.

cc) Observa-se da Seção I do Capítulo V que ela trata do procedimento de instrução e julgamento do TAC, como um todo. No entanto, sugere-se a divisão para que essa Seção passe a tratar especificamente do procedimento inerente a cada um dos cronogramas de metas a serem cumpridos.

dd) Nessa esteira seria criada uma nova Seção (Seção III) para versar sobre o cumprimento do TAC especificamente.

ee) Desse modo, sugere-se a modificação do título do Capítulo V para “DO ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONSTANTES DO TAC”.

ff) Pela inclusão de um parágrafo único ao art. 13, com a seguinte redação:

Redação Proposta pela PFE

Art. 13. *Omissis.*

Parágrafo único: Serão instaurados em autos apartados processos administrativos próprios, correspondentes a cada cronograma de metas, que serão julgados à medida que forem concluídos.

gg) Pela sugestão da seguinte redação ao art. 15:

Redação proposta pela PFE

Art. 15. Constatado o integral cumprimento do cronograma, a Superintendência deverá propor a emissão de Certificado de Cumprimento do Cronograma.

hh) Pela seguinte sugestão de redação aos arts. 16 a 19 da minuta de Regulamento:

Redação proposta pela PFE

Art. 16. Constatados indícios de descumprimento total ou parcial das metas relativas a cada cronograma, no âmbito do respectivo processo administrativo, a Superintendência deverá:
I – intimar a concessionária, permissionária ou autorizada para, no prazo de 30 (trinta) dias, manifestar-se sobre a constatação, no prazo designado pela Anatel;

II – opinar sobre o descumprimento das metas do respectivo cronograma e encaminhar à deliberação do Conselho Diretor com proposta para a de emissão do Certificado de Descumprimento do Cronograma, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada.;

Art. 17. A Procuradoria Federal Especializada deverá se manifestar sobre a análise do cumprimento do cronograma

submetido pela Superintendência competente à aprovação do Conselho Diretor.

Art. 18. Na hipótese de decisão pelo cumprimento integral do cronograma, o Conselho Diretor emitirá o Certificado de Cumprimento do Cronograma.

Art. 19. Na hipótese de decisão pelo descumprimento do cronograma:

I – o Conselho Diretor emitirá Certificado de Descumprimento do Cronograma;

II – a Superintendência comunicará a decisão à prestadora de serviços de telecomunicações, para que pague o valor das multas pactuadas, no prazo de 30 dias, contados da data do recebimento do ofício correspondente.

Parágrafo único. O Certificado de Descumprimento do Cronograma é o documento pelo qual o Conselho Diretor certificará o inadimplemento da prestadora celebrante do TAC e liquidará o valor correspondente às multas pactuadas.

ii) Ante os argumentos expendidos ao longo deste opinativo, recomenda-se a alteração total do disposto no art. 20, a fim de constar o que segue abaixo:

Redação Proposta pela PFE

Art. 20. Será aplicada multa nas seguintes hipóteses:

I – não realização dos investimentos constantes do Plano de Ação Corretiva até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso I, deste Regulamento;

II – não reparação aos usuários até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso II, deste Regulamento;

III – não cumprimento das obrigações regulatórias pertinentes até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 7º, inciso III, deste Regulamento;

IV – não realização dos investimentos e benefícios constantes do Plano de Ação Adicional até o final do respectivo cronograma, nos termos do art. 8º, incisos I e II, deste Regulamento.

§ 1º Na hipótese do inciso I, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total do investimento previsto no Plano de Ação Corretiva e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 2º Na hipótese do inciso II, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total previsto no Plano de Ação Corretiva para

reparação aos usuários e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 3º Na hipótese do inciso III, será aplicada multa no valor equivalente ao dobro do que seria aplicável em um processo sancionador, considerado todo o período do respectivo cronograma.

§ 4º Na hipótese do inciso IV, será aplicada multa cujo valor corresponderá ao dobro da quantia resultante da diferença entre o valor total previsto no Plano de Ação Adicional e o valor efetivamente realizado até a primeira decisão do Conselho Diretor.

§ 5º Relativamente ao valor das multas aplicadas nos termos deste artigo será aplicado o disposto nos arts. 33 a 36 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, com exceção da disposição constante do § 5º do art. 33.

- jj) Pela sugestão de que se deixe expresso, no texto regulamentar, a destinação das multas eventualmente aplicadas em razão do descumprimento do TAC, acatando-se o entendimento consubstanciado no Parecer nº 156/2012/DFT/TRM/PGF/PFE-Anatel, acrescentando-se parágrafo ao art. 20 que contenha a seguinte redação:

Redação proposta pela PFE

Art. 20. Omissis.

[...]

§ 6º. Os valores previstos neste artigo serão destinados ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 1966.

- kk) Pela seguinte redação ao que será o art. 21, com renumeração dos artigos subsequentes:

Redação Proposta pela PFE

Art. 21. No caso de descumprimento dos prazos internos do cronograma, independentemente das multas previstas no art. 20, será aplicada multa diária, que incidirá desde o dia seguinte ao inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro, não podendo ultrapassar duas vezes o valor do total das obrigações constantes do respectivo cronograma.

§ 1º O pagamento do valor correspondente ao somatório das multas diárias aplicadas deve ser efetuado no prazo de 30

(trinta) dias, contado a partir do recebimento da intimação da decisão de aplicação de sanção.

§ 2º Sobre a multa diária incidirá a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC desde o inadimplemento das obrigações, na forma do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, e do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 2002.

§ 3º Quando não houver pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias da notificação da decisão definitiva, o seu valor deve ser acrescido dos seguintes encargos:

I - multa moratória de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia de atraso, até o limite de 20% (vinte por cento), calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento da sanção administrativa imputada definitivamente, até o dia em que ocorrer o seu pagamento, nos termos da legislação federal aplicável; e

II - juros de mora, contados do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao pagamento, e de 1% (um por cento) no mês do pagamento.

ll) Pelo acréscimo do § 4º ao art. 21, com o seguinte texto:

Redação Proposta pela PFE

Art. 21. Omissis.

[...]

§ 4º Os valores previstos neste artigo serão destinados ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, criado pela Lei nº 5.070, de 1966.

mm) Se em todos os processos de acompanhamento das obrigações estipuladas nos cronogramas de metas tiverem sido emitidos Certificados de Cumprimento do Cronograma, o Conselho Diretor emitirá Certificado de Cumprimento do TAC. Ou seja, para o TAC ser considerado descumprido, bastará a existência de apenas 1 (um) Certificado de Descumprimento do Cronograma. Pelo exposto, sugere-se a inclusão dos arts. 22 e 23 a seguir, com a renumeração dos artigos subsequentes.

Redação proposta pela PFE

Art. 22. Constatado o integral cumprimento de todos os cronogramas, o Conselho Diretor emitirá Certificado de Cumprimento do TAC.

Art. 23. Certificado pelo Conselho Diretor o descumprimento de algum dos cronogramas previstos no TAC, o órgão colegiado emitirá Certificado de Descumprimento do TAC.

- nn) Acerca do descumprimento do TAC, propõe-se nova redação para o artigo originariamente de nº 22, ora renumerado para 24, nos termos que seguem:

Redação proposta pela PFE:

Art. 24. A ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 20 impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta de qualquer natureza, pela concessionária, permissionária ou autorizada, no prazo de 4 (quatro) anos, contados da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC.

Parágrafo único. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro Termo sobre o mesmo objeto e abrangência até a emissão do Certificado de Cumprimento do TAC.

- oo) Quanto à regra de transição prevista no art. 23 da proposta em liça, alterado para art. 25 na proposta desta PFE, pela recomendação de que, para as hipóteses ali enquadradas, à exemplo da previsão contida no art. 12, seja prevista a imposição de pagamento de percentual da multa aplicada, como condição para a celebração do TAC. Contudo, tendo em vista que, na regra de transição, o processo administrativo se encontra em fase mais adiantada do que aquela prevista na hipótese do caput do art. 12, sugere-se que seja estabelecido um percentual superior a 10% do valor da multa aplicada como condição para a celebração do TAC.

215. É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 22 de novembro de 2012

JÚLIA DE CARVALHO BARBOSA LEANDRO DE CARVALHO PINTO
PROCURADORA FEDERAL PROCURADOR FEDERAL
MATRÍCULA SIAPE nº 1585185 MATRÍCULA SIAPE nº 1635600

MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADORA FEDERAL PROCURADOR FEDERAL
GERENTE DE PROCEDIMENTOS ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL
REGULATÓRIOS MATRÍCULA SIAPE nº 1585319
MATRÍCULA SIAPE nº 1585369

DESPACHO Nº /2012/VCT/PFE/ANATEL/PGF/AGU Sicap nº

- I . Aprovo o Parecer.
- II. Restituam-se os autos ao órgão de origem.

Brasília, de novembro de 2012.

VICTOR EPITÁCIO CRAVO TEIXEIRA
PROCURADOR-GERAL
SICAP nº 201290195185

ANEXOS:

- Minuta do Regulamento proposto pela PFE com marcas de alteração;
- Minuta do Regulamento proposto pela PFE sem marcas de alteração.